

Revista

Asociación

Cavelier del

Derecho



ASOCIACIÓN
CAVELIER
DEL DERECHO

Revista

Asociación

Cavelier del

Derecho





© Asociación Cavelier del Derecho
asociacioncavelier@cavelier.com
www.asociacioncavelier.com

ISSN

2665-296X

Editores

Natalia Tobón Franco

www.nataliatobon.com 

&

Santiago Guevara Rodríguez 

Asistente de diseño

Manuela Osorio Toro

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin autorización previa y por escrito de la Asociación Cavelier del Derecho. La infracción de dichos derechos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual.

La Asociación Cavelier del Derecho no se hace responsable por la forma o contenido de los artículos publicados en esta revista pues cada uno refleja únicamente la opinión de su autor.

Bogotá. Enero de 2024.

Revista interactiva

En esta revista interactiva, encontrarás videos, documentos, hipervínculos a páginas externas con contenido complementario y de interés, entre otros elementos.

Para poder interactuar con los contenidos lo único que deberás hacer es click sobre la imagen, texto o video que vayas encontrando a lo largo de la revista:





ASOCIACIÓN
CAVELIER
DEL DERECHO

CAVELIER
ABOGADOS

70
años
1953 - 2023



Todo nuestro trabajo es posible gracias a Cavelier Abogados quien destina parte de sus utilidades para cubrir nuestros costos y gastos de funcionamiento, incentivando el estudio del derecho en Colombia.



Germán Cavelier Gaviria

Fundador de la Asociación Cavelier
del Derecho y Cavelier Abogados

*Esta fotografía ha sido mejorada con ayuda de Inteligencia Artificial.



Índice

Prólogo

Javier Escandón Jaramillo

Presidente de la Asociación Cavalier del Derecho

13

Ensayos

Nosotros, La Corte: sobre la suspensión provisional de leyes

Marc De la Bastide Yepes

15

Introducción

I. Sobre el comunicado 06 de 2023 de la Corte Constitucional de Colombia

II. Antecedentes de la suspensión provisional de leyes en el ordenamiento jurídico colombiano

III. La tesis de la dependencia contextual, el contexto colombiano y la suspensión provisional de leyes

IV. La suspensión provisional de leyes “atada”

Conclusiones

Bibliografía

Efectos de la inclusión, modificación o supresión del pacto arbitral en los estatutos sociales

35

Daniel Pérez Merchán

Introducción

- I. Naturaleza del arbitraje
- II. Pacto arbitral en las sociedades reguladas por el Código de Comercio y en la sociedad por acciones simplificada
- III. Efectos de interpretar el pacto arbitral como elemento accesorio o negocio jurídico independiente del contrato social
 1. Efectos en los socios futuros
 2. Efectos en los socios ausentes y disidentes
 3. Efectos en los administradores sociales

Conclusiones

Bibliografía

Desaparición del territorio y el aumento del nivel del mar

55

Gabriel Andrés Concha Botero

Introducción

- I. Requisitos de existencia del Estado
 1. Territorio
 2. Población permanente
- II. Pérdida del territorio
 1. Desaparición total de Estado
 2. Desaparición parcial
- III. Posibles soluciones
 1. Continuidad del Estado alterando el territorio
 2. Continuidad del Estado en el exilio
 3. Extinción
 4. Figuras *sui generis*
- IV. Atribución de la responsabilidad

Conclusiones

Bibliografía



Maternidad subrogada: Apuntes desde el derecho del consumo

75

Camilo Guzmán Nalus

Introducción

- I. Sobre el contrato de maternidad subrogada
 1. Elementos de validez
 2. Obligaciones de las partes del contrato de maternidad subrogada
- II. Sobre el derecho de consumo
 1. Relación de consumo
 2. Derechos derivados de la existencia de una relación de consumo
 3. ¿Se puede hablar de una relación de consumo dentro del contrato de maternidad subrogada?
 4. Consecuencias de la aplicación del derecho de consumo al contrato de maternidad subrogada
 5. Garantía en la maternidad subrogada
 6. Responsabilidad de la mujer gestante por producto defectuoso

Conclusiones

Bibliografía

El deber precontractual de información en los contratos de seguros

95

Christian Santiago Guzmán López

Introducción

- I. La asimetría de la información en los contratos de seguros
- II. La buena fe como fundamento del deber precontractual de información
 1. Principio de buena fe en el ordenamiento jurídico colombiano
 2. Alcance del deber de información a la luz del principio de buena fe
 3. El deber de información en el caso Interbolsa S.A.

Conclusiones

Bibliografía

Evolución de la sanción de reticencia en contratos de seguro

109

Brian Steven Torres Lozano

Introducción

- II. Sobre el contrato de seguro
- II. Definición del contrato de seguro
- III. Elementos esenciales del contrato de seguro
- IV. El silencio y la reticencia del tomador en la determinación del riesgo como causales de nulidad del contrato de seguro
- V. La sentencia
- VI. Hechos de la demanda y trámite procesal previo
- VII. Problema jurídico y decisión
- VIII. Alcance del artículo 1058 y desarrollos al principio de buena fe

Conclusiones

Bibliografía

El garantismo frente al tipo en blanco

131

Daniel Felipe Useche Daza

Introducción

- I. Contexto histórico y evolución legislativa del tipo de contratación sin el cumplimiento de los requisitos esenciales
- II. La responsabilidad por la contratación sin el cumplimiento de los requisitos esenciales
- III. Complejidades del tipo penal “en blanco”
- IV. La postura de la Corte y sus implicaciones frente al garantismo en materia sancionatoria

Conclusiones

Bibliografía

Del arte de castigar al arte de entretener

149

Angie Belén Garzón Rodríguez

Introducción

- I. Del arte de castigar al arte de entretener
- II. Consecuencias de la sociedad del entretenimiento en el derecho penal: el juicio paralelo y la mano dura contra la delincuencia
 1. El juicio paralelo
 2. La mano dura contra la delincuencia

III. Soluciones

Conclusiones

Bibliografía

La desnaturalización del contrato de interventoría en la jurisdicción contencioso-administrativa

161

Daniel Felipe Useche Daza

Introducción

- I. Algunas cuestiones previas
- II. Evolución de la figura de la interventoría en Colombia
- III. La Sentencia del Consejo de Estado de 17 de octubre de 2023

Conclusiones

Bibliografía

Reflexiones sobre la sanción de ineficacia en contratación estatal

181

Brian Steven Torres Lozano

Introducción

- I. Naturaleza e incorporación de la sanción de ineficacia de pleno derecho en el ordenamiento jurídico colombiano
- II. Desarrollo de la figura en el marco de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia
- III. Incorporación y desarrollo de la sanción de ineficacia en la contratación de la administración pública
- IV. Análisis del caso de Ingenian Software S.A.S.

Conclusiones

Bibliografía

Prólogo

Javier Escandón Jaramillo

Director Ejecutivo de Caveller Abogados y Presidente de la
Asociación Caveller del Derecho





Nosotros, La Corte: sobre la suspensión provisional de leyes¹

Marc De la Bastide Yepes

Trabajo ganador del primer puesto en el Concurso de ensayo
“Germán Cavelier” en la Universidad de Antioquia, 2023.





Sumario

Introducción

I. Sobre el comunicado 06 de 2023 de la Corte Constitucional de Colombia

II. Antecedentes de la suspensión provisional de leyes en el ordenamiento jurídico colombiano

III. La tesis de la dependencia contextual, el contexto colombiano y la suspensión provisional de leyes

IV. La suspensión provisional de leyes “atada”

Conclusiones

Bibliografía

Resumen

La Corte Constitucional de Colombia explicó su competencia para suspender provisionalmente leyes en el auto 272 de 2023. En este texto se propone que, con fundamento en la tesis de la dependencia contextual, tal competencia se encuentra justificada. Sin embargo, el autor se cuestiona que sea la Corte misma quien se atribuya dicha competencia y establezca sus límites.

Palabras clave: Constitucionalismo, democracia, control de constitucionalidad, tribunal constitucional, suspensión provisional de leyes.

Abstract

The Constitutional Court of Colombia explained its authority to provisionally suspend laws in ruling 272 of 2023. This text proposes that, based on the contextual dependence thesis, such authority is justified. However, the author questions whether it is appropriate for the Court itself to claim this authority and set its own limits.

Keywords: Constitutionalism, Democracy, Judicial review, Constitutional Court, Provisional suspension of law.

Introducción

El pasado 02 de marzo de 2023, la Corte Constitucional de Colombia², por medio del Auto 272/23³ (M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar), cambió su jurisprudencia sobre la competencia que tiene para suspender provisionalmente normas que hayan sido demandadas por inconstitucionales ante dicha corporación. Afirmó que, excepcionalmente –y con el cumplimiento de ciertos requisitos–, puede decretar la suspensión provisional de normas.⁴



La competencia de un tribunal constitucional para suspender provisionalmente leyes puede ser considerada una de las manifestaciones de la tensión que existe entre el ideal de democracia y el de constitucionalismo: entre el derecho de todos los ciudadanos a participar en condiciones de igualdad en la toma de decisiones públicas y el respeto a los derechos que garantizan la autonomía individual de los ciudadanos³. Los mecanismos contramayoritarios consistentes en límites materiales al poder normativo del legislador y la rigidez constitucional pueden acentuarse cuando se agrega el ingrediente del control judicial de constitucionalidad: específicamente, cuando el alcance preciso de los límites al poder del legislador está en manos⁶ de los jueces constitucionales (por el tipo de práctica interpretativa que sigan, por su deferencia o no a la interpretación constitucional del legislador en casos controvertidos)⁷. Precisamente por ello, el principio de presunción de validez de las leyes⁸ hace prevalecer la interpretación⁹ que de la Constitución tenga el legislador: el cual es derribado cuando, después de un debido proceso la Corte Constitucional demuestre, a través de una decisión racional y plausible, que el legislador excedió los marcos que le fija la Constitución¹⁰.

“La competencia de un tribunal constitucional para suspender provisionalmente leyes puede ser considerada una de las manifestaciones de la tensión que existe entre el ideal de democracia y el de constitucionalismo (...)”

La necesidad de justificar un mecanismo contramayoritario¹¹ de especial relieve como el de la suspensión provisional de leyes exige la revisión de los siguientes problemas: (i) establecer si, partiendo de la premisa de la dependencia contextual, la institución de la suspensión provisional está justificada en el ordenamiento jurídico colombiano (y por qué), (ii) establecer si está justificado que la Corte se auto atribuya la mentada competencia (y por qué) y, por último, (iii) reflexionar sobre las características mínimas que debería tener tal institución, en caso de considerar que está justificada. Con el fin de dar respuesta a dichos problemas, en este texto: (§ I) se hace una síntesis del Auto 272 de 2023 de la Corte Constitucional; (§ II) se hace referencia a los orígenes de la suspensión provisional de leyes en el ordenamiento jurídico colombiano y se menciona como antecedente el Proyecto

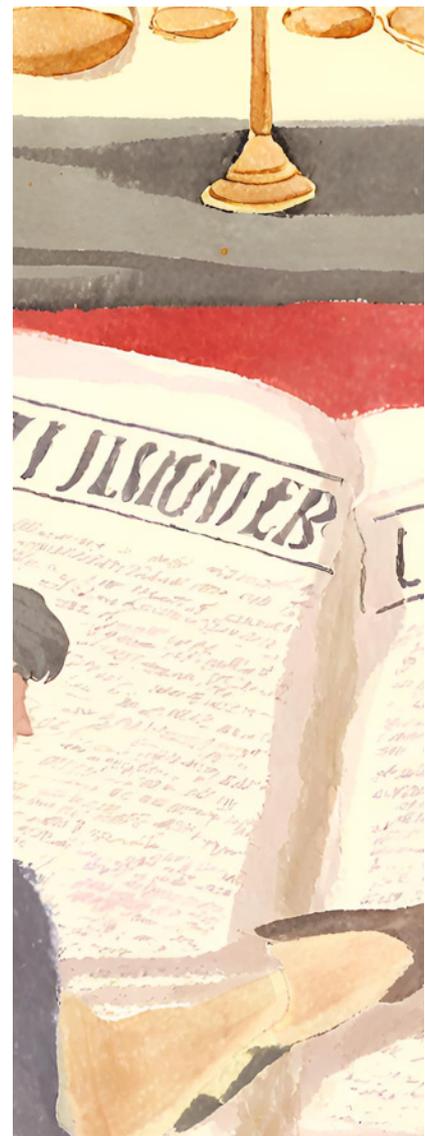
de Acto Legislativo del 25 de agosto de 2010; (§ III) se sintetiza la tesis de la dependencia contextual y, con fundamento en ésta, se ofrecen razones para la justificación de la suspensión provisional de leyes en el contexto colombiano; (§ IV) se ofrecen unas sugerencias sobre los elementos mínimos que deberían caracterizar a dicha competencia de la Corte Constitucional y, finalmente, (§ V) se dan unas conclusiones. La metodología usada en el trabajo es la de descripción y análisis de argumentos, por medio de una investigación de tipo documental.



El interés principal consiste en reflexionar sobre la justificación de la competencia que se ha auto atribuido la Corte Constitucional y sobre cuáles deberían ser sus límites (y su fundamento). Fruto de la reflexión, argumento que tomando como premisa la tesis de la dependencia contextual¹² la figura de la suspensión provisional de leyes en el ordenamiento jurídico colombiano podría estar justificada. Sin embargo, argumento que resulta al menos problemático que el establecimiento de dicha competencia –y de sus límites y contornos– sea producto de una decisión de la misma Corte Constitucional. Finalmente, cuestiono la forma en que quedó delimitada dicha¹³ competencia en el auto 272 de 2023 y sugiero algunos elementos que deberían tenerse en cuenta para su definición y delimitación.

I. Sobre el comunicado 06/2023 de la Corte Constitucional de Colombia

El 15 de noviembre de 2022 se presentó una demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 2 (parcial), 12 y 18 de la Ley 2272 de 2022. El ciudadano demandante solicitó a la Corte Constitucional la suspensión de los incisos finales del artículo 2 de la Ley 2272 de 2022 porque, a su juicio, las disposiciones acusadas (para las que se solicita su suspensión) le permiten al Estado colombiano iniciar procesos de negociación con exmiembros de “grupos armados como parte de estructuras organizadas de crimen de alto impacto” sin establecer la obligatoriedad de “cumplir con el régimen de condicionalidad para la aplicación de los mecanismos alternativos propios de la justicia transicional” –que propenderían por que el Estado investigara, juzgara y sancionara las conductas cometidas por dichos grupos que hayan afectado los derechos de las víctimas–. El actor fundamentó la solicitud de suspensión provisional en el argumento consistente en que la aplicación de las normas demandadas “pueden tener como consecuencia efectos irreversibles sobre la seguridad y los derechos fundamentales de las víctimas del conflicto armado”.



La Corte resolvió negar¹⁴ la solicitud de suspensión provisional interpuesta por el demandante. Sin embargo, fundamentó su competencia para tomar dicha determinación en el futuro. Inicialmente, la Corte hizo referencia a otras competencias que ha desarrollado jurisprudencialmente (como la posibilidad de proferir sentencias modulativas o la aplicación del juicio de sustitución de la constitución en el control de las reformas constitucionales) y afirmó que, al igual que la de suspender provisionalmente las leyes sometidas a su examen, constituyen “instrumentos de protección y efectividad” para “asegurar la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de su artículo 241¹⁵”. Es así como la Corte justifica en la fórmula de “asegurar la integridad y supremacía de la Constitución” una competencia que no le está atribuida expresamente por la Constitución de 1991¹⁶.

A continuación, la Corte modificó su precedente sobre la competencia que tiene de suspender provisionalmente leyes a través de una “reinterpretación de sus facultades”, señalando que dicha medida (a) es excepcional (b) opera frente a una norma (i) “abierta o manifiestamente incompatible con la Constitución” y que además (ii) “pueda producir efectos irremediables o que lleve a eludir el control de constitucionalidad”; se indicó que (c) la medida tiene que satisfacer los requisitos de necesidad, efectividad y proporcionalidad y, finalmente, que (d) los otros mecanismos de protección y efectividad del orden constitucional deben resultar ineficaces. Adicionalmente, se estableció que (e) “la providencia se adoptará por la Sala Plena a solicitud de cualquier magistrado y que [f] en el auto que la decida establecerá su alcance y duración”. En cumplimiento de dichos requisitos, la medida adoptada por la Corte tendrá como finalidad que el acto objeto de control no produzca efectos. La Corte calificó a la medida de suspensión provisional de una norma como “una medida de protección y eficacia” y reconoció que es una “atribución propia”.

“Es así como la Corte justifica en la fórmula de “asegurar la integridad y supremacía de la Constitución” una competencia que no le está atribuida expresamente por la Constitución de 1991 (...)”

En aclaración de voto, la magistrada Natalia Ángel Cabo criticó la fundamentación que se le dio a la competencia de la Corte Constitucional para suspender provisionalmente normas: (i) consideró que el criterio de la defensa de la supremacía de la Constitución es “necesario, pero insuficiente”; (ii) argumentó que los requisitos establecidos en el Auto 272/23 no son “rigurosos ni exigentes” y que no aseguran la excepcionalidad de la medida; (iii) se cuestionó sobre el momento procesal en que se podrá decretar la medida –si será antes o después de la participación ciudadana¹⁷– y sobre (iv) el alcance de la medida –hasta dónde puede llegar la Corte al adoptar este tipo de medidas–.

El magistrado Antonio José Lizarazo aclaró su voto argumentando que la decisión de la Corte no implica un cambio en el precedente, sino que, con fundamento en el artículo 149 de la Constitución, los actos del Congreso adoptados por fuera de las “condiciones constitucionales” carecen de validez y, por ende, “no podrá dárseles efecto alguno”. Así, para el magistrado Lizarazo, la competencia de la Corte no consiste en suspender una ley, sino en impedir que produzca efectos un acto del Congreso que carece de validez.



El artículo 149 de la Constitución establece que: “Toda reunión de miembros del Congreso que, con el propósito de ejercer funciones propias de la rama legislativa del poder público, se efectúe fuera de las condiciones constitucionales, carecerá de validez; a los actos que realice no podrá dárseles efecto alguno, y quienes participen en las deliberaciones, serán sancionados conforme a las leyes.”¹⁸

Sobre el salvamento de voto del magistrado Lizarazo cabría apuntar que la medida de suspensión provisional de leyes podría eventualmente operar sobre una ley que haya sido tramitada conforme a lo establecido en la Constitución y las leyes orgánicas, de manera tal que a dicho acto del Congreso no le sería aplicable el citado artículo 149, que no parece ser el sustento normativo de los vicios materiales y/o procedimentales de los actos normativos sujetos a la Constitución, sino una disposición aplicable para

reuniones claramente inconstitucionales de miembros del Congreso. Un acto del legislador que no cumpla con las “condiciones constitucionales” es inexistente. La Corte debe pronunciarse sobre actos normativos existentes respecto de los cuales se pone en entredicho su validez.

II. Antecedentes de la suspensión provisional de leyes en el ordenamiento jurídico colombiano

La institución de suspensión provisional de leyes tiene origen en el derecho colonial y un marcado desarrollo en el siglo XIX –con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al amparo de la competencia otorgada por las constituciones de 1858 y 1863–. La figura del “se obedece, pero no se cumple” –del derecho colonial– tenía como finalidad que las disposiciones emanadas del Rey que no se ajustaran a la realidad de la Colonia o generaran un resultado injusto producto de su aplicación, pudieran inaplicarse sin que la autoridad real fuera cuestionada (por eso el “se obedece”). En las constituciones de 1858 y 1863 se atribuía a la Corte Suprema la competencia de suspender los actos de las legislaturas de los Estados, en cuanto fuesen contrarios a la Constitución o a las leyes –de la Confederación en 1858, de la Unión en 1863–, siendo el Senado el que decidía definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos¹⁹.

La suspensión provisional de leyes en el siglo XIX puede entenderse como una forma de hacer prevalecer la Constitución y las leyes –de la Confederación en 1858, de la Unión en 1863– sobre los actos legislativos²⁰ de los estados y, vista desde el procedimiento, como el primer paso hacia la eventual anulación (declaración de inconstitucionalidad) por el Senado.

Ya en el siglo XXI, el antecedente más cercano (a nivel constitucional)²¹ es el Proyecto de Acto Legislativo del 25 de agosto de 2010, el cual establecía la suspensión provisional de leyes en los siguientes términos:

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: (...) 5. Suspender temporalmente una norma demandada, en cualquier momento anterior al fallo definitivo de constitucionalidad, cuando lo considere necesario para la protección del orden constitucional. La suspensión podrá decretarse de oficio o a petición de cualquier interviniente.

Comparando la suspensión provisional de leyes decretada en el Auto 272/23 con la que existía en la Colonia, en el siglo XIX y la que se proponía en el Proyecto de Acto Legislativo del 25 de agosto de 2010, puede concluirse lo siguiente: (i) en la Colonia podía ser solicitada por los súbditos del rey o por sus procuradores; (ii) en el siglo XIX (constituciones de 1858 y 1863) podía ser solicitada por los ciudadanos²² (y extranjeros)²³ y por el procurador (iii) en el Proyecto de Acto Legislativo del 25 de agosto de 2010 podía ser solicitada por cualquier interviniente (lo que incluye a cualquier ciudadano y al procurador, como en las regulaciones anteriores); (iv) en el auto 272/2023 de la Corte Constitucional, se restringe dicha solicitud a los magistrados de la Corte Constitucional. Así, a pesar de las limitaciones propias de la Colonia y del siglo XIX (injustificadas en la actualidad), la suspensión provisional de las leyes era un recurso público. Tal como quedó regulado en el Auto 272 de 2023, parece que la solicitud solo podría efectuarla un magistrado de la Corte Constitucional (ante la Sala Plena). En la evolución de la jurisprudencia de este asunto (o en su eventual regulación constitucional) debería extenderse dicha facultad a los ciudadanos y los demás intervinientes ante la Corte (incluyendo al procurador general de la Nación).

Por último, una diferencia radical entre la suspensión provisional de leyes en el siglo XIX y en la actualidad es que, en aquel entonces, la decisión definitiva sobre la validez del acto suspendido quedaba en manos del Senado (que tenía credenciales democráticas) y los actos sometidos a control eran los actos legislativos de las asambleas de los estados (no las leyes de la Unión, que incluso eran parámetro de control); hoy, la decisión de suspensión provisional y la de exequibilidad recaen en el mismo órgano y los actos objeto de control son las leyes de la república (producto del legislador democrático).

“La figura del “se obedece, pero no se cumple” –del derecho colonial– tenía como finalidad que las disposiciones emanadas del Rey que no se ajustaran a la realidad de la Colonia o generaran un resultado injusto producto de su aplicación, pudieran inaplicarse sin que la autoridad real fuera cuestionada (por eso el “se obedece”).”

III. La tesis de la dependencia contextual, el contexto colombiano y la suspensión provisional de leyes

Los argumentos usados a favor del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes²⁴ podrían extenderse a la suspensión provisional de éstas (al entender que, así como el tribunal constitucional puede anular definitivamente una ley, también puede suspenderla –acudiendo al principio jurídico “el que puede lo más puede lo menos”–). Adicionalmente, se podría argumentar a favor de la protección inmediata de los derechos fundamentales (al evitar que una ley que presuntamente los vulnera pueda generar efectos) y a favor de evitar la elusión del control de constitucionalidad (lo cual se conseguiría si se toma la medida de suspensión provisional).



Los argumentos en contra del control –de la anulación de los actos del legislador– judicial de constitucionalidad de las leyes²⁵ podrían reforzarse frente a la institución de suspensión provisional de las leyes: sería factible afirmar que, con dicha competencia en manos de la Corte, se derribaría con relativa facilidad el principio de presunción de validez de las leyes lo cual reduciría significativamente la deferencia hacia los actos del legislador. Además, la medida de suspensión provisional de una ley no requeriría la más mínima deliberación pública y participación ciudadana, lo cual acentuaría su carácter antidemocrático.

Una tercera vía entre la crítica o la aceptación incondicionadas de la suspensión (y anulación) de leyes sería la tesis de la dependencia contextual: la que sostiene que la justificación de un diseño institucional (y de cada uno de sus componentes, como el de la suspensión de leyes) depende de un balance entre su valor intrínseco (cómo se articula el derecho de todos a participar en la toma de decisiones políticas, el “principio de autogobierno”) y su valor instrumental (en punto de los resultados del sistema: qué tan efectivo es este para garantizar los derechos que aseguran la autonomía individual –presupuesto necesario²⁶ del derecho a la participación en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas–).

Así, ante el innegable disvalor intrínseco²⁷ de la institución de suspensión provisional de leyes, ¿Qué factores del contexto colombiano podrían servir para justificarla, desde el factor instrumental?²⁸ Roa (2019) menciona algunos de los “defectos” del sistema político y legislativo colombiano, entre ellos: “[...] el desprestigio y [la] falta de legitimidad del Congreso; la desconexión entre la deliberación parlamentaria y la ciudadana; los bloqueos institucionales que se traducen en omisiones legislativas e infradesarrollo de las promesas constitucionales; la debilidad del sistema de partidos; [...] la corrupción, y la ausencia de una respuesta institucional a los problemas que afectan a la mayor parte de la población.” (p.85).

“(...) la suspensión provisional- adelantado por este tribunal tiene un carácter contramayoritario, es más probable que a través de este se obtengan decisiones que respeten los derechos individuales”

En el mismo sentido, Landau (2011) afirma que “Colombia es un ejemplo clásico de un país en desarrollo que es democrático [...], pero que sufre de un mal funcionamiento de las instituciones políticas. En particular, el sistema de partidos es muy débil: el sistema es fragmentado, los partidos tienden a ser de corta vida o a tener facciones internas y tienen débiles raíces en la sociedad. En consecuencia, el cuerpo legislativo nunca ha podido cumplir un papel constructivo en el diseño de políticas y los presidentes han dominado en el proceso de diseño de políticas” (p.15).

En tal contexto, la suspensión provisional de leyes (como parte del proceso de control judicial de constitucionalidad) estaría justificado para proteger efectivamente los derechos individuales: los defectos del proceso legislativo enunciados anteriormente, sumado a los efectos positivos que históricamente han generado las decisiones de la Corte Constitucional relativos a la protección de los derechos individuales –algunos de ellos precondiciones de la democracia–, son elementos empíricos que podrían fundar la tesis de que, aunque el control judicial de constitucionalidad –y, en el marco de este, la suspensión provisional– adelantado por este tribunal tiene un carácter contramayoritario, es más probable²⁹ que a través de este se obtengan decisiones que respeten los derechos individuales – específicamente aquellos que puedan considerarse como básicos–.



Adicionalmente, teniendo en cuenta el hiperpresidencialismo³⁰ que caracteriza al sistema político colombiano y que eventualmente podría ser un factor regresivo o destructivo de las instituciones democráticas, la suspensión provisional de leyes podría erigirse en un instrumento de contención y de equilibrio de poderes. Cruz y Ospina, en un ejercicio de derecho comparado, muestran cómo en el caso esloveno el principio de separación de poderes es usado para justificar la suspensión provisional de normas presuntamente inconstitucionales: ya que dichas normas desarrollaban un marco normativo que le otorgaba competencias al legislativo para adelantarle juicios políticos a los fiscales y jueces³¹.

La suspensión provisional de leyes también podría ser una valiosa herramienta para evitar la elusión del control constitucional de parte del Ejecutivo (especialmente en lo que tiene que ver con la declaratoria y desarrollo de los Estados de excepción³²). En tal sentido, Cruz & Ospina concluyen que la suspensión provisional de leyes por parte de la Corte Constitucional “[...] podría conducir a una protección del ordenamiento jurídico, especialmente ante efectos irremediables e inconstitucionales [...]”³³ y que esta posibilidad, en el marco del control judicial de las leyes que lleva a cabo la Corte Constitucional, evitaría la “elusión material” del control constitucional –como ocurre cuando se modifica una ley estatutaria por medio de una ley ordinaria–.

Otra vía para justificar el control jurisdiccional de constitucionalidad a las leyes (y la suspensión provisional de estas, en el marco del proceso) es la ensayada por Roa³⁴, quien critica la objeción *waldroniana* dirigida hacia el *judicial review*³⁵ argumentando que (i) el sistema político colombiano es *non core case*³⁶ (porque el poder legislativo no es “fuerte e independiente”, ni en su seno tiene lugar “una deliberación robusta sobre los desacuerdos sociales” y porque no existe un compromiso serio de los miembros de la sociedad con los derechos –especialmente los de las minorías– y con su garantía) y que (ii) si el sistema político colombiano llegara a cumplir las exigentes condiciones propuestas por Waldron (si llegara a ser una sociedad *core of the case*), el control judicial de constitucionalidad ejercido por la Corte Constitucional seguiría siendo necesario para resolver problemas epistémicos –puntos ciegos– en la deliberación del legislador³⁷ o para evitar retrocesos en la protección de los derechos³⁸.

En línea con lo afirmado por el autor citado, es plausible afirmar que el sistema político colombiano está muy lejos de ser *core of the case* y que la función de la Corte Constitucional efectivamente ha contribuido a proteger los derechos individuales ante la inacción³⁹ del Legislador e incluso ante la violación de estos como consecuencia de las medidas adoptadas por este⁴⁰

Justificar el control judicial de constitucionalidad (y las competencias que puede traer aparejadas –como la suspensión provisional de leyes–) implica preguntarse si confiar a la institución de control judicial de constitucionalidad de las leyes el adecuado funcionamiento del sistema político (en orden a garantizar tanto los derechos individuales como el derecho a participar en condiciones de igualdad en la toma de decisiones políticas) impide o estimula el tránsito hacia una sociedad *core of the case* y, además, cómo gestionar el riesgo latente de un eventual mal uso del poder de la Corte Constitucional.

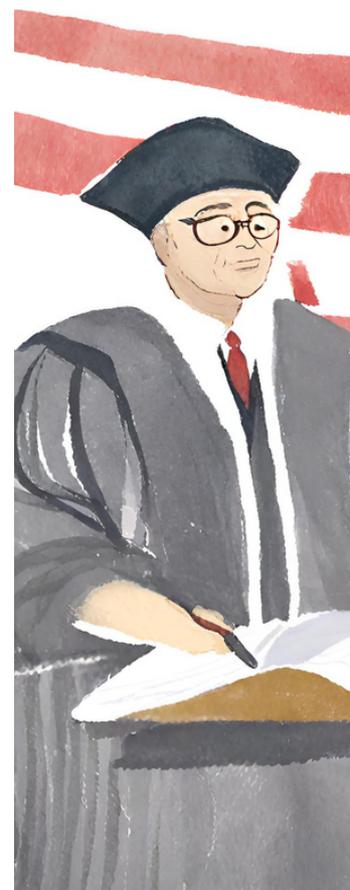
Podría afirmarse que una participación amplia y efectiva de la ciudadanía en los procesos que se adelantan ante la Corte Constitucional –y en las decisiones que este órgano adopta– y un control a la racionalidad⁴¹ de sus decisiones, de parte de uno de sus más importantes auditorios –la ciudadanía– podría estimular el perfeccionamiento de la adopción de decisiones políticas y contener el enorme poder que tiene la Corte Constitucional.

IV. La suspensión provisional de leyes “atada”⁴²

Según lo expuesto en el apartado precedente, la suspensión provisional de leyes estaría justificada en el ordenamiento colombiano. Sin embargo, el que

“(...) el sistema político colombiano está muy lejos de ser core of the case y que la función de la Corte Constitucional efectivamente ha contribuido a proteger los derechos individuales ante la inacción del Legislador”

sea la misma Corte Constitucional la que se atribuya dicha competencia y defina su alcance y límites resulta problemático. La misma Corte ha hecho énfasis, en repetidas oportunidades, en que tal competencia no le fue atribuida expresamente por el constituyente (fue voluntad de este atribuir una competencia de esta naturaleza únicamente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo). En la sentencia C-319 de 2007 (citada en la sentencia C-352 de 2017), dicho tribunal hizo hincapié en que las competencias de las autoridades deben ser constitucionales o legales y, además, preexistentes y explícitas. La Corte indicó, tajantemente, que “[...] en un Estado de Derecho no pueden existir competencias implícitas, por analogía o por extensión, porque ello permitiría que la autoridad pública se atribuya competencias según su voluntad y capricho, trazándose los límites de su propia actividad, invadiendo la órbita de actuación de las otras autoridades, abusando del poder y cercenando los derechos y libertades públicas.”



Por los problemas que podría traer aparejada la auto atribución de competencias⁴⁴, la referida a la suspensión provisional de leyes debería establecerse formalmente en la constitución (a través de una reforma del artículo 241) y deberían considerarse al menos los siguientes requisitos: (i) establecer claramente el momento procesal en el que puede decretarse la medida (en el caso del Proyecto de Acto Legislativo del 25 de agosto de 2010, se podría decretar la suspensión provisional “en cualquier momento anterior al fallo definitivo de constitucionalidad”); (ii) establecer el (los) criterio(s) en los cuales debe basarse la decisión de suspensión provisional. Se consideran más adecuados argumentos de idoneidad y necesidad de la medida frente a criterios de abierta o flagrante contradicción normativa entre la Constitución y la norma demandada –pues estos últimos pueden dar lugar, con mayor facilidad, a que se adopten decisiones arbitrarias–: sobre los criterios usados por el tribunal constitucional esloveno para suspender provisionalmente las leyes demandadas, Cruz y Ospina explican cómo se dejaron de lado argumentos relativos a la “certeza de la inconstitucionalidad” (como el parámetro de una norma “abierta o manifiestamente incompatible con la Constitución”) para acoger argumentos de evaluación de idoneidad y necesidad de la medida (que es adecuada para los efectos que se persiguen y que no hay otra mejor) y de impacto de la medida⁴⁵; (iii) establecer quiénes

están facultados para solicitar dicha medida (se considera que debe estar abierta la posibilidad a los ciudadanos y al Procurador –quizás sea conveniente impedir a los magistrados efectuar dicha solicitud, con el fin de restringir la competencia de la Corte en un asunto tan delicado y con implicaciones democráticas–) y, finalmente, (iv) establecer el alcance de la medida de suspensión provisional (quizás pueda resultar adecuado imponer un límite temporal y la obligación de seguir el trámite preferente y de urgencia nacional cuando se adopte esta medida).

Mientras no le haya sido otorgada a la Corte Constitucional la competencia⁴⁶ para suspender provisionalmente leyes (o decretos con fuerza de ley) la figura del trámite preferente y de urgencia nacional (artículo 9 del Decreto 2067 de 1991 y artículo 63^a de la Ley 270 de 1996) es la que debería usarse, con el fin de evitar que se genere un perjuicio irremediable con un acto del legislador. En el mismo sentido puede ser usada la competencia que tiene la Corte Constitucional para fijar los efectos de sus fallos⁴⁷.

Conclusiones

En el auto 272 de 2023 la Corte Constitucional de Colombia fundamentó su competencia para suspender provisionalmente leyes. Con fundamento en la tesis de la dependencia contextual, en este texto se ha argumentado a favor de la justificación de dicha competencia, que podría ser una herramienta útil para proteger los derechos individuales y para proteger las instituciones democráticas. Sin embargo, se ha cuestionado que sea la Corte quien se haya atribuido dicha competencia, se ha sugerido una reforma del artículo 241 de la Constitución y se han hecho algunas sugerencias sobre el contenido que esta debería tener.

“(...) se ha cuestionado que sea la Corte quien se haya atribuido dicha competencia, se ha sugerido una reforma del artículo 241 de la Constitución (...)”

Al justificar la competencia de la Corte Constitucional para suspender provisionalmente leyes en los defectos del sistema político colombiano (especialmente del funcionamiento del Congreso) es posible incurrir en la falacia de asimetría: resaltar los defectos de la institución que se quiere

criticar (en este caso el Congreso) y destacar las virtudes de la que se quiere defender (la Corte). Es claro que no es posible asegurar que la Corte Constitucional sea perfecta (y que sus decisiones sean incuestionables). Por ello se ha insistido en lo problemático que puede ser que la Corte se auto atribuya competencias y se ha resaltado la necesidad de regular detalladamente la institución de suspensión provisional de leyes. También se ha argumentado a favor de ejercer un control discursivo riguroso a las decisiones que adopta este tribunal.

La suspensión provisional de leyes es una institución polémica y que da lugar a muchos interrogantes. Algunos de los que quedan por responder son: ¿Cuál es la razón para cambiar un precedente pacífico que viene desde 1994? ¿Hay una argumentación suficiente de la Corte para justificar el cambio en el precedente?⁴⁸ ¿Por qué no se cambió el precedente cuando la contradicción normativa entre las leyes demandadas y la constitución era más apreciable?⁴⁹



Bibliografía

- BAYÓN, Juan Carlos. Democracia y derechos. Problemas de fundamentación del constitucionalismo, en: Betegón, J., Laporta San Miguel, F., Prieto Sanchís, L. & De Páramo Argüelles, J., Constitución y derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2004. 67 -138 pp.
- BERNAL PULIDO, Carlos. En torno a la legitimidad de la jurisdicción constitucional y la objetividad en el control de constitucionalidad de las leyes. [en línea] (Núm. 7, Año 1999: julio-diciembre). Departamento de Derecho Constitucional, 1999 [Fecha consulta: 15 de mayo 2023].
- CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 368 del 26 de agosto de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 518 del 19 de agosto de 2021. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.
- CORTE CONSTITUCIONAL. (2023). Comunicado 06/2023 sobre el Auto número 272 de 2023.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 del 05 de junio de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-113 del 25 de marzo de 1993. M.P. Jorge Arango Mejía.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-179 del 13 de abril de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 del 05 de febrero de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-836 del 09 de agosto de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-352 del 25 de mayo de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-141 del 26 de febrero de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-049 del 07 de febrero de 2012. M.P. Mauricio González Cuervo.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-153 del 5 de mayo de 2022. M.P. Diana Fajardo Rivera.

- CRUZ, David y OSPINA, Juan. Un análisis comparado sobre la suspensión provisional de normas objeto de control abstracto de constitucionalidad: entre la deferencia y la intervención. En Blog Revista Derecho del Estado, 14 de enero de 2022. Disponible en: <https://blogrevistaderechoestado.uexternado.edu.co/2022/01/14/un-analisis-comparado-sobre-la-suspension-provisional-de-normas-objeto-de-control-abstracto-de-constitucionalidad-entre-la-deferencia-y-la-intervencion/>
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997, en *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (Eds.), Siglo del Hombre, Bogotá, 2001, pp. 317-370.
- LANDAU, David. Constitucionalismo abusivo En *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 15-158.
- LEVISTKY, Steven y ZIBLATT, Daniel. *Cómo mueren las democracias*. Barcelona: Ariel. 2018.
- MALAGÓN PINZÓN, Miguel. La suspensión provisional y la Corte Constitucional. Raíces históricas, persistencias y transformaciones hasta el presente, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 13, (1), 2011, pp. 349-364.
- ROA ROA, Jorge Ernesto. Justicia constitucional, deliberación y democracia en Colombia: Jeremy Waldron reflexivo en Bogotá, En: *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 44, septiembre-diciembre de 2019, pp. 57-98. DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n44.04>



Efectos de la inclusión, modificación o supresión del pacto arbitral en los estatutos sociales

Daniel Pérez Merchán

Trabajo ganador del segundo puesto en el Concurso de ensayo
"Germán Cavelier" en la Universidad de Antioquia, 2023.





Sumario

Introducción

I. Naturaleza del arbitraje

II. Pacto arbitral en las sociedades reguladas por el Código de Comercio y en la sociedad por acciones simplificada

III. Efectos de interpretar el pacto arbitral como elemento accesorio o negocio jurídico independiente del contrato social

1. Efectos en los socios futuros
2. Efectos en los socios ausentes y disidentes
3. Efectos en los administradores sociales

Conclusiones

Bibliografía

Resumen

El arbitraje societario es un área en la que el ordenamiento jurídico colombiano evidencia faltas de regulación. Una de las controversias principales tiene que ver con los efectos que tienen los pactos arbitrales contenidos en los estatutos sociales para los actores que hacen parte de una sociedad. El propósito del presente artículo es explorar las distintas tesis que existen sobre el tema e indicar una posible solución.

Palabras clave: Arbitraje societario, estatutos sociales, socios ausentes, socios disidentes, socios futuros, administradores sociales, principio de voluntariedad, principio de autonomía, pacto arbitral.

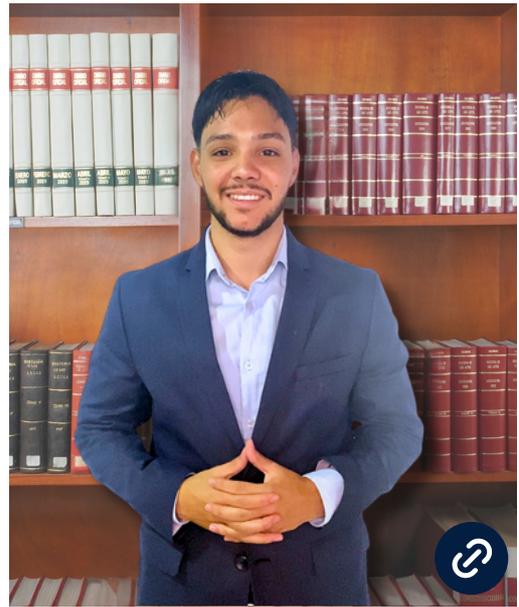
Abstract

Corporate arbitration is an area in which Colombian legal system has regulatory shortcomings. One of the main controversies that currently arises is regarding the effects of arbitration agreements contained in the articles of incorporation for the actors that are part of a society. The purpose of this article is to explore the different thesis that have been presented on this matter, and to adopt a position on them, finally indicating a possible solution to this regulatory problem.

Keywords: Corporate arbitration, articles of incorporation, absent shareholders, dissident shareholders, future shareholders, corporate directors, enabling principle, autonomy principle, arbitration agreement.

Introducción

El arbitraje societario ha generado numerosas discusiones en torno a los efectos de los pactos arbitrales incorporados en los estatutos de una sociedad. Este artículo pretende analizar las perspectivas que se presentan frente a las tensiones que provocan los principios que rigen al arbitraje y las reglas que gobiernan el contrato constitutivo de las sociedades comerciales, haciendo especial énfasis en las consecuencias que tienen los pactos arbitrales en socios futuros, socios disidentes o ausentes, y administradores.



La pertinencia de analizar este debate radica en la falta de regulación en el ordenamiento jurídico colombiano ante las situaciones donde se presentan controversias por los efectos que deben tener los convenios arbitrales en el contexto societario para los sujetos que directamente no consienten su inclusión, modificación o exclusión¹.

I. Naturaleza del arbitraje

La Constitución Política de Colombia de 1991, por medio del artículo 116, elevó a rango constitucional la figura del arbitraje², reconociendo esta institución como un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos, en la que se autoriza a particulares para que en condición de árbitros ejerzan jurisdicción y resuelvan las controversias para las que los habiliten las partes.

La naturaleza del arbitraje no ha sido una discusión pacífica doctrinariamente. Según la postura adoptada, se le atribuye un carácter jurisdiccional, contractual o mixto³. La tesis voluntarista sostiene que el ejercicio de la autonomía de la voluntad es el aspecto central del arbitraje, dado que, en principio, las partes interesadas son las que dotan de jurisdicción a los árbitros para que decidan sobre sus diferencias⁴. A su vez, se materializa, de conformidad con el artículo 58 de la Ley 1563⁵ que establece la facultad de pactar reglas de procedimiento, sin perjuicio al respeto de los derechos fundamentales y de las normas procesales como la imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción⁶.

Este razonamiento lo ha desarrollado la Corte Constitucional en distintas sentencias. Puntualmente, indica en la Sentencia C-014 de 2010 que:

El principio de la autonomía de la voluntad privada es el fundamento de los mecanismos alternativos de solución de conflicto. Si los sujetos de derecho, según las regulaciones legales, tienen la capacidad de gobernar sus derechos según les plazca, siéndoles posible adquirirlos, gozarlos, gravarlos, transferirlos, o extinguirlos, posible también les es acordar la solución de los conflictos que comprometen sus derechos subjetivos⁷.



Lo anterior se relaciona directamente con el principio de voluntariedad, que bajo el criterio de la Corte Constitucional en la sentencia SU-174 de 2007⁸, implica una manifestación positiva de la voluntad para acudir ante el foro arbitral, razón por la cual la habilitación no puede provenir de una imposición unilateral de otro sujeto⁹. En el mismo sentido, la Corte Constitucional en la sentencia C-330 de 2012 manifestó que “... tanto el compromiso como la cláusula compromisoria, al constituir una derogación excepcional del sistema estatal de administración de justicia, deben pactarse de manera libre y voluntaria, y no ser producto de la imposición unilateral de una de las partes”¹⁰. Este principio es reconocido como una característica constitucional del arbitraje, que debe evaluarse al momento de interpretar los efectos de los pactos arbitrales.



La segunda perspectiva sobre la naturaleza del arbitraje es la jurisdiccional o procesal. Desde este punto de vista, el aspecto cardinal del arbitraje es resolver controversias a través de laudos que cumplen con los mismos efectos de una sentencia emitida por un juez nacional¹¹. En este sentido, adquiere especial relevancia el hecho de que por medio del arbitraje se sustraiga de la justicia ordinaria un conflicto de libre disposición, para que particulares, investidos transitoriamente de facultades jurisdiccionales, ejerzan la función pública de administrar justicia¹². Ramiro Bejarano sustenta esta postura expresando que:

Ciertamente, a la luz del mandato no puede equipararse la labor y función de los árbitros, por cuanto el contenido del laudo no ejecuta instrucciones de las partes; tampoco hay punto de consideración con la prestación de servicios, pues en este no se tienen los poderes y facultades con las que se dota al árbitro para que adelante y concluya el proceso.

De manera que, a través de esta tesis, se realiza una comparación entre las funciones de los árbitros con la de los jueces, basada en los actos de autoridad que ambos ejercen, y las cuales son ajenas a la naturaleza de los contratos. Como resultado, esta tesis rechaza la noción de que el arbitraje tiene un carácter meramente contractual.

Asimismo, los militantes de esta tesis la defienden alegando que el arbitraje constituye un verdadero proceso judicial que, pese a sus elementos sui generis “garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aún, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros”¹³. Por lo que, en últimas, se considera que el aspecto esencial del arbitraje, por encima del acuerdo de voluntades que habilita a los árbitros, es su estructura eminentemente procesal y jurisdiccional, derivada de la autorización constitucional que se le da a los particulares para ejercer la función pública de administrar justicia transitoriamente.

La última tesis a comentar es la mixta, que combina los elementos principales de las posturas anteriores. Tanto la Corte Constitucional en la sentencia C-947

de 2014⁴; como la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SC6315 de 2017¹⁵ ratifican esta postura reconociendo que es la autonomía de la voluntad la que permite a los árbitros resolver los conflictos para los que se le habilitaron en el acuerdo arbitral, pero resaltando que sin la autorización constitucional y legal que otorga al arbitraje las características de un proceso ordinario, este carecería de eficacia y coercitividad¹⁶.

En virtud de la naturaleza mixta del arbitraje, tesis a la que se suscribirá el análisis del presente ensayo, deben tenerse en cuenta tanto las normas que rigen los actos de la voluntad privada, como aquellas que regulan los actos jurisdiccionales, para determinar el funcionamiento de esta institución en cada contexto jurídico particular¹⁷.

II. Pacto arbitral en las sociedades reguladas por el Código de Comercio y en la sociedad por acciones simplificada

El numeral 11 del artículo 110 del Código de Comercio señala que la sociedad comercial constituida mediante escritura pública deberá expresar si las diferencias que ocurran a los asociados entre sí o con la sociedad, será sometida ante la decisión de árbitros. El artículo 40 de la Ley 1258 transcribió el mismo texto normativo para las sociedades por acciones simplificadas. Atendiendo a la disposiciones normativas citadas, es razonable concluir que en los tipos societarios regulados por el Código de Comercio, y la Ley 1258, se permite la inclusión de pactos arbitrales para dirimir los conflictos surgidos en el escenario societario.



No obstante, cabe cuestionarse si la inclusión de una cláusula compromisoria en los estatutos de una sociedad implica que este acuerdo pasa a ser un elemento accesorio del contrato social y, por ende, a gobernarse bajo las reglas societarias de mayorías; o, si por el contrario, a pesar de la inclusión de la cláusula compromisoria en los estatutos, ello no es óbice para comprenderla como un contrato independiente y, por consiguiente, es deber interpretarlo exclusivamente por las normas y principios propios de la institución.

El contrato social es definido por el artículo 98 del Código de Comercio como el acuerdo de voluntades en el que dos o más personas se obligan a hacer

aportes, para repartirse las utilidades obtenidas. Es decir que, la constitución de una sociedad da ocasión al surgimiento de una persona jurídica diferente a los contratantes, que se gobernará por las disposiciones contenidas en sus estatutos.



No obstante, aunque la redacción de la norma sugiere que toda cláusula contenida en el contrato social es parte integral del mismo, doctrinantes como Gabino Pinzón han expresado que no todo lo que consta en el contrato social es propiamente un elemento sustancial o accesorio de este¹⁸. Esto ha llevado a que se distingan los negocios jurídicos contenidos en el contrato social, siempre que se considere que los mismos no son un componente dirigido a la constitución y regulación de la sociedad comercial:

El contrato de sociedad y el contrato de cláusula compromisoria son negocios jurídicos distintos e independientes entre sí. Autónomos, según se ha dicho. Con elementos esenciales que los hacen completamente diferenciables: por una parte, el contrato social es un contrato colectivo, de colaboración, que se encamina a la generación de beneficios como resultado del desarrollo de una empresa común; mientras la cláusula compromisoria es un contrato relativo mediante el cual las partes deciden someter a un arbitramento las diferencias que surgen con ocasión de un contrato, que bien en puede ser el contrato social¹⁹.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resolviendo la apelación de la sentencia del caso Rudy Kerckhaert vs. Metal Tek S.A. de la Superintendencia de Sociedades, profirió la sentencia hito donde se adopta esta postura. Se revocó la sentencia de primera instancia debido a que afirmó que el pacto arbitral modificado mediante asamblea de accionistas por votación mayoritaria era válido, en atención a que la cláusula compromisoria hallada en el contrato social, hacía parte del mismo y, por consiguiente, estaba sometido a reglas de mayorías²⁰. El Tribunal de Bogotá, consideró, de forma contraria, que la cláusula compromisoria es un contrato independiente del contrato social, razón por la cual la modificación debió ser aprobada por unanimidad²¹.

Jorge Hernán Gil critica la decisión del Tribunal, señalando que pese a lo interesante del criterio de contrato independiente, el artículo 110 del Código de Comercio confiere a la cláusula compromisoria la calidad de elemento integral del contrato social²². Lo anterior debido a que el fin de este artículo es regular el contrato social, cuyo contenido es denominado como estatutos sociales, y su redacción no distingue entre las cláusulas sustanciales o accesorias y las cláusulas secundarias del contrato, como si lo hacen otros ordenamientos jurídicos extranjeros²³.

Precisamente uno de los asuntos más controversiales es determinar si el pacto arbitral debe ser considerado un contrato independiente al contrato social, o, por el contrario, debe entenderse como una cláusula que forma parte de los estatutos.

Según Juan Pablo Cárdenas la autonomía arbitral, de conformidad al artículo 5 de la Ley 1563²⁴, implica que el pacto arbitral no se vea afectado por los actos o hechos que vicien la validez, existencia o vigencia del contrato principal que contiene el pacto arbitral²⁵. Este mismo criterio ha sido sostenido por la Corte Constitucional en la sentencia C-248 de 1999, donde analiza la constitucionalidad parcial del artículo 116 de la Ley 446, en la cual menciona que el artículo en cuestión consagra la autonomía de la cláusula compromisoria frente al contrato que la contiene. Lo anterior con el fin de zanjar la discusión frente a si la invalidez del contrato principal, provocaba concomitantemente la invalidez del pacto arbitral. De esta manera, la Corte afirmó que “En consecuencia, por obra de la resolución legislativa, la máxima jurídica que consagra que <lo accesorio sigue la suerte de lo principal> ya no sería aplicable a la cláusula compromisoria, por cuanto ésta ya no tendría un carácter accesorio”²⁶.

Pese a que el Tribunal de Bogotá sostuvo que el principio de autonomía es la razón por la que se debe considerar que los pactos arbitrales son ajenos a las reglas del contrato social, hay otro criterio que considera que la interpretación que se viene dando a la autonomía arbitral es errónea, dado que este principio no pretende que la cláusula compromisoria sea vista como un contrato ajeno al negocio jurídico que lo contiene, sino que “simplemente que las causas que puedan afectar la existencia y validez del contrato que incluye el pacto arbitral no necesariamente afectan este último”²⁷. Considero que esta última perspectiva es más idónea, teniendo de presente la redacción del artículo 5 de la Ley 1563, y debido a que reconoce que los pactos arbitrales no pueden abstraerse del contrato que los contiene a tal punto de ser ajenos a estos en su totalidad.

III. Efectos de interpretar el pacto arbitral como elemento accesorio o negocio jurídico independiente del contrato social

1. Efectos en los socios futuros

Las relaciones de comercio contemporáneas facilitan la circulación de los bienes en los distintos sectores del mercado. En el contexto societario, existen situaciones esenciales que permiten el ingreso de un nuevo socio a la compañía, estos son, a saber: a) la compraventa o cesión de acciones; b) la adjudicación de acciones vía sucesión; y c) cuando un tercero suscribe capital en la sociedad y pasa a ser un nuevo accionista²⁸.



Frente a estas situaciones donde entra un nuevo socio a la compañía, por cualesquiera de los diferentes medios descritos, cabe preguntarse qué sucede si previamente se había incluido una cláusula compromisoria en los estatutos de la sociedad. Este es uno de los asuntos de los que se ocupa la Corte Constitucional en la sentencia C-014 de 2014 donde expresa que las personas tienen derecho a la libertad de asociación y, por ende, depende de su voluntad el decidir si se convierten en socios de una compañía. En tal medida, en ejercicio de ese derecho, también podrán evaluar libremente si desean ser partícipes de una sociedad que tiene establecida una cláusula compromisoria, y en el supuesto de que sí, pueden ingresar a la sociedad, quedando cobijados por el pacto; o, si por el contrario, no aceptan la cláusula, pueden decidir no asociarse con la compañía²⁹.

La Superintendencia de Sociedades sostuvo durante unos años una postura contraria a esta interpretación. En el Oficio 220-20029 del 2017 señaló que la adquisición de la calidad de socio de una compañía, no implica la adhesión automática de la cláusula compromisoria pactada en la sociedad, ya que es necesario el consentimiento expreso para vincularlo al pacto arbitral³⁰. Asimismo, se observa esta posición en auto del caso de María Victoria Solarte Daza vs. CSS Constructores S.A., y otros, en el cual la Delegatura negó el recurso mencionando que no se puede pretender obligar a la demandante acogerse a la cláusula compromisoria establecida en los estatutos, cuando esta obtuvo sus títulos accionarios en un proceso sucesoral³¹.

No obstante, en el último tiempo, la Superintendencia ha variado su posición. En el auto del caso de Alfredo Carrizosa Gómez y otros vs. Estudios Técnicos y Asesorías S.A., expresó que si bien se observa que una de las accionistas adquirió sus acciones mediante una compraventa y no participó del proceso

de inclusión de la cláusula compromisoria, la accionista aceptó las normas que rigen las relaciones internas de la sociedad, es decir, los estatutos, al adquirir su calidad de socia, por lo que se ve ligada a la cláusula compromisoria que ya se encontraba incorporada³².

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y la Corte Suprema de Justicia también han seguido esta línea. Por un lado, el Tribunal de Bogotá en la sentencia del 19 de marzo de 2021 indicó que la cláusula compromisoria contenida en el contrato social es oponible a los socios que hubieran adquirido su calidad después de su inclusión, entendiéndose que al perfeccionar el contrato mediante el cual se volvió socio, consintió su adhesión a la cláusula compromisoria³³. Por el otro lado, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SC1857 del 18 de febrero de 2016 mencionó que el artículo 5 de la Ley 1563 dispuso que las cesiones de los contratos comportan la cesión de la cláusula compromisoria, y que en razón a esto, si una persona recibe sus acciones de un proceso sucesoral, se encuentra en las mismas condiciones del causante, incluyendo su adhesión al pacto arbitral contenido en los estatutos sociales³⁴.

Personalmente, celebro la actual posición judicial sobre este asunto. La tesis contraria, en criterio propio, tendría efectos negativos en la circulación de acciones en el mercado. Cuando los accionistas primigenios de una sociedad deciden en conjunto que las controversias generadas en la sociedad se resuelvan mediante un tribunal de arbitraje, se ve afectada esta decisión si hay un cambio de titular en alguna de las acciones, puesto que comprometería la posibilidad de acudir a arbitraje por la falta de consentimiento de este nuevo socio. En tal sentido, los socios primigenios tienen una salvaguarda cuando establecen este tipo de cláusulas para gobernar las relaciones de la sociedad, por lo que, se reitera, se estima como la posición adecuada.



2. Efectos en los socios ausentes y disidentes

Antes de abordar el tema de este apartado, es importante mencionar que se enfocará en las sociedades reguladas por el Código de Comercio, ya que la Ley 1258 establece una norma especial en su artículo 41. Esta norma impone que la inclusión, modificación o supresión de una cláusula compromisoria solo podrá realizarse con la aprobación del ciento por ciento de las acciones suscritas en una sociedad por acciones simplificada. Contrario a lo anterior, el Código de Comercio no trae regulación de este aspecto para los tipos societarios regulados en esta normativa. Es esta la causa por la que han surgido varias de las discusiones que se han desarrollado en el presente escrito, con el fin de determinar las reglas que aplican a los pactos arbitrales en los contextos societarios.

En un primer momento, la Superintendencia de Sociedades mediante la sentencia del 7 de junio de 2012 del caso Rudy Kerckhaert contra Metal Tek S.A., sostuvo que en las sociedades anónimas se requería el voto de la mayoría de los accionistas para que la decisión de modificar un pacto arbitral tuviera efecto sobre los ausentes y disidentes de la votación³⁵. No obstante, en segunda instancia, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá revocó la decisión haciendo referencia a la tesis contraria. El Tribunal indicó que la decisión social era absolutamente nula en vista de que era necesario la aprobación de la totalidad de votos de los accionistas para modificar la cláusula compromisoria, dado que este al ser un contrato autónomo, no se encuentra sometido a las reglas de mayorías estatutarias, y consecuentemente era menester la unanimidad de la asamblea de accionistas³⁶.

A partir de esta sentencia la Superintendencia ha seguido esta tesis en sus providencias³⁷. Sin embargo, esta ha sido objeto de constantes críticas, al grado de que actualmente está en curso un proyecto de ley con el fin de positivizar esta situación brindándole una solución distinta a la planteada por la Superintendencia y el Tribunal³⁸.

“El Tribunal indicó que la decisión social era absolutamente nula en vista de que era necesario la aprobación de la totalidad de votos de los accionistas para modificar la cláusula compromisoria (...)”



Por un lado, se ha dicho que esta postura desconoce el contenido del principio de autonomía del pacto arbitral, el cual es determinar “la validez del pacto arbitral con independencia de los requisitos de validez y existencia del contrato que la contiene y evitar que un defecto en el contrato permee o afecte la decisión de someter las disputas a la justicia arbitral”³⁹. Y no, como se pretende sugerir, que tanto el pacto arbitral, como el negocio jurídico que lo contiene, sean contratos totalmente independientes.

Del mismo modo se ha criticado esta tesis considerando las apreciaciones realizadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-014 de 2010, donde indicó que las cláusulas compromisorias incluidas en sociedades reguladas por el Código de Comercio se someten al principio de mayorías societarias⁴⁰. A lo anterior, Néstor Humberto Martínez, quien defiende la tesis del Tribunal y la Superintendencia, se ha referido expresando que la Corte en esta sentencia se encuentra analizando el artículo 41 de la Ley 1258, razón por la que solo frente a este asunto su decisión es precedente vinculante⁴¹. Si bien lo dicho es cierto, puesto que lo mencionado por la Corte no es ratio decidendi de la sentencia, si es un criterio de interpretación de considerable influencia para conocer la intención de las normas.

Por último, se dice que esta tesis desconoce la importancia del área societaria y el tráfico mercantil, donde adquiere vital relevancia la existencia de reglas claras para gobernar las relaciones entre socios que se unen persiguiendo un ánimo de lucro. Puntualmente, en este escenario, el aspecto de determinar el foro donde se resolverán los conflictos de la sociedad se vuelve esencial para el funcionamiento de la misma⁴².

Estimo acertadas las posiciones críticas frente a la expuesta por el Tribunal de Bogotá y la Superintendencia de Sociedades, las cuales aplican de una forma restrictiva los principios del arbitraje, e ignoran en su totalidad las consecuencias derivadas de esta tesis, así como las necesidades particulares del contexto societario. En tal sentido, aunque valoro que actualmente la normatividad permite la inclusión, modificación y supresión de pactos arbitrales mediante mayorías en las sociedades reguladas por el Código de Comercio, aplaudo el que se procure una solución legislativa a la disputa mediante la propuesta de un proyecto de ley.

3. Efectos en los administradores sociales

A la luz de la relación contractual que tienen los administradores con la sociedad, se discute la eficacia de la extensión del pacto arbitral incorporado en el contrato social, especialmente en lo que respecta a la necesidad de contar con el consentimiento previo de los administradores para hacerles oponible la cláusula compromisoria. Sobre este aspecto se han desarrollado tres posturas: a) La cláusula compromisoria no aplica a los administradores; b) Aplica según la redacción de la cláusula compromisoria; c) Los administradores por ser órganos sociales se les extiende la cláusula compromisoria⁴³.

La primera tesis resulta de afirmar que los administradores no son parte del contrato social, debido a que su condición es la de terceros vinculados a la sociedad por una relación de mandato⁴⁴. La Superintendencia de Sociedades en el caso Pollos Plus C.I. S.A., resolvió un recurso de reposición que buscaba que se declarara la no competencia de la Delegatura en virtud a la existencia de un pacto arbitral. La Delegatura afirmó su competencia arguyendo que no se evidenciaba que el administrador hubiera consentido el pacto arbitral. A pesar de que se alegó que el accionista era administrador, y que al haber consentido como accionista, también lo estaba haciendo como administrador, la Delegatura decidió no reponer considerando que la cláusula no expresaba en su redacción los conflictos suscitados con los administradores, y que el hecho de que este haya aceptado como accionista, no supone que lo haya hecho como administrador⁴⁵.

“A la luz de la relación contractual que tienen los administradores con la sociedad, se discute la eficacia de la extensión del pacto arbitral incorporado en el contrato social (...)”

La segunda tesis señala que dependiendo de la redacción de la cláusula compromisoria, se puede cobijar a los administradores dentro de la misma y, por lo tanto, vincularlos al pacto arbitral. De manera que, cuando la cláusula menciona expresamente que los conflictos entre los asociados, los administradores y la sociedad serán sometidos ante la decisión de árbitros, se concluye que el administrador se ve vinculado al pacto⁴⁶. Esta postura encuentra su razón en que exista desde un inicio voluntad de arbitrar los conflictos que surjan con los administradores, y este se manifieste con su consagración directa.

Finalmente, la tercera tesis, que en mi opinión es la más acertada, es la teoría organicista. Según esta teoría, los administradores cuando aceptan su cargo pasan a ser parte integral de la compañía al convertirse en un órgano social de la misma. La Corte Constitucional en la sentencia C-621 de 2003 discutiendo la constitucionalidad de los artículos 164⁴⁷ y 442⁴⁸ del Código de Comercio, se refiere a los administradores de las sociedades como órganos sociales⁴⁹. La consecuencia de esta circunstancia es que los administradores son vinculados a los pactos arbitrales que tenga estipulada la sociedad en sus estatutos por considerarse que actúan en representación de la compañía en virtud a su contrato, y que por ende, estos no pueden negarse al pacto arbitral arguyendo su no consentimiento⁵⁰.

En virtud de la precitada tesis, los administradores quedan sometidos a los estatutos para el desarrollo de sus funciones y, en tal sentido, se encuentran obligados ante los mismos. Esta teoría es la más acorde al arbitraje societario, puesto que tendría que "... un representante legal acepte el cargo de administrador y simultáneamente excluya su obligación de cumplir y hacer cumplir los estatutos, siendo ésta, precisamente, su principal obligación"⁵¹.

Corolario de lo dicho, se considera que la tesis más correcta es la teoría organicista. Siempre que los socios de una compañía incluyan, modifiquen o supriman un pacto arbitral en sus estatutos, los administradores van a estar vinculados a estas decisiones. De ahí que, resulta necesario, que el administrador, al negociar con la sociedad su cargo, tenga de presente la existencia de una cláusula compromisoria y sus condiciones. De igual manera, de tener conocimiento de la inclusión, modificación o supresión de una cláusula compromisoria en la compañía, debe reevaluar el contrato que los relaciona y las prerrogativas que le genera este cambio de circunstancias, para efectos de determinar la pertinencia de su cargo, y así evitar eventuales problemas de agencia entre administradores y socios.



Conclusiones

A lo largo del presente artículo se relacionó las distintas tesis que se han discutido doctrinaria y jurisprudencialmente sobre los efectos que tienen los pactos arbitrales en el contexto societario. Como se ha constatado, este tema no es pacífico y muchos de los debates expuestos actualmente no tienen una solución consolidada. En cada uno de los capítulos donde se plantearon las tesis, se realizaron comentarios destacando que posición se consideraba la más acertada. Así, se ha observado que el problema central se encuentra en determinar si los pactos arbitrales se deben apegar a las reglas societarias cuando se pretende incorporar estos a los estatutos sociales. De la tesis que se adopte se derivaran unos efectos u otros, dado que, por un lado, el consentimiento tendrá que ser expreso en todos los socios, y, por el otro lado, el consentimiento devendrá de las relaciones jurídicas que haya entre todos los sujetos involucrados en una sociedad.



En mi opinión, el arbitraje, como mecanismo de resolución de conflictos, debe adecuarse al escenario societario, por ser este una herramienta esencial para que los socios determinen un foro común para solucionar sus controversias, con las ventajas que trae la institución del arbitraje. La tesis contraria conlleva necesariamente a que continuamente se presenten trabas para acudir ante los tribunales arbitrales o, incluso, a que exista una bifurcación en las relaciones de asociados. Se puede presentar que algunos tengan suscrito pactos arbitrales para solucionar sus controversias, y otros busquen acudir al juez natural, convirtiendo así la cláusula compromisoria en una especie de pacto parasocial que solo vincule a algunos socios. Sin embargo, lo anterior no es deseable si se tiene en cuenta que gran parte de las discusiones judiciales que se presentan en las sociedades, vincula a todos los que participan en la misma.

En tal sentido, el Proyecto de Ley 009 de 2021 que se encuentra a la fecha de este escrito pendiente de rendir ponencia para segundo debate en Senado, aspira a que el ordenamiento jurídico colombiano se adecue a las tendencias actuales frente a este tópico⁵². El artículo 1 en su parágrafo 2° desarrolla cada uno de los puntos en discusión⁵³.

En primer lugar, se establece que el convenio arbitral vinculará a los asociados actuales y futuros, por lo que, en lo respectivo a la disputa frente a si es necesario que los socios futuros vuelvan a consentir el pacto, acertadamente el proyecto se decanta a su negativa. Los socios futuros en ejercicio libre de su derecho de asociación determinan si se vinculan a una sociedad donde se encuentra pactada una cláusula compromisoria.

En segundo lugar, el articulado del proyecto de ley se inclina a la posición de que para incluir, modificar o suprimir un pacto arbitral de los estatutos basta con la decisión de la mayoría de la totalidad de las acciones, pero adopta la postura de mayoría cualificada, estableciendo como mínimo el voto del 78% capital suscrito. A su vez, establece una salvaguarda para los disidentes, en vista de que les permite que hasta en los dos meses siguientes a la inscripción de la reforma, ejerzan las acciones judiciales que pensaban incoar antes de la decisión social. Así se evita que sean utilizadas estas modificaciones estatutarias para obstaculizar las acciones que pretendían ejercer los asociados y de las cuales ya tenían conocimiento el resto de socios.

Por último, en tercer lugar, se vincula a los administradores en los convenios arbitrales, dándoles la facultad de oponerse a ser adheridos si en su administración se está decidiendo la modificación, inclusión o supresión del pacto arbitral. En este último punto, considero que se podrían presentar problemas de agencia entre accionistas y administradores, en la medida que se podrían contraponer los intereses de ambos cuando unos desean que los conflictos se ventilen por medio de árbitros y los otros por los jueces naturales.

En conclusión, este articulado trae al ordenamiento jurídico colombiano varios aciertos que permitirán que desarrolle en mejor medida los conflictos de arbitraje societarios, permitiendo que estas dos áreas converjan y se complementen mutuamente.

“(...) el convenio arbitral vinculará a los asociados actuales y futuros, por lo que, en lo respectivo a la disputa frente a si es necesario que los socios futuros vuelvan a consentir el pacto”

Bibliografía

- CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo, El principio de la autonomía del contrato de arbitraje o pacto arbitral. El contrato de arbitraje. Bogotá, Universidad Colegio Mayor del Rosario: Legis. 2005.
- CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. La extensión del pacto arbitral en materia de sociedades, la desestimación de la personalidad jurídica y el arbitraje. En: Lecciones de arbitraje en derecho societario. Superintendencia de Sociedades. 2021.
- CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. Módulo arbitraje nacional e internacional. Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio. 2019.
- CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 11 de octubre de 2021. Radicado: 13001233100020050167001. M.P. Fredy Ibarra Martínez.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-014 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-248 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-330 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-330 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-621 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-947 de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-174 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia SC6315 del 9 de mayo de 2017. M.P. Margarita Cabello Blanco.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil. Sentencia SC1857 del 18 de febrero de 2016. M.P. Álvaro Fernando García.
- GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. Régimen arbitral colombiano: parte general. Tomo I. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. 2017.
- LIÉVANO, Juan Pablo. La reforma del Estatuto Arbitral y la normatividad expresa de la cláusula compromisoria en el derecho societario. En: Lecciones de arbitraje en derecho societario. Cámara de Comercio de Bogotá. 2021.
- MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto. Cátedra de derecho contractual societario. Regulación comercial y bursátil de los actos y contratos societarios. Segunda edición. Bogotá: Legis. 2014.

- PAZ RUSSI, Carlos Alberto. Análisis al proceso arbitral. Ley 1563 de 2012. Segunda edición. Cali, Colombia: Editorial Bonaventuriana. 2015.
- PÉREZ SOLANO, Jimmy Antony. El concepto y la naturaleza del arbitraje comercial en el ordenamiento jurídico colombiano. Justicia. No. 32. 2017.
- PINZÓN, Gabino. Sociedades comerciales, vol. 1. Teoría general. 1986.
- POSSE VELÁSQUEZ, Daniel. El pacto arbitral societario: la tesis de la Superintendencia debe morir. Cámara de Comercio de Bogotá, Arbitrio. 2019.
- RUIZ OREJUELA, Wilson. Proyecto 009. Por medio del cual se modifica la Ley 1563 de 2012, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. 20 de julio de 2021. Disponible en:
<https://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/cuatrenio-2018-2022/2021-2022/article/9-mediante-el-cual-se-modifica-la-ley-1563-de-2012-estatuto-de-arbitraje-nacional-e-internacional-estatuto-de-arbitraje>
- SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Auto No. 2019-01-040728 del proceso No. 2017-800-00444 de Alfredo Carrizosa Gómez y otros contra Estudios Técnicos y Asesorías (ETA) S.A. 22 de febrero de 2019.
- SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Auto No. 800-10498 del proceso No. 2015-800-14 de María Victoria Solarte Daza contra CSS Constructores S.A. y otros. 10 de agosto de 2015.
- SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Auto No. 800-6687 del proceso de Oceanis Global Investments LLC y Step Group Corp. contra Solla S.A. 2 de mayo de 2016.
- SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-20029 del 11 de septiembre de 2017.
- SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Sentencia de primera instancia proceso de Rudy Kerckhaert vs Metal Tek S.A. 7 de junio de 2012.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ. Sala Civil de Decisión. Sentencia del 5 de diciembre de 2012. Radicación: 11001319900120117049501. M.P. Lina Aida Lizarazo.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ. Sala de Decisión Civil. Sentencia del 19 de marzo de 2021. Radicado: 11001319900220180038002. M.P. Martha Isabel García Serrano.
- URIBE LOZADA, Nicolás. El régimen general de responsabilidad civil de los administradores de sociedades y su aseguramiento. Pontificia Universidad Javeriana, Ibáñez. 2013.
- VALENCIA CORREA, Camila; IBARRA IBARRA, Gustavo y ARTETA CABALLERO, Pablo. La aplicación de la cláusula compromisoria a los conflictos con administradores sociales. Universitas, vol. 71. 2022.



Desaparición del territorio y el aumento del nivel del mar

Gabriel Andrés Concha Botero

Trabajo ganador del Concurso de ensayo "Germán Cavelier" en la Universidad del Rosario, 2023.





Sumario

Introducción

I. Requisitos de la existencia del Estado

1. Territorio
2. Población permanente

II. Pérdida de territorio

1. Desaparición total del Estado
2. Desaparición parcial

III. Posibles soluciones

1. Continuidad del Estado alternativo del territorio
2. Continuidad del Estado del exilio
3. Extinción
4. Figuras *sui generis*

IV. Atribución de la responsabilidad

Bibliografía

Resumen

El aumento del nivel del mar es un hecho inevitable que lleva a la desaparición del territorio de algunos Estados. ¿Qué consecuencias de derecho internacional en materia de soberanía y continuidad surgen a partir del aumento del nivel del mar y la desaparición del territorio? El autor considera que, para comprender esta situación, se debe mirar al territorio como un elemento fundamental de la estatidad. Su pérdida implica el fin del Estado. Con el aumento del nivel del mar se generan pérdidas totales o parciales de los Estados que hacen necesario repensar regulaciones, como, por ejemplo, las contenidas en la CONVEMAR. En este trabajo se analizan cuatro posibles soluciones para controvertir el aumento de las aguas.

Palabras clave: Estadidad, Territorio, Inhabitabilidad, Insostenibilidad, Extinción, Aumento del nivel de mar.

Abstract

The rise in sea level is an inevitable fact that will lead to the disappearance of the territory of some States. What international law consequences regarding sovereignty and continuity arise from the rise in sea level and the disappearance of territory? To grasp this situation, territory must be recognized as a fundamental element of statehood. Its loss would signify the demise of the State. With the rise in sea level, there will be total or partial losses of States, which necessitates rethinking regulations such as those contained in the UNCLOS (United Nations Convention on the Law of the Sea). This paper analyzes four possible solutions to counter the rising waters.

Keywords: Statehood, Territory, Inhabitability, Unsustainability, Extinction, Rising sea level.

Introducción

En los años recientes el cambio climático ha sido uno de los mayores retos en los círculos políticos y científicos. Si bien existen posturas negacionistas o que disuadan responsabilidades, la realidad es que estamos ante un punto de no retorno. El aumento del nivel del mar es innegable. Aunque el aumento de temperatura global no es de forma pareja, las proyecciones a futuro sobre el clima dependen de muchos factores. Por ejemplo, las emisiones de gases de efecto



invernadero, el derretimiento de los polos y la salinidad, son elementos que se tienen en cuenta al momento de hacer predicciones. No obstante, considerando las peores y mejores posibilidades, según la NOAA¹, se calcula que el aumento del nivel del mar oscila entre 0.3 a 3.7 metros para el año 2100. Independientemente de la diferencia, para propósito de este artículo, el escenario que nos encontramos es que en el corto y mediano plazo no se podrá detener el aumento del nivel del mar, solo desacelerar. Con ello, vendrá la desaparición de la tierra y sus respectivas consecuencias. Entre ellas, y la más relevante para este escrito, la cuestión sobre qué va a suceder con la personalidad de los Estados cuyo territorio quede sumergido bajo el agua.

La comunidad internacional no ha sido del todo negligente al momento de abordar esta situación. Pues bien, en materia de derechos humanos, los Principios Deng² abordan las consecuencias del desplazamiento por desastres naturales. Empero, basta con remitirse a la última sesión de la Comisión de Derecho Internacional sobre “el aumento del nivel del mar en relación con el derecho internacional.” En su informe de 2022, el Capítulo IX manifestó que:

...no se trata de una cuestión sobre la que la Comisión pueda extraer una conclusión específica, dado que su papel debe limitarse a esbozar los problemas jurídicos pertinentes derivados de la situación de la subida del nivel del mar, en lugar de adoptar nuevas medidas para aportar soluciones concretas³.

A pesar de que las principales instituciones de derecho internacional posponen el tema, el mar no pospone su crecimiento. Ciertos países, principalmente en el Pacífico, ven amenazada su existencia. Lamentablemente, el lobby de estas pequeñas naciones se ha visto limitado. No obstante, cuando las costas de Florida desaparezcan y los Países Bajos se inunden sin que sus barreras puedan contener el agua, el tema dejará de ser

menospreciado. Precisamente el objetivo de este escrito es realizar lo que pocas veces hace el derecho: adelantarse a una realidad no regulada. Esta problemática requiere solución por el mismo principio de que no se puede dejar que un Estado se pierda, o que si se pierde se tengan las herramientas para afrontarlo.

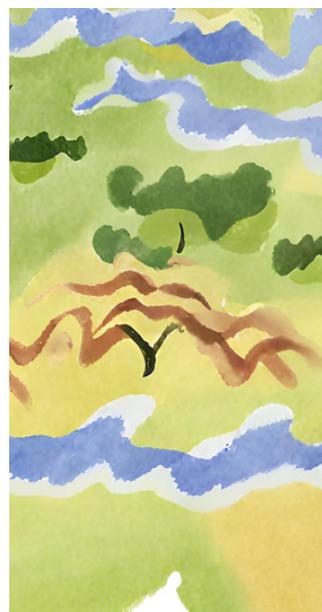
Para abordar dicha cuestión, primero se realizará un análisis de los requisitos de estadidad o “statehood”. Posteriormente, se propone estudiar los distintos escenarios de desaparición del territorio de un Estado y las posibles respuestas en casos comparados. Finalmente, se considerarán las posiciones actuales y posibles soluciones.

I. Requisitos de existencia del Estado

Los principales, mas no los únicos, sujetos de derecho internacional son los Estados. Aunque no existe un criterio universal, la Convención de Montevideo sobre Derechos y Obligaciones de los Estados de 1933⁴ contiene quizás la definición más aceptada de Estado. Los requisitos no son más que (i) población permanente, (ii) territorio determinado, (iii) gobierno y (iv) capacidad de entrar a relaciones con otros Estados. La Convención, aunque solo aplica a los Estados americanos parte, ha alcanzado un grado de aceptación global⁵. Aunque no es la única definición de estado que existe, es ampliamente aceptada. Tales elementos permiten determinar la estadidad o Statehood.

1. Territorio

Inclusive, si se consideraran otras definiciones de Statehood, todas tienen en común el elemento del territorio, o al menos, el ejercicio de un poder soberano sobre un territorio. Para Shaw (2021) sin territorio, una persona no puede ser un Estado⁶. A pesar de dejar un tentativo universo de posibilidades sobre personas sui generis, automáticamente la falta de territorio tacha la estadidad. Históricamente, todos los conflictos relativos al territorio se han tratado por disputas sobre un territorio existente, no uno inexistente. Inclusive, tratándose de diferendos de delimitación marítima, se ha llegado a diferenciar el territorio de aquellos derechos sobre un área (como lo es la zona económica exclusiva) que son considerados per se un territorio.



Según Arévalo (2020) el territorio se entiende como una manifestación física del Estado que debe estar habitable⁷. En la Doctrina, al momento de referirse al territorio se incluyen sus dimensiones de tierra, espacio aéreo y espacios marítimos. No obstante, al momento de analizar la definición, la condición sine qua non de un territorio no es otra que su vocación de habitabilidad. Así, ni el espacio aéreo, ni el espacio marítimo son capaces de sostener la vida humana. En consecuencia, la superficie terrestre en tierra firme⁸ es lo que al fin de cuentas constituye territorio, mientras que las demás dimensiones son accesorias. Adicionalmente, es pertinente resaltar que no constituye territorio aquello que es entendido como res communis tal y como es el caso del alta mar.

2. Población permanente

La vocación de una población permanente es otro de los elementos que son ampliamente aceptados como aquellos necesarios para constituir un Estado. No existe ninguna regla que imponga unos mínimos. De hecho, existen varios países isleños, como Nauru⁹ cuya población no supera los 15.000 habitantes. A pesar de ello, su tamaño permite la habitabilidad y la permanencia. La interdependencia de una población y su territorio radica fundamentalmente en la capacidad de la primera de permanecer en la segunda. En ese sentido, si un territorio no es habitable o capaz de sostener una población de manera permanente, no se puede entender como un Estado. Un claro ejemplo es la Antártida. Aunque varias naciones tienen reclamos territoriales, la imposibilidad de sostener vida humana de manera permanente hace imposible que se genere una de las condiciones de la Estadidad. Si bien cuenta con bases científicas permanentes, su población cambia constantemente y no existe una identidad nacional. A la fecha, solo se han conocido doce nacimientos de personas en la región¹⁰. Si bien varios estados mantienen reclamaciones territoriales sobre la Antártida, no es posible considerar que satisface los requisitos de la Convención de Montevideo. En efecto, el Tratado Antártico rige la zona como patrimonio común de la humanidad¹¹.



II. Pérdida del territorio

Habiendo distinguido los criterios esenciales, debemos referirnos al quid del asunto: la desaparición del territorio. En particular, se deben abordar, primeramente, el concepto romano del territorio y la pérdida de este, para posteriormente tratar la pérdida parcial y total. Al respecto, el derecho internacional moderno se refiere al territorio y sus modos de adquisición en el derecho romano y continental. La evolución de este sistema se ha visto en los códigos franceses y latinoamericanos. Quizás los lectores sean más familiares con las figuras de accesión, ocupación e incluso el aluvión. Sin embargo, la institución de la inundación es pocas veces tratada en los comentaristas modernos. La inundación se entiende como el crecimiento de las aguas sobre un terreno. En el derecho privado, la cuestión se torna sobre a quién le pertenece el terreno luego de la inundación. Para Justiniano, “una inundación, en efecto, no cambia la naturaleza del fundo, y por eso, al retirarse el agua, dicho fundo continúa perteneciendo a su propietario¹²”. Las Siete Partidas¹³ se refieren a la pérdida de tenencia en el momento en que las aguas cubren el terreno. Los Códigos Latinoamericanos¹⁴, por su parte, contienen una referencia muy particular a la pérdida de propiedad y la restitución por la inundación. Son las primeras aproximaciones a la inundación permanente que impide ejercer el derecho de dominio. Particularmente, los comentaristas del Código Civil Colombiano¹⁵ consideran el escenario donde la inundación se vuelve permanente. Aunque nadie discute que cuando se retiren las aguas los dueños pueden volver a las tierras por la misma accesión al aluvión, en caso de que las aguas no se retiren estas habrán quedado sin dueño, o mejor, carrera la suerte del resto de los lechos ribereños.

En ese sentido, considerando los orígenes romanos de los conceptos de derecho internacional, es plausible aplicar una especie de analogía con la pérdida de territorio con el derecho civil. Cobra más relevancia esta aproximación al considerar lo que ha dicho Rayfuse:

International law does not yet apprehend a process of dissolution in the context of the total inhabitability or actual physical disappearance of a state's territory and no rule exist to determine whether, and if so when, a state ceases to exist by virtue of the actual physical disappearance of its population or its territory¹⁶.

1. Desaparición total del Estado

Como se expuso anteriormente, las predicciones científicas muestran un aumento significativo a tal punto de desaparecer las principales ciudades costeras del mundo¹⁷. Es más, considerando un aumento a corto plazo de 3 metros, al menos cuatro Estados quedarían completamente sumergidos.

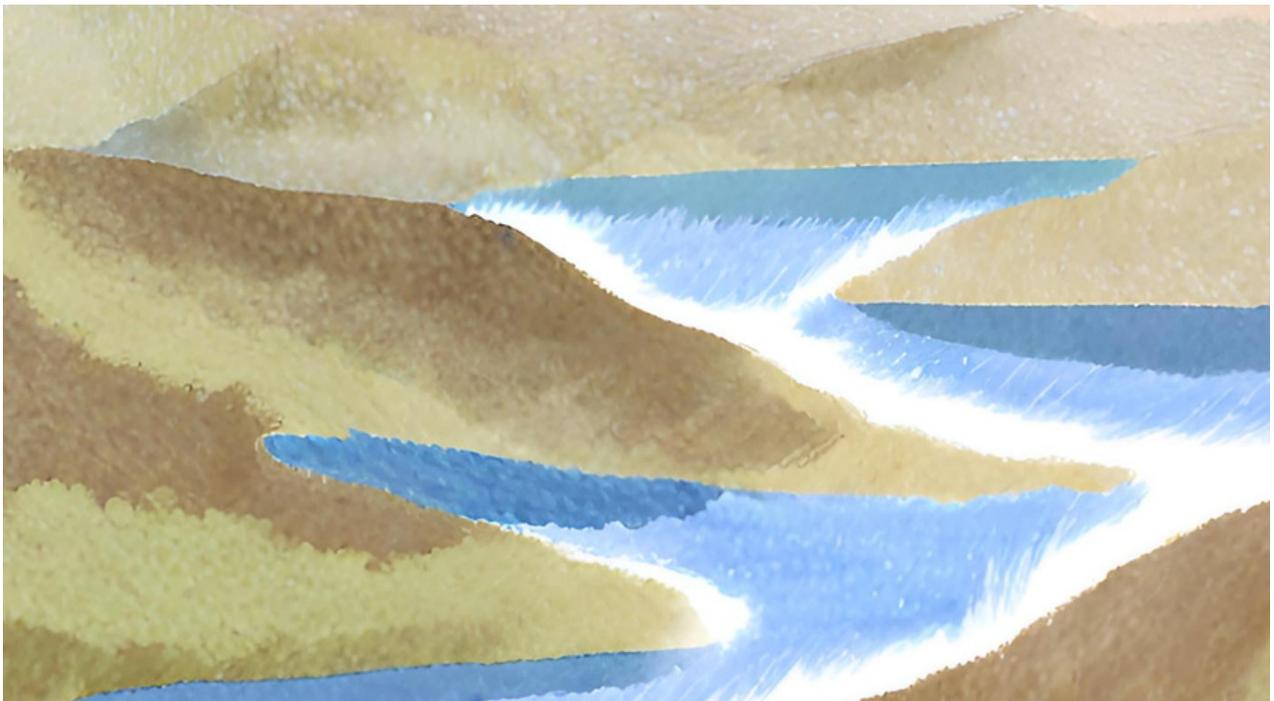
Aunque exista un menosprecio respecto a la desaparición de un Estado con resto a la infinidad de la historia, el simple hecho de poner en peligro una entidad estatal es un acto sumamente grave para la comunidad internacional. A la fecha, la desaparición física de un Estado es un hecho sin precedentes. La desaparición de Estados la Unión Soviética obedeció a cambios políticos sobre un territorio. Otra

Maldivas	1.5 m
Tuvalu ¹⁸	1.8 m
Kiribati ¹⁹	2 m
Islas Marshall ²⁰	2 m

distinción por resaltar es respecto a los desastres naturales. Como ejemplo, la explosión volcánica en Monserrat²¹, un territorio ultramar británico devastó la capital de la isla. La tragedia obligó la reubicación de la población. Sin mérito de desprestigiar la gravedad de los acontecimientos, la isla siguió siendo habitable y no se expuso a la destrucción total. Entonces, la lección es que, por más trágico que pueda ser un desastre natural, mientras sea posible la recuperación del territorio no se puede hablar de que ha desaparecido el requisito de estadidad.

Varias naciones conscientes de su futuro han buscado de diversas maneras proteger su integridad. Tuvalu por su lado ha implementado un programa de virtualización de su Estado a partir de la creación de un espacio en el metaverso idéntico a la isla²². No obstante, cargar el país en la nube no bastaría para que continúe existiendo como Estado. Además, abriría un rango de posibilidades a considerar como, por ejemplo, que todos los sitios web que cuenten con una especie de “mundo” y gobierno puedan de cierto modo entrar a ser sujetos de derecho internacional. Otras alternativas legales incluyen la opinión consultiva planteada por Vanuatu. Dicho país ha realizado una fuerte campaña ante la Asamblea General de la ONU a fin de elevar a la Corte Internacional de Justicia CIJ. La Resolución A/77/L.58 aprobada por la Asamblea General el 29 de marzo de 2023²³ pretende en términos generales que la Corte se pronuncie sobre la responsabilidad de los Estados en materia de cambio climático. Igualmente, en diciembre de 2022, se presentó otra Opinión Consultiva al Tribunal Internacional del Mar respecto a las obligaciones de la CONVEMAR en materia ambiental. Independientemente de las respuestas, aún esperadas para la fecha de este

artículo, pareciera un hecho que son pocas las soluciones existentes para los países a punto de desaparecer. Más aún cuando ambas opiniones consultivas se limitan a las obligaciones de cuidado y no sobre los efectos. Tratar de proteger el territorio legalmente, cuando las mismas instituciones del derecho reconocen y reafirman el aluvión y la inundación, presenta una posición irreconciliable.



Quizás la única situación comparable a la desaparición del Estado puede ser aquella de la Ciudad Libre de Danzig. Si bien no se trató de una destrucción física de su territorio, este Estado enfrentó la pérdida de su condición de sujeto de derecho internacional. En la Opinión Consultiva del 26 de agosto de 1930 la Corte Permanente de Arbitraje consideró el estatus de la Ciudad Libre de Danzig como miembro en la OIT. Danzig fue el resultado de la negociación entre guerras según la cual se constituyó a partir del Tratado de Versalles y bajo cierta protección de Polonia. Inclusive, en el Tratado de 1920 se contemplaba a la futura Ciudad Libre de Danzig como un Estado. A pesar de haber firmado tratados internacionales y haberse constituido como un Estado, eventualmente, sus relaciones internacionales quedaron en gran parte sometidas a Polonia. Aunque cuenta con un trasfondo político, la oposición de Polonia y su control sobre las relaciones internacionales de Danzig llevó a la Corte a la conclusión que la Ciudad Libre no contaba con los elementos necesarios para ser considerado miembro de la organización. Es decir, al no tener la capacidad de entrar en relaciones internacionales, no podía ser considerado como un Estado, sujeto de derecho internacional autónomo. Tal conclusión demuestra, mutatis mutandis, un precedente la finalidad de un Estado por la pérdida de un elemento constitutivo²⁴.

2. Desaparición parcial

Habiendo considerado la realidad de al menos cuatro Estados, cabe considerar las repercusiones en el territorio de los otros 189 países. Si bien el aumento del nivel del mar no va a acabar físicamente con el territorio completo de todas las naciones, este sí producirá un impacto significativo. Ciudades como Nueva York y Londres quedarían sumergidas. Otros países como Djibouti enfrentarían el hecho que la única región habitable de su país se viera bajo agua no potable, enfrentándolos a condiciones casi que inviables para la supervivencia humana²⁵. En el caso particular de Colombia, ¿la desaparición de las islas en el Caribe colombiano afectaría la delimitación de los espacios marítimos, incluso después del fallo de 2012?

Empero, a pesar de la gravedad que representa el aumento del nivel del mar, no se puede incluir en una misma categoría la desaparición parcial con la desaparición total. Hacerlo de tal manera presentaría un precedente que puede llegar a ser contraproducente. Nadie niega que los efectos del cambio climático son asunto de toda la humanidad, pero no se pueden tratar, al menos en materia legal, de la misma manera todas las catástrofes. Por ejemplo, el fin de las reservas de agua en Sudáfrica a partir del “Día Cero” no implica la inhabitabilidad del territorio. Implica que se deberán tomar medidas, ser más responsable con los recursos, pero no hace de por sí que se pierda físicamente uno de los elementos del Estado. Así, las naciones afectadas por el cambio climático en general no pueden pretender acceder a las mismas soluciones que aquellas naciones a punto de – o – ya desaparecidas. Aun así, este tipo de casos ayudan a reforzar la discusión de reformar, por ejemplo, las regulaciones en derecho del mar con respecto a las mediciones de líneas base. Actualmente, el régimen de islas es definido por el artículo 121 de la CONVEMAR. Particularmente, el numeral 3 considera que las rocas incapaces de sostener vida humana no tienen Zona Económica Exclusiva (ZEE). En ese sentido, si un país isleño llega al tal punto que se vuelve inhabitable, se tornará en una roca según estos lineamientos. Respecto a las elevaciones de bajamar, el artículo 13 es muy claro al considerar que estas no generan mar territorial. Si se aplica el artículo 7.2²⁶ de la CONVEMAR, ante una costa inestable se pueden tomar líneas base en el punto máximo de bajamar. La cuestión se volcaría entonces a definir un criterio de inestabilidad, cuando el aumento del nivel del mar se vuelve irreversible y permanente.

III. Posibles soluciones

A pesar de una postura negativa frente a estos Estados, no se puede dejar de lado el Principio de Continuidad²⁷. El artículo primero de la Declaración sobre Derechos y Obligaciones de los Estados (1949) expresa que “Cada Estado tiene derecho a preservar su existencia”. Esta postura doctrinal al aplicarla a nuestro problema presenta una serie de oportunidades. Es decir, independientemente de las circunstancias, los Estados tienen el derecho a buscar los medios para asegurar su existencia, mientras sus acciones sean acordes al derecho internacional. Es preciso notar, sin embargo, que este derecho no implica una facultad de asegurar su existencia, sino que está más orientado a emplear los medios de protección. En ese sentido, se propone analizar dos soluciones compatibles con este principio: la continuidad del Estado alterando el territorio y la continuidad del Estado en el exterior.



1. Continuidad del Estado alterando el territorio

La primera respuesta lógica a fin de preservar la integridad territorial no es más que la alteración física del ambiente. Son dos las posibles soluciones modernas a este principio. Para abordarlos se debe hacer la diferencia entre los métodos de contención y aquellos de recuperación. El primer caso es la creación de barreras como sucede en los Países Bajos. Tales esclusas contienen el mar y le dan continuidad a la tierra preexistente. El segundo escenario se trata de la construcción de islas artificiales. Ambas soluciones van a ser analizadas a partir de la CONVEMAR, considerando que la existencia de espacios marítimos, más en Estados isleños, garantiza la subsistencia y habitabilidad, y, por ende, la permanencia del territorio.

La CONVEMAR es muy clara respecto a la construcción de islas artificiales al reconocer que estas no pueden extender las líneas base de las formaciones naturales. El artículo 60 no las reconoce como islas y, por ende, tampoco les da espacios marítimos. La solución dependerá del estatus que se le dé a la construcción sobre el territorio que alguna vez fue una isla; si se considerase una construcción sobre una elevación de bajamar o como una isla artificial. En caso de ser islas artificiales, aunque esta solución pueda ser práctica para sostener vida humana, no generaría mayores derechos marítimos.

En el Caso Filipinas c. China (2013)²⁸ el Tribunal Arbitral estudió los impactos de las islas artificiales que China estaba construyendo en el Mar del Sur de China. La disputa versaba, entre otras, sobre el alcance de las construcciones artificiales en lo que sería ZEE de Filipinas. Al respecto, el Tribunal concluyó que la construcción y militarización de una roca o una elevación de bajamar no es capaz de generar zona económica exclusiva ni plataforma continental. Por el contrario, se debía ceñir a la ley aplicable en la CONVEMAR.



En cambio, si se entiende como una construcción en una elevación de baja mar, se podría dar aplicación al artículo 7.4 de la CONVEMAR:

Straight baselines shall not be drawn to and from low-tide elevations, unless lighthouses or similar installations which are permanently above sea level have been built on them or except in instances where the drawing of baselines to and from such elevations has received general international recognition.

Así las cosas, en pro de salvaguardar el territorio y la población de una isla previamente existente, se podrían construir estructuras sobre lo que ahora sería una elevación de baja mar. Esto permitiría garantizar una línea base para espacios marítimos. Tal situación pareciera generar un caso de non liquet, donde no se ha desarrollado la posibilidad de generar una “Presunción de continuidad” sobre las islas. Por supuesto que esto viene con sus propias dificultades y sería necesario interpretarse de manera que no choque con la disposición del artículo 13. No obstante, la Convención ha privilegiado los derechos históricos en términos de darle un estatus a algo que, en circunstancias ordinarias no lo sería. Adicionalmente, el artículo 7 provee el elemento clave de reconocimiento internacional que puede ser la base para futuras negociaciones y posterior estándar internacional.

“(...) A la fecha, no es posible considerar una elevación de bajamar o una roca como una isla, independiente en tema de las modificaciones físicas o circunstancias en las que se encuentre”

Aunque esta postura es tentadora, implicaría ir en contra de lo que la jurisprudencia ha dispuesto, nuevamente como ejemplo, en Filipinas c. China²⁹. A la fecha, no es posible considerar una elevación de bajamar o una roca como una isla, independiente en tema de las modificaciones físicas o circunstancias en las que se encuentre. Curiosamente, la construcción de islas artificiales no es solo un tema de tribunales internacionales. En Estados Unidos, en dos ocasiones³⁰ ha tenido la Corte de Distrito de Florida que pronunciarse sobre la naturaleza de construcciones artificiales en arrecifes coralinos. En ambos casos, la Corte concluyó que la estructura natural se encontraba totalmente sumergida en marea alta por lo que no se podían entender como islas, a pesar de la intervención humana.

Aun así, en lo que respecta a la existencia del Estado, esta solución cuenta, además de los problemas jurídicos, problemas prácticos. Por un lado, las limitaciones económicas de los pequeños países isleños hacen que el gasto en infraestructura sea algo poco probable. Por otro, a pesar de los esfuerzos, tendría que pensarse en una infraestructura tal que sea capaz de sostener la vida humana. De no ser así, la inhabitabilidad del territorio haría imposible considerar la continuidad del Estado.

2. Continuidad del Estado en el exilio

Otra posible solución es la continuidad del Estado en el exilio. Es importante que se diferencie un exilio del gobierno a un exilio del Estado. Los gobiernos exilio son una entidad política y administrativa que reclama control sobre un territorio determinado. Este es el caso por ejemplo el Tíbet o Taiwán. Pensar en un Estado en el exilio es imposible a falta de ejemplos modernos. Tal posición implicaría la existencia de un Estado al interior de otro Estado, donde las reclamaciones territoriales no sean un área compartida. Prácticamente, implica el tránsito de una población, identidad y estructura de gobierno a otro territorio. La cuestión radicaría en un tema de practicidad. Si las personas e instituciones migran y se entrelazan con un Estado receptor

amigo, puede no solo perderse la identidad nacional, sino que pasarían a ser absorbidos por el receptor. Tal postura relaciona nuevamente la situación con el caso Danzig. La absorción de un Estado por otro, al menos en términos de relacionamiento, implicaría la extinción.



Quizás un ejemplo de Estado en el exilio haya sido la diáspora judía. Se trata de un pueblo que pierde un vínculo con su territorio, se dispersa por el mundo y mantiene una serie de costumbres, identidad y estructuras político-religiosas. Por supuesto, no se puede hablar de que antes de 1948 existiera el Estado de Israel como sujeto de derecho internacional. No obstante, haciendo el comparativo, sería interesante considerar el resurgimiento de un Estado extinto como medida de reparación. Implicaría disponer de un territorio para la creación de un Estado que recoja Estados desaparecidos por el aumento del nivel del mar como modo de reparación. Además de la respuesta obvia de no existir espacios ni voluntades disponibles para tal hazaña, para que exista una verdadera continuidad del Estado requeriría una actuación casi que inmediata. Aunque el nuevo Estado asumiera las responsabilidades del extinto, sería pertinente estudiar si el régimen de sucesión de los Estados se aplicaría de la misma manera a pesar de no tratarse del mismo territorio. La Convención de Viena sobre la Sucesión de los Estados en Materia de los Tratados es muy clara al definir que la sucesión de un Estado se trata de un hecho en el cual un Estado reemplaza a otro en sus responsabilidades sobre un territorio. Por eso, considerar un Estado en el exilio generaría, al menos en temas de sucesión, una especie de Paradoja de Teseo.

3. Extinción

La tercera solución que se propone analizar es la extinción del Estado. Aunque parezca derrotista, se trata de una solución porque busca un régimen de transición. En circunstancias generales, un estado se extingue en el momento en que es reemplazado por otro Estado o desmembrado³¹. Es decir, su fin se da en el momento en que una autoridad estatal existente pierde un efectivo ejercicio de soberanía sobre un determinado territorio. Como se analizó anteriormente las circunstancias de los estados amenazados

por el mar difícilmente permitirían su continuidad. Antes de pensar en sostener lo insostenible, se debe buscar armonizar de la manera menos traumática el fin de un Estado. La Convención de Viena en materia de sucesiones es específica y limitada al definir la sucesión. Aunque cristaliza normas de costumbre, todo el derecho producido alrededor de la sucesión únicamente contempla el cambio de una autoridad estatal por otra en un determinado territorio. En ese sentido, no le es del todo aplicable la normativa internacional a una situación sin precedentes. Contrariamente, se debe pensar en un régimen orientado a una población, unos bienes (materiales e inmateriales) y una identidad.



Como se ha dicho, la desaparición por el aumento del nivel del mar no va a ser un suceso inmediato, por el contrario, permite un tiempo suficiente para liquidar el Estado. Para tales fines será necesario asignarle al Estado un liquidador, bien sea público o privado, en una especie de administración fiduciaria. Del mismo modo, se propone que, en un término de 10 años, el territorio inundado sea sujeto de explotación por parte del liquidador, por ejemplo, para recursos mineros, pesqueros, energéticos y/o turísticos. Se propone este lapso considerando que, haciendo la analogía con el derecho continental, cuando un terreno queda inundado por este plazo se entiende la pérdida de propiedad en favor de un Estado. Guardando las debidas proporciones, el liquidador del Estado puede utilizar los recursos por este tiempo para solventar deudas y obligaciones pendientes para que posteriormente cese la explotación. Haciendo también la debida analogía, la pérdida de territorio del Estado implicaría posiblemente que esta área se transformara en altamar y en Fondo Marino. Para la ejecución de la tal propuesta se debería implementar una reforma en funciones del inoperante Consejo de Administración Fiduciaria³² bajo un esquema similar a la explotación de “El Área” por parte de “La Empresa” en el fondo marino expuesto según el artículo 153 de la CONVEMAR. Por supuesto que esta propuesta necesitará de la voluntad política, recursos y logística, pero plantea, al menos económicamente una opción ante el desaparecimiento.

4. Figuras sui generis

Una última solución es la continuidad de la entidad como una figura sui generis. En el ámbito de los sujetos de derecho internacional, no se puede evitar pensar en dos grandes representantes de esta categoría: La Soberana Orden de Malta³³ y la Santa Sede³⁴. Ambas, figuras de derecho sin territorio. Conservan un rol significativo en el ámbito de las relaciones internacionales y comparten su experiencia, muchas veces, como observadores de las organizaciones internacionales. A fin de cuentas, la razón de su existir es que su experiencia y liderazgo en el mundo hacen que su participación en el ámbito mundial vaya más allá de un concepto religioso. En ese orden de ideas, los Estados que desaparecen a causa del aumento del nivel del mar pueden de una u otra forma mantener su existencia a través de una nueva figura jurídica. Es más, dada su experiencia y enfrentamiento al cambio climático, su participación en la discusión internacional, incluso habiendo dejado de existir como Estado, debe ser fundamental. Al final, en la historia del derecho internacional moderno pocas cosas han sido estáticas y el desarrollo ha permitido casos especiales como los condominios o los territorios internacionalmente administrados³⁵. Así, los Estados en peligro pueden mantener un rol internacional significativo. Empero, su figura como sujeto de derecho internacional sui generis no garantizará un cuidado a un territorio o a una población, siendo más un “premio de consolación” ante la inevitable desaparición del Estado.

IV. Atribución de la responsabilidad

El orden lógico siguiente de la discusión debe ser orientado a hablar de la responsabilidad internacional. La cuestión es, ¿qué estados son responsables por el cambio climático? Esto presenta en sí una serie de retos. En primer lugar, aunque unos Estados aporten más a la emisión de gases de efecto invernadero que otros, toda actividad humana ha tenido en menor o mayor grado un impacto en el cambio climático³⁶. En ese sentido, ¿cómo se debería graduar la responsabilidad? Por otro lado, aunque sea controversial, ¿es responsabilidad de la humanidad en su totalidad por el aumento del nivel del mar? Si por un momento se asumiera un aumento del nivel del mar como evento natural y previsible, ¿existe alguna obligación de los Estados para actuar? Ante la dificultad de resolver estas preguntas e imputárselas a un Estado en particular, es necesario replantear la responsabilidad. Se puede decir al menos que existe una obligación internacional respecto al Principio de Conservación.

La omisión de los Estados en torno a este principio pondría en entredicho la efectividad de la comunidad internacional y del derecho internacional en sí mismo. Empero, es importante, si bien no en términos de responsabilidad por hecho internacionalmente ilícito, buscar responsabilidad por una cuestión pragmática: el financiamiento, no solo como medida de reparación, sino de prevención.

Conclusiones

La inevitable realidad de los Estados amenazados por el mar es una situación alarmante. Esto es, el desinterés de la comunidad internacional a encontrar soluciones reales. Puede que sean pocos los Estados que desaparecerán por completo, pero con el simple hecho que a un solo país no se le respete su derecho a la preservación de su integridad, la comunidad internacional habrá fallado.



En el caso puntual de Colombia, a pesar de no estar amenazada su integridad, se está presentando una oportunidad para mostrarse líder en temas claves que afectan su territorio. Como se expuso anteriormente, las modificaciones al Derecho del Mar son un tema transversal que pueden impactar los litigios futuros en materia limítrofe en el Caribe. Aun así, los modelos climáticos actuales que apuntan a la desaparición de los Estados plantean claros desafíos para la comunidad internacional. Una opción es asegurar la continuidad de los Estados mediante modificaciones físicas y legales, lo que requeriría una inversión poco llamativa. Otra es asumir la extinción como un hecho y aplicar de manera análoga disposiciones que existen en materia de sucesión para hacer un tránsito menos agresivo. Al final, se trata de una de las pocas oportunidades en las que el derecho puede estar adelantado a las circunstancias que lo necesitan, pero dependerá de la voluntad de los Estados evitar una catástrofe absolutamente previsible.

...y en un solo día y noche de infortunio todos vuestros guerreros se hundieron en la tierra, y la isla de la Atlántida desapareció del mismo modo en las profundidades del mar. Timeo, 25

Bibliografía

Doctrina

- AREVALO RAMIREZ, Walter Orlando. Manual de derecho internacional público. Fundamentos, tribunales internacionales y casos de estudio. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2020. 285 p. ISBN 9788413130675.
- BYWATER, Thomas. Detour: Antarctica – The white continent's secret baby race. New Zealand Herald. (10 de enero de 2022.) (Consultado: 20 de marzo de 2023) Disponible en: <https://www.nzherald.co.nz/travel/detour-antarctica-the-white-continents-secret-baby-race/UGTNMVCVNIBTN7YU7QKDD7PNUB4/>
- CIA WORLD FACT BOOK. Kiribati. CIA. Disponible en: <https://www.cia.gov/the-world-factbook/field/elevation/>
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. Proyecto de declaración sobre los Derechos y Obligaciones de los Estados. A/CN.4/W.8. 1949. Vol 1. Disponible en;
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. Reporte de la Comisión de Derecho Internacional: Sesión Setenta y tres. Capítulo IX: Aumento del nivel del mar en relación con el derecho internacional. Nueva York. Organización de las Naciones Unidas. 2022. 384. Disponible en: <http://efaidnbnmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://legal.un.org/ilc/reports/2022/english/chp9.pdf> párr. 202
- COOK, Jhon; ORESKES, Naomi; DORAN, Peter; ANDEREGG, William R; et al; Consensus on consensus: a synthesis of consensus estimates on human-caused global warming. Environmental Research Letters. Vol. 11, No. 4. IOP Science. 2016. Disponible en: <https://iopscience.iop.org/article/10.1088/1748-9326/11/4/048002>
- GRIGGS G, Reguero BG. Coastal Adaptation to Climate Change and Sea-Level Rise. Water. 2021; 13(16):2151. <https://doi.org/10.3390/w13162151>
- HU YIFENG. The Water of Happiness Comes to Djibouti. [Consultado el 5, abril, 2023]. Disponible en Internet: <http://www.mofcom.gov.cn/article/beltandroad/dj/en/index.shtml#:~:text=Djibouti%20is%20in%20desperate%20need,500%20cubic%20meters%20per%20year.>>.
- JUSTINIANO. Instituas del emperador Justiniano. Libro II. Título 1, 23. Kiribati islands will be swallowed by the ocean. COP21 is their last hope". Lifegate2015. Disponible en: <https://www.lifegate.com/kiribati-islands-cop-21>

- LAUTERPACHT, Hersch. Recognition in International Law. Cambridge University Press. 1947. Pp. 419
- LOPEZ, Ana G. La Reafirmación de la regla de la continuidad en los tratados de fronteras. Universidad Complutense de Madrid
- MONROY, Cabra. Derecho Internacional Público. Séptima Edición. Bogotá, Colombia. Editorial Temis 2018. 721. Pp. 249.
- NOAA Center for Operational Oceanographic Products and Services. (n.d.) Sea level trends. [online:<https://tidesandcurrents.noaa.gov/sltrends/>] Accessed Marzo 18, 2023.
- PRINCIPIOS RECTORES de los desplazamientos internos - CICR [Anónimo]. International Committee of the Red Cross [página web]. [Consultado el 10, marzo, 2023]. Disponible en Internet: <<https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdmhb.htm>>.
- RAYFUSE, Rosemary; SCOTT, Shirley. International Law in the Era of Climate Change. Northampton Massachusetts. Edward Elgar Publishing Limited . 2012. p. 248
- SHAW, Malcom. International Law. Ninth Edition. Reino Unido. Cambridge University Press. 2021. 1213. Pg. 416.
- SHEPHERD, Tory. Could a digital twin of Tuvalu preserve the island nation before it's lost to the collapsing climate? the Guardian [página web]. (29, septiembre, 2022). [Consultado el 13, marzo, 2023]. Disponible en Internet: <<https://www.theguardian.com/world/2022/sep/29/could-a-digital-twin-of-tuvalu-preserve-the-island-nation-before-its-lost-to-the-collapsing-climate>>.
- Siete Partidas del Rey Alfonso X Partida 3ª, Título 38, “Muy otra es la hipótesis de un fundo enteramente inundado. Una inundación, en efecto, no cambia la naturaleza del fundo, y por eso, al retirarse el agua, dicho fundo continúa perteneciendo a su propietario.”
- THE WORLD BANK. Data: Population- Nauru. 2023. Disponible en: <https://data.worldbank.org/indicator/SP.POP.TOTL?locations=NR>
- UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. Sea Level Rise. 2021
- VEGA, Giovanni A; SCHEMBRI, Angela; PIÑEREZ, Juan C. La delimitación marítima en el contexto de la desaparición del territorio estatal como consecuencia del cambio climático: análisis de los problemas jurídicos procedimentales y sustanciales de un escenario ya no tan hipotético. Talca, Chile. Ius et Praxis. Vol. 21 No. 2 2015.
- VELEZ, Fernando. Derecho Civil Colombiano. Medellín, Colombia. Imprenta del Departamento. 1904. Pp. 87.-88.

Jurisprudencia

- An Arbitration before an arbitral tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on Law of the Sea between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China. PCA Case No. 2013-19
- Permanent Court of International Justice. Free City of Danzig and ILO. Advisory Proceeding. 1930. PCIJ Series B. No. 18. Disponible en: http://efaidnbmnnnibpcajpcgicfindmkaj/https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_w8.pdf
- Sentencia C-1172 de 2004. Corte Constitucional de Colombia MP. Clara Inés Vargas Hernández.
- United States v. Ray, 281 F. Supp. 876 (S.D. Fla. 1965); Atlantis Dev. Corp. v. United States - 379 F.2d 818 (5th Cir. 1967)

Tratados

- Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del Mar (CONVEMAR) Montego Bay, Jamaica. 1982.
- Séptima Conferencia Internacional Americana. (1933: Montevideo, Uruguay.) Convención Sobre Derechos y Deberes de los Estados. 1933.
- Tratado de 1920 entre la República de Polonia, los Representantes de los Poderes Aliados y Asociados y la Administración Temporal de la Futura Ciudad Libre de Danzig. Varsovia. 1920.



Maternidad subrogada: Apuntes desde el derecho del consumo

Camilo Guzmán Nalus

Trabajo ganador del segundo puesto en el Concurso de ensayo
"Germán Caveller" en la Universidad del Rosario, 2023.





Sumario

Introducción

I. Sobre el contrato de maternidad subrogada

1. Elementos de validez

1.1. Capacidad

1.2. Consentimiento libre de vicios

1.3. Objeto lícito

1.4. Causa lícita

2. Obligaciones de las partes del contrato de maternidad subrogada

II. Sobre el derecho de consumo

1. Relación de consumo

2. Derechos derivados de la existencia de una relación de consumo

3. ¿Se puede hablar de una relación de consumo dentro del contrato de maternidad subrogada?

4. Consecuencias de la aplicación del derecho de consumo al contrato de maternidad subrogada

5. Garantía en la maternidad subrogada

6. Responsabilidad de la mujer gestante por producto defectuoso

Conclusiones

Bibliografía

Resumen

Este artículo analiza la aplicabilidad de las normas de derecho de consumo a los contratos de maternidad subrogada en Colombia y sus consecuencias, especialmente en lo que compete a la garantía y a la responsabilidad por producto defectuoso.

Palabras clave: Contrato de maternidad subrogada, validez de los contratos, derecho de consumo, garantía legal, responsabilidad por producto defectuoso.

Abstract

This article analyzes the applicability of consumer law regulations to surrogacy contracts in Colombia and their consequences, particularly regarding warranties and liability for defective products.

Keywords: Surrogacy contracts, validity of contracts, consumer law, legal warranty, liability for defective product.

Introducción

A raíz de los avances científicos, el mundo ha llegado a escenarios que se han convertido en un verdadero reto para el derecho. Con el desarrollo tecnológico se producen nuevos riesgos, así como nuevas oportunidades. Dentro de esos avances, se ha posibilitado el desarrollo de técnicas de reproducción asistida, como la maternidad subrogada.

La maternidad subrogada es una técnica de reproducción asistida donde un embrión obtenido en un laboratorio se

transfiere al útero de una mujer distinta al de la madre biológica. En ese entendido, el contrato de maternidad subrogada es un acuerdo de voluntades en virtud del cual una pareja, denominada subrogante, entrega material genético para la producción de un embrión que será implantado en el útero de una mujer, denominada mujer gestante, con el propósito que esta última entregue a la pareja subrogante al recién nacido al momento de su nacimiento. (Benjamín, Monsalve, & Torregrosa, 2020)



La finalidad de este ensayo es realizar un análisis de los elementos del contrato de maternidad subrogada, para determinar si es viable o no la aplicación de las normas del derecho de consumo a la relación que existe entre la pareja subrogante y la mujer gestante. Para tal fin, primero, se analizarán los elementos de validez y las obligaciones derivadas del contrato de maternidad subrogada; segundo, se hará un recuento de los elementos que determinan la existencia de una relación de consumo y las consecuencias jurídicas de esta caracterización para, por último, analizar en qué casos se puede aplicar el derecho de consumo a los contratos de maternidad subrogada y las maneras en que los derechos del consumidor se verían reflejados en este tipo de contratos.

I. Sobre el contrato de maternidad subrogada

Como ya se mencionó, el contrato de maternidad subrogada es un acuerdo de voluntades en virtud del cual una pareja, denominada subrogante, entrega material genético para la producción de un embrión que será implantado en el útero de una mujer, denominada mujer gestante, con el propósito que esta última entregue a la pareja subrogante al recién nacido al momento de su nacimiento. (Benjamín, Monsalve, & Torregrosa, 2020)

Esta figura, también conocida como alquiler de vientre (denominación que no es compartida en este ensayo, por motivos que se explicarán más adelante), ha sido definida por la Corte Constitucional como:

(...) el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de este. (Sentencia T-968, 2009).

Dentro del ordenamiento jurídico, el contrato de maternidad subrogada es un contrato atípico, al no estar regulado expresamente en una ley. Sin embargo, los contratos atípicos deben seguir las mismas reglas de validez de los contratos nominados, ya que el artículo 1502 del Código Civil establece que, para que una persona se obligue a otra por una declaración de voluntad, debe (i) ser legalmente capaz, (ii) existir un consentimiento libre de vicios, (iii) que recaiga sobre un objeto lícito y (iv) que haya una causa lícita. En ese sentido, resulta necesario hacer un análisis para determinar si el negocio atípico de la maternidad subrogada es válido en Colombia. Además, este análisis facilita metodológicamente la comprensión de los elementos que componen este negocio jurídico.



1. Elementos de validez

1.1. Capacidad

El contrato de maternidad subrogada debe seguir las normas generales aplicables a los contratos en materia de capacidad. Sin embargo, sí es oportuno poner de presente que la mujer gestante puede tener una capacidad calificada, en el entendido que no debe ser suficiente para contratar la capacidad jurídica de la persona interviniente, sino que debe existir una capacidad mental y física de la parte contractual para poder llevar a cabo el negocio, sin perjuicio de cualquier otro requisito establecido por las partes. Esto por dos motivos:



En primer lugar, la Corte Constitucional en Sentencia T-968/09, ya ha establecido unos parámetros para la regulación de la maternidad subrogada. Dentro de dichos parámetros, la Corte estableció que la mujer gestante no debe tener problemas fisiológicos para concebir.

En segundo, la doctrina ha considerado que la maternidad subrogada es un contrato *intuitu personae* (Quintero, Peláez, & Tovar, s.f.). En ese sentido, la mujer gestante deberá cumplir con los requisitos establecidos por las partes, como lo pueden ser la salud mental y física, haber tenido embarazos previos, etc. Además, el contrato no puede ser delegado en otra persona, ni se puede cumplir la prestación por parte de un tercero.

1.2. Consentimiento libre de vicios

El consentimiento libre de vicios implica que la manifestación de la voluntad de la persona que consiente no esté sujeta a error, fuerza o dolo. En el caso de la maternidad subrogada, el consentimiento es importante no solo como requisito de validez del negocio jurídico, sino que además es fundamental en cuanto al respeto por la dignidad y la integridad de la mujer gestante. En este contrato, el consentimiento se convierte en el eje fundamental de la dignidad de la mujer gestante, y la ausencia de este podría implicar responsabilidad penal por delitos en contra de la libertad, integridad y formación sexuales contenidos en el Título IV del Código Penal.

1.3. Objeto lícito

El objeto de un contrato consiste en los intereses que los sujetos que expresan su voluntad aspiran a reglamentar (Baquero, 2008). En otras palabras, el objeto de un contrato es aquello sobre lo que recae la regulación privada de los sujetos intervinientes. En ese entendido, la licitud del objeto corresponde a que los intereses que las partes pretenden regular sean concordantes con el ordenamiento jurídico.



Existen diferentes posiciones respecto del objeto en los contratos de maternidad subrogada. Una primera teoría expresa que el objeto del contrato de maternidad subrogada es la persona que está por nacer. Desde este punto de vista, el contrato de maternidad subrogada sería nulo por objeto ilícito, ya que no es posible disponer de la vida de la persona que está por nacer.

Otra posición sostiene que el objeto de maternidad subrogada es el vientre de la mujer, razón por la cual se utiliza como sinónimo de la maternidad subrogada el concepto alquiler de vientre o arrendamiento de vientre. En este punto, es indispensable recordar que la obligación principal del arrendador es conferir el goce de la cosa arrendada (Cárdenas, 2021). En el evento en que una mujer confiera el goce de su vientre a una pareja subrogante, sería ineludible la conclusión que estaríamos frente a un objeto ilícito. Es abiertamente contrario al marco legal y constitucional que una mujer sea tratada como un objeto y su cuerpo sea utilizado como mercancía.

“(...) el objeto del contrato de maternidad subrogada es la persona que está por nacer. Desde este punto de vista, el contrato de maternidad subrogada sería nulo por objeto ilícito, ya que no es posible disponer de la vida de la persona que está por nacer.”



Sin embargo, ambas posiciones respecto del objeto mencionadas están alejadas de la realidad del negocio jurídico celebrado. La obligación principal de la mujer gestante en los contratos de maternidad subrogada no consiste en una obligación de dar¹, sino de hacer, ya que la mujer debe buscar llevar a término el embarazo.

Por ese motivo, se comparte la delimitación del objeto realizada por Benjamín, Monsalve, & Torregrosa (2020), según la cual el objeto del contrato de maternidad subrogada consiste en:

La prestación de un servicio por parte de la mujer gestante, que pone a disposición de los comitentes su fuerza biológica de gestación para adelantar el embarazo del futuro hijo de los interesados, de manera similar a como el objeto de un contrato de trabajo podría ser la capacidad de laborar según las necesidades del empleador, por parte del trabajador contratado. (pág. 148)

Esta definición satisface los requisitos del objeto lícito, en el entendido que la mujer gestante presta un servicio a la pareja subrogante que tiene como finalidad principal llevar a término un embarazo, en donde se concibe el futuro hijo de la pareja subrogante.

1.4. Causa lícita

La causa del negocio jurídico consiste en “el móvil o motivo que induce a cada parte negocial a emitir su individual declaración de voluntad requerida para el perfeccionamiento del acto” (Ramírez, 2008, pág. 160). En ese sentido, la causa de un contrato será ilícita cuando la motivación de las partes en el negocio es contraria al ordenamiento jurídico.

Respecto de la causa en los contratos de maternidad subrogada, existen dos posiciones. Por un lado, hay quienes establecen que la causa del contrato es ilícita, al contrariar las buenas costumbres. Por el otro, existen quienes defienden la licitud de la causa en la medida en que promueve intereses constitucionalmente valiosos² (Benjamín, Monsalve, & Torregrosa, 2020).

En el ordenamiento colombiano la mujer gestante no puede tener como motivación un fin lucrativo, de acuerdo con la sentencia T-968 de 2009, como medida de protección ante el riesgo de cosificar la vida.



Desde la perspectiva de este artículo, carece de sentido que se prohíba el ánimo de lucro de la mujer gestante en la maternidad subrogada. Como se estableció en el acápite del objeto del contrato, la mujer gestante pone a disposición su fuerza biológica para concebir, y en ese sentido se presta un servicio. La posición según la cual se debe prohibir el ánimo de lucro de la maternidad subrogada proviene de la preocupación de la trata de personas (Cadavid & Barrera, 2016). Sin embargo, este supuesto se daría en los eventos en los que una madre se comprometa a entregar a su hijo biológico a cambio de una suma de dinero. En el caso de la maternidad subrogada, es indispensable que la mujer gestante no sea la madre biológica de la persona que está por nacer.

Sin embargo, reconociendo la jurisprudencia actual, la causa del contrato de maternidad subrogada sólo será lícita si la mujer gestante no tiene ánimo de lucro y decide llevar a término el embarazo con fines altruistas.



2. Obligaciones de las partes del contrato de maternidad subrogada

Si bien el contrato de maternidad subrogada es un contrato atípico, a partir de los aportes de la Sentencia T-968, el ya citado texto de Benjamín, Monsalve, & Torregrosa (2020) y el artículo de Verónica Martínez (2015), se sintetizan las obligaciones de las partes del contrato de maternidad subrogada en las siguientes:

OBLIGACIONES DE LA MUJER GESTANTE	OBLIGACIONES DE LA PAREJA SUBROGANTE
<ul style="list-style-type: none"> • Poner al servicio de la pareja subrogante la función biológica propia de gestación. • Permitir la intervención quirúrgica para la Técnica de Reproducción Humana Asistida • Autorizar la realización de estudios médicos relacionados con el embarazo. • Cuidar de la salud del niño que está por nacer • Entregar al menor de edad a los padres biológicos una vez se produzca el nacimiento. • No interrumpir voluntariamente el embarazo, salvo prescripción médica³. 	<ul style="list-style-type: none"> • Pagar por los estudios médicos necesarios para la correcta gestación. • Pagar la intervención quirúrgica de la Técnica de Reproducción Humana Asistida. • No rechazar al hijo recién nacido en ninguna circunstancia. • Garantizar que, en caso de muerte de ambos padres biológicos antes del nacimiento, el menor de edad no quede desprotegido.

Fuente: Elaboración propia

II. Sobre el derecho de consumo

Desde finales del Siglo XIX y principios del Siglo XX, el mundo llegó a una fase postindustrial del capitalismo. Desde aquella época, el sistema económico se caracterizó por la producción masiva de bienes y servicios. Con el paso del tiempo, el sistema postindustrial es cada vez más marcado, generando que hoy en día, todas las personas deban participar del mercado para subsistir. (Rengifo, 2022)

A partir de este fenómeno, surgen relaciones en donde aquellos profesionales, dedicados a la producción y comercialización de productos, se relacionan con personas no profesionales, que adquieren bienes y servicios de estos últimos en condiciones de desigualdad en la información, y cuyos criterios de elección se limitan al conocimiento intuitivo, el reconocimiento de algunas marcas e información derivada de la publicidad (Ibidem, 2022). Con el crecimiento exponencial de este tipo de relaciones, se ha reconocido la necesidad de proteger a la parte que se encuentra en relación de inferioridad.

En la actualidad, los consumidores son protegidos en Colombia a través del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011). Los objetivos del Estatuto del Consumidor son “proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos” (artículo 1º, Ley 1480 de 2011).

1. Relación de consumo

Para aplicar las normas del Estatuto del Consumidor a un caso, es necesario que exista una relación de consumo. Según Villalba (2020), “El derecho del consumo enmarca las relaciones jurídicas entre productores y proveedores con los consumidores en el contexto del mercado.” (pág. 135). En aquellas situaciones en donde uno de los extremos sea un productor o proveedor, y el otro extremo esté constituido por un consumidor, serán aplicables las normas de la Ley 1480 de 2011.

“Para aplicar las normas del Estatuto del Consumidor a un caso, es necesario que exista una relación de consumo.”



El mismo estatuto contiene las definiciones de consumidor ⁴, productor ⁵ y proveedor ⁶.

Además, es necesario resaltar que el Estatuto del Consumidor entiende por producto cualquier bien o servicio.

En síntesis, las características derivadas de las definiciones de consumidor, productor y proveedor son las siguientes:

CONSUMIDOR	PRODUCTOR	PROVEEDOR
Puede ser una persona natural o jurídica		
Debe ser destinatario final del producto	Requiere habitualidad	
Adquiere el producto para satisfacer una necesidad propia, privada, familiar o doméstica. La necesidad puede ser empresarial si no está ligada a su actividad.	Es quien diseña, produce, fabrica, ensambla o importa el producto sujeto a norma fitosanitaria	Es quien ofrezca, suministre, distribuya o comercialice el producto
	El Estatuto no establece de manera explícita si requiere o no ánimo de lucro	Puede o no tener ánimo de lucro

Fuente: Elaboración propia

2. Derechos derivados de la existencia de una relación de consumo

En caso de existir una relación entre un consumidor y un productor o proveedor, nacen una serie de derechos y obligaciones tendientes a la protección de los consumidores, para equilibrar la relación asimétrica. El Estatuto del Consumidor tiene, entre otros, la obligación según la cual todo productor debe asegurar la calidad, idoneidad y seguridad de los productos que ofrezca y ponga en el mercado. De esta obligación, surgen dos figuras importantes.

Primero, la Ley establece que los consumidores, por regla general, tienen derecho a la garantía, según la cual pueden exigir de manera solidaria a los productores y proveedores para que respondan por la calidad, idoneidad, seguridad y buen estado y funcionamiento de los productos ofrecidos. En la prestación de servicios la garantía se relaciona con las condiciones de calidad en las que se prestó el servicio, al ser una obligación de medio y no de resultado. (Artículo 7 de la Ley 1480 de 2011)

En segundo lugar, surge la obligación solidaria del productor y el proveedor de responder solidariamente por los daños causados por el producto defectuoso. Dentro de estos daños, se incluyen los daños producidos a una cosa diferente del producto defectuoso, pero producidos por este. (Artículo 20, Ley 1480 de 2011)

Si bien existen otros derechos de los consumidores y obligaciones correlativas de los productores y proveedores en el Estatuto del Consumidor⁷, para efectos de este artículo solo se tendrán en consideración (i) la garantía y (ii) la responsabilidad por producto defectuoso.

3. ¿Se puede hablar de una relación de consumo dentro del contrato de maternidad subrogada?

En los contratos de maternidad subrogada en Colombia puede existir una relación de consumo entre los padres biológicos y la mujer gestante, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

En primer lugar, la pareja subrogante siempre será consumidora. Como se evidenció al momento de analizar el contrato de maternidad subrogada, los padres biológicos son (i) los destinatarios finales del servicio que presta la mujer gestante, (ii) adquieren el servicio ofrecido por la mujer gestante y (iii) buscan satisfacer una necesidad familiar, como es llevar a término el embarazo para el nacimiento de su hijo.



En segundo, la mujer gestante será considerada como proveedora, siempre que cumpla con los requisitos establecidos en el Estatuto del Consumidor. Para determinar si se cumplen o no los requisitos, se analizará cada parte de la definición de proveedor con la finalidad de ver la manera en que esta se puede o no ver reflejada en la mujer gestante dentro del contrato de maternidad subrogada.

REQUISITOS DE LA LEY 1480	REFLEJO EN LA MUJER GESTANTE
Será proveedor quien ofrezca, suministre, distribuya o comercialice el producto.	En todos los casos de maternidad subrogada, la mujer gestante deberá suministrar un servicio que comprende su fuerza biológica para llevar a término un embarazo. En ese sentido, este requisito está presente en todos los contratos de maternidad subrogada.
El proveedor puede o no tener ánimo de lucro.	Al margen de la discusión sobre la posibilidad de tener o no ánimo de lucro una mujer gestante será proveedora aun cuando no exista ánimo de lucro.
El proveedor debe ofrecer, suministrar, distribuir o comercializar el producto de manera habitual.	<p>Con el requisito de habitualidad, se evidencia que no todas las mujeres subrogantes cumplen con los requisitos para ser consideradas proveedoras. En la maternidad subrogada, existen dos grandes formas para considerar que existe habitualidad.</p> <p>En primer lugar, la habitualidad puede estar delimitada por la función biológica de la mujer de concebir, en caso de que lo habitual sea suministrar el servicio. En ese sentido, se considerará como habitual la prestación del servicio si se realizan contratos de maternidad subrogada por parte de la misma mujer en función de la capacidad biológica de concebir.</p> <p>En segundo lugar, se puede llegar a la habitualidad mediante el ofrecimiento constante de la prestación del servicio. En caso de que una mujer, por ejemplo, publique un aviso en internet ofreciendo el servicio de mujer gestante, se entenderá que es proveedora⁸.</p>

Fuente: Elaboración propia

En conclusión, es posible que existan contratos de maternidad subrogada que estén regidos por el derecho de consumo. Sin embargo, estos serán la menor cantidad de casos, en el entendido que gran parte de la actividad relacionada con la maternidad subrogada se realiza de manera ocasional o eventual, y no de forma habitual.

4. Consecuencias de la aplicación del derecho de consumo al contrato de maternidad subrogada

Como ya se evidenció, no todas las relaciones de maternidad subrogada se encuentran reguladas por el derecho de consumo. Sólo en aquellos casos en que la mujer gestante ofrezca o suministre el servicio de manera habitual es aplicable la Ley 1480 de 2011.

Si bien estos eventos representan la minoría de los casos, permiten llegar a conclusiones que deben ser tenidas en cuenta. Para llevar a cabo el análisis, se hará una revisión de (i) la garantía en la maternidad subrogada y (ii) la responsabilidad de la mujer gestante por producto defectuoso.



5. Garantía en la maternidad subrogada

La garantía es una obligación solidaria en cabeza de los productores y proveedores de responder al consumidor por la calidad, idoneidad, seguridad y buen estado de los productos. En la prestación de servicios, la garantía se determina por las condiciones de calidad de la prestación del servicio (Artículo 7 de la Ley 1480). La calidad exigible será la ofrecida por la mujer gestante.

Con eso en mente, si la mujer gestante ofrece a los padres subrogantes ciertas condiciones bajo las cuales va a prestar el servicio de poner a disposición su fuerza biológica para gestar, y no cumple con las condiciones ofrecidas, deberá responder por la garantía legal.



De acuerdo con el numeral 3° del artículo 11 del Estatuto del Consumidor, cuando hay un incumplimiento en las condiciones de calidad en las que se presta el servicio, el consumidor podrá elegir entre (i) exigir el cumplimiento del servicio en las condiciones que fueron ofrecidas o (ii) la devolución del precio pagado.

En caso de exigir el cumplimiento del servicio en las condiciones ofrecidas, los padres subrogantes pueden exigir judicialmente a la mujer gestante que preste el servicio en las condiciones ofrecidas. En estos casos, las únicas causales de exoneración serán el hecho de un tercero o fuerza mayor.

Sin embargo, es problemática aquella situación en donde el consumidor elija la devolución del precio pagado. ¿Es posible, en virtud de la garantía, exigir la devolución del precio pagado y terminar la prestación del servicio? Si bien, como se analizó en las obligaciones derivadas del contrato de maternidad subrogada, los padres subrogantes no pueden rechazar al recién nacido en ninguna circunstancia, se debe recordar que las normas del Estatuto del Consumidor son normas de orden público⁹, razón por la cual no puede existir un pacto en contrario. En el análisis, esto significaría que cualquier cláusula dentro del contrato de maternidad subrogada que tienda a limitar la garantía legal, estaría viciada de una nulidad absoluta por objeto ilícito. Por ese motivo, parecería viable que la pareja subrogante exija la devolución de lo pagado y se suspenda el servicio.

Sin embargo, terminar la prestación del servicio implicaría dejar a la mujer gestante en una posición de desprotección, en la cual deberá decidir si (i) termina voluntariamente el embarazo (siempre que se encuentre dentro de las primeras 24 semanas), (ii) adopta voluntariamente al menor de edad o (iii) decide dejar al menor de edad en adopción.

Para este tipo de casos, se debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad de la norma de garantía legal para dejar sin efecto, en cada caso concreto, la facultad que da el Estatuto del Consumidor a la pareja subrogante de solicitar la devolución del precio y la terminación del servicio. Esto, ya que esa decisión es contraria al interés superior del menor y afecta la libertad y la autonomía reproductiva de la mujer gestante.

“(...) los padres subrogantes no pueden rechazar al recién nacido en ninguna circunstancia, se debe recordar que las normas del Estatuto del Consumidor son normas de orden público, razón por la cual no puede existir un pacto en contrario.”

6. Responsabilidad de la mujer gestante por producto defectuoso

La Ley 1480 impone la obligación solidaria de productores y proveedores de responder por los daños causados por los defectos de los productos. El Estatuto considera que se incluye en el concepto de daño el producido a una cosa diferente del producto defectuoso, pero causadas por este¹⁰.

Para determinar la responsabilidad por producto defectuoso, el consumidor debe probar (i) un defecto en el servicio, (ii) un daño y (iii) un nexo causal entre el defecto y el daño.

Así, se entenderá por producto defectuoso en el contrato de maternidad subrogada cualquier defecto en la capacidad biológica de gestar de la mujer que no sea producto de fuerza mayor o el hecho de un tercero.

En los demás casos, la mujer gestante deberá responder por los perjuicios producidos por el defecto en la prestación del servicio.



Este tipo de responsabilidad es aplicable, por ejemplo, en casos en los que la mujer se autolesione para inducir un parto natural o médico, y dichas lesiones produzcan un daño sobre el que está por nacer. También es aplicable a aquellos casos en los que, por negligencia de la mujer gestante, se produzca un daño en el proceso de gestación que se vea representado en el estado de salud del que esta por nacer.

Sin embargo, este tipo de responsabilidad no será aplicable en los casos en que el menor de edad nazca con alguna enfermedad o condición que no sea consecuencia de un defecto en la capacidad biológica de gestación. Así, por ejemplo, si un menor de edad nace con una enfermedad hereditaria, la mujer gestante no tendrá ninguna obligación de reparar, en cuanto la enfermedad no es producto de un defecto en la capacidad biológica de gestación.

Conclusiones

El contrato de maternidad subrogada es un acuerdo de voluntades en virtud del cual una pareja, denominada subrogante, entrega material genético para la producción de un embrión que será implantado en el útero de una mujer, denominada mujer gestante, con el propósito que esta última entregue a la pareja subrogante al recién nacido en el momento de su nacimiento.

Al ser un contrato atípico en Colombia, fue necesario verificar los elementos de validez del contrato, y se hizo un recuento de las principales obligaciones en cabeza de las partes. Se llegó a la conclusión que el contrato de maternidad subrogada es un contrato válido en Colombia.

Luego, se realizó una breve descripción del derecho de consumo, para entender que las normas de consumo son aplicables a los casos en que interactúan, por una parte, un consumidor, y por la otra, un productor o un proveedor.

“(...) maternidad subrogada es un acuerdo de voluntades en virtud del cual una pareja, denominada subrogante, entrega material genético para la producción de un embrión que será implantado en el útero de una mujer.”

Cuando se aplican las definiciones del Estatuto del Consumidor al contrato de maternidad subrogada, se llega a la conclusión que la pareja subrogante siempre tendrá la calidad de consumidora. Sin embargo, la mujer gestante solo será proveedora cuando ofrezca o suministre el servicio de su función biológica para la gestación de manera habitual.

En los casos en que se puede aplicar el derecho de consumo a los contratos de maternidad subrogada, surgen una serie de obligaciones en cabeza de la mujer gestante: primero, debe responder por la garantía legal en la prestación del servicio, situación que se torna conflictiva cuando el consumidor solicita la devolución del dinero y la terminación de la prestación del servicio; segundo, debe responder cuando el servicio sea defectuoso, y ese defecto genere un daño.

Bibliografía

- Baquero, É. R. (2008). Capítulo IV - El régimen normativo de la inexistencia negocial y de las categorías de la ineficacia en los actos negocios jurídicos. En É. R. Baquero, *La ineficacia del negocio jurídico* (págs. 150 - 209). Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.
- Benjamín, J. M., Monsalve, M. A., & Torregrosa, I. (2020). Los elementos del contrato de maternidad subrogada. *Universitas Estudiantes*, 139 - 158.
- Cadavid, K. M., & Barrera, A. (2016). *Maternidad subrogada en el sistema jurídico colombiano y principales aportes internacionales al tema*. Medellín: Universidad CES.
- Cárdenas, J. P. (2021). Capítulo 8 - Contrato de arrendamiento de cosas. En J. P. Cárdenas, *Contratos - Apuntes de Clase* (págs. 549 - 557). Bogotá D.C.: Legis.
- Código Civil [Código]. (1873) Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html
- Congreso de la República. (12 de octubre de 2011) Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. [Ley 1480 de 2011]. DO: 48.220
- Constitución política de Colombia. [Const.] (1991) Recuperada de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (18 de diciembre de 2009). Sentencia T-968/09. [M.P. María Victoria Calle Correa]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (10 de mayo de 2006). Sentencia C-355/06. [M.P. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (21 de febrero de 2022). Sentencia C-055/22. [M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo y Alberto Rojas Ríos]
- Martínez, V. L. (diciembre de 2015). Maternidad Subrogada. Una mirada a su regulación en México. *Revista Dikaion*, 354 - 382.
- Quintero, L. F., Peláez, J. A., & Tovar, J. F. (s.f.). *La maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico colombiano*. Pereira: Fundación Universitaria Área Andina.
- Rengifo, M. (2022). Derecho de consumo: problemas y conceptos fundamentales. En J. C. Varón, M. Rengifo, & F. Peña, *Derecho de Consumo. Introducción al derecho de consumo* (págs. 5-65). Bogotá D.C.: Universidad de los Andes.
- Superintendencia de Industria y comercio. (27 de julio de 2016). Concepto 16-160560.

- Villalba, J. C. (2022). Introducción al Derecho de Consumo en Colombia. En J. C. Varón, M. Rengifo, & F. Peña, Derecho de Consumo. Introducción al derecho de consumo (págs. 135 - 164). Bogotá D.C.: Universidad de los Andes.



El deber precontractual de información en los contratos de seguros

Christian Santiago Guzmán López

Trabajo ganador del primer puesto en el Concurso de ensayo
"Germán Cavellier" en la Universidad Nacional de Colombia, 2023.





Sumario

Introducción

- I. La asimetría de la información en los contratos de seguros

- II. La buena fe como fundamento del deber precontractual de información
 1. Principio de buena fe en el ordenamiento jurídico colombiano
 2. Alcance del deber de información a la luz del principio de buena fe
 3. El deber de información en el caso Interbolsa S.A.

Conclusiones

Bibliografía

Resumen

Se estudiará el deber de información que tiene el tomador de un seguro en la etapa precontractual a la luz del principio de la buena fe, en el marco de una sentencia recientemente proferida por la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

Palabras clave: Contrato de seguros, deber de información, buena fe, asimetría del riesgo.

Abstract

The duty of information that an insurance policyholder has during the pre-contractual stage will be studied in light of the principle of good faith within the framework of a recent judgment issued by the Supreme Court of Justice of Colombia.

Keywords: Insurance contract, duty of information, good faith, asymmetry of risk.

Introducción

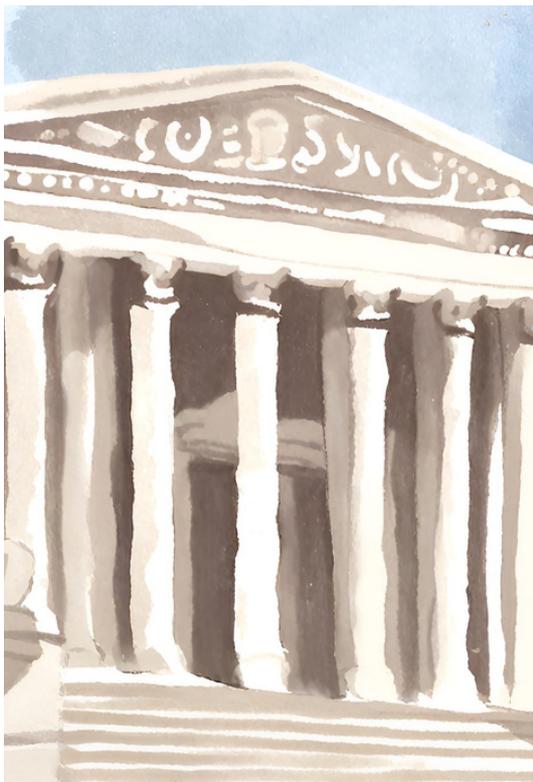
Con la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso Interbolsa S.A contra Seguros Generales Suramericana S.A¹ vuelve a salir a la luz un debate de antigua data, los deberes precontractuales de información en los contratos de seguros.



Debido a la naturaleza del contrato de seguros existe una asimetría de la información entre las partes, el tomador tiene un mayor conocimiento de las características propias que permiten evaluar el riesgo que se pretende asegurar. Es por ello que, el Código de Comercio en su artículo 1058² -bajo el principio de la buena fe- Impone al tomador declarar sobre los hechos y circunstancias que determinan el estado de riesgo, so pena de nulidad relativa del contrato. No obstante, la norma hace dos salvedades a la declaratoria de nulidad. La primera de ellas, es que no será nulo el contrato si la inexactitud proviene por error inculpable del tomador, sino que la aseguradora está obligada a pagar un porcentaje de la prestación asegurada, en caso de siniestro. La segunda, es que si ante la reticencia del tomador, los hechos y circunstancias fueron o debieron ser conocidas por la aseguradora esta no tiene derecho a reclamar la nulidad.



Bajo el precepto normativo en mención, surge necesario establecer las implicaciones del deber de información y el fundamento para la declaratoria de nulidad del contrato de seguro. Cuestiones como ¿el fundamento jurídico y económico del deber de información?, ¿su relevancia en el equilibrio contractual?, ¿El alcance de la obligación de informar del tomador?, y ¿el papel de la aseguradora de conocer la información?, son algunas de las cuestiones que se pretenden resolver en el presente trabajo.



Por consiguiente, el presente ensayo analiza del deber precontractual de información en el contrato de seguros a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso de Interbolsa S.A. Para ello, en primer lugar se describe el problema de la asimetría de la información en los contratos de seguros desde la perspectiva económica y la solución del ordenamiento jurídico: los deberes precontractuales de información. En segundo lugar, se analiza el principio de la buena fe como fundamento de este deber y el alcance que le ha dado la jurisprudencia al mismo. Finalmente, se explica el caso de Interbolsa S.A y el razonamiento utilizado por la Corte dando unas conclusiones al respecto.

I. La asimetría de la información en los contratos de seguros

Bajo la teoría económica se ha descrito al mercado como el mejor mecanismo de asignación de recursos que permite maximizar el bienestar de la sociedad³. Para lograr este objetivo es necesario de los mercados, solo estos son capaces de asignar de manera eficiente los recursos y maximizar el bienestar. Ahora bien, para que un mercado sea competitivo requiere de ciertos elementos, uno de ellos, es la información perfecta. Es decir, la libre y completa circulación de la información entre los agentes⁴.

En la realidad muchas veces no se cumplen este supuesto, de ahí que se genere una falla de mercado. Si no existen los mecanismo que permitan la libre circulación de la información se puede generar un mercado incompleto, aquel donde los agentes privados no suministran el bien o servicio a pesar de existir los incentivos económicos de hacerlo. Ante estas situaciones de ineficiencia económica, el Estado debe asumir una posición activa que permita su corrección⁵.

“(...) para que un mercado sea competitivo requiere de ciertos elementos, uno de ellos, es la información perfecta.”

Los seguros como cualquier otra actividad económica tienen su mercado⁶. Para que este sea eficiente en sentido económico es necesario garantizar - hasta donde sea posible- el supuesto de información perfecta. Sin embargo, debido a la naturaleza de la actividad y posición de los agentes existe asimetría en la información, las aseguradoras tienen menor información sobre la naturaleza de los riesgos que los tomadores desean asegurar, por lo que les es complejo determinar el precio de la póliza sin la información adecuada.

Ante esta situación surge la necesidad de intervención del estado para que genere mecanismos que permitan una mejor circulación de la información. Para ello, el legislador comercial creó el deber legal al tomador de compartir la información que tienen en su poder respecto al estado del riesgo, de esa manera, el asegurador con la información brindada pueda tasar de mejor manera el precio de la póliza y así ofrecer el servicio a la mayor cantidad de personas sin tener asumir riesgos económicamente inviable.

II. La buena fe como fundamento del deber precontractual de información

Descrito el fundamento económico del deber precontractual de información, es menester determinar su fundamento jurídico. A lo largo del iter contractual existen diferentes momentos donde se genera un desequilibrio negocial entre las partes. En los contratos de seguros la asimetría de la información en la etapa precontractual genera una posición de desventaja al asegurado.



Es por ello que, bajo el principio de buena fe el ordenamiento jurídico establece deber de información, definido como “un deber de comportamiento que busca dejar a las partes en un estado de conocimiento adecuado del negocio jurídico concreto (...). Se trata, finalmente, de cómo confluyen el consentimiento negocial y el cumplimiento del contrato”⁷. Así las cosas, en el contrato de seguro el tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado de riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador.



Tiendo claro que es el deber de información del tomador, es necesario ahora comprender su fundamento: el principio de buena fe. En consecuencia a continuación se explicara el principio de buena fe y el alcance jurisprudencial del mismo en la etapa precontractual del contrato de seguro.

1. Principio de buena fe en el ordenamiento jurídico colombiano

La Constitución Política de Colombia consagra la buena fe como un principio que irradia todo el ordenamiento jurídico⁸. Este principio de talante constitucional llena de contenido ético-moral el derecho, no obstante, debido a su amplio rango de aplicación e indeterminación⁹ es difícil de aplicar. Para ello, es necesario acotarlo y descomponerlo para, una vez claro el concepto, poder llenarlo de contenido.

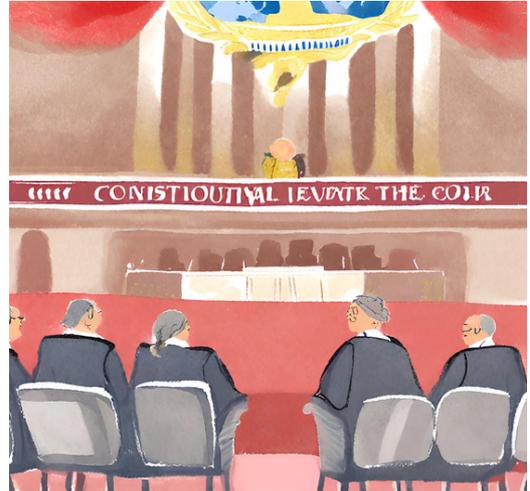
La buena fe puede ser entendida desde dos perspectivas: objetiva y subjetiva. La primera hace referencia a la concepción primigenia del derecho romano de tener un comportamiento sincero y leal con la contraparte. Como resultado, la buena fe objetiva es “un deber de comportamiento conforme a los presupuestos del principio, que se expresan a través de las reglas de la honestidad y corrección, transparencia, diligencia, responsabilidad, consideración del interés del otro, entre otros deberes que emanan permanentemente del profuso carácter normativo propio del principio”¹⁰. La segunda es un estado psicológico donde se cree que se está obrando legítimamente dentro del ordenamiento jurídico, aquí no es necesario ejecutar una acción sino que solo se requiere un estado psicológico y no volitivo.

En ese sentido, a pesar de ser parte de un mismo elemento, la buena fe subjetiva y objetiva representan cosas distintas y por ende, su aplicación también tiene importantes diferencias. En punto al elemento central del principio de buena fe que es su presunción, es menester resaltar que “por regla general el cumplimiento de los deberes de comportamiento no se presume, sino que ha de probarse su efectiva realización, en tanto que los estados psicológicos o las creencias, como aquellos en los que se funda la buena fe subjetiva son por el contrario fértil terreno para la presunción, pues resulta difícil, por decir lo menos, el probar el propio estado de conciencia o la íntima convicción”¹¹.

En consecuencia el deber de información como un deber de conducta entre las partes fundado en la lealtad y probidad, se fundamenta en el principio de buena fe objetivo, no siendo posible su presunción, y por el contrario, necesaria su prueba.

2. Alcance del deber de información a la luz del principio de buena fe

La materialización del principio de buena fe objetiva, en el deber de información precontractual del contrato de seguro, ha llevado a delimitar su alcance jurisprudencialmente. Tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia han generado pautas de análisis al respecto.



Respecto al estándar de diligencia que debe tener el tomador en la declaración del estado del riesgo, indica la Corte Suprema de Justicia¹² la necesidad de diferenciar entre las declaraciones espontáneas y motivadas del tomador. Las primeras son aquellas donde no interviene la aseguradora, por lo que el estándar del declarante es bajo, pues la aseguradora como entidad profesional dejó a merced del tomador la información asumiendo así las consecuencias derivadas. Las segundas, se dan cuando existe una intervención del asegurador, por lo que al declarante se exige un estándar de buena fe manifestado en el deber de declarar la información de manera sincera y completa.

Adicionalmente, para la corporación¹³ el artículo 1058 de Código de Comercio al no aplicar la sanción de nulidad frente a reticencias que la aseguradora sabía o debió saber, pone en cabeza de esta, profesional en su rama de negocios, la obligación de diligencia y cuidado de revelar el real estado del interés asegurable. Si debido a su experiencia, la aseguradora tiene indicios que le obliguen a hacer una mayor indagación y no lo hace, no puede posteriormente alegar la nulidad del contrato.

En ese sentido, la Corte Constitucional¹⁴ en materia de seguros médicos indicó que la preexistencia de enfermedades cuando la aseguradora no tomó las medidas necesarias y no hizo los exámenes médicos correspondientes no puede ser argumento para la no cobertura ante la realización del siniestro.

Sin embargo, esto no implica la permisión o el saneamiento de la mala fe del tomador¹⁵, pues como la Corte Suprema de Justicia también lo ha indicado, la profesionalidad del asegurador no siempre implica la obligación de tener una actitud activa respecto a la declaración del tomador so pena de perder la posibilidad de alegar la nulidad, sino que la evaluación y aplicación de la excepción debe ser valorada caso a caso, teniendo en cuenta las condiciones particulares¹⁶.

Finalmente, respecto a la pérdida de derecho del tomador por reticencia. Como lo indica Ríos Ossa¹⁷ el deber de información en cabeza del asegurado se asocia al concepto de carga, de manera que, su incumplimiento se asocia a la caducidad de un derecho donde no hay lugar a una acción de indemnización en contra de este. Así pues, la pérdida de este derecho y por tanto, la nulidad del contrato solo aparece cuando existe una actuación de mala fe. En ese sentido, la Corte Constitucional¹⁸ precisa que no es lo mismo la preexistencia que la reticencia, la segunda es una valoración subjetiva que se hace de la primera. De esta manera, la preexistencia no implica necesariamente la reticencia del tomador y por ende, la pérdida de su derecho. Es la declaración de mala fe y la imposibilidad de la aseguradora de conocer esta condición preexistente, lo que afecta el consentimiento y activa la nulidad.

III. El deber de información en el caso Interbolsa S.A.

Teniendo claro el fundamento, naturaleza y alcance del deber de información, se analiza su aplicación en un caso concreto, la reciente sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia en el caso Interbolsa S.A y Seguros Generales Suramericana S.A¹⁹. Para ello, se dará un contexto factico del caso, posteriormente se explicara el razonamiento de la Corte y finalmente se darán unas conclusiones al respecto.

En 1990 fue creada la empresa de corretaje de valores Interbolsa S.A. Ante sus estrategias corporativas y papel en el mercado de los títulos de tesorería (TES) llegó a en año 2007 adquirir a su competencia y consolidarse como el principal actor del mercado estructurándose como un conglomerado de servicios financieros de ocho empresas²⁰. Sin embargo, el mal manejo de las operaciones financieras y bursátiles de las acciones de la sociedad Fabricato dio como resultado que se revelaran al público los malos manejos que se daba al interior de la compañía y destapando la grave crisis financiera generada que llevo consigo al defraude de miles de accionistas y pérdidas millonarias.

En noviembre del 2012 la superintendencia financiera intervino la compañía por el pago de sus obligaciones y posteriormente ordeno su liquidación ante la grave crisis financiera. A su vez, la superintendencia de sociedades, en ese mismo mes, ordeno la apertura del proceso de reorganización de Interbolsa S.A y dispuso su liquidación tras constatar graves irregularidades en los estados financieros desde el 2008.

En ese contexto, Interbolsa S.A. (demandada) en julio 2012 solicito una póliza global bancaria, con lo cual Seguros Generales Suramericana S.A. (demandante) solicitó la información necesaria para determinar el estado de riesgo. El 20 de septiembre de 2012 la demandada informó que no conocía circunstancia alguna que pudieran derivar en reclamaciones contra la empresa y sus filiales, y remitió los estados financieros correspondientes. Asimismo, diligencio dos cuestionarios exigidos por la aseguradora y certificó que no conocía ningún hecho que pudiese afectar la póliza a contratar. La póliza fue dada por la demandante con vigencia al 15 de noviembre del mismo año cuando venció el plazo de pago de la prima.

“(...) En el contrato de seguro, la buena fe, en todo cuanto tenga que ver con la realidad del riesgo, cobra inusitada importancia y se califica como de ubérrima bona fidei.”

Ante el desfalco de Interbolsa S.A. y el descubrimiento de las graves anomalías en el manejo de la empresa que concluyeron en consecuencias de tipo penal y administrativo, la demandante solicita la nulidad del contrato de seguro por reticencia del tomador, toda vez que no declaro de manera sincera los hechos relacionados con el estado del riesgo de la compañía, llevó a que la aseguradora determinara erróneamente el riesgo que asumía con la expedición de la póliza, por ende viciando su consentimiento respecto al negocio jurídico. Tanto el juez a-quo como el juez ad-quem fallaron a favor de la demandante, llegando el proceso a la Corte por vía del recurso de casación.

La corte inicia determinando el alcance del principio de buena fe en la fase precontractual del contrato de seguro, al respecto “...En el contrato de seguro, la buena fe, en todo cuanto tenga que ver con la realidad del riesgo, cobra inusitada importancia y se califica como de ubérrima bona fidei. Entre otras razones, al ser los tomadores o asegurados, dada su inmediatez con los intereses asegurables, quienes mejor conocen las circunstancias concretas que los rodean. Por esto se dice que las aseguradoras, en estos casos, estarían a merced de la declaración del solicitante”²¹.

Así pues, contrario a lo que indica la recurrente ²², bajo el fundamento de la buena fe, la nulidad del artículo 1058 de Código de comercio aplica a las pólizas de manejo global bancario. Los actos cometidos por los empleados de la compañía con anterioridad a la suscripción de la póliza y conocidos por el tomador no generan el siniestro. Este solo puede ocurrir con posterioridad a la constitución de la póliza o si se genera con anterioridad ²³, el tomador debió no conocerlos al momento de la suscripción.

Asimismo, la Corte rechaza el argumento según el cual los actos y declaraciones de los empleados de la compañía no son la real intención de la entidad, por lo que no se debe imputar responsabilidad a la última por las actuaciones de los primeros ²⁴. Para la corte la ficción jurídica según la cual un ente moral tiene una personalidad jurídica distinta no puede confundirse con la suposición de que el actuar animalo de un dependiente no vincula la responsabilidad de la sociedad.



Por tanto, las declaraciones de mala fe realizadas por los dependientes de Interbolsa S.A constituyen reticencia y la nulidad del contrato de póliza global bancaria, toda vez que las declaraciones de mala fe no constituyen el siniestro y estas vinculan a la sociedad.

Descrito el razonamiento de la corte consideramos que el manejo dado por parte de la corporación fue el adecuado, toda vez que el incumplimiento del deber de información y las declaraciones de mala fe llevan a la pérdida del derecho del tomador y por ende, la nulidad del contrato de póliza como en el presente caso fue la decisión tomada. Asimismo, el análisis y diferenciación entre las declaraciones de mala fe de los dependientes de la sociedad y la concreción del siniestro asegurado en las pólizas globales bancarias, son un elemento claro para entender la naturaleza del riesgo asegurable en este tipo de pólizas.

Conclusiones

La asimetría de la información entre las partes y el principio de buena fe son el fundamento económico y jurídico del deber de información del tomador en los contratos de seguro consagrado en el artículo 1058 del Código de Comercio.

La buena fe como principio constitucional y valor ético-político que irradia todo el ordenamiento jurídico lleva a la tarea de determinar su alcance. Es así como es menester diferenciar entre el principio de buena fe subjetivo y objetivo, dentro de esta última categoría es que se incluye el deber de información del tomador en la etapa precontractual del contrato de seguro.

Es así como aclarando el alcance del fundamento jurídico del deber de información y delimitando su aplicación vía jurisprudencial es que se da su aplicación en un caso concreto Interbolsa S.A, uno de los mayores desfalcos que ha tenido la economía colombiana desde comienzos del nuevo milenio.



Bibliografía

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. SALA CIVIL. Sentencias SC 3952- 2022 del 16 de diciembre de 202. MP. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. SALA CIVIL. Sentencia de Casación Exp. 4923 del 19 de mayo de 1999. MP. José Fernando Ramírez Gómez.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. SALA CIVIL. Sentencia de Casación Exp. 6146 del 2 de agosto de 2001. MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. SALA CIVIL. Sentencia SC 039- 2007 del 26 de abril de 2007. MP. Manuel Isidro Ardila.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia T-832/10. MP. Nilson Pinilla Pinilla.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia T-751/12. MP. María Victoria Calle.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. SALA CIVIL. Sentencias SC 2803- 2016 del 4 de marzo de 2016. MP. Fernando Giraldo Gutiérrez.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia T-222/14. MP. Luís Ernesto Vargas Silva.
- DÍEZ-PICAZO, L. La doctrina de los propios actos. Barcelona: Bosch, 1963, pp. 134-135
- MANKIW, Gregory. N. Principios de economía. 5ta edición. Madrid: Mc Graw Hill, 2002.
- MAYORGA, David. Interbolsa, la historia de un desplome. En: el espectador, Bogotá. 8 de noviembre de 2012.
<https://www.elespectador.com/economia/interbolsa-la-historia-de-un-desplome-article-385920/>
- NEME VILLAREAL, Martha Lucia. La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano: una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p.68
<https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/47c471d6-0327-465e-a1fb-d3eb019bf7a1>
- RIOS OSSA, Roberto. El deber de información en el seguro como instrumento de decisión racional en la contratación y de tutela a favor del asegurado. Revista de Derecho Privado, n.o 39, julio-diciembre 2020, 203-231, doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n39.09>. p.208

- RIOS, R., El deber precontractual de declaración del riesgo en el seguro de daños, Santiago: Thomson-Reuters, 2014, p.14-15.
- STIGLITZ, Joseph. E. La economía del sector público. Los fallos del mercado. 3ª edición. Barcelona: Antoni Bosch, 2000. Pp. 90-92.
- TORO RAMIREZ, Jorge Alberto. IMPacto del sector asegurador en la macroeconomía colombiana. En: papeles de administración hoy. [c.a] http://repository.unipiloto.edu.co/bitstream/handle/20.500.12277/10376/papeles%20de%20admin_5LaMacroeconomia.pdf?sequence=1&isAllowed=y



Evolución de la sanción de reticencia en contratos de seguro

Brian Steven Torres Lozano

Trabajo ganador del segundo puesto en el Concurso de ensayo
“Germán Cavelier” en la Universidad Nacional de Colombia, 2023.





Sumario

Introducción

I. Sobre el contrato de seguro

II. Definición del contrato de seguro

III. Elementos esenciales del contrato de seguro

IV. El silencio y la reticencia del tomador en la determinación del riesgo como causales de nulidad del contrato de seguro

V. La sentencia

VI. Hechos de la demanda y trámite procesal previo

VII. Problema jurídico y decisión

VIII. Alcance del artículo 1058 y desarrollos al principio de buena fe

Conclusión

Bibliografía

Resumen

Este ensayo trata sobre el deber que tiene el tomador de un contrato de seguro de revelar al asegurador información veraz que permita identificar los riesgos que asume, a la luz de un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de Colombia que recientemente extendió los escenarios de aplicación de esta obligación, cuestionando su alcance y abriendo el horizonte a nuevos desarrollos.

Palabras clave: Contrato de seguro, buena fe.

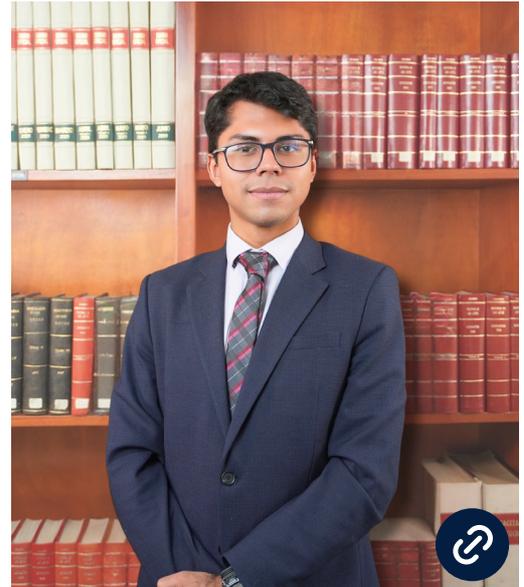
Abstract

This essay deals with the duty of the insured to disclose accurate information that enables the insurer to identify the risks it undertakes, and how the Supreme Court has recently expanded the scenarios for the application of this obligation, questioning its scope and opening the horizon to new developments.

Keywords: Insurance contract, good faith.

Introducción

El contrato de seguro tal y como está regulado en el Código de Comercio de Colombia proporciona varios elementos fundamentales para caracterizarlo e identificarlo, pero han sido las altas corporaciones las que han desarrollado la figura en lo que concierne a sus alcances y limitaciones, en particular, frente a los deberes precontractuales a la luz del principio de buena fe.



Siguiendo esta línea, el artículo 1058 del Código de Comercio desarrolla el evento de nulidad relativa del contrato de seguro cuando el tomador incurra en reticencia, o cuando proporcione hechos inexactos que, de haber conocido el asegurador, lo hubieran llevado a no suscribir el acuerdo, o al menos, a no suscribirlo bajo condiciones más onerosas¹.

A propósito de este fenómeno, la jurisprudencia ha desarrollado el alcance de los deberes precontractuales de informar, por parte del portador, y la carga del asegurador, como parte fuerte de la relación contractual, de solicitar (a través de formularios) y/o verificar esta información. Sobre el punto, existe un extenso horizonte de posibilidades que ha sido principalmente desarrollado desde la vista del seguro de vida, pero no es sino hasta la reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia, que se ha profundizado sobre el alcance del fenómeno y del principio de buena fe en el marco de otros tipos de seguro².

Siendo así, el presente escrito pretende desarrollar el concepto del contrato de seguro y sus elementos esenciales, a través de la legislación colombiana y su desarrollo jurisprudencial, para luego abordar un análisis de estos con ocasión a la sentencia referida y los aportes y nuevas concepciones que ha introducido.



I. Sobre el contrato de seguro

1. Definición del contrato de seguro

El contrato de seguro es ampliamente utilizado, sin embargo, y a pesar de ello, no tiene una definición concreta al interior de la legislación colombiana. El Código de Comercio, en su artículo 1036, señala que “El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva”³. Se trata de una aproximación y caracterización del contrato en cuestión, pero no de una definición en sí.

Es por esta razón que la jurisprudencia colombiana ha pretendido llenar este vacío, dotando al contrato de elementos y desarrollos determinantes para comprender su alcance; Así, la Corte Suprema de Justicia señala:

“Aun cuando el Código de Comercio vigente en el país desde 1972 no contiene en el Título V de su Libro Cuarto ninguna definición expresa del contrato de seguro, lo cierto es que con apoyo en varias de las disposiciones que de dicho Título hacen parte, y de modo particular en los artículos 1037, 1045, 1047, 1054, 1066, 1072, 1077 y 1082, bien puede decirse, sin ahondar desde luego en mayores detalles técnicos para el caso impertinentes, que es aquél negocio solemne, bilateral, oneroso, aleatorio y de tracto sucesivo por virtud del cual una persona -el asegurador- se obliga a cambio de una prestación pecuniaria cierta que se denomina "prima", dentro de los límites pactados y ante la ocurrencia de un acontecimiento incierto cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura, a indemnizar al "asegurado" los daños sufridos o, dado el caso, a satisfacer un capital o una renta, según se trate de seguros respecto de intereses sobre cosas, sobre derechos o sobre el patrimonio mismo, supuestos en que se les llama de "daños" o de "indemnización efectiva", o bien de seguros sobre las personas cuya función, como se sabe, es la previsión, la capitalización y el ahorro (...)"⁴. (Subrayado fuera del texto)

Esta misma caracterización ha sido mantenida y replicada en providencias posteriores⁵, y permite extraer algunos elementos definitorios del contrato de seguro. Se trata de un contrato que vincula a una parte aseguradora y otra asegurada, donde la primera de ellas se obliga a asumir un riesgo cuando se configure un acontecimiento incierto en los términos pactados y a cambio de una prestación conocida como prima.



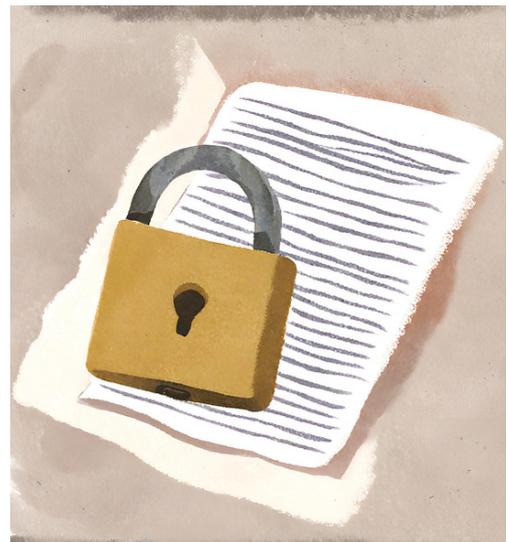
2. Elementos esenciales del contrato de seguro

La legislación colombiana enuncia los cuatro elementos esenciales del contrato de seguro: “1) El interés asegurable; 2) el riesgo asegurable; 3) la prima o precio del seguro; y 4) la obligación condicional del asegurador”;⁶ estos figuran como pilares del contrato en cuestión, y merece la pena realizar una aproximación jurisprudencial y legislativa de ellos para entenderlos.

Respecto del primer elemento, el Código de Comercio señala: “(...) Es asegurable todo interés que, además de lícito, sea susceptible de estimación en dinero”⁷. En esta línea, la Corte Constitucional desarrolla:

“El interés asegurable, es decir, el objeto del contrato de seguro, equivale a “la relación económica, amenazada en su integridad por uno o varios riesgos, en que una persona se halla consigo misma o con otra persona, o con otras cosas o derechos tomados en sentido general o particular.”, el cual presenta características diversas según se trate de seguros de daños o de personas”⁸.

El interés asegurable corresponde a “la relación de índole económica que une a una persona consigo misma, o con otro sujeto, o con un bien, o con un derecho específico, que eventualmente puede resultar afectado por variedad de riesgos”⁹; se trata de aquello que una persona pretende proteger, aquello que la motiva a suscribir un contrato de seguro, en cuanto es susceptible a un riesgo que quiere evitar. Así, la figura comprende varios elementos: un sujeto interesado; un objeto, o bien amenazado; y un vínculo entre estos¹⁰.



Frente al segundo elemento, el artículo 1054 del código de comercio define el riesgo como:

“el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento”¹¹ (Subrayado fuera del texto)

Tampoco podrán asegurarse los actos que constituyan dolo, culpa grave, o que fueren meramente potestativos del portador, con la excepción del seguro de responsabilidad¹². Constituye un riesgo asegurable todo evento que, atendiendo a los criterios ya referidos, pueda afectar el interés asegurado y desencadenar el origen de la obligación del asegurador.

Ahora, respecto del tercer elemento, la Corte Constitucional afirma: “la prima o precio del seguro hace referencia a la suma o importe que deberá cancelar el asegurado para obtener la cobertura del riesgo valor”¹³; sobre este, y en conjunto con el cuarto elemento, señala la misma corporación:

“El tercer elemento, o sea la prima o el precio del contrato de seguro (C.Co., art. 1045), comprende la suma por la cual el asegurador acepta el traslado de los riesgos para asumirlos e indemnizarlos en caso dado. En virtud de la obligación condicional, el asegurador asume el riesgo contratado por el tomador, mediante el pago de la prestación asegurada, sujeta la condición de ocurrencia del siniestro (...)”¹⁴.

El tomador o asegurado se obliga a pagar una suma de dinero al asegurador, pero ello no comprende únicamente el precio del riesgo, sino que conjuntamente comprende otros elementos, como las comisiones a intermediarios, gastos de administración, y un margen razonable de utilidad¹⁵. Con ella, la aseguradora queda obligada a asumir el riesgo contratado de ocurrir el evento condicional contemplado por las partes (siniestro).

Siendo así, se tiene una clara concepción de los elementos esenciales que constituyen un contrato de seguro, siendo necesario que concurra un interés asegurable, visto como todo interés lícito sujeto de estimación económica que el tomador busca proteger; un riesgo asegurable, entendido como hecho incierto que pudiere afectar el citado interés; una prima, como contraprestación a la obligación condicional que asume el asegurador; y precisamente esta última, en cuanto el asegurador es llamado a responder y asumir el riesgo contratado en el evento de ocurrencia del siniestro previsto.

3. El silencio y la reticencia del tomador en la determinación del riesgo como causales de nulidad del contrato de seguro

Teniendo claridad sobre los elementos esenciales del contrato de seguro, vale la pena hacer una revisión de los efectos a los que hubiere lugar cuando la conducta del tomador afecta la determinación del riesgo por parte del asegurador. En concreto, el artículo 1058 atribuye al ocultamiento de información o reticencia del tomador, la consecuencia de la nulidad relativa del contrato, cuando hubiere podido afectar la determinación del riesgo por parte del asegurador, y, por ende, su consentimiento.

“(...) el artículo 1058 atribuye al ocultamiento de información o reticencia del tomador, la consecuencia de la nulidad relativa del contrato, cuando hubiere podido afectar la determinación del riesgo por parte del asegurador, y, por ende, su consentimiento.”

Sobre este fenómeno, ha precisado la Corte Suprema de Justicia que ciertas declaraciones podrían afectar la validez del acuerdo únicamente cuando fueren trascendentales, pues si de ellas no fuere posible concluir que exista una afectación a la voluntad contractual, no tendría sentido atribuirle el resultado de la nulidad del contrato¹⁶. Esto se desprende de la aplicación del principio de buena fe contractual, y se corresponde con una obligación del tomador de proveer información clara y veraz sobre su interés asegurable, pues de lo contrario se construiría un contrato sobre la base de un vicio en el consentimiento¹⁷.

Bajo esta misma lógica, la Corte Suprema de Justicia ha hecho hincapié en cómo esta figura encuentra fundamento en el principio de buena fe como principio fundamental de las relaciones contractuales, y concretamente, como elemento del contrato de seguro.

“En el contrato de seguro, la buena fe, en todo cuanto tenga que ver con la realidad del riesgo, cobra inusitada importancia y se califica como de ubérrima bona fidei. Entre otras razones, al ser los tomadores o asegurados, dada su intermediación con los intereses asegurables, quienes mejor conocen las circunstancias concretas que los rodean. Por esto se dice que las aseguradoras, en estos casos, estarían a merced de la declaración del solicitante”¹⁸.

Es así como la jurisprudencia ha desarrollado el alcance del principio de buena fe en aplicación del artículo 1058 del Código de Comercio, en el entendido en que deberá el tomador proveer de información veraz e inequívoca al asegurador, para que este pueda determinar el alcance del riesgo y decidir las condiciones bajo las cuales se obligará a asumirlo, en contraprestación de una prima o precio del seguro. “El deber de declarar en forma sincera y veraz el estado del riesgo tiene como propósito salvaguardar el equilibrio técnico – económico que se debe predicar entre el riesgo asegurado y la remuneración establecida a favor del asegurador”¹⁹.

II. La Sentencia

La sentencia que se estudia fue proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, el pasado 16 de diciembre de 2022, con ponencia del magistrado Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

1. Hechos de la demanda y trámite procesal previo

La demanda se funda en la solicitud hecha por Seguros Generales Suramericana S.A., de declarar la nulidad relativa del contrato de seguros suscrito, en calidad de aseguradora, con Interbolsa S.A., tomador, al considerar que existió reticencia “al no declarar sinceramente los hechos que determinaban el estado del riesgo asumido con la Póliza de Responsabilidad Civil de Infidelidad y Riesgos Financieros (...)”²⁰.

Estas reclamaciones encontraban fundamento en la solicitud de información hecha por la aseguradora, ante la cual el tomador manifestó desconocer circunstancia alguna que pudiera derivar en reclamaciones en su contra. A raíz de estas manifestaciones, la aseguradora determinó el riesgo y adelantó la renovación de un contrato de seguro con el tomador.



Sin embargo, luego de esta renovación, la Superintendencia Financiera requirió al tomador y ordenó su liquidación ante una grave crisis financiera; tiempo después, la Superintendencia de Sociedades inició proceso de reorganización en el que dispuso la liquidación de la empresa por irregularidades en sus estados financieros, y otras conductas reprochables que involucraban a varios de sus accionistas y administradores.

Es así como, fruto de una fraudulenta manipulación de sus estados financieros, que tenía lugar desde el año 2008 (entre otras irregularidades), también fueron iniciados procesos penales en contra de algunos de estos accionistas y administradores de Interbolsa. En este contexto, la demandante alegó el conocimiento y ocultamiento de estas situaciones por parte del tomador, lo cual la indujo a error al suscribir el precitado acuerdo.

En primera instancia, el Juzgado Treinta y Tres Civil del Circuito de Bogotá accedió a las pretensiones de la demanda, decisión que fue reiterada en segunda instancia, por cuanto se determinó que Interbolsa en efecto suministró información imprecisa, relevante para la suscripción del acuerdo y fundamental en la determinación de la situación del riesgo, desconociendo sus deberes precontractuales a la luz de la buena fe.

2. Problema jurídico y decisión

En sede de casación, la recurrente atacó las providencias reseñadas al considerar que incurrieran en una violación directa, o al menos indirecta, de la ley sustancial. En concreto, alegaba vulnerados los artículos 1055 y 1058 del Código de Comercio, entre otras razones, al considerar que la Póliza de Manejo Global Bancario no era compatible con la nulidad relativa del artículo 1058; y que, incluso, los siniestros previos a la suscripción del contrato pueden estar cobijados por esta, cuando fueran descubiertos en vigencia de la misma. Adicionalmente, señaló que no le son atribuibles las conductas reprochables de sus funcionarios, pues ello representaría una violación directa de la ley sustancial, aludiendo a los artículos 98 y 200 del Código de Comercio²¹.

Respecto de estas apreciaciones, corresponde a la alta corporación dilucidar algunos problemas jurídicos respecto del alcance y aplicación de la ley sustancial aludida. Sobre si la nulidad relativa del artículo 1058 es procedente frente a la Póliza de Manejo Global Bancario; y si son vinculantes las declaraciones de accionistas y administrativos al tomador como persona jurídica.



En concreto, y para abordar las cuestiones aludidas, la corporación empieza por reseñar los elementos esenciales del contrato de seguro, dentro de los cuales resalta que, “el riesgo asegurable es un hecho eventual que no pende de la voluntad del tomador, asegurado, ni beneficiario, y que una vez ocurrido configura el siniestro”²². Es precisamente bajo esta misma línea, señala la Corte, que resulta necesario para el asegurador determinar el alcance y posibilidades de que suceda el hecho incierto que constituye el riesgo, pues ello le brinda las herramientas necesarias para decidir si asumirá el riesgo o no, y en qué condiciones.



En consecuencia, resulta imprescindible que el tomador aporte la información sincera y veraz encaminada a establecer dicho riesgo, así lo plantea el artículo 1058 del Código de Comercio²³, lo cual no es más que una expresión propia del principio de buena fe, en cuanto es el tomador quien mejor conoce la situación que lo rodea, y por ende estará obligado a revelarla²⁴.

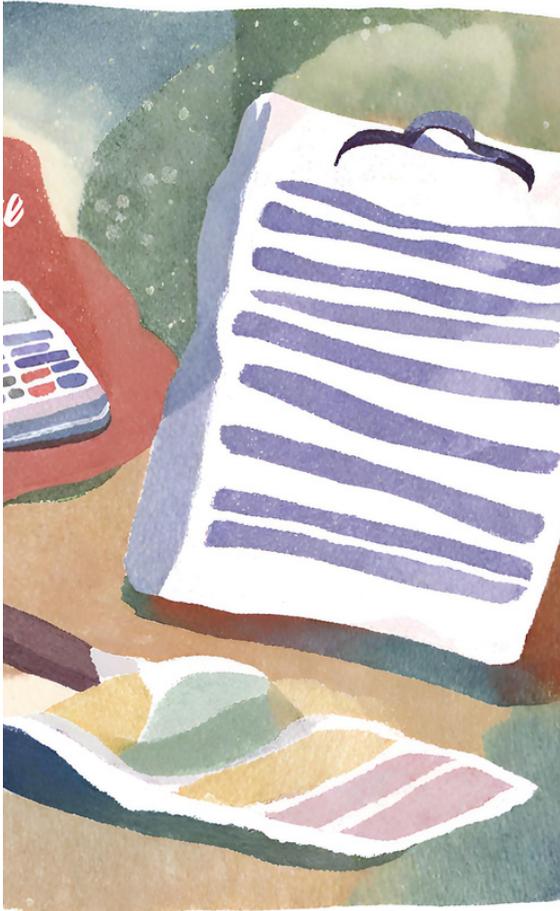
Posteriormente, la Corte desestima los alegatos de la recurrente, por cuanto no es cierto que fuere inviable la aplicación del canon 1058 del Código de Comercio a Pólizas de Manejo Global ni para el amparo de Infidelidad o Riesgos Financieros; ello sería incongruente con una interpretación doctrinal²⁵ y gramatical de la disposición, apoyada en los artículos 26 y 27 el Código Civil. Los actos reprochables que cometieren empleados de la accionante, no generarían el siniestro amparado en el seguro de Responsabilidad Civil de Infidelidad y Riesgos Financieros suscrito, cuando se tratase de una situación conocida por la empresa en cuestión.

El tribunal desarrolla que esto último no fue cuestionado en el recurso de casación, pues se encuentra fundado en la causal primera, la cual parte de la base de la aceptación del fundamento fáctico de la providencia recurrida, que en el caso concreto restaría eficacia a la reclamación. Siendo así, la corporación concluye que la sanción de nulidad relativa es aplicable a la póliza Global Bancaria o de Infidelidad y Riesgos Financieros, y extiende la imposición del principio de buena fe incluso “en la época precontractual del pacto de marras”²⁶, por tratarse de una situación conocida por el tomador.



Ahora, la Corte también se pronuncia sobre el evento narrado en el artículo 4 de la ley 389 de 1997, según el cual, en seguros de manejo y riesgo financiero, o de responsabilidad, hay lugar al amparo por siniestros ocurridos durante la vigencia del acuerdo, aun cuando se tratase de hechos anteriores a su iniciación²⁷; este precepto legal no es cuestionado por la corporación, sin embargo, lo limita al conocimiento de dichas situaciones, pues si este se da con anterioridad a la suscripción del acuerdo, ha de aplicarse la nulidad relativa anteriormente referida en los términos del artículo 1058, lo cual ocurre en el caso concreto²⁸.

Por otro lado, la recurrente formuló un segundo cargo, cuestionando el cumplimiento de los artículos 1077 del Código de Comercio, 167 del Código General del Proceso, y 1757 del Código Civil, al considerar que no se cumple con la carga de la prueba, que debiera recaer sobre la aseguradora para exculparse de responsabilidad. Consideró que correspondía a la demandante probar el conocimiento de las circunstancias que adujeron ocultas por Interbolsa.



La Corte analizó este cargo en conjunto con las alusiones antes referidas respecto del alcance de las conductas de los empleados de la accionante a la luz de los artículos 98 y 200 del Código de Comercio. Para abordar estos planteamientos, La Corte refiere a cómo la recurrente nunca cuestionó la veracidad de la información proveída, y se limitó a plantear que la reticencia de sus empleados no es extensible a la empresa. Esto conduce a desestimar los cargos aludidos, en tanto concluye que, de una interpretación sistémica del artículo 1058, es dable que las declaraciones sobre el estado de riesgo que expone una sociedad, hechos a través de representante legal, administrador, u otro, son vinculantes a la compañía tomadora de la póliza de seguro²⁹.

Frente a este último punto, la corporación también señala que, de no ceñirse a esta interpretación, podría crear una indeterminación respecto de los eventos en que los actos de estas personas pudieren ser vinculantes a las sociedades, y los eventos en que no, yendo en contra del principio de seguridad jurídica.



En atención a los anteriores planteamientos, la Corte Suprema de Justicia concluyó que, en efecto, la nulidad relativa a la que hace mención el artículo 1058 del Código de Comercio, es aplicable a la Póliza Global Bancaria o de Infidelidad y Riesgos Financieros, y que, inclusive, frente a esta última, es procedente la referida sanción aun cuando se constituyese el riesgo asegurado en el periodo contractual, siempre que, desde el periodo precontractual, mediara conocimiento del tomador sobre las circunstancias de infidelidad y aquellas que dieran lugar a su constitución. Asimismo, la Corte es clara al hacer extensibles y vinculantes las declaraciones de los empleados que actúan en representación de una sociedad, siempre que estas se destinen a la determinación del riesgo previo a la suscripción de una póliza de seguros.

“(...) la Corte es clara al hacer extensibles y vinculantes las declaraciones de los empleados que actúan en representación de una sociedad, siempre que estas se destinen a la determinación del riesgo previo a la suscripción de una póliza de seguros..”

En mérito de lo expuesto, la alta corporación decidió no casar la sentencia cuestionada, dejando un claro precedente, y una interpretación sistémica del alcance de la figura del artículo 1058 en contratos de seguro financiero y bancario.

III. Alcance del artículo 1058 y desarrollos al principio de buena fe

La providencia reseñada trae consigo destacables desarrollos sobre el fenómeno de reticencia y la extensión del principio de buena fe, pero estas concepciones han sido variantes a lo largo de la historia de Colombia.



En un principio, la figura fue sometida a juicio de constitucionalidad. En su momento, los accionantes consideraron que la norma dotaba de amplias facultades a las aseguradoras para retener primas y escaparse de relaciones contractuales ante cualquier evento de reticencia. No obstante, la Corte Constitucional marcó una primera tendencia, al hallar exequible la disposición cuestionada, considerando lo siguiente:

“Cuando, a pesar de la infidelidad del tomador a su deber de declarar sinceramente todas las circunstancias relevantes que constituyen el estado del riesgo, de buena fe se le ha expedido una póliza de seguro, la obligación asegurativa está fundada en el error y, por tanto, es justo que, tarde o temprano, por intermedio de la rescisión, anulabilidad o nulidad relativa, salga del ámbito jurídico.

Esto, con prescindencia de extemporáneas consideraciones sobre la necesidad de que la reticencia o inexactitud tenga relación de causalidad con el siniestro que haya podido sobrevenir, justamente porque lo que se pretende es restablecer o tutelar un equilibrio contractual roto ab initio, en el momento de celebrar el contrato de seguro, y no al acaecer el siniestro. La relación causal que importa y que, para estos efectos, debe existir, no es la que enlaza la circunstancia riesgosa omitida o alterada con la génesis del siniestro, sino la que ata el error o el dolo con el consentimiento del asegurador”³⁰.

En este sentido, es claro que no debe existir nexo de causalidad entre la reticencia y el siniestro que pudiere haber llegado a ocurrir, pues la medida se dirige a la protección de la buena fe desde el momento precontractual, es un asunto del consentimiento para firmar el acuerdo, por lo que es allí donde debe haber un nexo causal, entre la información proveída y la determinación del riesgo para suscribir el acuerdo. En un primer momento se entendía que no existe deber alguno de la aseguradora de verificar la información declarada por el portador³¹.



Posterior a ello, las decisiones de las altas corporaciones han sido variantes respecto de estos deberes, existiendo múltiples decisiones en materia de seguros de vida que obligan a las aseguradoras a probar la causalidad entre la reticencia y el siniestro³², o que imponen sobre estas un amplio deber de verificación de la información; y otras providencias en donde se intenta lograr un equilibrio de cargas a imponer entre aseguradora y portador³³.



En particular, señala la Corte Suprema de Justicia que, si bien el asegurador es sujeto pasible y debe estar protegido frente a inminentes engaños y fraudes cometidos por tomadores, lo cierto es que tampoco puede asumir una actitud meramente pasiva, y que, por el contrario, en virtud de los principios de solidaridad, cooperación y reciprocidad, también le corresponde una carga encaminada a asegurar el beneficio mutuo en la relación contractual³⁴. Ello cobra especial relevancia al considerar que, dentro de la experticia con la que ha de gozar el asegurador, existen eventos en los que no le es posible alegar el remedio de nulidad relativa, pues precisamente en razón de su posición dominante habrá podido y debido conocer el defecto descubierto, y ha dejado de hacerlo por su propia culpa³⁵.

Ahora bien, todos estos planteamientos se hacen desde la figura del seguro de vida, y es prácticamente nulo el desarrollo frente a otras modalidades de seguro como la del caso de la sentencia reseñada; es precisamente en atención a esta situación que cobra especial relevancia el análisis de los supuestos allí planteados.

Al respecto, es evidente que existen obligaciones mutuas en ese tipo de seguros, pues el asegurador deberá proveer de un formulario, hacer exámenes médicos, entre otras conductas encaminadas a determinar el estado de salud de la persona asegurada, es decir, el estado del riesgo. Pero este fenómeno no se da de la misma manera en seguros de responsabilidad y de otra naturaleza, como ocurre en el caso analizado. Frente al particular, la Corte Suprema de Justicia ha precisado la forma en cómo, en un seguro de automotor, al no darse información sobre la importación e identificación del mismo en una declaración espontánea, no habría lugar al mecanismo de nulidad relativa por reticencia, pues encontró que la aseguradora tenía elementos de juicio suficientes para precisar la información requerida, debiendo solicitar una declaración dirigida que, al no haberla hecho, hace entender que se encuentra expuesta al riesgo³⁶.

Así, la reciente sentencia del 16 de diciembre de 2022, refiere a la necesidad de delimitar las posibilidades de ocurrencia del riesgo asegurado por parte del asegurador, para así consentir la póliza y las condiciones frente a las cuales lo hace. La alta corporación se inclina por la primera tendencia narrada, en virtud de que es el tomador es quien mejor conoce su situación, y, por ende, la aseguradora se encuentra a “merced” de su declaración. La nulidad relativa del artículo 1058 “tiene el propósito de castigar, como lo denota el ordenamiento legal mencionado, la afectación del consentimiento de la aseguradora, en razón a que asume un riesgo prevalida de una información, a la sazón irreal o incompleta”³⁷.

Esto lo hace a tal punto que extiende la aplicación de la figura a un seguro de Responsabilidad Civil de Infidelidad y Riesgos Financieros, por considerar que los actos deshonestos que, en una primera vista se enmarcan dentro del siniestro amparado, no lo harán siempre que se tratare de una situación conocida por el tomador al momento previo de suscribir la póliza³⁸.



Ahora bien, cabe recordar que el principio de buena fe rige la relación contractual en todas sus etapas, incluidas las precontractuales, y comprende una función integradora, interpretativa y equilibradora, que cobra especial relevancia, como máxima, en el campo de los contratos de seguro y reaseguro³⁹. Expresión misma de este principio se da en la aplicación del artículo 1058 del Código de Comercio, pues es deber del tomador, con fundamento en la buena fe, declarar de manera cierta todas las circunstancias que llevarán a determinar el riesgo⁴⁰.

Este concepto de buena fe se expresa directamente a través de varias figuras, como lo son el deber de lealtad y cooperación entre las partes, pero llama la atención su desarrollo frente al deber de información que corresponde al tomador para dilucidar el estado del riesgo a la luz del artículo 1058. Sobre la materia, el desarrollo jurisprudencial y doctrinal propende por los deberes recíprocos de información, donde no solo debe el tomador informar la situación que conoce, sino que incumbe también al asegurador manifestar qué información es relevante, o incluso, en ocasiones, verificarla⁴¹.

No obstante, la relación solo se encuentra regulada de un lado, pues el deber de información que recae en el tomador está consagrado en el artículo 1058 del Código de Comercio, pero no existe regulación específica que haga lo propio frente a un deber del asegurador, sino que se trata exclusivamente del desarrollo jurisprudencial⁴², que ha sido inconsistente en la materia, tal y como se ha puesto de presente a lo largo de este escrito.

En esta línea, la sentencia del 16 de diciembre de 2022 brinda un importante desarrollo al debate, respecto de la posibilidad de hacer extensiva la figura a otros tipos de seguro, e incluso, frente al evento de mala fe en el ocultamiento de situaciones de infidelidad conocidas por el tomador a la hora de suscribir el contrato, así como aporta nuevos desarrollos al valor vinculante de las declaraciones de sus empleados en la determinación del riesgo, pero pone en evidencia una clara deficiencia en la regulación frente a los deberes del asegurador en estos escenarios.

Conclusiones

En primer lugar, se ha puesto en evidencia cómo la buena fe es un pilar fundamental y una máxima del contrato de seguro, que se expresa en todas las etapas precontractuales y contractuales, dando lugar a la existencia de deberes tales como el de informar con veracidad, por parte del tomador, las circunstancias necesarias para determinar el riesgo, y del asegurador, de comunicar los elementos que debieran ser verificados para tal propósito.

Respecto de estos desarrollos, ha habido una clara tendencia sobre su aplicación en seguros de vida y frente a la reciprocidad en los deberes enunciados, pero no es sino hasta la introducción de la sentencia del 16 de diciembre de 2022, con ponencia del magistrado Aroldo Quiroz, que realmente se extiende el alcance de la figura del artículo 1058 del Código de Comercio a una Póliza Global Bancaria y en el marco de seguros de responsabilidad e infidelidad, con ocasión a la diferenciación hecha respecto de la realización del riesgo y el conocimiento de circunstancias precontractuales encaminadas a determinarlo.

Así, la máxima autoridad ha ampliado el horizonte de posibilidades de aplicación del mecanismo, pero ha sido tímida frente al desarrollo de los deberes recíprocos de las partes en este escenario, restringiendo el debate a la idea de que el asegurador está a merced de las declaraciones del tomador y debe ser protegido.

De esta manera, la alta corporación ha cerrado una interrogante frente a la extensión del fenómeno de reticencia en un seguro de responsabilidad o de riesgo financiero, dando lugar a su aplicación aún en los eventos descritos en el artículo 4 de la ley 389 de 1997, pues eventos que en principio podrían estar amparados por la póliza, no lo harán siempre que se trate de situaciones conocidas por el tomador previo a la suscripción del acuerdo.

Finalmente, y pese a estos desarrollos, la Corte Suprema de Justicia pone en evidencia las inconsistencias y contradicciones en que han incurrido las altas cortes cuando han analizado los deberes de las aseguradoras en el marco de la reticencia, optando por una postura pasiva y apegada a los primeros desarrollos de la materia, e ignorando varios pronunciamientos que, a lo largo de los años, han venido imponiendo cargas a las aseguradoras respecto de la verificación de la información y otros deberes precontractuales.



Bibliografía

- BEGUÉ, María. & VÁSQUEZ, Daniel. Giros jurisprudenciales en la interpretación del artículo 1058 del Código de Comercio colombiano. En: Revista de Derecho Privado. Noviembre, 2022. No. 44, pp. 313–346. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.44.11>.
- MIRANDA, Suli. La ubérrima buena fe de las aseguradoras en el contrato de seguro en Colombia. En: Universidad de Manizales. Mayo, 2016. URI: <https://ridum.umanizales.edu.co/xmlui/handle/20.500.12746/2981>
- MORENO, Milton. La reticencia en el contrato de seguros. En: Revista Fasecolda. 2022. No. 188, pp. 86–91. Recuperado de <https://revista.fasecolda.com/index.php/revfasecolda/article/view/866>
- ORDÓÑEZ, Andrés. Los deberes recíprocos de información en el contrato de seguro. Y especialmente el deber de información del asegurador frente al tomador del seguro. En: Revista de Derecho Privado. Diciembre, 2005. No. 9, pp. 75–114.
- ORDÓÑEZ, Andrés., JARAMILLO, Carlos. & BARRERA, Carlos. Pasado, presente y futuro de la regulación del contrato de seguro en el Código de Comercio Colombiano de 1971. En: Revista e-mercatoria. junio, 2012. Vol. 11, no. 1, p. 411-447
- SENA – Dirección General. Teoría general del seguro. Bogotá D.C.: noviembre de 1976. P. 26
- TEJEIRO, David. RETICENCIAS E INEXACTITUDES EN EL CONTRATO DE SEGURO: BREVE COMPARACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA. En: Revista Ibero-latinoam. Seguros, Bogotá (Colombia), Julio-diciembre, 2019, Vol 28, no. 51; pp. 217-240. ISSN 2500-7556.

Normas y jurisprudencia

- COLOMBIA, CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Ley 84 de 1873. CÓDIGO CIVIL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE COLOMBIA. Bogotá D.C.: En Diario Oficial no. 2.867 de 1873. Arts. 26-27.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 389 de 1997. Por la cual se modifican los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio. Bogotá D.C.: En Diario Oficial. N. 43.091. Art. 4
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONA SALA QUINTA DE REVISIÓN. Expediente T-5357716. Sentencia T-282 de 2016, (1 de junio de 2016). MP. Gloria Stella Ortiz Delgado
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Expediente D-1485 Sentencia C-232 de 1997, (15 de mayo de 1997). MP. Jorge Arango Mejía.

- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Expedientes T-6.563.653, T-6.565.840, T-6.579.174, T-6.580.365, T-6.593.057, T-6.594.184, T-6.599.768, T-6.605.576 y T-6.608.194, acumulados. Sentencia T-027 de 2019, (20 de enero de 2019). MP. Alberto Rojas Ríos
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA CUARTA DE REVISIÓN. Expediente T-3.769.249, Sentencia T-309A de 2013 (23 de mayo de 2013). MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA NOVENA DE REVISIÓN. Expediente T-7.279.118. Sentencia T-061 de 2020, (18 de febrero de 2020).
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PLENA. Expediente D-2183, Sentencia C-269 de 1999 (28 de abril de 1999). MP. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Expediente T-5.283.342 AC, Sentencia T-240 de 2016 (16 de mayo de 2016). MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA SEXTA DE REVISIÓN. expedientes T-5.921.539 y T-5.926.613, Sentencia T-251 de 2017. (26 de abril de 2017). Iván Humberto Escrucería Mayolo.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA TERCERA DE REVISIÓN. Expediente T-6.240.369, Sentencia T-658 de 2017 (27 de octubre de 2017). MP. Antonio José Lizarazo Ocampo.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC3952-2022. (16 de diciembre de 2022). MP. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC5327 de 2018 (13 de diciembre de 2018). MP. Luis Alonso Rico Puerta. P. 20
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Expediente 4045 (24 de enero de 1994). MP Carlos Esteban Jaramillo Schloss.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Expediente 4045 (24 de enero de 1994). MP Carlos Esteban Jaramillo Schloss.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Expediente 1997-04528-01. (26 de abril de 2007). MP. Manuel Isidro Ardila Velásquez
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Expediente No. 6146. (2 de agosto de 2001). MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. P. 26,
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Expediente No. 4640. (18 de octubre de 1995). MP Pedro Lafont Píanetta. P. 10.

- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Radicado. 11001-3103-032-2002-00537-01. (12 de diciembre de 2008). MP. Willian Namés Vargas. P. 24
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC3273-2020. (7 de septiembre de 2020). MP Luis Armando Tolosa Villabona
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC3791 de 2021. (1 de septiembre de 2021). MP. Luis Armando Tolosa Villabona
- COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 de 1971. (27 de marzo de 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. Bogotá D.C.: En Diario Oficial No. 33.339 de 1971. Art. 1058.





El garantismo frente al tipo en blanco

Daniel Felipe Useche Daza

Trabajo ganador del tercer puesto en el Concurso de ensayo "Germán Cavalier" en la Universidad Nacional de Colombia, 2023.





Sumario

Introducción

I. Contexto histórico y evolución legislativa del tipo de contratación sin el cumplimiento de los requisitos esenciales

II. La responsabilidad por la contratación sin el cumplimiento de los requisitos esenciales

III. Complejidades del tipo penal “en blanco”

IV. La postura de la Corte y sus implicaciones frente al garantismo en materia penal

Conclusiones

Bibliografía

Resumen

El presente ensayo aborda las tensiones entre el tipo penal en blanco y las garantías propias del proceso sancionatorio a la luz de las diversas interpretaciones que le han dado las altas cortes de Colombia y los cuestionamientos por parte de la doctrina. Para el efecto se utiliza como marco de análisis el delito de contratación sin el cumplimiento de los requisitos esenciales desarrollado en la Sentencia SU 214 de 2022 de la Corte Constitucional de Colombia.

Palabras clave: Tipo penal en blanco, delito de contratación si el cumplimiento de los requisitos legales.

Abstract

This essay addresses the tensions between the blank criminal provision and the guarantees inherent to the punitive process in light of the diverse interpretations given by the high courts of Colombia and the criticisms from legal scholars. For this purpose, the offense of contracting without meeting essential requirements, as developed in the Colombian Constitutional Court, Ruling SU 214 of 2022, is used as the analytical framework.

Keywords: Blanket criminal provision, offense of contracting without meeting legal requirements.

Introducción

Puede resultar superflua, por lo obvia, la afirmación según la cual en la actualidad la actividad contractual del Estado es uno de los pilares fundamentales del adecuado desempeño de sus funciones, lo que justifica ampliamente la construcción de un plexo normativo robusto que permita protegerla frente al actuar irregular de particulares y servidores públicos. Sin embargo, de la constatación de este hecho no se deriva conclusión alguna con relación a la forma en la que

dicho plexo normativo debe elaborarse y, a su turno, ser interpretado. De allí que todo juicio de responsabilidad penal, administrativa, disciplinaria o fiscal en materia de contratación estatal conlleve no solo una interpretación entre varias posibles del contenido normativo respecto del cual esta se predica, sino también del modo en la que los intereses del Estado (y a través de él los de toda la sociedad) se encuentran mejor asegurados. Sobre esta base, el presente ensayo pretende dar cuenta de las razones por las que el desarrollo del tipo penal en blanco realizado por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-214 de 2022 resulta deficiente y, por tanto, tiene el potencial de vaciar de toda pretensión de garantismo los procesos judiciales adelantados con base en él.



I. Contexto histórico y evolución legislativa del tipo de contratación sin el cumplimiento de los requisitos esenciales

Como expuso la Corte en la precitada sentencia SU214/22, de la redacción del artículo 410 ibidem se extrae que el tipo penal allí consagrado consiste en:

...tramitar contratos sin observación de los requisitos legales esenciales; (ii) celebrar contratos sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales; y (iii) liquidar contratos sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales. Así pues, en el tipo penal no están comprendidas las acciones u omisiones que se den en el marco de la ejecución del contrato. Asimismo, el tipo exige que las tres conductas sean ejecutadas (iv) por un sujeto activo calificado como lo es el servidor público y (v) que ocurra en un contexto específico, esto es, en desarrollo de las funciones públicas asignadas a ese servidor¹.

Desde una perspectiva histórica, la consagración del tipo se explica en el contexto de una mayor participación del Estado en la actividad económica y la provisión de servicios durante la primera mitad del siglo XIX. Lo anterior conforme a la reconstrucción realizada por la Corte en la misma sentencia, que concuerda con la realizada por autores como SANTOFIMIO GAMBOA, quien describió el fenómeno como el surgimiento de la “actividad empresarial” estatal, en razón de la ampliación de las obras públicas y de los asuntos en que se vio compelido a participar conforme a las circunstancias lo demandaban².

Cuestionados por las razones que dieron lugar a este fenómeno, debe considerarse que durante dicho periodo se acentuó la “fósil-energetización” de América Latina en general y de Colombia en particular iniciada en la década de 1840. Al respecto, MARQUARDT indica que la transición desde el modelo de civilización agraria fundado en la utilización de la fuerza mecánica de animales de carga al de una cuya fuerza motriz estuviese alimentada por energía fósil (carbón primero y petróleo después) fue un proceso que en la región se vio ralentizado por la ausencia de los factores que lo impulsaron en Europa, tales como los conflictos militares internacionales, la presión demográfica y la accesibilidad de recursos fósiles en zonas centrales, así como por la pauperización y suciedad extremas que los países de la región percibían como consustanciales al modelo de ciudad industrial europea en aquel entonces³.



De allí que en una primera fase, ocurrida entre los años 1840 y 1916, la transformación de América Latina se limitó a la utilización progresiva de la infraestructura propia de la primera revolución industrial, como es el caso de los ferrocarriles, la electricidad, el telégrafo, los acueductos y alcantarillados urbanos, entre otros, sin que ello se acompasara con un desarrollo de la producción industrial propia, que se consideró innecesaria frente a la posibilidad de intercambiar los productos propios de la sociedad agraria por aquellos producidos en los países industriales. Sin embargo, entre los años 1914 y 1949, las dos guerras mundiales y la gran depresión generaron una implosión del comercio internacional de mercancías, lo que tuvo como consecuencia:

...la promoción de la transformación industrial en las demás esferas, bajo el espíritu de recuperar algo perdido y de substituir la importación de productos industriales por una fabricación interna. (...) (Lo anterior) representó también una transformación profunda de la estructura del pueblo estatal y del demos de la democracia a causa del ascenso de una nueva clase social, la de los obreros. Ahora el tipo normal de la sociedad fue cada vez menos el campesino de subsistencia y más bien el trabajador asalariado⁴.

Naturalmente, lo anterior supuso un aumento de la complejidad social producto tanto del aumento de la población (un sistema energético más eficiente permite alimentar un mayor número de personas) como por la expansión de las demandas sociales a las que el Estado fue llamado a responder. A su vez, ello implicó la necesidad de un refinamiento de los mecanismos con las que este cumplía sus funciones, entre los cuales destaca por su importancia la contratación. Esta dinámica se profundizó aún más a partir de 1950 con la segunda revolución fósil-energética fundada en la utilización del petróleo como matriz energética principal⁵.



Establecido lo anterior, debe tenerse en cuenta la evolución del abordaje legislativo que en nuestro país se ha dado de las problemáticas que dicha situación ha representado para la institucionalidad, el cual ha tendido a ampliar los supuestos de punibilidad de las conductas de los servidores públicos en materia de contratación estatal en general y de la realizada sin el lleno de los requisitos legales en particular.

Así, frente a los debates iniciales sobre si la sanción del proceder irregular de los servidores públicos frente a la gestión contractual a su cargo debía ser ética, disciplinaria o penal, el legislador resolvió que esta última sería la más adecuada. En consecuencia, el artículo 162 del Código Penal de 1936 sancionó con penas de prisión de uno a ocho años a los funcionarios o empleados públicos que con ocasión del ejercicio de su cargo concertaran determinado resultado de una actuación contractual con los interesados o especuladores de esta, así como que desplegaran cualquier maniobra o artificio con el mismo propósito⁶.

“(...) en la actualidad la configuración del tipo penal únicamente exige que se hayan vulnerado los requisitos legales esenciales de la contratación administrativa, supuesto para cuya comprobación el operador jurídico debe remitirse a la normativa que regula esta última.”

Posteriormente, el Código Penal de 1980 reemplazó este tipo por tres agrupados bajo un mismo capítulo denominado “de la celebración indebida de contratos”, que incluía los delitos de violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades (artículo 144), interés ilícito en la celebración de contratos (artículo 145) y contrato sin cumplimiento de requisitos legales (146)⁷. En un inicio, este último exigía la comprobación de un provecho ilícito del servidor público para sí mismo, para el contratista o para un tercero, sin embargo, eventualmente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia estableció que dicho provecho se comprobaba con la mera constatación del incumplimiento de los principios y normas aplicables a la contratación administrativa, teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido por el tipo era el principio de legalidad. En ese sentido, la modificación que hizo la ley 599 del 2000 del tipo penal en el sentido de eliminar la referencia al provecho ilícito no varió su contenido para efectos prácticos⁸.

De esta forma, se tiene que en la actualidad la configuración del tipo penal únicamente exige que se hayan vulnerado los requisitos legales esenciales de la contratación administrativa, supuesto para cuya comprobación el operador jurídico debe remitirse a la normativa que regula esta última. Esta cuestión se abordará detenidamente en un acápite posterior.

II. La responsabilidad por la contratación sin el cumplimiento de los requisitos esenciales

A continuación, resulta necesario establecer las diferencias entre las diferentes clases de responsabilidad que pueden derivarse de un proceder irregular con relación a la suscripción de contratos estatales sin el lleno de los requisitos legales en nuestro ordenamiento jurídico. Lo anterior supone operativizar una definición de “responsabilidad” que refleje la vaguedad y

ambigüedad que necesariamente acompañan la utilización de este concepto en rama del derecho tan disímiles como lo son la disciplinaria, la administrativa y la penal. Para el efecto, se hará uso de la proveída por SANZ al reconstruir la noción kelseniana del término, al cual describe como la relación entre el individuo y su falta como se sigue:

(la responsabilidad es) la reacción del Ordenamiento jurídico ante la infracción de una norma por parte de un sujeto cuando se dan unas determinadas condiciones establecidas por el Ordenamiento en cuestión. (...) Así, decir que «A es responsable de X» no es más que señalar que, según el Ordenamiento en cuestión, cuando en determinadas condiciones se da X, determinada consecuencia jurídica se le imputa a A. Como se podrá comprender, este concepto de responsabilidad es valorativamente neutral, está desprovisto de cualquier reproche, reprobación, etc., y sólo prescribe una mera relación de causalidad jurídica⁹.

En otras palabras, habrá responsabilidad jurídica cuando se configuren los presupuestos de una falta por parte de un sujeto imputable, los cuales serán diferentes según el ordenamiento jurídico o la rama del derecho de la que se trate.



Aterrizando a nuestro ordenamiento jurídico, y en particular a la conducta de celebrar contratos sin el lleno de los requisitos legales analizada en la Sentencia SU214/22, se tiene que la responsabilidad es penal cuando se configura el tipo homónimo consagrado en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000, siendo sus penas la prisión, la multa y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas; por otro lado, la responsabilidad es administrativa cuando de la suscripción del contrato se deriva un daño antijurídico por el que deba responder la administración, lo que da lugar a su resarcimiento por parte de esta a través de un pago en dinero al afectado y a la correlativa carga del servidor público que cometió la irregularidad de responder por dicho monto con su propio pecunio¹⁰; a su turno, la responsabilidad es disciplinaria cuando el servidor público infractor incumplió las obligaciones consustanciales a su cargo, siendo sus sanciones la destitución y la inhabilitación general, la suspensión en el ejercicio del cargo, la multa y la amonestación escrita¹¹; finalmente, la responsabilidad es fiscal cuando el actuar desplegado por el servidor público generó un detrimento patrimonial en el erario, el cual deberá ser resarcido por aquél¹².



De lo anterior se concluye que el ordenamiento cuenta con herramientas normativas suficientes para sancionar a quienes incumplan con su obligación de adelantar la contratación a su cargo conforme a los requisitos legales aplicables, así como para buscar el resarcimiento del daño que este actuar pudiere llegar a producir¹³. Lógicamente, mientras que el establecimiento de las responsabilidades de orden penal y disciplinario atiende al primer objetivo, el de las de orden administrativo y fiscal atiende al segundo.

Ahora bien, no puede perderse de vista que las sanciones penales son mucho más graves que las disciplinarias por su afectación a la libertad personal, lo que es resultado natural del distinto grado de reproche a la afectación a los bienes jurídicos tutelados que cada rama del derecho está llamada a realizar. Esta constatación resulta de capital importancia para ponderar las posibles sanciones a imponer, o lo que es lo mismo, para determinar si las circunstancias en que fue cometida la falta, una vez contrastadas con los tipos penales y disciplinarios que podrían configurarse y con las sanciones que estos consagran, ameritan una sanción de uno u otro tipo o las dos de manera concurrente.

III. Complejidades del tipo en blanco

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los tipos en blanco son descripciones incompletas de las conductas reprochadas que se caracterizan por hacer una remisión normativa para su adecuada delimitación¹⁴. Para el observador prevenido, lo anterior ubica a esta clase de tipo en los límites de lo aceptable en un Estado de Derecho en el que se respeten las garantías liberales más básicas, toda vez que la libertad del procesado podría depender del criterio del juzgador (juez penal) en una rama del derecho ajena a su ordinario ejercicio profesional (derecho administrativo). De igual modo, por cuanto la diversidad de interpretaciones plausibles sobre lo que, para el

caso, cabría entender por “requisitos esenciales” podría redundar en que el tipo adoleciera de una ambigüedad inaceptable que hiciera depender el resultado del proceso penal del arbitrio del intérprete de la norma.

Respecto del primer asunto, el cuestionamiento puede ser planteado en términos tanto de experticia como de competencia y podría resumirse de la siguiente manera: si la Constitución ha puesto en cabeza de los jueces de lo contencioso administrativo la competencia respecto de la declaratoria de ilegalidad y la sanción de los contratos estatales, mal haría el juez penal en pronunciarse sobre estos asuntos y, más aún, en condenar a un servidor público con base en su propio entendimiento de la normativa que los regula. Lo anterior fue desarrollado con claridad en la demanda de constitucionalidad presentada en contra de los artículos 410 y 413 del código penal y cuyas resolución y reconstrucción argumental previa realizó la Corte Constitucional mediante sentencia C-917 de 2001 en los siguientes términos:

Se pregunta el demandante, respecto de los actos administrativos “¿cómo se puede discutir por los fiscales y los jueces penales su legalidad y la legalidad del contrato así ajustado entre la entidad estatal y el licitante vencedor, si la legalidad de los actos administrativos de la actuación administrativa contractual y del contrato se presume y, si su anulación únicamente la puede declarar la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no el Fiscal ni los jueces penales, puesto que no integran la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sino la Ordinaria? (...) La respuesta, al decir del actor, conduce necesariamente a la existencia de la violación al debido proceso de los textos demandados, principio establecido en el artículo 29 de la Constitución, que señala el respeto estricto del principio de legalidad, en cuanto a la carencia de tipicidad de la norma penal frente a la ley de contratación, que está consagrada en la Ley 80 de 1993¹⁵ .

Con relación al segundo asunto, debe considerarse que la pluralidad de interpretaciones plausibles respecto de los contenidos normativos cuya violación da lugar a la responsabilidad penal del servidor público puede potencialmente entrar en contradicción con el respeto al principio de legalidad. Sobre el particular, el actor de la precitada demanda señaló en su escrito reconstruido por la Corte lo siguiente:

...Si bien esta Ley consagra las reglas y principios a los que el ente estatal debe atenerse, sin embargo, no establece un procedimiento formal riguroso, sino pautas generales. Esta situación lleva al actor a preguntarse, también, ¿cuáles son respecto de los delitos de esta demanda, los requisitos legales esenciales, cuáles los legalmente accidentales y cuáles los legalmente naturales?, puesto que los delitos en mención sólo se cometen por violación de los requisitos legales esenciales, dejándose al criterio del funcionario judicial establecerlos a su amaño¹⁶ .

Desde una perspectiva positivista, lo anterior podría considerarse un problema de orden técnico jurídico frente al cual el operador judicial debe realizar una investigación conforme a las fuentes de derecho aplicables con base en la jerarquía que de ellas hace el ordenamiento. En ese orden de ideas, la constatación de que las altas cortes han resuelto el problema jurídico permitiría resolver la ambigüedad normativa por la vía de la aplicación del principio de autoridad. Sin embargo, tal planteamiento desconoce prima facie que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado han tenido diferentes criterios respecto de la normativa contractual administrativa y, en consecuencia, sobre la delimitación del tipo penal frente al cual se busca procesar al servidor público, lo que complejiza más de lo recomendable la argumentación de quien se decante por una u otra posición sobre el particular.



Es más, lo anterior no solo es predicable de una alta corporación con respecto a otra, sino de cada una a lo largo del tiempo. A modo de ejemplo, como lo ha puesto de presente GONZÁLEZ, la sección tercera del Consejo de Estado ha sostenido criterios disímiles con respecto a los requisitos esenciales del contrato estatal al interpretar de manera contradictoria la remisión normativa que hace la ley 80 de 1993 a la ley civil y comercial en todo lo no expresamente regulado por ella. De esta forma, mientras que la Sección Tercera, Subsección A, ha sostenido que en virtud del principio de legalidad todo aquello que no esté expresamente autorizado por la normativa administrativa en materia contractual está prohibido y por ende es sancionable con nulidad absoluta (aun cuando esté regulado en la normativa civil y/o comercial), esta misma Sección en grado jurisdiccional de consulta ha determinado que dicha sanción solo es procedente respecto de aquellos contratos celebrados contra expresa prohibición legal¹⁷.

Considérese que la sanción de nulidad absoluta conforme al código civil procede en ausencia de alguno de los requisitos esenciales del contrato, lo que supone que bajo una u otra de las posturas recién referidas, ambas igualmente válidas desde un punto de vista lógico y jurídico, el resultado de la actividad hermenéutica del juez penal al juzgar el incumplimiento de los mismos por parte del servidor público sería diferente¹⁸.

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia SU-214 de 2022 reconstruyó la evolución de los conceptos de “contrato adicional” y “adición contractual” en la jurisprudencia de las Secciones Tercera y Quinta y la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, así como de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, para efectos de determinar si era viable realizar una adición al contrato de obra para la recuperación de un parque en aras de incluir la construcción de módulos para vendedores estacionarios no contemplados inicialmente. Al hacerlo, encontró que en el Consejo de Estado ha habido posiciones diversas sobre el contenido de ambos conceptos, siendo la Sección Tercera la más tajante al establecer que el objeto del contrato no puede ser modificado sino a través de un contrato adicional, mientras que la Sala de Consulta y Servicio Civil ha considerado que lo propio puede hacerse a través de una mera adición contractual¹⁹. Si bien la Corte Constitucional suscribió la primera de dichas tesis atendiendo a la especialidad que en temas contractuales caracteriza a la Sección Tercera y a que ha sido suscrita la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que la cuestión no es pacífica y cualquier postura que se tome sobre el particular debe considerar lo controversial del asunto, sin pretender elevarse a la categoría de sentido común.



De otra parte, del análisis de los pronunciamientos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia respecto de lo que cabría entender por “requisitos esenciales” en la contratación estatal se extraen igualmente dos posturas a priori contradictorias. Por un lado, la Corte ha ligado dichos requisitos con el respeto a los principios que rigen la contratación pública, signados por la búsqueda del interés general; por el otro, ha indicado que no toda transgresión del ordenamiento jurídico, lo que naturalmente incluye a los referidos principios, puede dar lugar a la configuración del tipo penal por quedar este bajo este supuesto en una indeterminación inaceptable, por lo que ha afirmado que hay requisitos esenciales taxativos en cada una de las fases de la contratación respecto de las cuales recogidas en la norma²⁰.

Con base en lo dicho hasta el momento, puede afirmarse que resulta aconsejable cierto escepticismo frente a la indeterminación del tipo penal, apreciación que ha sido ampliamente compartida por la doctrina nacional y comparada. Estas han visto con desconfianza la remisión normativa realizada en virtud de la incompletitud de la norma penal, cuando en los casos en los que la remisión se hace respecto de normas con menor jerarquía o establecidas producidas por un organismo diferente al legislador.

En el ámbito nacional, esta es la posición mayoritaria, cuestión obviada por la Corte Constitucional al referirse al asunto²¹. Al respecto, SANDOVAL indica que:

No hay que hacer mayor esfuerzo para llegar a la conclusión mayoritaria, pues si la concepción democrática representativa entrega al poder legislativo como representante del pueblo, la función de hacer la ley penal, esta garantía se quiebra cuando órganos diferentes o disposiciones normativas de inferior jerarquía a la ley regulan en todo o en parte la materia penal²².

Esta última afirmación no necesariamente se limita a los órganos administrativos, pues lo cierto es que la importancia del principio de reserva de ley en materia penal hace necesario cuestionar si los jueces y tribunales pueden abrogarse la facultad de desarrollar la ley para efectos de determinar si se cometió o no un delito.

Por su parte, la doctrina comparada ha conceptualizado de manera amplia el tipo en blanco, desarrollando categorías que en la literatura nacional no han tenido mayor resonancia, pero que resultan esclarecedoras para efectos de desarrollar la discusión que aquí se pretende presentar. En palabras de BALDOMINO:

Se suele distinguir entre dos modalidades de tipos penales en blanco: Tipos Penales en Blanco Propios, que son aquellos en que el texto legal determina la sanción, pero para la descripción del hecho punible se complementa con remisiones a normas jurídicas de rango inferior a una ley; y, Tipos Penales en Blanco Impropios, que son aquellos cuyo complemento del núcleo central de la conducta es otra disposición contenida en la misma ley (reenvío interno), o en otra ley (reenvío externo).

En los tipos en blanco impropios, dado que la norma complementaria es otra ley, se aplica directamente el principio de irretroactividad del tipo penal, con la sola excepción de la ley penal más favorable. Ello, sin perjuicio de los cuidados que debe tenerse frente a la falta o deficiente taxatividad que presentan, normalmente, las normas legales no penales. Por lo anterior, en mi opinión, no pueden ser considerados leyes penales en blanco propiamente tales, sino tan sólo normas incompletas con una cuestionable técnica legislativa²³.

Como se puede observar, este autor no solo comparte el sano escepticismo imperante respecto de la flexibilidad permisible a los tipos en blanco para efectos de determinar la configuración de la conducta punible. Adicionalmente, indica que, en los eventos en que por las características de la materia regulada existen órganos administrativos que realizan una amplia interpretación de la legislación²⁴, debe considerarse que las variaciones de esta en virtud de las cuales una conducta pase a ser punible después de que en un principio no lo fuere dan lugar a un error de prohibición invencible del infractor que, en consecuencia, debe ser declarado inocente. Finalmente, plantea que las normas extrapenales que complementan el tipo en blanco deberían contener cláusulas de remisión inversa que advirtieran de que su incumplimiento tiene consecuencias penales, lo que garantizaría la publicidad y la función preventiva de los tipos penales.

Ahora bien, yendo más allá en dicho razonamiento, debe considerarse la posibilidad de que en el caso de las interpretaciones normativas disimiles que desarrollan el tipo en blanco plasmadas en sentencias y conceptos de altos tribunales, como ha ocurrido en el caso colombiano, sea igualmente aplicable la figura del error de prohibición. Bajo este escenario, el error sería vencible en la medida en que las mismas reglas del ordenamiento permitirían en principio determinar la providencia aplicable al caso, sin embargo, en todo caso daría lugar a la absolución del procesado en aquellos delitos respecto de los cuales la legislación penal no contempla la modalidad culposa²⁵, como lo es el de la contratación sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales.

“(...) las normas extrapenales que complementan el tipo en blanco deberían contener cláusulas de remisión inversa que advirtieran de que su incumplimiento tiene consecuencias penales, lo que garantizaría la publicidad y la función preventiva de los tipos penales.”

De lo dicho hasta el momento se extrae que la figura del tipo en blanco en el ámbito penal reviste de gran complejidad, tanto por la técnica jurídica involucrada en su aplicación como por la tensión en que se encuentra con las garantías propias del derecho sancionatorio en un Estado de Derecho. A continuación, se abordará este último aspecto con mayor profundidad.

III. La postura de la Corte y sus implicaciones frente al garantismo en materia penal

En la sentencia SU-214 de 2022, la Corte Constitucional retomó la línea jurisprudencial que ha sostenido sólidamente a lo largo de los años con respecto a los tipos en blanco, en el marco de la cual ha sostenido que su constitucionalidad se funda en que la remisión normativa por ellos realizada permite al operador jurídico determinar con claridad y precisión la conducta punible. En ese sentido, ha afirmado la Corte que esta clase de tipo es una herramienta idónea para desarrollar la facultad del legislador de determinar la política criminal del país, toda vez que le permite adaptarse a la realidad cambiante que busca regular sin que ello obste para que se respeten los principios y valores que informan nuestro modelo constitucional²⁶.

Sin embargo, la Corte ha evitado sistemáticamente ponderar los bienes jurídicos que entran en tensión con la consagración del tipo en blanco. Así, omitió considerar las diferentes implicaciones que esta podría tener en materia disciplinaria y penal, pues si bien las garantías de los procesos sancionatorios son igualmente aplicables en ambos casos, en este último resulta exigible un grado mayor de rigurosidad en razón de que está en juego la libertad del procesado y derechos correlativos tan importantes como la unidad familiar²⁷. En ese sentido, resulta a todas luces insuficiente la apelación que esta hace al interés general como cimiento de la contratación pública para justificar la protección de esta última a través de este tipo de normas, pues de esta forma no se tiene en cuenta que el ordenamiento jurídico establece diversos mecanismos para lograr este propósito (ya analizados en el acápite de la responsabilidad), cada uno de los cuales supone un nivel de afectación diferente al infractor y, en consecuencia, requiere de una particular consideración frente a la constitucionalidad de su imposición.



De igual modo, hizo referencia de manera general a los cuestionamientos doctrinarios que venimos de desarrollar, sin responder de fondo cuestiones tan importantes como el por qué el principio de legalidad no se ve vulnerado frente a la pluralidad de interpretaciones que las normas extrapenales que desarrollan el tipo en blanco tienen entre las altas corporaciones o, incluso, entre las diferentes salas o subsecciones de estas²⁸.

Adicionalmente, en la precitada sentencia la Corte se limitó a exponer las razones de derecho que justifican la razonabilidad de la providencia cuestionada y que, por tanto, permiten aducir que esta no resulta arbitraria, evitando responder directamente a la cuestión de por qué el principio de favorabilidad no se ve vulnerado al haberse escogido la interpretación desfavorable por sobre otras que no lo eran²⁹.

Lo dicho plantea serios cuestionamientos a la rigurosidad con que la Corte ha analizado la constitucionalidad tanto de la propia consagración de los tipos en blanco como de su aplicación a casos concretos. En efecto, sus análisis parecen estar encaminados a justificar la razonabilidad de una sanción en sentido general, mas no la necesidad de la aplicación de la sanción penal como instrumento de ultima ratio sometido a una serie de garantías insoslayables para el operador jurídico. En ese sentido, la Corte parece entender que la carga argumentativa requerida para todo proceso sancionatorio iniciado con respecto a un tipo en blanco es la misma, lo que desconoce las características particularísimas del proceso penal y tiene el potencial de afectar derechos fundamentales por la inaplicación de los principios propios de aquél.

Conclusiones

Corolario de lo anterior es que la existencia de una pluralidad de plexos normativos establecidos con el propósito de proteger una actividad de especial trascendencia para el Estado (léase normas penales, disciplinarias o administrativas) implica la necesidad de justificar de manera diferenciada su aplicación a casos concretos en aras de mantener esta suerte de hipertrofia normativa sancionatoria dentro del marco del garantismo. En particular, con respecto al tipo penal en blanco de la contratación sin el cumplimiento de los requisitos esenciales establecido en el artículo 410 del código penal es posible establecer que tiene el potencial de vulnerar derechos fundamentales al desconocer principios constitucionales básicos relacionados con las garantías debidas en el marco del proceso sancionatorio en general y del penal en particular, tales como el principio de favorabilidad. Lo anterior pone de presente la necesidad de comprometer a las y los jueces que conozcan de este delito con su papel como parte de un poder público independiente, cuyo horizonte no puede ser otro que el andamiaje axiológico propio del Estado Social de Derecho, particularmente las garantías propias del debido proceso.

Tal compromiso se echa de menos en la línea jurisprudencial que desencadenó en los deficitarios razonamientos plasmados en la Sentencia SU-214 de 2022, en la que tales cuestiones no son abordadas adecuadamente, bien por desarrollarlas deficientemente o bien por evitar pronunciarse sobre ellas, lo que hace necesario que en el futuro este alto tribunal amplíe o modifique su posición sobre el particular.



Bibliografía

- BALDOMINO, Raul. (Ir) retroactividad de las modificaciones a la norma complementaria de una Ley Penal en Blanco. *Política criminal*, 2009, vol. 4, no 7, p. 125-150.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-917 de 2021. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia SU-214 de 2022. M.P. Jorge Enrique Ibáñez Salazar.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-406 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- FERNÁNDEZ, Jaime Sandoval. Límites materiales de los tipos penales en blanco: una visión garantista. *Nuevo Foro Penal*, 1999, vol. 61.
- GONZÁLEZ, Yésica Marcela, et al. Celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales esenciales. 2017. Tesis de Licenciatura. Universidad EAFIT.
- MARQUARDT, Bernd. La cuarta fase del constitucionalismo iberoamericano: el ascenso del constitucionalismo social (1917-1949). *Pensamiento jurídico*, 2010, no 28.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Delitos de Celebración Indevida de Contratos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- SANZ, Abraham. El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2000.



Del arte de castigar al arte de entretener

Angie Belén Garzón Rodríguez

Trabajo ganador del primer puesto en el Concurso de ensayo y podcast "Germán Cavalier" en la Pontificia Universidad Javeriana, 2023.





Sumario

Introducción

I. Del arte de castigar al arte de entretener

II. Consecuencias de la sociedad del entretenimiento en el derecho penal: el juicio paralelo y la mano dura contra la delincuencia

1. El juicio paralelo
2. La mano dura contra la delincuencia

III. Soluciones

Conclusiones

Bibliografía

Resumen

La sociedad del entretenimiento presenta desafíos al sistema penal al buscar satisfacer sus deseos con el imputado, amenazando los avances del derecho penal y la política criminal. Este enfoque puede comprometer garantías procesales y los derechos de los imputados al priorizar el entretenimiento sobre el ejercicio de castigar.

Palabras clave: Sociedad del entretenimiento, cultura, juicios paralelos, política criminal, populismo penal, garantías procesales.

Abstract

The entertainment society presents challenges to the criminal system by seeking to satisfy its desires with the defendant, threatening the advances of criminal law and criminal policy. This approach can compromise procedural guarantees and defendants' rights by prioritizing entertainment over the art of punishment.

Keywords: Entertainment society, culture, parallel trials, criminal policy, penal populism, procedural guarantees.

I. Del arte de castigar al arte de entretener

La historia del capitalismo está llena de quejas sin destinatario. Esa indeterminación por la propia naturaleza de los que creen que su capacidad de coacción ha logrado interiorizarse en el individuo. Ya no sólo somete los unos a los otros, sino a uno con respecto de él. Así, no vivimos en una época precaria del sistema capitalista, sino en una era del capitalismo que ha logrado acaparar el todo; un capitalismo biopolítico.



Ese acaparamiento ha devenido en una sociedad del entretenimiento. Tal como lo explica Matteo Pasquinelli¹, en la sociedad se producen bienes que satisfacen las pulsiones consientes e inconscientes, a través de las imágenes-producto de los medios de comunicación masivos. De acuerdo con Stephen Zepke², busca hiperbolizar lo animal y alimentar nuestros deseos -en lugar de apaciguarlos- con el fin de maximizar las utilidades del sistema capitalista, a estos deseos Pasquinelli los llama espíritu animal. Además, en una especie de analogía, Nietzsche³ habla del último hombre, el hombre moderno. Este ha eliminado todo lo que no le produce felicidad administrándose la cultura cual narcótico, distrayéndose con el entretenimiento y los datos.

No es casualidad, entonces, el auge de la industria del entretenimiento para el hombre moderno. Al hablar de la industria del entretenimiento, industria que ha demostrado estar en auge en los diferentes tipos de mercado, se habla de diversos sectores y subsectores. Así, tanto el cine, las series de televisión, la música, los videojuegos y las aplicaciones o dispositivos que permiten su consumo hacen parte de esta industria. De acuerdo a Business Research Insight, el tamaño del mercado del entretenimiento se espera que

sea de USD 3550.21 billones de dólares en el 2028. A su vez, para Data Bridge Market Research⁵, los consumidores han aumentado su inversión en los productos dada la innovación en las soluciones de entretenimiento y un incremento en el ingreso mayor disponible. Uno de sus sub-sectores, las redes sociales, reportaron una actividad estimada de 4.600 millones de usuarios activos en el 2022; se espera que esta cifra aumente a casi 6.000 millones en 2027 según Estetista Advertising y Media Outlook⁶. Del otro lado, en los últimos años ha aumentado la oferta de plataformas de streaming. Netflix, la plataforma que tiene 232,5 millones de abonados en el 2023, ahora compite con plataformas como: Disney+, Hulu, Star+, HBO+, ESPN+, Crunchyroll, etc. Al hablar de este mercado, es inevitable hablar de la pandemia del COVID-19, misma que varios estudios sugieren haber tenido impactos significativos sobre los comportamientos de los consumidores; por tanto, las conductas de los mercados. Dadas las reglas del confinamiento producto de la pandemia, los consumidores aumentaron su demanda de entretenimiento en el hogar. Naturalmente, las plataformas de creación de contenido y redes sociales reportaron tasas de crecimiento altas respondiendo a las dinámicas de confinamiento.

II. Consecuencias de la sociedad del entretenimiento en el derecho penal: el juicio paralelo y la mano dura contra la delincuencia

El hombre moderno ya no reprime sus deseos, por tanto, la sociedad del entretenimiento ya no reprime sus deseos, mejor los explota y monetiza. El hombre moderno busca ser constantemente entretenido y el mercado responde con innovadoras formas de entretenerle. Los fake news y el periodismo amarillista responden a los deseos de ese espíritu animal, buscan satisfacer y estimular este comportamiento de consumidor morbos. El receptor, desde una lógica utilitarista, se alimenta y descarta en razón de su deseo de satisfacer sus deseos de morbo. En una interpretación nietzschiana, si nuestros deseos de sexo y violencia se ven satisfechos por medio de las imágenes productos divulgados por los medios de comunicación, entonces se aproximan la creación de nuevos productos por estos medios.

Esta es la sociedad del entretenimiento, a quién no sólo le compete colocar valor en la productividad, sino en la potencialidad de entretenimiento que esta tiene. El autor Isaza⁷ establece que a sociedad del entretenimiento es aquella que sin duda pretende satisfacer el antiquísimo apetito lúdico-recreativo y momentáneamente convencernos mediante la fabricación industrial de diversión. Esta sociedad protagonizada por lo siempre disponible y satisfactorio ha de reconfigurar las relaciones de poder. Todos los agentes de esta sociedad tienen potencialidad de entretener y ser



entretenidos -unos más que otros-. Esta sociedad corre con el riesgo de desestimar información que no resulte entretenida, de ignorar lo aburrido y de asumir que esta relación de entretenimiento debe estar siempre disponible; de explotar a los miembros de su sociedad para satisfacer su espíritu animal.

En la sociedad del entretenimiento todos pueden ser explotados con el fin de entretener. La potencialidad de ser explotador o ser explotado dependerá de factores interseccionales: género, edad, capital, etc. Mismos factores que se critican desde la criminología crítica a través de la teoría de la selectividad del derecho penal.

El estado y los medios de comunicación se han encargado de construir una narrativa que alimenta el espíritu animal – sus deseos de violencia y sexo- del hombre de la sociedad del entretenimiento. Es así, como las noticias que generan más interés en el común son las de carácter penal. Nos fascinamos con el castigo y la represión, con el suplicio y la venganza. Los medios de comunicación responden a esto hiperbolizando y subjetivando los contenidos penales de las noticias que emiten. Mientras tanto, los gobiernos, a fin de garantizar su lógica democrática patrocinan el regreso del endurecimiento de las penas y la inflación de los códigos penales. Como consecuencia, los imputados a los procesos penales son sujetos explotados para entretener, convirtiéndose en un insumo de la sociedad del entretenimiento. El imputado corre el riesgo de que se les sea vulnerados los instrumentos penales que buscan el alcance de su dignidad humana: las garantías procesales penales y los principios del derecho penal. Esta posición de vulnerabilidad hace relucir los retos socioculturales que aún deben enfrentar el derecho penal y la política criminal. Las distancias y rencores entre los no-imputados y los imputados recrean una dinámica de depredación que ya ha sido problematizada en la justicia restaurativa. La información que se crea, se reproduce y se consume -a una gran velocidad- pareciera buscar más la satisfacción del espíritu animal del lector, que su presunción de inocencia. Por tanto, a continuación se precisarán con detalle los dos problemas penales que se identifican como derivados de la lógica de vivir en una sociedad del entretenimiento:

1. El juicio paralelo

En el derecho penal contemporáneo, la publicidad se ha convertido en una garantía del debido proceso. La publicidad, fuertemente defendida por autores como Beccaria⁸, consolidaba la posibilidad de practicar veedurías para constituir un proceso imparcial. La publicidad de un proceso constituye su divulgación, en tanto sus contenidos sustanciales como procesales. No obstante, lo que no se preveía de la publicidad responde a la materialidad de la sociedad del entretenimiento. La publicidad de los procesos permite la explotación de sus contenidos para la maximización de la retribución capitalista que puede generar un medio de comunicación. En una sociedad donde el imputado es un sujeto que entretiene no hay límites ni garantías. Los medios de comunicación prefieren señalar al presunto culpable irrespetando la lógica de presunción de inocencia que todos los imputados poseen. Parece que para los medios de comunicación, en beneficio de sí, imputado es sinónimo de culpable, porque el culpable los lucra más que el sospechoso. Por tal, muchas de las noticias que se vuelven de conocimiento popular, muchas veces de carácter penal, inician una especie de juicio paralelo. Lo que antes constituía una garantía para la imparcialidad del proceso, ahora pareciera ser un riesgo para la imparcialidad del mismo.

De acuerdo con Espín Templado⁹, los juicios paralelos responden a aquella información que se publica en medios de comunicación en un período de tiempo acerca de un proceso judicial y su objeto. Esta publicación incluye un juicio de valor sobre el contenido del proceso judicial. En consecuencia, inicia un juicio a la par -o juicio paralelo-, frente a la opinión pública donde emisores de información asumen identidad de las partes que constituyen un juicio.

Este fenómeno pone en peligro la imparcialidad del proceso, tanto como inicia otro juicio extrajurídico. Se permite la potencialidad de construir una narrativa que convenga a los medios de comunicación -y a sus convicciones-, que luego se expone frente a la opinión pública que muchas veces no puede contravenir lo que se les presenta. La realidad de esta imposibilidad de discernimiento constituye un gran peligro para el proceso: a. La sociedad podría señalar indebidamente a un imputado como culpable, b. Los jueces se ven presionados a una toma de decisiones que responda a la narrativa que se construyó y c. Los imputados que han sido señalados como culpable quedan irremediabilmente con esta identidad en el imaginario colectivo. Las dificultades de deconstruir este sistema narrativo residen en la propia imposibilidad de discernimiento del receptor. El receptor, quien podría no saber, no importarle o no entender lo que se construye, muchas veces se ve relegado a una posición pasiva más que activa. Aún más, si esto a lo que se le enfrente le despierta el morbo, poco querrá debatir sobre lo que le entretiene

porque le satisface un ímpetu que se ha naturalizado tanto que pareciera vital.

Los riesgos a los que se enfrenta de forma diferenciada el derecho penal frente a los demás derechos sancionatorios es que este derecho debe ser de ultima ratio. Autores como Foucault, advierten que al hablar del castigo que infringe el derecho penal es hablar de una violencia profunda que somete al alma y al cuerpo. Por tanto la profundidad del sometimiento se requiere de una precisión extrema a la hora de la deliberación sobre la culpabilidad del imputado. Esto no quiere decir que las demás formas de derecho sancionatorio no requieran de una habilidosa precisión, pero estas no ejercen violencia tal como la potencial del derecho penal.

2. La mano dura contra la delincuencia

Continuando con las consecuencias penales de la sociedad del entretenimiento nos encontramos con las que le competen al Estado. El estado -si bien no puede acaparar todas las interacciones de los procesos de creación, reproducción y de consumo de la información- es responsable del diseño de la política criminal. Conducidos también por la lógica de mercado que asumen los gobiernos democráticos, han popularizado la inflación de la tipificación de los delitos tanto como la vulneración de sus procesos y el aumento de las penas.

Los discursos de mano dura frente a la delincuencia han ganado popularidad en Latinoamérica. Los hacedores de política pública buscan ofertar el producto más eficiente para la demanda del mercado. No obstante, el problema reside en que los demandantes de la política criminal tienen conocimiento popular y superficial frente a una práctica tecnificada. Por tanto, la demanda de política criminal no podría responder más que a las emocionalidades que el crimen despierta. Este robustecimiento e infracción procesal demandada, que muchos autores han dicho que pretende responder a la sensación de inseguridad también alimenta la lógica de la sociedad del entretenimiento puesto que al buscar satisfacer los deseos de violencia (violencia que se ejerce sobre los cuerpos y almas de quienes cometen delitos) del espíritu animal, para maximizar las que les deja la capitalización de las emocionalidades.

En el caso latinoamericano, donde las instituciones se han caracterizado por su fragilidad, el oportunismo político ha despertado una tendencia al endurecimiento del castigo frente a quien lo comete. Esta lógica de cálculo de las penas deja atrás el enfoque materialista o político-económico y pone en riesgo la eficiencia en tanto la posibilidad de resocialización del imputado

parece cada vez más lejana; el populismo penal no prioriza el entendimiento de la conducta criminal ni sus garantías sino la satisfacción de quienes demandan política criminal. Pareciera ser un abismal retroceso en presupuestos como los de Beccaria frente al derecho penal para la reconstrucción pacífica de la sociedad post-infracción y la resocialización del infractor tanto como la presunción de la inocencia. El incremento de las penas y de los tipos penales no supone una reducción del cometimiento de los delitos puesto a que no entiende el origen o la naturaleza de que estos se cometan. Si bien algunas de estas prácticas pueden ser incluidas en el diseño de política criminal, es necesario combatir las raíces del conflicto, raíces que atienden otros circuitos intelectuales como la antropología, sociología, ciencia política... que sitúan a la pobreza, desigualdad, falta de crecimiento económico y otros como vitales para su entendimiento.

III. Soluciones

Es entonces, necesario para la conservación del derecho penal lograr combatir las dificultades producto de la sociedad del entretenimiento. Ciertamente las soluciones propuestas deberán establecerse en congruencia con lo que se identifique como la causal vertebral de las consecuencias previamente nombradas. Como núcleo interseccional entre ambas consecuencias se sitúa la premisa de que el imputado se vuelve un insumo de la sociedad del entretenimiento dado el trato que tienen estos por algunos medios de comunicación y por algunos gobiernos. A su vez, es necesario reconocer que aunque se señalen a estos como los principales actores con respecto a las consecuencias; existen otros actores claves para la deconstrucción de esta visión que ha ganado espacio en el derecho penal.

Para poder proponer soluciones con respecto a las consecuencias, que toman identidad de problemas para lo jurídico, es necesario entender cuáles otros actores pueden liderar iniciativas y contravenir los efectos de quienes son los actores principales de la problemática propuesta. Así, aunque existan limitaciones jurídicas con respecto al principio de publicidad y la generación de política criminal que varían según diferentes legislaciones, existen otros escenarios que ayudan a la atención integral del problema. Entre las soluciones que se proponen están aquellas que residen en la academia.

La academia, como un espacio de debate, conversación y construcción de realidades, es necesaria para advertir de los efectos materiales de una sociedad que sitúa al entretenimiento como una de sus dinámicas sociales prioritarias. Como estudiante de derecho, en muchas ocasiones se relega las

“La academia, como un espacio de debate, conversación y construcción de realidades, es necesaria para advertir de los efectos materiales de una sociedad que sitúa al entretenimiento como una de sus dinámicas sociales prioritarias. ”

reflexiones filosóficas para otras disciplinas académicas, perdiendo una posibilidad de desarrollar en los estudiantes de las facultades de derecho un espacio de reflexión creativa que les permita llegar a tesis como la propuesta. Ese distanciamiento muchas veces parte de la idea de que las reflexiones sobre lo inmaterial no son entretenidas, y mucho menos prácticas. Pero no es sino con la audacia de pensar lo que no se ha pensado antes, de re pensar lo ya dicho y de acortar las distancias del mundo inmaterial y material que se crea una unidad de reflexión profunda y multifacética que permita la formación de abogados que respondan con soluciones lógicas e innovadoras a una sociedad que avanza a gran velocidad, tal como la sociedad del entretenimiento.

Diseñar mejores escenarios de debate y conversación para los estudiantes de las facultades de derecho también les provee a estos una mayor comprensión e interpretación de la realidad. Fortalecer los espacios de debate, necesariamente implica exponer unos criterios contrarios a los preceptos a los que los estudiantes de derecho podrían tener al ingresar a la carrera acerca de ciertos escenarios o realidades. Así, se amplían las herramientas y se diversifican las concepciones de quienes podrían convertirse en futuros hacedores de política criminal como en los actores directos frente al caso de un imputado.

La academia no solo nutre al estudiante de derecho, sino que permite a la generalidad reflexionar sobre los aspectos intangibles que existen en nuestra realidad. Nos permite converger los presupuestos y artes de otras disciplinas, tal como lo hizo Nietzsche al proponer el espíritu animal, para llegar a críticas y conclusiones sobre la naturaleza de las cosas. Así, termina siendo necesario que para poder corregir un aspecto perjudicial a la realidad social podamos identificar desde la reflexión que factores determinan su existencia. También, los espacios académicos han de redefinir las herramientas con las cuales se dotan a los receptores de la sociedad del entretenimiento. Muchas veces

tanto los aspectos técnicos de los procesos como la terminología usada para describirlos constituyen una distancia que imposibilita al receptor en entender -y por tanto a interesarse- en lo penal para poder comprender tanto la política criminal que se genera como las noticias que se escriben y comentan. Es entonces, responsabilidad de los que conforman los espacios de producción de los contenidos y terminologías hacer accesible estos elementos para que la veeduría que preveía Beccaria en el principio de la publicidad de los procesos sea real y no una utopía. Es necesario acortar las distancias lingüísticas entre quienes se encargan de nombrar lo fenómenos y quienes se ven permeados de estos.

Conclusiones

En conclusión, es claro que el derecho penal contemporáneo se enfrenta con una serie de obstáculos de carácter socio cultural. Naturalmente, a medida que las sociedades continúen sus procesos de reconfiguración habrán de existir nuevos retos para esta rama del derecho. Hoy el derecho penal se enfrenta a la sociedad del entretenimiento; una sociedad que satisface sus apetitos con el imputado y que en consecuencia pone en riesgo los avances del derecho penal. Se pone en riesgo el arte de castigar al intentar satisfacer al arte de entretener. Estos riesgos implican la violación de garantías procesales y la vulneración de los derechos de los procesados. Los medios de comunicación y los gobiernos, si bien actúan directamente como responsables de la reproducción de las dinámicas causales de los escenarios que generan este problema jurídico, otros espacios -como la academia-, pueden contribuir a la disuasión de las contravenciones generadas en el derecho penal.



Bibliografía

- CESARE, Beccaria. Tratado de los delitos y de las penas. Buenos Aires, República Argentina: Editorial Heliasta, 1978.
- Home Entertainment, market size, share, forecast, trends, & industry analysis (Anónimo). Market Research Business Consulting and Strategy Planning Firm | Data Bridge Market Research Private Ltd [página web]. Disponible en Internet: <<https://www.databridgemarketresearch.com/reports/global-home-entertainment-market>>
- Media and entertainment market report, 2023, forecast, 2030 (Anónimo). Business research Insights, Global Market Research Report & Consulting [página web]. Disponible en Internet: <<https://www.businessresearchinsights.com/market-reports/media-and-entertainment-market-102952>>.
- MARTÍNEZ LOPEZ, José Samuel. La sociedad del entretenimiento y su imperativo superyoico de goce. En: Luciérnaga. 2011.
- NIETZSCHE, Friedrich. Así Habló Zaratustra. [s.l.]: Alianza, 1995. ISBN 9789504000495.
- PASQUINELLI, Mateo. Animal spirits, A bestiary of the commos. Rotterdam: Nai Publishers.
- Socia media advertising – global, market forecast (Anónimo). Statista [página web]. Disponible en Internet: <<https://es.statista.com/outlook/dmo/digital-advertising/social-media-advertising/worldwide>>.
- TEMPLADO, Espín. En torno a los llamados juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales. En: Poder Judicial.
- ZEPKE, Stephen. La sensación más allá de los límites. Ensayos sobre arte y política [en línea]. [s.l.]: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2019. Disponible en Internet: <<https://doi.org/10.11144/javeriana.9789587814385>>. ISBN 9789587814385.

La desnaturalización del contrato de interventoría en la jurisdicción contencioso-administrativa

Daniel Felipe Useche Daza

Trabajo ganador del primer puesto en el Concurso de ensayo "Germán Cavelier" en la Universidad de Nacional de Colombia, 2023-2.





Sumario

Introducción

I. Algunas cuestiones previas

II. Evolución de la figura de la interventoría en Colombia

III. La Sentencia del Consejo de Estado de 17 de octubre de 2023

Conclusiones

Bibliografía

Resumen

Analiza una reciente sentencia de la sección tercera del Consejo de Estado a partir de la reconstrucción argumental de las posiciones en tensión que fueron consideradas por la Corporación, seguida de su activo contraste con posturas jurisprudenciales discordantes. Se defiende la tesis de que el criterio allí plasmado desconoce la autonomía del contrato de interventoría, modula sin justificación válida la ineficacia de pleno derecho que el legislador previó para las obligaciones imposibles contenidas en contratos estatales y defiende la legalidad de obligar al contratista a suscribir prórrogas contrarias a sus intereses producto de circunstancias que no ocasionó.

Palabras clave: Contratación estatal, contrato de interventoría, supervisión, prórroga contractual, incumplimiento contractual.

Abstract

This paper examines a recent judgment of the third section of the Council of State on the basis of the argumentative reconstruction of the positions in tension that were considered by this Corporation, followed by its active contrast with discordant jurisprudential positions. It defends the thesis that the criterion set forth therein disregards the autonomy of the controlling contract, modulates without valid justification the full ineffectiveness that the legislator provided for the impossible obligations contained in state contracts, and defends the legality of forcing the contractor to sign extensions contrary to its interests as a result of circumstances that it did not cause.

Keywords: State contracting, contract monitoring, supervision, contract extension, breach of contract, breach of contract.

Introducción

Pese a su capital importancia para lograr el cumplimiento de los fines de la contratación estatal, el contrato de interventoría tiene escaso desarrollo en la legislación actual. De ahí que, para analizarlo, se requiera acudir inexorablemente a la jurisprudencia, la doctrina e incluso a la historia del derecho nacional. Ahora bien, sobre la base de tal entendimiento de la figura, resulta incomprensible que recientemente una sentencia de la sección cuarta del Consejo de Estado haya convalidado que el pago de la interventoría se supedite a la entrega de los productos del contrato respecto del cual esta ejerce sus labores. Así, bajo la lógica del alto tribunal de lo contencioso administrativo, no solo los interventores son ampliamente responsables por la ejecución de sus deberes contractuales, sino que deben asegurar el cumplimiento de los contratos que intervienen bajo el cuestionable supuesto de que así lo acepten de manera libre y voluntaria.



Lo anterior plantea una serie de cuestionamientos acerca de los razonamientos que soportan la decisión del tribunal. En consecuencia, el presente trabajo pretende hacer una reconstrucción histórica del uso de la figura en el ámbito nacional, previa diferenciación de conceptos similares como el de supervisión y auditoría. Posteriormente, se hace un análisis de la referida sentencia del Consejo de Estado a partir de la reconstrucción argumental de la sentencia de primera instancia y de las posiciones de las partes para continuar con el contraste activo de posiciones de orden jurisprudencial contrarias a la adoptada por la Corporación.

I. Algunas cuestiones previas

Antes de adentrarnos en el estudio propuesto en la introducción del presente escrito, resulta fundamental hacer claridades conceptuales y teóricas que permitan al público no especializado un nivel mínimo de familiaridad previa con las temáticas a abordar. En ese sentido, resulta esencial considerar: (i) la diferencia entre las diferentes figuras de seguimiento a la actividad contractual, (ii) los fines de la contratación estatal y (iii) las facultades y deberes de las entidades públicas en cuanto al seguimiento debido a los contratos que suscriben.

En primer lugar, deben distinguirse la supervisión, la interventoría y la auditoría, las cuales, si bien comparten la característica de ser mecanismos de seguimiento, guardan diferencias importantes, que se resumen en el siguiente cuadro:

SUPERVISIÓN	INTERVENTORÍA	AUDITORÍA
No constituye un tipo contractual autónomo.	No constituye un tipo contractual autónomo.	No constituye un tipo contractual autónomo.
Se ejerce respecto de un contrato.	Se ejerce respecto de un contrato.	Se ejerce respecto de procedimientos, actividades, informes, procesos, entre otros.
Implica el desarrollo de actividades de vigilancia y control.	Implica el desarrollo de actividades de vigilancia y control.	Implica el desarrollo de actividades de vigilancia y control.
No requiere conocimientos especializados.	Requiere conocimientos especializados.	Requiere conocimientos especializados.
Siempre considera aspectos técnicos, administrativos, financieros, contables y jurídicos.	Siempre considera aspectos técnicos. Cuando la entidad lo considera necesario, también los administrativos, financieros, contables y jurídicos.	De acuerdo con su naturaleza, considera aspectos técnicos, administrativos, financieros, contables y/o jurídicos.

<p>Se realiza directamente por un servidor público o con apoyo de un contratista por prestación de servicios.</p>	<p>Se realiza por un tercero contratado por la entidad.</p>	<p>Se realiza por un responsable interno independiente (oficina de control interno) o de un tercero a la entidad no necesariamente contratado por ella (i.e. las realizadas por la Contraloría General de la República).</p>
<p>Quien la ejerce puede representar a la entidad directamente y tomar las decisiones que esta le ha habilitado a tomar.</p>	<p>Quien la ejerce es un mediador entre el contratista y la entidad, sin que pueda suplir o representar a esta última en ningún caso para tomar decisiones sobre el contrato que solo incumben a las partes¹.</p>	<p>Quien la ejerce no está llamado a tomar decisiones, sino a realizar observaciones y recomendaciones a partir de los hallazgos encontrados².</p>

Tabla 1. Diferencias entre los principales mecanismos de seguimiento.³

Como se puede observar, cada figura obedece a necesidades diferentes que determinan sus especiales características y, naturalmente, están llamadas a complementarse. Así, una auditoría podría evidenciar las eventuales falencias de los procedimientos de supervisión contractual al interior de una entidad, lo que a su vez podría hacer que esta se decante por contratar servicios de interventoría en lugar de ejercer directamente la supervisión para garantizar la efectividad del seguimiento y control de ciertos contratos.

Estos fines son declarados en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 y corresponden a “el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”⁴. Para su cumplimiento, el legislador estableció en el artículo 4 ibidem una serie de deberes y facultades correlativas de las entidades estatales, entre las

cuales se encuentran la exigencia de la ejecución contractual idónea, oportuna y en la calidad ofrecida por el contratista; la persecución del reconocimiento y cobro de eventuales sanciones y garantías, así como de las indemnizaciones de los daños sufridos con ocasión del contrato celebrado; las revisiones periódicas de la ejecución del objeto contratado; entre otras.

II. Evolución de la figura de la interventoría en Colombia

En la bibliografía son limitadas las investigaciones historiográficas acerca de la figura de la interventoría en Colombia. A pesar de ello, de acuerdo con la propuesta ROMERO Y VARGAS, es posible identificar seis grandes hitos en la materia, a saber: “1) La aparición de los interventores en las obras públicas, esencialmente en la construcción de ferrocarriles alrededor de 1874; 2) La organización de las interventorías en el Ministerio de Obras; 3) Generalización en el uso de interventores en la construcción de ferrocarriles partir de 1906 4) A partir de 1955, inicio del “boom” de la interventoría en Colombia; 5) Clasificación del contrato de interventoría como consultoría en 1983; 6) Nuevas responsabilidades al interventor en aspectos fiscal y disciplinario desde 2011”⁵.



De acuerdo con los autores en comento, los orígenes de la figura en el ámbito nacional “no son muy claros y no siempre estuvieron ligados a la industria de la construcción. Los primeros interventores se remontan a las salinas, a las aduanas y a las bodegas de puertos, desde por lo menos 1846”⁶. De esta forma, la relación de los interventores con la vigilancia de obras públicas tendría que esperar hasta 1874, año a partir del cual se inició la utilización progresiva de la figura, posiblemente a causa del aumento de la construcción de vías férreas. A pesar de ello, el término “interventor” no se popularizaría hasta el año 1906, año en el cual empezó a desplazar gradualmente al de “inspector”, que refería a los funcionarios públicos con funciones de supervisión y control en obra, hasta hacer desaparecer casi por completo a este último en el año 1911⁷.



Los primeros contratos de prestación de servicios de interventoría independientes de los de obra pública se celebraron en el año 1925. Sin embargo, su cantidad fue limitada hasta el año 1951, año hasta el cual resultó más usual la inclusión de la prestación de servicios de un interventor en el respectivo contrato de obras públicas o la asignación de tales funciones a un empleado del Ministerio homónimo⁸.

También es a partir de dicho año que se organiza la realización de interventorías a través del Ministerio con la elaboración del primer manual de normas que regían su contratación, lo que permitió la participación del sector privado en una actividad hasta ese entonces reservada por especialidad y experticia al Estado. A partir de ese año, hubo un aumento de la cantidad de contratos de interventoría, así como una profesionalización de dicha labor que incluyó la ampliación de su marco de actuación desde lo meramente técnico hacia lo gerencial y administrativo⁹.

No obstante, no sería hasta la expedición del Estatuto General de la Contratación de 1976 que se alcanzaría una regulación de la figura que superara sus vacíos históricos en aspectos como su clasificación dentro de las tipologías contractuales de la contratación estatal y las responsabilidades predicables de los interventores. Ahora bien, inicialmente se clasificó al contrato de interventoría como un contrato de obra pública, lo cual no era consecuente con su naturaleza independiente de este último, cuyo seguimiento era su objeto. Este yerro fue corregido con la expedición del Decreto 222 de 1983, el cual clasificó a este contrato como de consultoría¹⁰.

Posteriormente, el Decreto 2090 de 1989 amplió las definiciones de la figura, distinguiendo conceptual la intervención técnica de la administrativa y detallando las facultades de los interventores de obra para ejercer la representación de la entidad a lo largo de todo el proyecto constructivo con relación a la vigilancia y control del mismo¹¹.

“(...) expedición del Decreto 222 de 1983, el cual clasificó a este contrato como de consultoría.”

Sin embargo, la Ley 80 de 1993 no hizo grandes aportes a este refinamiento progresivo del contrato de interventoría en la regulación nacional, pues se limitó a mantenerlo sin mayores justificaciones dentro de los contratos de consultoría y a incluir su suscripción dentro del desarrollo del contrato de obra. De esta forma, la diferenciación conceptual entre la supervisión y la interventoría tendría que esperar hasta la expedición de la ley 400 de 1997, que detalló las responsabilidades y obligaciones de ambas figuras con relación a los proyectos constructivos, siendo estas últimas ampliadas por la Ley 842 de 2003.

Ahora bien, el punto de inflexión de la regulación legal de la figura llegó con la expedición del Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011), el cual amplió la responsabilidad de los interventores a los ámbitos fiscal y disciplinario, cuando hasta ese momento se limitaba a lo civil y lo penal¹². Además, distinguió las figuras de la supervisión y la interventoría por fuera del contexto de los proyectos constructivos de las dos leyes anteriores.



Respecto de la evolución reseñada del contrato de interventoría, cabe resaltar tres aspectos importantes: (i) su carácter principal y autónomo, (ii) su clasificación como contrato de consultoría y (iii) la equiparación de la responsabilidad del interventor a la de los funcionarios públicos.

Sobre el primer punto, cabe resaltar que, si bien el contrato de interventoría halla su razón de ser en el contrato vigilado y se encuentra en consecuencia vinculado jurídica y materialmente a él, tiene un carácter autónomo e independiente del mismo. Ello es así por cuanto no solo las gestiones adelantadas por el interventor no son asimilables a las del contratista al que supervisa, sino porque incluso el contrato de interventoría puede tener una duración mayor al de aquel para, por ejemplo, coadyuvar en su liquidación¹³. De esta forma, puede descartarse el carácter accesorio del contrato de interventoría respecto del contrato vigilado.

Tal criterio es consecuente con la jurisprudencia del Consejo de Estado, de acuerdo con la cual, si bien el reseñado vínculo material y jurídico del contrato de interventoría con el contrato vigilado deviene en que haya una coligación voluntaria (cuando es producto del libre acuerdo de las partes) o funcional (cuando los contratos persiguen una unidad de propósito), ello no implica que en todos los aspectos guarde por tanto una relación de dependencia¹⁴.

Así, en criterio de la sección tercera, el contrato de interventoría es independiente del vigilado “en aspectos específicos como la prórroga y el incumplimiento, esto es, que la prórroga de la obra no implica de suyo la del interventor y que el incumplimiento del contrato de obra jamás significa por sí solo el incumplimiento del de interventoría”¹⁵.

Respecto del segundo, se coincide con el criterio de ORTIZ, de acuerdo con el cual:

resulta claro el cambio de concepción del contrato de interventoría, pues, mientras inicialmente se asemejaba al contrato de obra, cuya finalidad es la entrega de obras -actividades materiales sobre un inmueble- hoy en día se considera como un trabajo especializado de consultoría cuya finalidad primigenia no es la entrega material de trabajos sino la asesoría sobre la ejecución de estos, lo cuales en la actualidad se extiende a varias tipologías contractuales no solo de obra pública¹⁶.

Al respecto, añade la autora en comentario que:

En este orden de ideas, resulta claro que la interventoría se relaciona con la ejecución de actividades que se circunscriben a cualidades intelectuales y a la experticia técnica que tiene sobre un tema particular el consultor -interventor. De allí que el interventor, tenga el deber de asesorar y recomendar a la administración, sobre todos los aspectos concernientes al negocio jurídico verificado, ya que justamente fue contratado para que cumpliera una función, que en principio estaba a cargo de la entidad, pero que por su complejidad técnica debía un experto encargarse de determinar el correcto cumplimiento del negocio jurídico intervenido¹⁷.



Finalmente, respecto del tercero debe tenerse en cuenta que la asignación de responsabilidades en materia civil, fiscal, penal y disciplinaria ha sido entendida por la Corte Constitucional como el resultado lógico de la asunción de responsabilidades por parte de particulares que originalmente radicaban de manera exclusiva en el Estado. Así, de la misma forma en la que el particular que ejerce funciones públicas se compromete a sí mismo por ese hecho con el cumplimiento de los fines estatales, también participa del régimen sancionatorio establecido para quienes de tienen mayor incidencia en ese propósito por su calidad de servidores públicos¹⁸.

No obstante, al respecto debe considerarse desde un punto de vista crítico que, con anterioridad a la expedición del estatuto anticorrupción, la responsabilidad fiscal y disciplinaria no era predicable de los interventores. De manera que el resultado lógico alegado por la Corte tiene un carácter contingente y no necesario. Así, cabe preguntarse si la lógica legislativa ha apuntado a mejorar el seguimiento a la ejecución de los contratos estatales con una lógica sancionatoria como una forma de relevarse de la responsabilidad de evaluar alternativas de impacto que apunten al mismo objetivo y que requieran un esfuerzo institucional más claro¹⁹.

III. La Sentencia del Consejo de Estado de 17 de octubre de 2023

Como se adelantó en la introducción del presente trabajo, la sección cuarta del Consejo de Estado expidió la sentencia de Radicado 250002326000202100490 01 (69492), por medio de la cual resolvió en segunda instancia una acción de controversias contractuales que, por sus características, funciona como marco analítico del uso que se le ha querido dar a la figura de la interventoría en la contratación estatal colombiana.

Los hechos del caso son los siguientes: una empresa ganó un concurso de méritos en el año 2017 para realizar la interventoría técnica, administrativa, financiera, contable y jurídica del contrato para la implementación, puesta en marcha, migración, capacitación, soporte y mantenimiento del sistema SIGEP II. El plazo contemplado para su ejecución culminaba en la misma fecha que el contrato objeto de seguimiento. Además, la entrega de productos por parte del responsable de este último condicionaría los pagos del contrato de interventoría, a la vez que su suspensión, liquidación o terminación le haría correr la misma suerte, sin dar lugar a indemnizaciones o pago de lo no ejecutado por alguno de esos motivos al interventor.

Tras la retención de uno de los pagos por la no entrega de los productos del contrato supervisado, la sociedad interventora y la entidad contratante suscribieron una modificación del contrato de interventoría, acordando que el 70% del valor pendiente de pagar habría de pagarse en los treinta días siguientes y el 30% restante seguiría condicionado como se había dispuesto originalmente. La entidad se abstuvo de realizar tanto este último pago del 30% como el último de los seis acordados originalmente, pese a la solicitud expresa por parte de la sociedad interventora, alegando que el contrato supervisado fue incumplido por el contratista.

Finalmente, el contrato de interventoría finalizó el 31 de julio de 2018 ante la negativa del contratista de realizar una prórroga, por lo que la entidad lo liquidó unilateralmente un año después y confirmó su decisión luego de

despachar desfavorablemente el recurso de reposición presentado por la sociedad interventora.

En los siguientes cuadros se resumen las posiciones de las partes y de las decisiones plasmadas en la primera y la segunda instancia:

SOCIEDAD INTERVENTORA	ENTIDAD CONTRATANTE
<p>- No hubo incumplimiento del contrato porque se realizaron todas las gestiones que le eran exigibles, lo que no incluye la revisión de productos no entregados por el contratista incumplido del contrato vigilado.</p>	<p>- Hubo incumplimiento del contrato por parte de la demandante porque no se realizaron los hitos acordados.</p>
<p>- No era viable suscribir una prórroga por el tiempo que fue prorrogado el contrato vigilado (superior a un año, sin que se aumentara por ello la contraprestación recibida), pues ello habría representado una carga injustificada y excesiva.</p>	<p>- La sociedad se negó a suscribir una prórroga, lo que habría hecho viable realizar los hitos correspondientes para su pago. Al no hacerlo, no le es dado que alegue su propia culpa en su beneficio.</p>
<p>- El balance financiero y económico planteado en los estudios previos se proyectó con base en los costos en personal, tiempo, insumos, etc. asociados al cumplimiento del objeto contractual por la sola disponibilidad y gestión del contrato de interventoría y no como contraprestación por productos específicos.</p>	<p>- Se realizó el balance financiero y económico del contrato con base en el pliego de condiciones, que establecía que el pago del valor total del contrato estaba sujeto a la entrega por parte del contratista del contrato vigilado.</p>

<p>- La cláusula que sujeta el pago al cumplimiento de una obligación por parte de un tercero debe ser sancionada con ineficacia de pleno derecho conforme al numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993²⁰. Además, vulnera el principio de relatividad de los contratos, que establece que estos producen efectos para las partes y no frente a tercetos.</p>	<p>- La cláusula que sujeta el pago al cumplimiento de una obligación por parte de un tercero es válida al haberse acordado en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes.</p>
<p>- Los actos de liquidación son inválidos por desviación de poder al fundamentarse en el incumplimiento de una cláusula que debía entenderse por no escrita al ser ineficaz de pleno derecho.</p>	<p>- Los actos de liquidación son legales, entre otros: (i) al no derivarse de ellos daño alguno a la sociedad interventora, (ii) al ser el resultado del incumplimiento contractual de esta última y (iii) al evitarse con ellos el cobro de lo no debido.</p>

Tabla 2. Cuadro comparativo de los argumentos de la sociedad interventora y de la entidad contratante en las dos instancias²¹.

TRIBUNAL	CONSEJO DE ESTADO
<p>- El juez administrativo solo podrá declarar la ilegalidad de un acto administrativo cuando el demandante alegue una causal de nulidad y la acredite efectivamente dado el carácter rogado de la jurisdicción contencioso administrativa.</p>	<p>- El juez administrativo podrá declarar la ilegalidad de un acto administrativo cuando el demandante acredite una causal de nulidad, aunque alegue una diferente. Ello en virtud del principio constitucional de primacía de lo sustancial sobre lo formal.</p>

<p>- No se demostró la causal de nulidad de desviación de poder del acto de liquidación en tanto: (i) la entidad persiguió la finalidad indicada por la ley al expedirlo, (ii) no se desconoció la tipología del contrato de interventoría y (iii) se atendió a lo pactado libre y voluntariamente por las partes.</p>	<p>- Si bien no se demostró la causal de nulidad por desviación de poder, en principio se configuraba la de falsa motivación, toda vez que el contrato de interventoría no puede acabar asegurando al contrato vigilado ni siquiera cuando así lo han convenido las partes.</p>
<p>-Resultaba imperativo para el demandante alegar la nulidad de la cláusula quinta del contrato, que establecía la nueva forma de pago acordada por las partes, para que se declarara su ineficacia.</p>	<p>- No era obligación de la sociedad demandante solicitar la declaratoria de nulidad de dicha cláusula contractual, pues esta resultaba ineficaz de pleno derecho como fue planteada originalmente al desconocer la naturaleza independiente del contrato de interventoría respecto del contrato vigilado.</p>
	<p>- No obstante, la modificación introducida a la cláusula quinta implicó que los pagos restantes no estaban ya enteramente supeditados al cumplimiento de un tercero, lo que podía ser válidamente acordado por las partes.</p>
	<p>- Además, se acordó que toda suspensión, terminación o liquidación del contrato vigilado haría correr la misma suerte al de interventoría, lo cual naturalmente se hacía extensivo a la prórroga. De esta forma, al negarse a suscribir esta última la sociedad demandante faltó a sus compromisos.</p>

Tabla 3. Cuadro comparativo de los argumentos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y de la Sección Tercera del Consejo de Estado. **Fuente:** Elaboración propia²².

De la reconstrucción argumental realizada, se puede establecer con claridad que, en criterio de la sección tercera del Consejo de Estado, un particular puede válidamente acordar sujetar la retribución a recibir con ocasión de la ejecución de un contrato de interventoría al cumplimiento contractual del contrato vigilado, siempre que dicha sujeción sea parcial. No obstante, ello claramente contraría el criterio sostenido por la misma Corporación ya referenciado con anterioridad sobre la imposibilidad de vincular la prórroga y el incumplimiento de la interventoría al del contrato vigilado en virtud de la autonomía de este último²³.

Lo anterior no solo desconoce el escaso margen de libertad negocial que tiene un privado que participa de una convocatoria pública, pues las condiciones son por lo general impuestas por la entidad con fundamento en los estudios previos que realiza y los pliegos de condiciones que anteceden a la suscripción del contrato, sino que también cohonesto el rompimiento de equilibrio económico del contrato y el correlativo sometimiento del particular a situaciones injustificadamente gravosas.



Cabe recordar que el equilibrio económico del contrato surge del principio de justicia conmutativa, que encuentra una de sus expresiones en el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, que señala como principio de la contratación estatal el “equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”. Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado que el interés público debe conciliarse con la garantía de los derechos del contratista, entre los que se cuenta el derecho a que la administración respete el carácter sinalagmático del contrato. En palabras del alto tribunal:

En efecto, si la situación económica del sujeto que colabora con el Estado en la consecución de sus fines, resulta ser modificada por el surgimiento de nuevas obligaciones o cargas, la Administración Pública tiene el deber jurídico de restablecer el sinalagma económico del contrato y entrar a satisfacer los derechos del contratista afectado por los mayores costos, dando así aplicación a los principios constitucionales de justicia conmutativa (art. 2º), igualdad (art. 13) y garantía de los derechos adquiridos (art. 58)²⁴.

Por su parte, el Consejo de Estado ha indicado que el contratista no tiene “el deber de soportar (...) circunstancias ajenas que lo priven de los ingresos y las ganancias razonables que podría haber obtenido, si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones inicialmente convenidas”²⁵. De acuerdo con la jurisprudencia de la misma Corporación, ello es aplicable también a aquellos eventos en los que las circunstancias hacen imperativa una prolongación del plazo para la ejecución del objeto contractual, caso en el cual la entidad adquiere a obligación de adelantar los ajustes suficientes para mantener el equilibrio económico del contrato²⁶.

En el caso analizado, no puede perderse de vista que, como lo alegó la sociedad demandante, los estudios previos adelantados por la entidad para estructurar el proceso de contratación consideraron los costos asociados a la supervisión y control del contrato durante el plazo pactado y no a la mera entrega de los productos acordados. En otras palabras, no se tuvo en cuenta que una mayor extensión del contrato generaría nuevos gastos que repercutirían en el balance financiero y económico final, lo que podría afectar injustificadamente al contratista.

De ahí que no fuera consecuente que finalmente se estructurara el negocio condicionando los pagos a la entrega de productos sujetos al cumplimiento contractual de un tercero con cuyo contrato compartía el plazo y que posteriormente la jurisdicción contenciosa administrativa le diera la razón a la entidad en cuanto a que la demandante debió haber suscrito la prórroga, pues ello equivalió a afirmar que estaba obligada a soportar el decrecimiento de sus ingresos esperados por el mero hecho de haber incumplido el contratista vigilado con sus obligaciones contractuales.

Así, la interpretación adoptada por la sección tercera en la sentencia analizada obvió que la prórroga que en su criterio habían acordado suscribir las partes habría tenido una duración de un (1) año y cinco (5) meses adicionales a lo inicialmente pactado, es decir, más de dos veces del tiempo de ejecución inicialmente previsto a cambio de la misma remuneración y sin que a responsabilidad por dicho cambio fuera del contratista. Con ello, cohonestó que la aplicación de una cláusula de imposible cumplimiento para este último, pasando por alto la protección que el legislador previó para estos eventos al señalarles como consecuencia la ineficacia de pleno de derecho de tales estipulaciones.



Finalmente, la interpretación de la Corporación vulneró el principio general de interpretación jurídica de acuerdo con el cual donde la norma no distingue no lo es dado distinguir al intérprete. Sobre el particular debe considerarse que, en efecto, el legislador no condicionó la referida protección al contratista a que este no consintiera la cláusula ineficaz, lo cual indudablemente le habría privado de todo efecto práctico teniendo en cuenta que para perfeccionar el negocio el particular debe ceñirse a las condiciones impuestas por la entidad, así como tampoco a los eventos en los que solo una parte de la contraprestación estuviera supeditada a la obligación de imposible cumplimiento. De esta forma, la regla establecida por la Corporación plantea una distinción contraria al querer del legislador y no contenida en la norma cuya aplicación le llevó a concluir que la obligación contenida en la cláusula sexta era ineficaz de pleno derecho, que por demás dejó al contratista sin mayores opciones que someterse a sí mismo a la duración de un contrato de excesiva duración.

Con acierto, el salvamento de voto realizado por la Consejera MARIN manifestó lo siguiente:

(la) “aquiescencia” del contratista, tampoco avaló una cláusula claramente ineficaz. En otras palabras, el consentimiento de ambas partes no borra la consecuencia que previó el legislador para las obligaciones de imposible cumplimiento. De otro lado, el hecho de que el interventor se rehusara a suscribir una prórroga con la que no estaba de acuerdo, tampoco tenía la consecuencia que le dio la mayoría, es decir, la pérdida del saldo restante de dicho contrato. De esta forma, la mayoría de la Sala mantuvo los efectos de la condición, que en otros apartados consideró ineficaz, es decir, que el contratista vigilado cumpliera. La prórroga del plazo del contrato en las mismas condiciones ineficaces de pago, tanto solo sometió al interventor a una obligación de imposible cumplimiento. En efecto, si el interventor hubiera suscrito la prórroga, además del desgaste en tiempo, su pago habría quedado sujeto a la condición que se calificó como ineficaz. En otras palabras, el interventor se limitó a no prorrogar un contrato que le resultaba evidentemente contrario a sus intereses.

La interpretación de la sentencia relativa a que el interventor quedó atado, irremediablemente, a la prórroga, por el sólo hecho de que su existencia estaba ligado al contrato vigilado (cláusula sexta), además de ser excesiva, (...) saneó el origen ineficaz de la cláusula de pago de la interventoría, puesto que la prolongó en sus efectos y dejó un escenario sin salida para el interventor.

Lo anterior refleja una mejor comprensión de las consecuencias del planteamiento de la sentencia objeto de análisis, que sin lugar a dudas resulta en la autorización a la administración de someterlo a condiciones insostenibles para recibir el pago acordado bajo la cuestionable premisa de que el condicionamiento sea parcial y voluntario.

Ahora bien, cabe preguntarse por la lógica que subyace a este particular entendimiento del contrato de interventoría y de las obligaciones del contratista que lo suscribe. En definitiva, más allá de un cuestionable criterio jurídico que desconoce el carácter autónomo del contrato de este contrato y el imperativo mantenimiento de su equilibrio financiero y económico, se encuentra la normalización de la utilización deficiente del poder de la administración para supervisar el desarrollo de los contratos que suscribe y de estructurar los negocios jurídicos necesarios para que privados le ayuden en esa tarea, con la consecuente afectación que ello puede implicar para los contratistas.

Conclusiones

De lo expuesto a lo largo del presente trabajo se extrae que el entendimiento plasmado en la sentencia del 27 de octubre de 2023 analizada previamente desconoce las características históricas y legales del contrato de interventoría y legitima con ello el aprovechamiento irregular de la administración de su ventajosa posición como contratante. De esta forma, se le niega al contrato de interventoría su autonomía de larga data, se modulan los efectos de la ineficacia de pleno derecho contemplada por el legislador para las obligaciones de imposible cumplimiento y se cohonestan la imposición de cargas excesivas al contratista.

Lo anterior plantea la imperiosa necesidad de que dentro y fuera de la comunidad jurídica se señale el razonamiento en que se soporta la sentencia, pues degrada la confianza de la sociedad tanto en la capacidad como en la voluntad de la jurisdicción contencioso administrativa de decidir de forma imparcial las cuestiones sometidas a su consideración, lo que excluye la posibilidad de que cohoneste actuaciones irregulares de la administración para evitar afectaciones a esta que, con la debida planeación y diligencia en la estructuración de sus negocios, habrían podido prevenirse.

Bibliografía

- COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Guía para el ejercicio de las funciones de Supervisión e Interventoría de los contratos del Estado.
- COLOMBIA. COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación No. 250002326000202100490 01 (69492) (17, octubre, 2023). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico [en línea]. Bogotá D.C.: 20123, [Consultado: 2 de diciembre de 2023].
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación No. 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990) (28, junio, 2012). C.P. Ruth Stella Correa Palacio [en línea]. Bogotá D.C.: 2012. [Consultado: 1 de diciembre de 2023].
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación No. 05001-23-31-000-1998-00114-01(28794). (15, julio, 2023). C.P. Guillermo Sánchez Luque [en línea]. Bogotá D.C.: 2020. [Consultado: 1 de diciembre de 2023].
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Radicación No. 25000-23-26-000-2000-00732-01(24266). (28, febrero, 2013). C.P. Danilo Rojas Betancourth [en línea]. Bogotá D.C.: 2013, p.15. [Consultado: 2 de diciembre de 2023].
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-093. Expediente D-1989. (7, octubre, 1998). M.P. Carlos Gaviria Díaz [en línea]. Santa Fe de Bogotá D.C.: 1998. [Consultado: 5 de diciembre de 2023].
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-892. Expediente D-3403. 22, agosto, 2001). M.P. Rodrigo Escobar Gil [en línea]. Santa Fe de Bogotá D.C.: 1998. [Consultado: 5 de diciembre de 2023].
- COLOMBIA. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. SECCIÓN TERCERA. Radicación No. 25000-23-36-000-2021-00490-00 (28, septiembre, 2022).. M.P. José Élvor Muñoz Barrera. Bogotá D.C. : 2022.
- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. Guía de Auditoría para Entidades Públicas. Primera Versión.
- GOMEZ, Juan y ESTEBAN, Luz. El Equilibrio Económico Del Contrato Estatal. Universidad La Gran Colombia.2018.
- ORTIZ, Maria. La interventoría una figura indeterminada jurídicamente: La dicotomía entre mero seguimiento y el control del contrato. Universidad del Rosario. 2022.
- REYES, Sofía A. Biler. Auditoria. Elementos esenciales. Dominio de las Ciencias, 2017, vol. 3, no 1, p. 138-151.
- ROMERO, Camilo y VARGAS, Hernando. La interventoría como forma de supervisión de proyectos: la experiencia colombiana. SIBRAGEC ELAGEC, 2015.



Reflexiones sobre la sanción de ineficacia en contratación estatal

Brian Steven Torres Lozano

Reconocimiento especial. Concurso de ensayo "Germán Cavelier" en la Universidad Nacional de Colombia. 2023-2.





Sumario

Introducción

I. Naturaleza e incorporación de la sanción de ineficacia de pleno derecho en el ordenamiento jurídico colombiano

II. Desarrollo de la figura en el marco de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

III. Incorporación y desarrollo de la sanción de ineficacia en la contratación de la administración pública

IV. Análisis del caso de Ingenian Software S.A.S.

Conclusión

Bibliografía

Resumen

La ineficacia de pleno derecho, como sanción del negocio jurídico, hace que este no produzca efectos sin requerir de declaración judicial; esta ha sido recientemente introducida en el ordenamiento jurídico colombiano, y en su transición hacia el ámbito de la contratación estatal, ha sido necesario retomar algunos puntos de su desarrollo en la contratación privada; aunque aún prevalecen varias dudas e incertidumbre respecto de su ámbito de aplicación y limitaciones.

Palabras clave: ineficacia de pleno derecho, declaración judicial, sanción de ineficacia.

Abstract

The ineffectiveness, as a sanction of the legal transaction, renders it ineffective since its creation, without requiring a judicial declaration; it has been recently introduced in the Colombian legal system, and in its transition to the field of public contracting, it has been necessary to retake some points of its development in private contracting; however, several doubts and uncertainties still prevail regarding its scope of application and limitations.

Keywords: ineffectiveness, judicial declaration, sanction of ineffectiveness.

Introducción

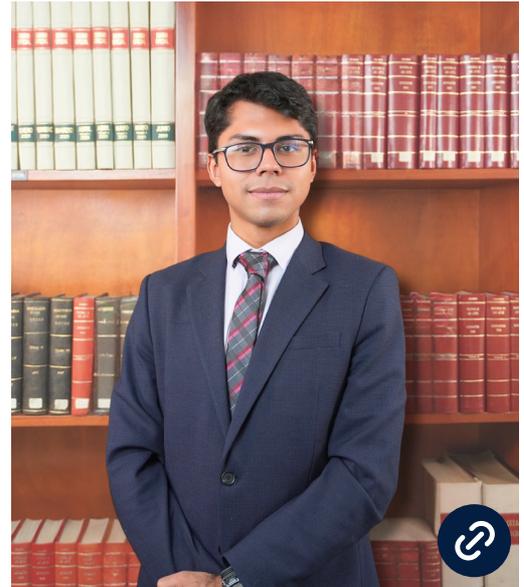
La sanción de ineficacia de pleno derecho del negocio jurídico es introducida en el ordenamiento jurídico colombiano como una figura distinta de las nulidades o la inexistencia, que prevé que determinados actos no producen efectos jurídicos, sin la necesidad de una declaración judicial.

La sanción de ineficacia ha sido objeto de múltiples debates y diferentes pronunciamientos desde su incorporación, pues esta figura, pese a su primera mención en el artículo 897 del Código de Comercio, ha dejado muchas dudas respecto de su forma de aplicación y practicidad; y es que, a partir de este momento y con su reiteración en distintas normas que imponen la sanción, no ha sido claro su alcance o consecuencias, siendo necesario acudir, en ocasiones, a los regímenes dispuestos a otras sanciones como la nulidad absoluta.

Estos cuestionamientos se han trasladado incluso al ámbito de la contratación estatal, que ha retomado la figura de la ineficacia de pleno derecho en los pliegos de referencia y contratos sometidos al régimen de contratación estatal, en los casos en que se contravengan las disposiciones del artículo 24.5 del Estatuto de Contratación de la Administración Pública, y la han desarrollada a partir de lo señalado en el ámbito mercantil.

Precisamente, uno de los más recientes pronunciamientos en la materia, es el caso de Ingenian Software S.A.S, en donde el Consejo de Estado desató un pronunciamiento que revive el debate sobre el alcance, naturaleza y extensión del fenómeno de ineficacia de pleno derecho en el ámbito de la contratación estatal.

De esta manera, en el presente escrito se procederá a desarrollar: en primer lugar, la naturaleza de la sanción de ineficacia y su regulación en el ordenamiento jurídico colombiano; en segundo lugar, su tratamiento y regulación en el ámbito privado, a partir de la reseña de una serie de pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia; en tercer lugar, su incorporación en el ámbito de la contratación de la administración pública, a través de la reseña de distintos pronunciamientos del Consejo de Estado; y, finalmente, se abordará un análisis de todos estos elementos en el marco del caso de Ingenian Software contra el Departamento Administrativo de la función pública.



I. Naturaleza e incorporación de la sanción de ineficacia de pleno derecho en el ordenamiento jurídico colombiano

En primer lugar, vale la pena reseñar lo que ha sido la incorporación de la sanción de ineficacia de pleno derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, para efectos de sentar las bases de la discusión y realizar una aproximación a su desarrollo en el ámbito de la contratación estatal.

En primer lugar, una de las principales dificultades teóricas de la sanción de ineficacia radica en su ausencia de regulación en materia civil, lo que ha conllevado a un desarrollo tímido y, en ocasiones, contradictorio de la figura. La legislación civil no ha previsto este mecanismo, por lo que “generalmente es utilizado como equivalente a cualquier causal de inoperancia o de irregularidad que pueda aquejar al negocio jurídico y que en alguna forma le reste los efectos que debería producir el acto o contrato”¹.

En este sentido, recurrentemente ocurren referencias e imprecisiones respecto de lo que es la ineficacia como sanción individualmente considerada, pues frecuentemente se utiliza como término en sentido amplio para referirse a cualquier otro tipo de sanción del negocio jurídico, como lo es la nulidad absoluta o la inexistencia². La ineficacia de pleno derecho tiene más bien un desarrollo reciente y limitado respecto de su aplicación.



Concretamente, en el ordenamiento jurídico colombiano se introduce la figura a partir de la legislación mercantil, en vista de que el Código de Comercio, en su artículo 897, dispone que “Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”³, fijando varios escenarios que darían lugar su configuración⁴. Asimismo, la norma se esfuerza por trazar una distinción conceptual con otras sanciones, como los son la inexistencia, la nulidad absoluta y la inoponibilidad⁵.

Se trata de una sanción independiente, cuyo mayor elemento de distintividad es la consecuencia de que los actos jurídicos ineficaces no producirán efectos, sin la necesidad de una declaración judicial⁶. Propiamente, sobre esta discusión se ha pronunciado la Corte Constitucional, en el sentido de aclarar el debate frente a las nociones generales de ineficacia, y la sanción en sentido estricto regulada en materia mercantil.

Bajo el concepto de ineficacia en sentido amplio suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad.

(...) la ineficacia en sentido estricto se presenta en aquellos casos en los cuales la ley, por razones de diferente naturaleza, ha previsto que el acto no debe producir efectos de ninguna naturaleza sin que sea necesario la existencia de una declaración judicial en ese sentido⁷.

Aquí, se insiste en su elemento más característico, y es que no requiere de una decisión judicial. Este ya ha sido analizado incluso con anterioridad por la misma corporación, en el sentido de entenderla como una sanción autónoma y distinta de sus otras acepciones genéricas⁸. La alta corporación ha entendido que esta figura obedece al derecho comparado y a los fines del estado respecto de la imposición de sanciones al negocio jurídico defectuoso.

Adicionalmente, otras disposiciones han retomado e incorporado la sanción de ineficacia de pleno derecho⁹, dando alcance al mecanismo. Sin embargo, en este punto se advierten las deficiencias respecto de una relación específica sobre las consecuencias y el proceder frente a un fenómeno de ineficacia de pleno derecho, pues son muchas las conductas que se sancionan con ineficacia, pero no existía claridad o unidad de criterio respecto de sus efectos, a lo cual la jurisprudencia ha entrado a llenar estos vacíos.

II. Desarrollo de la figura en el marco de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

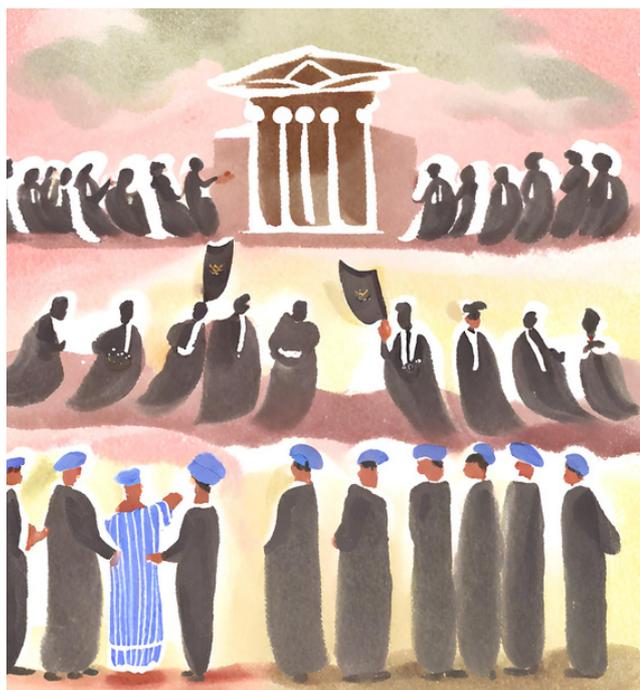
Propiamente, ante la ausencia de unidad de criterio respecto de la naturaleza y efectos de la sanción de ineficacia de pleno derecho, la Corte Suprema de Justicia ha asumido un rol determinante en la interpretación de la figura. Como se puso de presente, algunos sectores tradicionalmente han hecho alusión al concepto de ineficacia de forma genérica para referirse a otros fenómenos, tales como la nulidad o la ineficacia¹⁰; por ello, vale la pena centrar la discusión en aquellos pronunciamientos que han marcado una distinción y han dado pasos importantes en el desarrollo y comprensión de la figura.

Precisamente, la Corte ha trazado una clara diferencia entre la sanción de ineficacia y otras figuras. En una decisión de septiembre de 2021, al analizar la prohibición a los socios comanditarios a ejercer funciones de representante en virtud del artículo 327 del Código de Comercio, distinguió la sanción de nulidad relativa de la sanción de ineficacia, que debiera ser expresamente

consagrada para su aplicación. No basta con la simple mención de una prohibición legal para dar aplicación al fenómeno de ineficacia de pleno derecho¹¹.

Otro ejemplo de esta situación es el caso de la Sociedad Portuaria Riverport S.A. contra Axa Seguros Colpatria S.A, en el que la Corte determinó la ineficacia de una cláusula por cuanto la aseguradora no reveló una limitante de responsabilidad en el monto máximo asegurado¹².

La ineficacia de pleno derecho no requiere de decisión judicial, pues se entiende que el negocio jurídico nunca produjo efectos. No obstante, frente a esta situación se elevan varias preguntas respecto de su aplicación práctica, y es que no queda clara cuál es la consecuencia y el procedimiento a seguir una vez se determina la ineficacia; pues si bien no es necesaria una declaración judicial, en muchas ocasiones la ineficacia es objeto de debate y llevado ante los jueces, que en últimas son quienes la acaban declarando.



En este sentido, uno de los casos más representativos frente al desarrollo de la figura, es el caso de Ecopetrol contra Fernando Londoño Hoyos, en el que la Corte Suprema de Justicia realizó un importante pronunciamiento respecto de las consecuencias de la sanción. Allí, la demandante solicitó la ineficacia de pleno derecho de la adquisición de acciones, por ir en contra de una norma imperativa, pues el demandado habría adquirido las acciones siendo plenamente consciente de no ser trabajador o estar vinculado con la entidad.

En dicho pronunciamiento, la Corte Suprema reiteró nuevamente la distinción existente entre esta y otras figuras de invalidez del negocio jurídico, “la expresión de ineficacia, que antes poseía un significado genérico y comprensivo de las diferentes formas de invalidez o crisis del negocio jurídico, pasó a contemplarse como una forma concreta de fracaso del mismo”¹³.

Allí, centró la discusión en la decisión del juez de primera instancia, quien concedió las pretensiones y ordenó la devolución de las acciones por aplicación de artículo 14 de ley 226 de 1995. El juez determinó que, por ausencia de regulación en los efectos de la ineficacia de pleno derecho, habría que acudir por analogía al proceso previsto para la nulidad absoluta en los términos del artículo 1746 del Código Civil. Una vez revisada la actuación, la Corte Suprema mantuvo la decisión y confirmó lo dicho por el Juez de primera instancia, indicando lo siguiente:

Realizada la anterior delimitación temática y volviendo al caso, dable es colegir que el parecer hermenéutico del sentenciador no cayó en desatino de juicio al emplear el artículo 1525 del Código Civil en la ineficacia que reconoció, porque se apoyó en el sistema regulatorio de las sanciones contractuales del derecho privado nacional, del cual puede deducirse que a la ineficacia de pleno derecho dispuesta en el artículo 897 del estatuto mercantil y prevista en normas especiales, bien pueden atribuirse las secuelas propias de la nulidad absoluta, sobre todo cuando su razón legal en un caso concreto, coincida con una causal de esa particular nulidad.

(...)

Es que si la ley comercial no trajo ninguna regulación sobre las secuelas de la ineficacia, que es una sanción para privar de efectos los negocios jurídicos, por ciertas anomalías previstas en las normas sobre su creación, tiene cabida el empleo de la ley civil por cuanto se trata de temas que se refieren a su «formación», así como al «modo de extinguirse, anularse o rescindirse»¹⁴.

Aquí se traza un importante desarrollo en la materia, y es que, si bien es claro que la sanción de ineficacia de pleno derecho no requiere de declaración judicial, en la práctica resulta recurrente la necesidad de acudir a los jueces para discutir los asuntos que dan lugar a la ineficacia. En este punto, al no haber una regulación expresa sobre las secuelas que dejaría un pronunciamiento en ese sentido, la Corte Suprema deja clara la extensión y aplicación del artículo 1746 del Código Civil respecto de los efectos de la declaratoria, siendo procedente la orden de restituciones recíprocas.

III. Incorporación y desarrollo de la sanción de ineficacia en la contratación de la administración pública

Señalado lo anterior, corresponde ahora referirnos a lo que ha sido la incorporación de la figura en el marco de la contratación estatal. En primer lugar, es necesario referenciar lo dispuesto por el artículo 24 del Estatuto de

Contratación de la Administración Pública, en cuyo numeral 5, referente a las disposiciones que deben contener los pliegos de condiciones o términos de referencia, se dispone que “Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados”¹⁵.

Esta disposición representa un primer acercamiento a la aplicación y desarrollo de la figura en la administración pública, que retoma importantes avances de la figura en el ámbito mercantil, entendiéndola como una sanción restrictiva, que priva de todo efecto al negocio jurídico, y que no requiere de declaración judicial.

En este sentido, el Consejo de Estado ha señalado:

Como lo ha dicho la Sala todas aquellas cláusulas que puedan comportar la vulneración de los principios expuestos, son susceptibles de depuración por parte del juez del contrato, e incluso, se repite la ley puede establecer ab initio la sanción que le merezca, como ocurre en los eventos de ineficacia de pleno derecho, en los que no se requiere de decisión judicial y que, en consecuencia, pueda ser inaplicada en el caso concreto¹⁶.

En esta misma línea, en casos tales como Coariguani contra INVIAS¹⁷, y Cootasca contra INVIAS¹⁸, el Consejo de Estado ha remarcado la diferencia existente entre la nulidad del contrato y la ineficacia de pleno derecho por omisión a las reglas del artículo 24.5 del Estatuto de Contratación. En estos casos, se determinó que los pliegos de condiciones no contenían reglas claras para el desempate en caso de que los proponentes obtuvieran calificaciones idénticas, situación que impedía una selección objetiva. Aquí, pese a las alusiones realizadas a la sanción de ineficacia y su distinción con la figura de la nulidad, se declaró la nulidad de las disposiciones, siendo inconsistente la referencia que se hacía a la figura.

Por otro lado, en el caso de Eduardo Bruges contra la Universidad del Valle, el Consejo de Estado analizó la naturaleza de la sanción de ineficacia, a propósito de la cual entiende que se trata de una sanción impuesta a aquellos actos que violan la norma imperativa, el ordenamiento público o las buenas costumbres, el cual se tiene como si nunca se hubiera realizado y no requiere de pronunciamiento judicial¹⁹.



“(...) se determinó que los pliegos de condiciones no contenían reglas claras para el desempate en caso de que los proponentes obtuvieran calificaciones idénticas, situación que impedía una selección objetiva.”

En varias ocasiones, ha reiterado las diferencias existentes entre esta y otras figuras como la nulidad²⁰; a partir de la cual se ha referido a la configuración de la sanción de ineficacia²¹, específicamente, desde el escenario de los pliegos de condiciones que no brindan parámetros justificados para la escogencia de propuestas, sino que, por el contrario, señalan reglas subjetivas e injustas²².

En otras oportunidades, como es el caso de Industrias Bicicletas Milán S.A. contra el Departamento de Magdalena, en donde se pactó una cláusula que fijaba un plazo de solamente 9 días para la entrega de 3500 bicicletas (previo a la expedición de distintas aprobaciones y acuerdos respecto de la forma de entrega), el Consejo de Estado ha realizado un esfuerzo por delimitar la distinción existente entre las figuras de nulidad, y de ineficacia de pleno derecho. En el caso, el Juez de primera instancia calificó el acuerdo como apresurado e incluso improvisado, llevando a la declaración de nulidad. No obstante, el Consejo de Estado, aunque compartió el razonamiento del a quo, se apartó de su decisión y señaló que la sanción procedente era la ineficacia de pleno derecho, con fundamento en el artículo 24.5 del Estatuto de Contratación²³.

Aquí, la Sala encontró que nunca se pactaron circunstancias de tiempo, modo y lugar específicas para la correcta entrega, por lo que el objeto del contrato resultaba de imposible ejecución, derivando en su ineficacia de pleno derecho. En este punto, destaca el señalamiento y distinción que hace el Consejo de Estado de las figuras, declarando específicamente la ineficacia por encima de la nulidad, denotando un pronunciamiento importante de cara a la aplicación y comprensión de la figura.

En el mismo sentido, en el caso de Tranco S.A. contra el INVAL (hoy Municipio de Medellín), se declaró la ineficacia de una disposición en un pliego de condiciones que no definía reglas claras en la valoración de las propuestas. Ante ello, el Consejo de Estado recordó la naturaleza de la sanción de ineficacia de pleno derecho, indicando lo siguiente:

“Sobre este particular, conviene recordar que la ineficacia de pleno derecho se presenta en eventos en los cuales, por razones de distinta índole, la ley dispone que un determinado acto jurídico no produce efectos de ninguna naturaleza, sin que se requiera declaración judicial. Por tanto, la configuración de la ineficacia de pleno derecho supone que esa consecuencia está expresamente señalada en la ley”²⁴.

En la misma línea, en el caso de CICON S.A. contra el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), el Consejo de Estado analizó las pretensiones de ineficacia de pleno derecho de unas cláusulas de exclusión de responsabilidad de un contrato para la construcción y rehabilitación de vías de Transmilenio en la localidad de Ciudad Bolívar. En este, el contratista habría renunciado a la posibilidad de reclamar sobrecostos derivados de la realización de prórrogas e interrupciones en las obras; allí, el Consejo de Estado no se limitó a mencionar la diferencia existente entre la sanción de ineficacia de pleno derecho y la figura de la nulidad, sino que precisó algunos elementos y características que distinguen una y otra figura:

La jurisprudencia administrativa ha identificado unos efectos concretos de la ineficacia de pleno derecho, que la diferencia de la nulidad, a saber: (i) que la ineficacia de pleno derecho no requiere declaración judicial, surtiéndose una depuración jurídica oficiosa, mediante la inaplicación de lo estipulado por el juez del contrato en el caso concreto; (ii) que, cuando una prestación derivada de una estipulación ineficaz de pleno derecho haya sido ejecutada, tal prestación deberá ser reintegrada, sin consideración al beneficio que haya ocasionado al contratante; y (iii) que la ineficacia de pleno derecho no se sana con el paso del tiempo, ni por ratificación expresa de las partes”, como ocurre con los contratos suscritos sin el cumplimiento de la formalidad sustancial exigida²⁵.

A su turno, consideró que los pactos de exclusión o limitación no violan por sí mismos el ordenamiento jurídico. Aquellos que disponen de derechos económicos son completamente eficaces, en sentido amplio, siempre que no violen el orden público de la nación; sí sería ineficaz, por ejemplo, la condonación de la carga de la administración de definir con claridad las reglas del pliego de condiciones²⁶.

En síntesis, estos pronunciamientos dejan en evidencia lo que ha sido la evolución jurisprudencial y entendimiento de la figura de ineficacia de pleno derecho en la contratación pública, a partir de la inclusión del artículo 24.5 del Estatuto de Contratación. Particularmente, al igual que en el ámbito de la contratación privada, se trata de una figura que deja sin efectos el negocio jurídico afectado, desde su constitución, y sin la necesidad de requerir de una decisión judicial; asimismo, se ha presentado una clara línea y esfuerzo por



distinguir esta figura de las nulidades, pues en un principio parecieran ser inconsistentes e incongruentes las declaraciones en el sentido de equiparar las figuras, mientras que hoy en día se ha evidenciado una mayor precisión conceptual por parte de la corporación con el objetivo de separarlas.

III. Análisis del caso de Ingenian Software S.A.S.

En este punto, corresponde analizar la figura a partir de lo establecido en la reciente sentencia del Consejo de Estado, en el caso de Ingenian Software S.A.S. contra el Departamento administrativo de la función pública. Allí, la demandante pretendió la ineficacia de una cláusula de precio en un contrato de interventoría.

En el caso concreto, las partes habían suscrito el contrato de interventoría No. 349 de 2017, el cual tenía por objeto la interventoría técnica, administrativa, financiera, contable y jurídica al contrato de prestación de servicios No. 254 de 2017, para la implementación y puesta en marcha del sistema de información y gestión del empleo público en su segunda versión (SIGEP II). En el contrato, al pactar la cláusula de precio, las partes acordaron que este sería realizado en 6 pagos, previa entrega a satisfacción y aprobación del supervisor de los hitos previstos en el programa; se trataba de una condición sometida a la ejecución del contrato intervenido.

Ante esta situación, la demandante advirtió las dificultades que generaba someter el pago a esta condición, que en últimas consideraba de imposible cumplimiento y sometida a la voluntad de un tercero; así, las partes suscribieron un modificadorio, en el cual se dispuso que el 70% del precio sería pagado a los 30 días de la firma del contrato, mientras que el 30% restante quedaría sometida a la entrega de los hitos correspondientes.

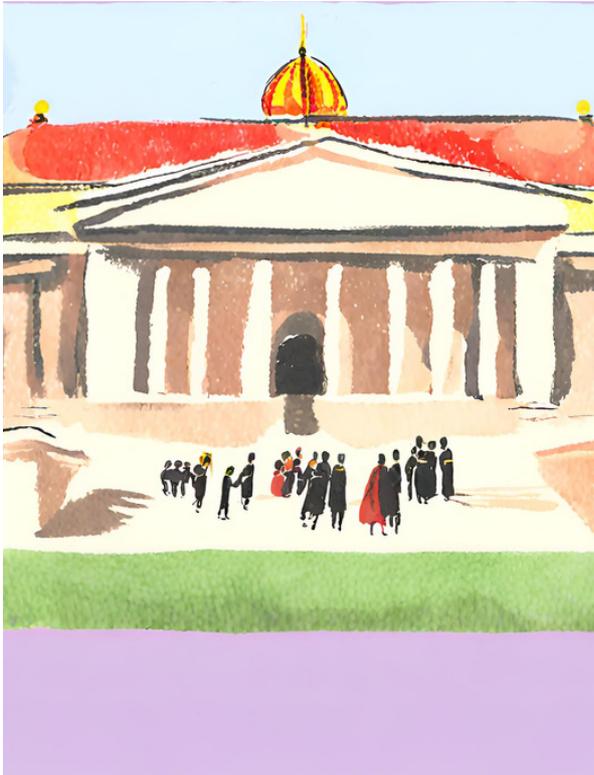
Luego de una serie de suspensiones, no había sido posible entregar el contrato en el plazo establecido, por lo que la Nación planteó una opción de prórroga para dar cumplimiento al objeto contractual; sin embargo, la empresa interventora se rehusó a suscribir la prórroga, alegando un supuesto incumplimiento en el pago, dando lugar a la terminación y posterior liquidación unilateral del contrato.

Ante estos eventos, la parte demandante alegó la imposibilidad de cumplimiento con la previsión señalada, comoquiera que, a la fecha de finalización del contrato, la sociedad ADA S.A. (prestadora del servicio), no había entregado los productos objeto de revisión. La demandante solicitó ante el juez la nulidad del acto de liquidación del contrato, alegando una supuesta desviación de poder, por condicionarse el pago a condiciones aleatorias y de imposible cumplimiento; asimismo, en su escrito refirió la ineficacia de pleno derecho de la cláusula de precio, en virtud del artículo 24.5 del Estatuto de Contratación.

La decisión de primera instancia negó las pretensiones, argumentando que la causal de nulidad invocada (desviación de poder), no era procedente ni correspondiente con lo argumentado en el escrito; ante ello, la demandante apeló la decisión, por considerar que no fueron tenidos en cuenta sus alegatos respecto de la ineficacia de pleno derecho de la disposición contractual. De esta manera, en sede de apelación, el Consejo de Estado analizó dos problemas jurídicos, el primero, si el tribunal debía pronunciarse sobre los alegatos de ineficacia; y el segundo, si en efecto existía una ineficacia de la cláusula de precio.

Respecto del primer punto, la Sala consideró que, si bien es cierto que los alegatos de ineficacia de pleno derecho no fueron objeto de oposición, sino simplemente se mencionaron a lo largo de la argumentación del escrito, no podía el a quo dejar de considerarlos. Aquí se pone de presente un importante desarrollo en la materia, y es que la sanción de ineficacia no se subordina a la presencia de una o varias causales que pudieren determinar su acaecimiento, como ocurre con las nulidades, sino que se requiere acudir a las prohibiciones de ley, la cual es la única que puede asignar esta consecuencia jurídica. Al no existir cláusula general en el Estatuto de Contratación, hay lugar a acudir a las disposiciones comerciales y civiles en la materia no regulada²⁷.

“(...) La demandante solicitó ante el juez la nulidad del acto de liquidación del contrato, alegando una supuesta desviación de poder, por condicionarse el pago a condiciones aleatorias y de imposible cumplimiento”



La alta corporación consideró que, si bien se invocó una causal distinta para pretender la nulidad del acto de liquidación, lo cierto es que la argumentación se basaba en la configuración de una falsa motivación, por cuanto se alegaba la ineficacia de pleno derecho de la cláusula contentiva del precio. Allí, la alta corporación señaló que debía entonces el tribunal pronunciarse en ese sentido, pues la ineficacia opera de pleno derecho y no requiere de declaración judicial, por lo que, no habiendo producido efectos la cláusula de precio, no habría tenido sustento alguno el eventual acto de liquidación.

Por otro lado, respecto del segundo cargo, la Sala por el contrario determinó que en este caso no se configuraba la ineficacia, pues con las modificaciones hechas a la cláusula de precio (sometiendo solo el 30% al cumplimiento del contrato intervenido), se habría resuelto la deficiencia. Advierte el Consejo de Estado que, someter una parte del precio a la condición referida no merece censura, pues se pretende garantizar el cumplimiento del contrato intervenido, que en últimas es la razón de existencia del contrato de intervención, en el que halla su justificación y utilidad. Finalmente, encontró que fue la conducta misma del demandante, al negarse a suscribir la prórroga del contrato, la que llevó a su incumplimiento²⁸.

Aquí, vale la pena detenerse en dos puntos centrales. En primer lugar, el Consejo de Estado mantiene la postura de que la ineficacia da lugar a la inaplicación de las disposiciones sancionadas desde su creación, pues no produjeron efectos, y asimismo no requiere de declaración judicial. En el cargo analizado, la Sala argumentó que no es necesario invocar una causal de nulidad basada en presupuestos de ineficacia, pues si un tribunal logra evidenciar estos supuestos, habrá de declararla de oficio y pronunciarse sobre ello; se trata de una medida distinta de la nulidad y que no se agota en una serie de causales específicas, pues se desprende de las prohibiciones de ley, que deben aplicarse en cualquier caso.

En segundo lugar, preocupa la decisión de la Sala en el sentido de indicar que, en un escenario la disposición sería ineficaz de pleno derecho, y en otro no. Aquí, pareciera que la Sala admite la posibilidad de “subsana” el defecto de ineficacia, pues con la modificación del contrato, y al someter el pago de tan solo el 30% del precio a las causales de cumplimiento del contrato intervenido, el Consejo de Estado consideró nugatorio entrar a analizar la ineficacia de la disposición. En este punto surgen algunas preguntas, pues si en teoría la ineficacia se basa en la transgresión de normas imperativas, y se distingue de las nulidades en no poderse subsanar, ¿Dónde se traza la línea?; si la disposición nunca produjo efectos, ¿Cómo es posible que una modificación en la cláusula del precio subsane las deficiencias?

Aquí, pareciera que la postura de la Sala se inclina a indicar que, en el caso concreto, someter el pago del 100% del precio a condiciones ajenas a la voluntad de una de las partes, sería completamente violatorio de lo dispuesto en el artículo 24.5 del Estatuto de Contratación; mientras que, condicionar solo una parte al cumplimiento del contrato intervenido es congruente con el sentido mismo del contrato de interventoría, que encuentra su justificación en la existencia del contrato intervenido. Pareciera que la Sala pondera distintos elementos, como el sentido mismo y la justificación del contrato y los derechos e intereses del contratista; sin embargo, pese a los desarrollos en la materia, queda en evidencia la falta de certeza frente a los criterios y ámbitos de aplicación de la sanción de ineficacia.

Conclusiones

De esta manera, la sanción de ineficacia ha tenido que desarrollarse a partir de la jurisprudencia, pues la ausencia de regulación en materia civil, y de una previsión de efectos y consecuencias de su declaratoria, las altas corporaciones han tenido que definir la figura, delimitándola y distinguiéndola de otras figuras como la nulidad, y precisando las consecuencias que conlleva su declaratoria.

Pese a la extensa cantidad de pronunciamientos en la materia, parece que en ocasiones aún se utiliza el término de manera indistinta para referirse a otros fenómenos como la nulidad, generando algunas dificultades en su comprensión teórica. Sin embargo, la Corte Suprema ha logrado un amplio avance en la materia, señalando claramente sus diferencias con otros fenómenos, y acudiendo, por analogía, a las secuelas de la nulidad absoluta.

En este punto, la jurisdicción contencioso administrativa se ha pronunciado en el mismo sentido, a través de la aplicación del artículo 24.5 la Ley 80 de 1993, y remitiéndose a los desarrollos de la figura desde su aplicación en el marco del derecho civil y comercial.

Sin embargo, y a pesar de los importantes avances en la materia, parece que aún no hay certeza sobre los límites y la extensión del fenómeno, que en la práctica se vuelve complejo; si bien se dice que el acto jurídico ineficaz no produce efectos y no requiere declaración judicial, lo cierto es que en la mayoría de casos si es necesaria esta declaración, como quiera que sus presupuestos están en disputa.

Aquí, pese a que la sanción se deriva directamente de las prohibiciones legales taxativamente estipuladas, tampoco es claro su marco de aplicación en determinados casos, como por ejemplo se ha logrado evidenciar a través del análisis del caso de Ingenian Software S.A.S, donde pareciera que existen eventos en donde es posible sanear las deficiencias que dan lugar a la ineficacia.

No obstante, en aquella decisión también es posible destacar los importantes avances y coherencia que ha mantenido la alta corporación respecto de la aplicación de la figura. Al fin y al cabo si esta opera de pleno derecho, y no requiere declaración judicial, no tiene sentido imponer una carga al demandante de justificar completamente su configuración en el caso concreto; si se advierte la presencia de una ineficacia, deberá el juez, así sea de oficio, pronunciarse sobre esta, pues se trataría de un negocio jurídico que nunca produjo efectos por razones indicadas en la Ley, y que no son susceptibles de saneamiento.

Por estas razones, se destacan los importantes avances frente a la distinción y autonomía de la figura, así como de la precisión respecto de sus efectos y consecuencias; pero se pone en evidencia la necesidad de un desarrollo en su aplicación práctica, que permita aclarar las interrogantes respecto del alcance y limitaciones que existen alrededor de la aplicación del fenómeno de ineficacia.

Bibliografía

- ALARCON ROJAS Fernando. La Ineficacia de Pleno Derecho en los Negocios Jurídicos. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 2011. ISBN: 978-958-772-386-1.
- GIL ECHEVERRY, Jorge. Teoría general de la ineficacia. Ed. Cámara de Comercio de Bogotá. Bogotá: 2007, p. 63. ISBN 978-958-688-187-3
- OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Bogotá: 2014. Editorial Temis. P. 484-485. ISBN: 978-958-350-530-0.
- URIBE VARGAS, Hernando. La ineficacia del negocio jurídico en el derecho privado colombiano. En: CRITERIOS - Cuadernos de Ciencias Jurídicas y Política Internacional. Junio, 2010. Vol. 3, No. 1, pp. 20- 21. DOI: 10.21500/20115733.1927.
- VEGA CLEMENTE, Virginia. El negocio jurídico: invalidez e ineficacia. En: Revista de estudios económicos y empresariales. 2007. Vol. 1, No. 19. pp. 181-183. ISSN. 0212-7237

Normas y jurisprudencia

- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1116 de 2006 (27 de diciembre de 2006) Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2006. No. 46.494.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1480 de 2011 (12 de octubre de 2011) Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2011. No. 48.220.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 222 de 1995 (20 de diciembre de 1995) Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1995. No. 42.156.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 226 de 1995 (21 de diciembre de 1995) Por el cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1995. No. 42.159.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993 (18 de octubre de 1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1993. No. 41.094.

- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993 (28 de octubre de 1993) Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración PÚBLICA. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1993. No. 41.094.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 84 de 1873 (26 de mayo de 1873) Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1873. No. 2.867.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Radicado 16041 (26 de abril de 2006). CP. Ruth Stella Correa Palacio.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Radicado 27453 (27 de marzo de 2014). CP. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Radicado 27506 (6 de diciembre de 2013). CP. Stella Conto Diaz del Castillo.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Radicado 35199 (18 de mayo de 2017). CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Radicado 40285 (22 de septiembre de 2022). CP. Guillermo Sánchez Luque.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Radicado 41911 (16 de septiembre de 2022). CP. Guillermo Sánchez Luque
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Radicado 47756 (10 de marzo de 2023). CP. Jaime Enrique Rodríguez Navas.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Radicado 59067 (19 de julio de 2017). CP. Jaime Enrique Rodríguez Navas.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Radicado 61617 (8 de septiembre de 2021). CP. Alberto Montaña Plata
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Radicado 62400 (26 de enero de 2023). CP. Fredy Ibarra Martínez
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Radicado 64736 (22 de agosto de 2022). CP. Nicolás Yepes Corrales.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Radicado 67342 (17 de octubre de 2023). CP. Marta Nubia Velásquez Rico.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Radicado 67959 (16 de agosto de 2022). CP. Marta Nubia Velásquez Rico.
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Radicado 69492 (17 de octubre de 2023). CP. Marta Nubia Velásquez I.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-1641-00 (29 de noviembre de 2000). MP. Alejandro Martínez Caballero
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-343-96 (5 de agosto de 1995). MP. Jorge Gregorio Hernández Galindo.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-345 de 2017 (24 de mayo de 2017). MP. Alejandro Linares Cantillo.

- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia SC 3724-2021 (8 de septiembre de 2021). MP. Luis Alonso Rico Puerta
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia SC 2879-2022 (27 de septiembre de 2022). MP. Luis Alonso Rico Puerta
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia SC-097-2023 (21 de abril de 2023). MP. Octavio Augusto Tejeiro Duque
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia SC-097-2023 (21 de abril de 2023). MP. Octavio Augusto Tejeiro Duque
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia SC-4126-2021 (30 de septiembre de 2021). MP. Octavio Augusto Tejeiro Duque
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia SC-4654-2019 (30 de octubre de 2019). MP. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.
- COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 de 1971 (27 de marzo de 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1971. No. 33.339.



Homenaje a Germán Cavelier

CAVELIER
ABOGADOS

70
años
1953 - 2023



Homenaje a Germán Cavelier



COLOMBIA DEBE RATIFICAR EL PROTOCOLO DE NEUTRALIDAD DEL CANAL DE PANAMA

Por Germán Cavalier

Desde los primeros años de ser independiente la República de Colombia, declaró que cualquier comunicación interoceánica que se construyere por el Istmo de Panamá sería neutral y estaría abierta para el comercio pacífico de todas las naciones.

Estos principios fueron reafirmados posteriormente por los diferentes presidentes de gobiernos que se sucedieron en la Nueva Granada.

En 1868 los Estados Unidos propusieron al gobierno colombiano, presidido entonces por el General don Tomás Cipriano de Mosquera, la celebración de un tratado para la construcción de un canal interoceánico. A este efecto, el Presidente Santiago Pérez, por comunicación del 10 de julio de 1868, instruyó a los plenipotenciarios Tomás Cuenca y Miguel Samper para las negociaciones que debían de celebrar con el Embajador de los Estados Unidos sobre la construcción del dicho canal.

En estas instrucciones hay una muy clara en que dice que *"El canal será neutral en todo caso"* y decía también: *"En todo caso habrá igualdad absoluta para los transeúntes, productos y buques de todas las naciones en cuanto a los gravámenes que se impongan en favor de la empresa"*.

En el tratado que celebraron los dichos plenipotenciarios con el Embajador de los Estados Unidos, en fecha del 14 de enero de 1869, no se consignó la estipulación relativa a la neutralidad del canal. Sólomente los artículos 8º y 9º tratan de este punto de la neutralidad, en cuanto que los Estados Unidos de Colombia conservarían su soberanía política y jurisdicción sobre el canal en el territorio adyacente y garantizaban a los Estados Unidos el goce pacífico, dirección y manejo del canal. Y el artículo 9º decía que los Estados Unidos de América tendrían derecho de usar el canal para el tránsito de tropas, municiones y buques de guerra en tiempo de paz, pero que a la entrada del canal estaría rigurosamente cerradas las tropas, buques y municiones de guerra de naciones que estén en guerra con otra u otras.

Pero este tratado no atendió tampoco a la ley del 27 de junio de 1866 que establecía las bases para la celebración de cualquier tratado sobre la construcción del canal por el Istmo de Panamá y la base número 10 decía que el gobierno de la República declara neutrales para todo tiempo, los puertos de uno y otro extremo del canal y las aguas de éste a uno y otro mar. Por esta omisión y por otras razones, el Senado de Plenipotenciarios no aprobó el tratado de 14 de enero de 1869 y le dió instrucciones a los negociadores para celebrar un nuevo tratado.

Celébrase un nuevo tratado con los Estados Unidos el 27 de enero de 1870, en el cual no se hizo la estipulación expresa de la neutralidad del canal que los Estados Unidos de América se obligaban a construir por este tratado. Solamente se dijo en el artículo 11 que el uso del canal sería libre para todas las naciones y para toda clase de objetos sin distinción, excepto en los casos de guerra entre Estados Unidos de América o los Estados Unidos de Colombia, caso en el cual el canal no estaría abierto para los beligerantes. Pero esto no era precisamente la neutralidad que se había ordenado en la ley de 1866 y el tratado fue nuevamente improbadado por el Congreso de los Estados Unidos de Colombia, por esta y otras razones.

Por otra parte, el tratado Herrán-Hay del 22 de enero de 1903 estipulaba en su artículo 16 que "El canal, una vez construído, y las bocas que le dan entrada, serán perpetuamente neutrales, y estarán abiertas en conformidad con las condiciones del tratado celebrado el 18 de noviembre de 1901 entre los gobiernos de los Estados Unidos y de la Gran Bretaña". Esto quería decir que la neutralidad del canal de Panamá, estaría sujeta a las estipulaciones del tratado Hay-Pauncefote, el cual establecía la regla de la neutralidad para cualquier canal que se construyera por el Istmo de Panamá, de conformidad con las estipulaciones de la convención del Canal de Suez de 1888.

Finalmente, el 7 de septiembre de 1977 se firmó entre Panamá y los Estados Unidos, el tratado "concerniente a la neutralidad permanente del canal y al funcionamiento del canal de Panamá", en el cual la República de Panamá declara que el canal será permanentemente neutral" y este mismo régimen se aplicará en cualquier otra vía acuática internacional que se construya total o parcialmente en territorio panameño. Además, en el artículo 2º Panamá reafirma la declaración de neutralidad del canal, para que, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, este permanezca seguro y abierto para el tránsito pacífico de las naves de todas las naciones en términos de entera igualdad.

Al propio tiempo con este tratado se celebró el "Protocolo al tratado relativo a la neutralidad permanente y al funcionamiento del canal de Panamá" por el cual las partes ratifican el protocolo, reconocen el régimen de neutralidad permanente establecido por el tratado relativo a la neutralidad permanente y al funcionamiento del Canal de Panamá y adhieren a sus objetivos. Y en el artículo 2º se dice que las partes contratantes del Protocolo acuerdan observar y respetar el régimen de neutralidad permanente del canal tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra. Este Protocolo quedó abierto a la adhesión de todos los Estados del mundo y entra en vigor para cada Estado desde el momento del depósito de su instrumento de adhesión en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos.

Pues bien, como corolario de esta larga historia, sucede que el gobierno de Colombia no ha presentado a la aprobación del Congreso colombiano, el Protocolo mencionado. Esta es una omisión inexplicable, por cuanto el tratado entre Panamá y los Estados Unidos, por el cual Panamá entra en posesión plena del canal, el 31 de diciembre de 1999 está ya a un año de entrar en vigencia, y Colombia para ese momento tiene que ser un de los Estados garantes de la neutralidad del canal según el Protocolo al cual ha de adherir y el cual ha de ratificar.

Esta omisión del gobierno de Colombia, puede ser remediada inmediatamente por el Presidente y el Ministro de Relaciones Exteriores, presentando a la consideración del Congreso la aprobación de la adhesión de Colombia al Protocolo mencionado.

EL DERECHO INTERNACIONAL EN LA CONSTITUCION COLOMBIANA DE 1991

Por Germán Cavalier

Esta Constitución fue promulgada el 7 de julio de 1991 y en materias tocantes con el Derecho Internacional contiene los siguientes puntos:

Entre estos principios rectores del Estado Colombiano, se halla el del artículo 9°:

1. Los principios fundamentales:

"Artículo 9°.- Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia.

"De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe".

Es de lamentar la defectuosa concepción de este artículo. En efecto, el decir que las relaciones exteriores se fundan en la soberanía nacional, expresa un anhelo que no tiene soporte en la realidad: soberanía quiere decir predominio y en este sentido el Estado es el supremo rector de la nación que lo ha constituido. Pero cuando ese Estado entra en relaciones con otros Estados y conviene con ellos derechos y obligaciones recíprocas por medio de tratados, ya no es más que un soberano entre soberanos y su soberanía tiene que ceder en aquello que concede al otro Estado. El Estado cesa de ser el único soberano y ya no es todopoderoso frente a los demás Estados, sino que tiene que ceder ante el interés común o particular de la comunidad internacional de Estados. Por ésta razón podemos decir que las relaciones exteriores no pueden fundarse en la soberanía pues precisamente ésta no es absoluta en el ámbito internacional y si el Estado cede parte de ella o la restringe, no estaría cumpliendo la Constitución, lo cual impediría las relaciones exteriores en un mundo donde ellas son predominantes y esenciales para la vida de los Estados y de sus pueblos.

El segundo fundamento constitucional, el del "respeto a la autodeterminación de los pueblos" no es un principio de derecho interno sino del derecho internacional general plasmado como parte del jus cogens e integrado en las Cartas de las Naciones Unidas y en la de la Organización de Estados Americanos, ambas ratificadas por Colombia y de las cuales Colombia es miembro.

Estos dos llamados principios fundamentales son los restos que quedaron del proyecto del Gobierno, el cual criticamos en su momento por la camisa de fuerza que quería colocarle al Presidente y a su facultad constitucional exclusiva del manejo de las relaciones exteriores de Colombia, proyecto que afortunadamente fue abandonado por la Asamblea Constituyente aun cuando acogiendo estos dos principios de aquel proyecto.

El tercer principio enunciado en el artículo 9º de la Constitución, que estamos comentando aquí, es el de que las relaciones exteriores de Colombia se fundamentan o deben fundamentarse *"en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia"*.

La inclusión de este principio fundamental en la Constitución es ciertamente un triunfo del derecho internacional, cuyas normas imperativas han sido incluidas por primera vez en la constitución colombiana desde 1863.

Esta norma constitucional se refiere evidentemente a los principios del derecho internacional, aun cuando restringidos a aquellos que Colombia ha aceptado en el pasado o acepte en el futuro.

Se trata de los principios del llamado jus cogens, que es el derecho constitutivo no escrito pero dotado de fuerza imperativa en razón de su adopción por la comunidad de Estados, pero su vigencia en Colombia ha sido circunscrita a aquellos que han sido aceptados por Colombia. Esta restricción no es aceptada por el derecho internacional por cuanto sus principios tienen de por sí fuerza imperativa y su aplicación no depende del querer de los Estados particularmente considerados. No es válido nada de lo que diga un Estado para negarse a cumplir con una norma imperativa del derecho internacional, así sea una norma de su propia constitución política.

En este contexto bien podemos preguntarnos cuáles son esas reglas del derecho internacional general que han sido aceptadas por Colombia, y podemos intentar hacer la siguiente lista, muy incompleta pero que nos da una idea de tales reglas:

1. PACTA SUNT SERVANDA: Respeto a la obligatoriedad de los tratados:

Adoptada por Colombia desde 1821.

2. NO INTERVENCION EN LOS ASUNTOS INTERNOS DE OTROS ESTADOS:

Adoptada por Colombia desde 1821.

3. NO EXTRADICCION DE LOS REFUGIADOS POR CAUSA POLITICA:

Proclamada en el Senado de Colombia en 1822.

4. DERECHO DE ASILO DIPLOMATICO:

Aceptado desde abril de 1854 con el asilo de D. José Manuel Restrepo en la Legación Inglesa en Bogotá.

5. NO REPUDIACION EX POST FACTO DE LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES QUE EL PASAPORTE IMPLICA:

Proclamada en septiembre de 1939.

6. RECHAZO DE LA INVALIDACION DEL DERECHO A LA NACIONALIDAD CON DAÑO RETROACTIVO INTERNACIONAL DE TERCEROS:

Proclamada en abril de 1942.

7. LIBRE NAVEGACION DE LOS RIOS COMUNES CON ESTADOS VECINOS:

Proclamada desde 1834.

8. LA EQUIDAD ECONOMICA INTERNACIONAL:

Expuesta en la Tercera Reunión de Cancilleres de Río de Janeiro en 1940.

9. CREACION DEL DERECHO DE GENTES DE LAS NACIONES AMERICANAS:

Expuesta por el Canciller colombiano Cerbeleón Pinzón en 1854.

10. CONDUCTA INTERNACIONAL LEAL Y DIGNA:

Expuesta por el Secretario de Relaciones Exteriores Quijano Wallis al abogado de Colombia en el Arbitramento ante el Rey de España, Anibal Galindo.

11. EL ARBITRAJE COMO MEDIO PACIFICO DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS:

Expuesto por el Secretario de Relaciones Exteriores, Pedro Gual, en sus instrucciones a Santamaría y a Mosquera.

Pero también podemos preguntarnos si la referencia al "reconocimiento de los principios fundamentales del derecho internacional aceptados por Colombia" son aquellos de los tratados que Colombia ha ratificado o, por lo menos, "aceptado". No es posible tal interpretación por cuanto si Colombia acepta obligaciones o derechos bajo un tratado, manifiesta por ese hecho su aceptación a lo dispuesto en ese tratado, sin necesidad de ulterior confirmación constitucional. Además, allí se habla de "los principios" en tal forma que no se trata solamente de una obligación convencional sino de la aceptación amplia de los derechos y de las obligaciones generales que se derivan de los principios generales del derecho internacional. Decir que tal norma se refiere solo a tratados restringiría indebidamente su alcance y la despojaría de la importancia y grandeza que actualmente tiene. Ya hemos visto que los "principios del derecho internacional aceptados por Colombia" son aquellos en los cuales está fundada la comunidad internacional y sin los cuales la personería jurídica internacional de Colombia no existiría siquiera.

Esto está confirmado por el numeral 2 del artículo 214 que reconoce como superiores a la Constitución "las reglas del derecho internacional humanitario", en cuanto dispone que en los "Estados de Excepción" se respetarán dichas reglas. Este es un eco de la invocación al "derecho de gentes" de la constitución de 1886, al cual en los últimos tiempos se le dio un sentido distinto del de ser el "derecho internacional", ya que se convirtió solamente en el "derecho humanitario" que es solo una parte del derecho internacional o de gentes.

**Para leer el artículo completo
puedes acceder haciendo click aquí**





Nota

Salvo las fotografías y videos, todas las imágenes presentadas en esta edición interactiva de la Revista de la Asociación Cavelier del Derecho han sido creadas íntegramente por sistemas de Inteligencia Artificial.

Desde la Asociación Cavelier del Derecho reafirmamos nuestro compromiso con avanzar de la mano de todo un país promoviendo el estudio del derecho y reconociendo la excelencia esté donde esté.

