

REVISTA
ASOCIACIÓN
CAVELIER
DEL DERECHO



ASOCIACIÓN
CAVELIER
DEL DERECHO



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

ISSN
2665-296X

Editora
Natalia Tobón Franco
www.nataliatobon.com

Diseño y composición
Saúl Álvarez Lara

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. Marzo de 2020

REVISTA
ASOCIACIÓN
CAVELIER
DEL DERECHO



ASOCIACIÓN
CAVELIER
DEL DERECHO



Germán Cavelier
Fundador de la Asociación Cavelier del Derecho y de Cavelier Abogados



Carlos Gallón Giraldo
Presidente de la Asociación Cavelier del Derecho

Prólogo

Hemos llegado al séptimo número de la revista de la Asociación Cavelier del Derecho, que tradicionalmente publica los artículos ganadores y algunos finalistas destacados del Concurso de ensayo “Germán Cavelier”, convocado semestralmente en diversas facultades de derecho del país.

En esta ocasión presentamos una obra diferente, con un contenido más amplio, aunque siempre dentro del marco del objeto de la Asociación, que es procurar el avance del Derecho en Colombia. La revista se divide en tres partes. En la primera publicamos los ensayos presentados por estudiantes de derecho que fueron reconocidos por nuestros jurados en las diferentes convocatorias que hicimos en diversas universidades del país. En la segunda parte incluimos un documento escrito por Bassam Sarkis, profesor universitario y asesor externo de Cavelier Abogados, quien amablemente contribuyó con un artículo titulado ¿Cómo negocian los colombianos según los canadienses?: Una reflexión para aprovechar

las oportunidades del Tratado de Libre Comercio. En la tercera parte publicamos algunos de los documentos elaborados por la organización Transforma (www.transforma.global), pionera en el estudio del cambio climático en Colombia, los cuáles fueron elaborados con el apoyo de nuestra asociación.

Entre los trabajos de los estudiantes presentamos el trabajo titulado “La pérdida de oportunidad como perjuicio indemnizable: elementos para su configuración”, de Óscar Iván Molina Ardila, ganador del primer puesto del concurso en la Universidad Nacional de Colombia en Bogotá, que abre la revista. Molina explica que la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado han desarrollado el marco teórico de los elementos necesarios para que se configure la pérdida de oportunidad como un perjuicio indemnizable, pero que en la sentencia del 3 de abril de 2013, al ampliar la aplicación de esta figura a casos en que se haya anulado o revocado un acto administrativo que resultaba favorable al actor, la Alta Corporación, omitió profundizar sobre uno de dichos elementos y dejó la puerta abierta para que en el futuro se adelanten procesos de indemnización por daños eventuales, hipotéticos, o conjeturales.

El estudiante opina que el Consejo de Estado se equivocó al estimar que la oportunidad de continuar con los trámites administrativos que a la postre podrían haber culminado con el otorgamiento de una licencia de funcionamiento de una bomba de gasolina se había perdido de manera definitiva, sin tener en cuenta que el ciudadano habría podido en cualquier momento iniciar un nuevo trámite para su consecución, y por ello no existía en ese caso una pérdida de oportunidad definitiva. El estudiante critica el fallo porque se aceptó entregar una indemnización por un daño hipotético, más no por un daño cierto, realmente indemnizable.

A Camilo Cárdenas Herrera, estudiante ganador del Concurso Germán Cavellier de la Universidad de Antioquia en Medellín, le preocupa un tema más procesal: “La valoración de la prueba pericial en el Código General del Proceso”. El estudiante considera que el juzgador de los hechos al momento de enfrentar la valoración de una prueba pericial se encuentra en una encrucijada difícil de resolver, porque al mismo tiempo que se le reconoce como un ignorante en los conocimientos introducidos por el dictamen pericial, se le impone el deber de valorar racionalmente el

medio de prueba y de motivar la decisión judicial. En su ensayo busca otorgar un entendimiento adecuado de los criterios de valoración de la prueba pericial, en armonía con las normas del debido proceso.

Se trata de un trabajo oportuno sobre una reciente innovación en la prueba pericial, que fue sustancialmente modificada por el CGP. Actualmente, el modelo de prueba pericial permite que el experto sea elegido y contratado por la parte. El estudiante afirma que el juez debe ser muy cuidadoso y buscar solidez, claridad, análisis exhaustivo y precisión en la totalidad dictamen, y propone algunas directrices para ese efecto.

En la Universidad de los Andes en Bogotá el ganador fue Ricardo Mauricio Díaz Alarcón con el ensayo titulado “La filiación en casos de gestación por sustitución: un análisis comparado”. El tema ya no es futurista y constituye una innegable realidad. El autor sostiene que la gestación por sustitución ha disociado hoy las diferentes etapas del proceso reproductivo, pero no está regulada legalmente en Colombia.

En ese escenario, Ricardo nos explica que los jueces se han visto sometidos a decidir si el hecho relevante para atribuir la filiación en estos casos es la intención de ser padre o madre, o el vínculo genético con el hijo. Quienes defienden cada una de las dos teorías tienen argumentos sólidos para sustentar su posición pero el estudiante estima que la teoría de la intención es la que ofrece una mayor garantía para las partes involucradas en la gestación por sustitución y para el menor procreado.

El autor del ensayo se inclina por la posición asumida por la jurisprudencia argentina, que protege la voluntad procreacional como el hecho relevante para atribuir la filiación. Esta posición, que el estudiante califica como teoría de la intención, permite respetar la voluntad de las partes involucradas; proteger prioritariamente al menor, al atribuir su filiación a las personas que verdaderamente desearon su alumbramiento, y garantizar la protección de los derechos reproductivos de la mayoría de las personas, incluidas las homosexuales, las infértiles o las solteras.

En cambio, Díaz considera que la mayoría de los argumentos esgrimidos para defender la teoría de la contribución genética pueden ser rebatidos con relativa facilidad. En su opinión, la finalidad de la gestación por sustitución no siempre es procrear un hijo genéticamente propio: una persona puede acudir a esta técnica por muchos otros

motivos, que no serían reconocidos si sólo se tuviera en cuenta el vínculo genético como criterio para atribuir la filiación. En segundo lugar, en ese mismo sentido, existen comitentes que actúan vencidos por la imposibilidad de aportar su propio material genético, ya sea por edad o por condición física. En estos casos, el Estado podría estar violando sus derechos reproductivos, de acuerdo con las disposiciones nacionales e internacionales.

El estudiante concluye defendiendo la oportunidad tecnológica y pragmática de esta solución frente a las posiciones más tradicionales, así: “(...) Esa nostalgia de permanecer atados a un pasado supuestamente más natural y, por lo tanto, más puro puede sacrificar los derechos reproductivos de las personas y, paradójicamente, puede derivar en una mayor desprotección de los menores, a quienes se negaría el vínculo de filiación con quienes quisieron traerlos al mundo”.

El trabajo de Camila Pérez Failach, estudiante de la Universidad de Antioquia, estuvo entre los finalistas. El jurado consideró valioso su aporte al derecho en la medida en que analizó 95 resoluciones del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible sobre procesos de sustracción en las distintas Zonas de Reserva Forestal –ZRF- entre el año 2013 y 2018 y concluyó que sería pertinente actualizar la Ley 2 de 1959, a partir de un estudio técnico que determine la situación actual de la tierra en Colombia, teniendo en cuenta sus potenciales usos, los habitantes de los territorios, las zonas de explotación económica y la preservación ecológica, para así caracterizar de manera integral las siete ZRF del país y realizar una nueva delimitación que responda a las necesidades actuales de los territorios y sus actores, así como a las dinámicas económicas del agro colombiano. En su opinión, en una Colombia que desee hacer una realidad el Acuerdo de Paz, el derecho debe ser una herramienta útil y no una traba para hacer efectivos los derechos de las comunidades campesinas.

El quinto trabajo, “Acción de tutela por controversias en redes sociales: subreglas, tensiones y problemas. Análisis de la Sentencia T-102 de 2019” presentado por David Morales Castaño estudiante de la Universidad Nacional de Colombia en Bogotá, estuvo entre los finalistas del Concurso. El estudiante analizó algunos temas novedosos de ese fallo como el concepto de daño moral tangible, la presunción general de indefensión entre las partes y la utilización de la tutela como primera

ratio y concluyó que esta sentencia podría llegar a desvirtuar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela.

Finalmente el trabajo titulado “La reparación de perjuicios derivados de actos administrativos: contribución jurisprudencial en materia de reparación directa” de Sara Valeria Torres Cortés, ocupó el segundo puesto en el Concurso Germán Cavelier de la Universidad Nacional de Colombia. A partir de sus investigaciones y prácticas en el Consejo de Estado, la estudiante determinó que las excepciones que dicha entidad admite para solicitar la reparación directa ante posibles perjuicios derivados de un acto administrativo son las siguientes:

- “(i) Reparación de perjuicios causados por la ejecución de actos administrativos consonantes con el ordenamiento jurídico en los que no se controvierta su legalidad y se atente contra el principio de igualdad frente a las cargas públicas;
- (ii) Reparación de perjuicios causados por la expedición y ejecución del acto administrativo ilegal que haya sido anulado o haya sido objeto de revocatoria directa por la propia administración, sin incidencia de la conducta del sujeto pasivo del acto administrativo;
- (iii) Reparación como consecuencia del daño derivado de un acto de la administración contra el cual no procede la demanda de legalidad pertinente, como ocurre con los actos preparatorios o de trámite;
- (iv) Reparación de los perjuicios causados por la anulación o revocatoria directa de un acto administrativo que hubiere beneficiado al actor, cuando la anulación o revocatoria directa hubiere sido causada por la inobservancia de las reglas propias del procedimiento administrativo o de las normas que rigen el ejercicio de la actividad administrativa”.

Señalamos, como dato curioso, que la estudiante Torres Cortés analizó la misma sentencia sobre pérdida de oportunidad que también escogió el estudiante Óscar Iván Molina, pero llegó a la conclusión contraria. En opinión de Sara Valeria, la labor del juez es crear derecho donde no existen normas, sobre todo si se trata de garantizar los derechos de los administrados. Para sustentar su afirmación cita a Joseph Raz, quien estima que los jueces deben seguir: “(...) dos reglas en su razonamiento: de un lado, las reglas de reconocimiento, que señalan

al juez qué disposiciones jurídicas tiene que aplicar, y, de otro lado, las reglas de discrecionalidad, que guían al juez en la solución de conflictos a los que el sistema jurídico no da una solución clara”.

Decíamos que la revista por primera vez publica un artículo de un profesor universitario. Se trata de un documento que tiene una importancia enorme porque provee lineamientos claros para que los colombianos negocien de manera eficiente con los canadienses –aunque puede resultar útil para todo tipo de negociaciones.

Mencionábamos al inicio que la revista trae una tercera parte en la que divulgamos algunos documentos elaborados con el apoyo de nuestra asociación por la organización Transforma (www.transforma.global), pionera en el estudio y análisis del cambio climático en Colombia. En ellos se abordan los siguientes temas:

- “Recomendaciones sobre incentivos económicos ambientales en Colombia”;
- “Exportaciones de carbón: perspectivas para Colombia en relación con los anuncios por parte de países importadores de eliminar el carbón de su matriz eléctrica”;
- “Reforma tributaria-Ampliación Base Gravable del Impuesto al Carbono”;
- “Evaluación Ambiental Estratégica (EAE)- Hoja de ruta para el fortalecimiento e institucionalización de la EAE como herramienta de toma de decisiones de política pública en Colombia”.

Cierra este grupo de documentos un breve artículo de Martín Ramírez Mejía, Director de Innovación en Transforma, titulado “Política fiscal verde”. Incluimos estos documentos para darle más sentido al apoyo que hemos brindado a esta investigación, pues consideramos importante colaborar en que sean difundidos. El objetivo de Transforma es “generar cambios sistémicos, para un mundo viable, desde el mundo en desarrollo para el desarrollo del mundo”. Todos los documentos de Transforma están publicados con una licencia “*creative commons*”, y por ello pueden ser reproducidos sin fines comerciales, en todo o en parte, siempre y cuando se mantenga la referencia de su origen, se respete la atribución a sus autores; y en caso de que se comparta cualquier creación derivada de ellos se realice bajo una licencia de características iguales o similares.

¡Bienvenidos!



ASOCIACIÓN
CAVELIER
DEL DERECHO

IUSTITIA ELEVAT GENTEM

Prov. XIV, 34

Índice

Prólogo	5
<i>Carlos Gallón Giraldo</i> Presidente de la Asociación Cavelier del Derecho	
<hr/>	
La pérdida de oportunidad como perjuicio indemnizable: elementos para su configuración	20
<i>Oscar Iván Molina Ardila</i>	
Introducción	22
I. La pérdida de oportunidad como perjuicio indemnizable	22
1. Los elementos de la pérdida de oportunidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado	26
2. La reorganización de los elementos para la configuración de la pérdida de oportunidad	28
II. La sentencia	30
1. Hechos y demanda	30
2. Problema jurídico y solución del Consejo de Estado	31
III. El caso concreto: ¿indemnización de un daño hipotético?	35
Conclusiones	38
Bibliografía	39
<hr/>	
La valoración de la prueba pericial en el Código General del Proceso	42
<i>Camilo Cárdenas Herrera</i>	
Introducción	44
I. Conceptualización de la prueba pericial	45
II. Modelo de prueba pericial en el CGP	49
III. Valoración de la prueba pericial	52
Bibliografía	58

**La filiación en casos de gestación por sustitución:
un análisis comparado** **60**

Ricardo Mauricio Díaz Alarcón

Introducción	62
I. Metodología	63
II. Marco conceptual	65
a. Teoría de la contribución genética	67
b. Teoría de la intención	68
III. Marco jurídico	68
IV. Análisis comparado	72
Conclusiones: ¿cuál es la mejor opción?	77
Bibliografía	79

El proceso de sustracción en Colombia ¿Un proceso para qué? **82**

Camila Pérez Failach

Introducción	84
I. Ley 2ª de 1959	84
II. El proceso de sustracción de área en Zona de Reserva Forestal	86
III. ¿Un proceso para qué?	90
IV. Acceso a la tierra de las comunidades campesinas	94
Conclusión	95
Bibliografía	97

**Acción de tutela por controversias en redes sociales: subreglas,
tensiones y problemas. Análisis de la Sentencia T-102 de 2019** **100**

David Morales Castaño

Introducción	102
I. Reseña de la sentencia T-102 de 2019	103
II. Subreglas de admisibilidad de acciones de tutela en redes sociales	104
III. Primera tensión: derecho a la libertad de expresión vs. Derecho a la honra y buen nombre	106
IV. Segunda tensión: Acción de tutela para proteger derechos en redes sociales	109

1. La indefensión entre los usuarios de redes sociales	111
2. Acción de tutela como primera <i>ratio</i>	113
3. Instrumentos de eficacia de la acción de tutela en redes sociales	114
Conclusión	115
Bibliografía	117

La reparación de perjuicios derivados de actos administrativos: contribución jurisprudencial en materia de reparación directa **120**

Sara Valeria Torres Cortes

Introducción	122
I. El caso	122
1. Hechos relevantes	123
2. Problemas jurídicos	123
3. ¿Reparación directa o nulidad y restablecimiento del derecho?	124
4. Caducidad	127
5. Pérdida de oportunidad	129
II. La jurisprudencia en materia de reparación directa en caso de perjuicios causados por un acto administrativo	132
Conclusiones	136
Bibliografía	137

¿Cómo negocian los colombianos según los canadienses?: Una reflexión para aprovechar las oportunidades del TLC **140**

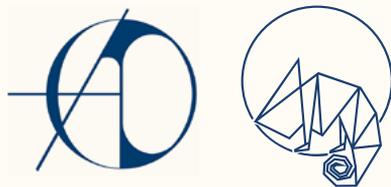
Bassam Sarkis

Introducción	142
I. Marco teórico	142
1. La cultura en una negociación	143
2. El caso canadiense	144
3. Características de la negociación canadiense	145
4. El caso colombiano	147
II. Una mirada comparativa a las dos prácticas de negociación	149
III. Metodología	150
IV. Hallazgos principales: Enfoque de negociación y prácticas de negociación	151
Conclusiones y observaciones finales	154
Bibliografía	158

**Documentos preparatorios sobre el proyecto de Incentivos
Económicos para la Conservación.**

Alianza Asociación Cavelier del Derecho y Transforma

161



**Exportaciones de carbón: perspectivas para Colombia en relación a
los anuncios por parte de países importadores de eliminar el carbón
de su matriz eléctrica**

162

Varios autores

Introducción **163**

1. Alianza “Powering Past Coal” (PPC) 164

2. Contexto internacional y mercado para el carbón colombiano 165

3. Algunas cifras agregadas 170

Anexo I. Fichas país 175

**Recomendaciones sobre incentivos económicos ambientales
en Colombia**

182

Varios autores

Introducción **183**

1. Tasa de uso del agua 183

Monto tarifario **184**

Oportunidades en la tasa al uso de agua **185**

2. Impuesto al carbono 188

Monto normativo **188**

Oportunidades en el impuesto al carbono **189**

3. Pago por Servicios Ambientales (PSA) 193

Marco normativo **193**

Financiación **194**

4. Integralidad del sistema 201

Referencias **203**

Presupuesto Sector Ambiental. Recomendaciones para el fortalecimiento del sector ambiental a partir de una mayor destinación presupuestal 208

Varios autores

- **Formulación de la problemática** 209
- **¿Por qué es importante?** 209
- **¿Qué pueden hacer los tomadores de decisiones y los responsables de la política?** 212

Anexo I 214

Anexo II 215

Anexo III 215

Reforma Tributaria. Ampliación Base Gravable del Impuesto al Carbono 216

Varios autores

- **El impuesto al carbono en Colombia** 217
- **Fortalezas del impuesto al carbono** 218
- **Inclusión del carbón en la base gravable del impuesto al carbono** 218
- **Impuesto a las exportaciones de carbón en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC)** 220

Referencias 222

Anexo I. 223

Anexo II. 225

Evaluación Ambiental Estratégica (EAE). Hoja de ruta para el fortalecimiento e institucionalización de la EAE como herramienta de toma de decisiones de política pública en Colombia 230

Varios autores

- **¿Qué es la EAE y en qué consiste?** 231
- **Origen y Evolución de la EAE** 231
- **Desarrollo de la EAE en Colombia** 232
- **¿Por qué es necesario fortalecer e institucionalizar la EAE en Colombia?** 232

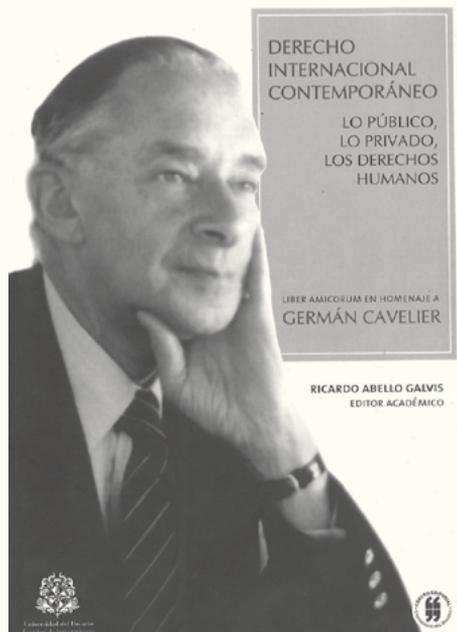
- **Beneficios de la EAE** 233
 - **¿Cómo fortalecer e institucionalizar la EAE en Colombia?** 234
- Referencias 234
-

Política Fiscal Verde 236

Martín Ramírez Mejía

- **La política fiscal como mecanismo para combatir el cambio climático y aportar al desarrollo sostenible** 236





DERECHO
INTERNACIONAL
CONTEMPORÁNEO

LO PÚBLICO,
LO PRIVADO,
LOS DERECHOS
HUMANOS

LIBER AMICORUM EN HOMENAJE A
GERMÁN CAVELIER

RICARDO ABELLO GALVIS
EDITOR ACADÉMICO

LA PRESENTE OBRA EN HOMENAJE AL DOCTOR GERMÁN CAVELIER surgió el día en que fue nombrado profesor Emérito del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Antes de su fallecimiento, el doctor Cavellier y el profesor Ricardo Abello hicieron la selección de las personas invitadas a participar en lo que sería el libro *Derecho Internacional Contemporáneo. Liber Amicorum* en homenaje a German Cavellier.



La obra consta de tres grandes temas, que abarcan las grandes áreas del derecho internacional contemporáneo como son el derecho internacional público, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional privado. Los temas relativos a estas áreas fueron desarrollados por reconocidos autores nacionales e internacionales entre los que se destacan el propio German Cavellier, el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antonio A. Cançado Trindade, el ex juez del Tribunal Penal para la antigua ex Yugoslavia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Rafael Nieto Navia, y el ex comisionado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y actual magistrado de la Corte Constitucional Colombiana, Marco Gerardo Monroy Cabra. También participan en esta obra importantes profesores de derecho internacional de universidades españolas, costarricenses y colombianas. Es de destacar la presencia del doctor Santiago Torres Bernádez, juez *ad hoc* de la Corte Internacional de Justicia, amigo del doctor Cavellier y prologuista de la presente obra.



La pérdida de
oportunidad
como perjuicio
indemnizable:
elementos para
su configuración

*Óscar Iván Molina Ardila**

Sumario

Introducción

I. La pérdida de oportunidad como perjuicio indemnizable

1. Los elementos de la pérdida de oportunidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado
2. La reorganización de los elementos para la configuración de la pérdida de oportunidad

II. La sentencia

1. Hechos y demanda
2. Problema jurídico y solución del Consejo de Estado

III. El caso concreto: ¿indemnización de un daño hipotético?

Conclusiones

Bibliografía

Resumen

La jurisprudencia del Consejo de Estado, acompañada de abundante doctrina, ha desarrollado los elementos indispensables para la configuración de la pérdida de oportunidad como perjuicio indemnizable. No obstante, en la sentencia del 3 de abril de 2013, al ampliar la aplicación de esta figura del derecho de daños a casos en los que se haya anulado o revocado un acto administrativo que resultaba favorable al actor, la Corporación omitió profundizar en uno de dichos elementos, con lo cual dejó la puerta abierta para que en el futuro se indemnicen por esta vía daños eventuales, hipotéticos, o conjeturales. **Palabras clave:** Reparación directa; pérdida de oportunidad; pérdida de chance; daño antijurídico; daño hipotético.

Abstract

The jurisprudence of the Council of State, along with abundant doctrine, has developed the essential elements for the configuration of the loss of opportunity as a form of compensation for damages. However, in the judgment of April 3, 2013, when extending the application of this figure of the right of damages to cases in which an administrative act that was favorable to the actor has been annulled or revoked, the Corporation failed to deepen one of these elements, which left the door open for future

* Estudiante de Derecho de la Universidad Nacional, Bogotá, Colombia. Ganador del primer puesto en el Concurso de ensayo "Germán Cavelier" 2019-2.

damages, hypothetical, or conjectural damages to be undamaged in this way.

Keywords: *Direct repair; loss of opportunity; loss of chance; unlawful damage; hypothetical damage.*

Introducción

De vieja data, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha utilizado la figura de la pérdida de oportunidad para indemnizar los perjuicios ocasionados a quien, estando en una posición de conseguir un provecho (obtener una ganancia o evitar una pérdida), es privado definitivamente de la posibilidad de acceder a él por la acción o la omisión de un tercero, generándose con ello la incertidumbre respecto de si dicho efecto beneficioso se habría producido o no¹.

A lo largo de esa construcción jurisprudencial, la cual se ha dado principalmente en temas de responsabilidad médica, el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha determinado unos criterios para la procedencia de la indemnización del perjuicio de la pérdida oportunidad, los cuales, aunque han variado levemente, requieren de su observancia para evitar la indemnización de aparentes daños que en realidad no se han configurado, o de perjuicios eventuales o hipotéticos.

Considerando lo anterior, este artículo se propone recapitular los criterios que ha fijado el Consejo de Estado en la materia, apoyados en el correspondiente sustento doctrinario, para después realizar un análisis de la Sentencia proferida por este mismo órgano judicial el 03 de abril de 2013, con ponencia del magistrado Mauricio Fajardo Gómez, en la cual, a criterio del autor, la corporación no se ciñó de manera estricta a los criterios que en anterior jurisprudencia ella misma había establecido.

I. La pérdida de oportunidad como perjuicio indemnizable

La pérdida de oportunidad, también conocida en otros ordenamientos jurídicos como *perte d' une chance*, en Francia², o *loss of a chance*, en

-
1. Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 18593. M.P. Mauricio Fajardo Gómez, 11 de agosto de 2010.
 2. Gutiérrez, Verónica & Gómez, Sebastián. "Pérdida de Oportunidad" en la responsabilidad médica Estatal, entre el vaivén de la certeza y la incertidumbre. En: Pluriverso. Medellín: Universidad Autónoma Latinoamericana, julio - diciembre de 2017, no. 9, p. 129-150.

Reino Unido³, es una figura foránea que se ha usado en la responsabilidad extracontractual, tanto del Estado como de los particulares, y que denota “el daño que sufre quien ve comprometida una posibilidad real de obtener un beneficio o evitar un menoscabo”⁴.

En Colombia, el Consejo de Estado ha introducido esta figura dentro de los procesos por responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, enmarcados en lo descrito por el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, referente a la responsabilidad del Estado por daños antijurídicos causados a los ciudadanos⁵.

... tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado que el daño debe reunir tres requisitos para ser considerado como tal: i) ser personal; ii) ser cierto; iii) ser actual o futuro...

En este sentido, la pérdida de oportunidad debe sujetarse a los criterios que tradicionalmente se han utilizado para declarar al Estado patrimonialmente responsable de un daño, a saber: i) la existencia de un daño antijurídico; ii) la imputación del daño a la acción u omisión de la Autoridad Pública; y iii) el nexo de causalidad existente entre el daño y la imputación⁶.

De esta manera, el daño ha de entenderse como “la lesión definitiva a un derecho o un interés jurídicamente tutelado de una persona”⁷ que, en todo caso, debe ser antijurídico para que pueda indemnizarse, es decir, debe ser un daño que la persona no esté en la obligación jurídica de soportar⁸. Adicionalmente, tanto la doctrina⁹ como la jurisprudencia¹⁰

3. Ídem.

4. Ídem.

5. Díaz, Deivy del Cristo. La teoría de la pérdida de oportunidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano sobre responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado. Tesis de grado. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2018, p. 3.

6. Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 26437. M.P. Mauricio Fajardo Gómez, 03 de abril de 2013, p. 53.

7. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Compendio de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 743.

8. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, *Ibíd.* 2017, pp. 745-746.

9. Mazeaud, Henry. Lecciones de derecho civil. Parte primera. Introducción al estudio del derecho privado, derecho objetivo y derechos subjetivos. Zamora y Castillo, Luis. (trad.), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p. 510.

10. Consejo de Estado, Sección Tercera. *Ibíd.*, 2013.

han considerado que el daño debe reunir tres requisitos para ser considerado como tal: i) ser personal; ii) ser cierto; iii) ser actual o futuro.

En cuanto la característica de personal que debe revestir el daño, puede decirse que ésta implica que el daño sea padecido por una persona en su patrimonio material o inmaterial; es decir, el perjuicio que sufre un individuo debe ser reclamado por él mismo como propio¹¹.

Que el daño sea cierto significa que “a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante”¹². Esta característica está estrechamente ligada con la tercera, es decir, que el daño sea actual o futuro, así lo señala Pantoja Bravo al indicar que “la certidumbre del daño, por consiguiente, es requisito constante ineludible de toda reparación y atañe a la real, verídica, efectiva o creíble conculcación del derecho, interés o valor jurídicamente protegido, ya actual, bien potencial e inminente, más no eventual, contingente o hipotética”¹³.

El segundo elemento de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado es la imputación del daño a la acción u omisión de la Autoridad Pública, misma que comprende una imputación fáctica y una imputación jurídica. La imputación jurídica comprende el debate sobre los deberes jurídicos incumplidos y se concreta a través de títulos de imputación contra la Administración¹⁴.

Para cerrar con los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, se encuentra el nexo de causalidad entre el daño y la imputación, también denominado imputación fáctica, que se refiere a los debates acerca del “vínculo, nexo o ligamen que une la causa a un efecto, siguiendo el principio que todo tiene una causa y que, en las mismas condiciones, las mismas causas producen los mismos efectos”¹⁵.

Además de las características generales de todo daño antijurídico cuya reparación se pretenda, la pérdida de oportunidad ostenta unas particularidades tanto para su reconocimiento como para su posterior indemnización.

11. Pantoja Bravo, Jorge. Derecho de daños. Tomo I. 2ª Edición. Bogotá: Leyer, 2018, p. 712.

12. Tamayo Jaramillo, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II, 2ª edición. Bogotá: Temis, 2011, p. 339 a 340.

13. Pantoja Bravo, Jorge, *Óp. cit.*, 2018, p. 706.

14. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Óp. Cit.*, 2017, p. 748.

15. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, Ídem.

En la pérdida de oportunidad lo que se reclama no es la indemnización de la ventaja que dejó de obtenerse o de la pérdida que dejó de evitarse, sino la indemnización por las “chances ciertas y esperanzas frustradas”¹⁶ que se perdieron por el hecho de un tercero. De esta manera, quien reclame la pérdida de oportunidad, v. gr., en un caso de responsabilidad médica por la muerte de uno de sus familiares, no reclamará la indemnización por la muerte, sino por la chance de curarse que su familiar tenía y que, a causa de la acción u omisión de un tercero (el personal médico), se extinguió para siempre.

... En la pérdida de oportunidad lo que se reclama no es la indemnización de la ventaja que dejó de obtenerse o de la pérdida que dejó de evitarse, sino la indemnización por las “chances ciertas y esperanzas frustradas” que se perdieron por el hecho de un tercero...

Por su parte, la indemnización corresponderá, no al valor de la ventaja sino al valor de la probabilidad de lograrla, el cual oscilará en el interregno medio de las probabilidades, pues, si se trata de una probabilidad muy alta ya no se hablará de pérdida de oportunidad, sino de un lucro cesante y, por el contrario, si las probabilidades de obtener una ventaja eran demasiado bajas, se estará frente a un daño hipotético, el cual no reviste la naturaleza de indemnizable¹⁷.

Para aclarar en qué consiste la pérdida de oportunidad, algunos doctrinantes¹⁸ han indicado que la pérdida de oportunidad envuelve una expectativa o probabilidad, en la que coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre. Certeza con relación a la expectativa o chance de obtener un beneficio o evitar una pérdida, e incertidumbre respecto del resultado que pudiere arrojar esa chance.

16. Véase: Orgaz, Alfredo. El daño resarcible. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 2ª edición, 1960, p. 110; ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Buenos Aires: Astrea, 1982. En Pantoja Bravo, Jorge, Óp. Cit., 2018, pp. 1053-1057.

17. Pantoja Bravo, Jorge, *Ibíd.* 2018, p. 1054.

18. Véase: Pantoja Bravo, Jorge, *Ídem.* 2018; Cazeaux, Pedro. Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance, En: Temas de responsabilidad civil. En honor al doctor Augusto M. Morello, N° 10, p. 23 y ss.; Trigo Represas, Félix Alberto, Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación. Buenos Aires: Astrea, 2008, pp. 25-26. En: Consejo de Estado, Sección Tercera, Óp. Cit., 2013.

Según lo anterior, la pérdida de oportunidad es un daño presente, y esto mismo le confiere su cualidad de cierto, con lo cual se ajusta a los requisitos generales del daño que se mencionaron incisos atrás; así lo expresa Reglero Campos: “la pérdida de oportunidad admisible como daño cierto es un daño presente y no futuro. Existía una chance y se ha perdido definitivamente, ha salido del patrimonio del perjudicado”¹⁹.

... la pérdida de oportunidad envuelve una expectativa o probabilidad, en la que coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre [...] la pérdida de oportunidad es un daño presente, y esto mismo le confiere su cualidad de cierto...

Por último, la pérdida de oportunidad implica que la posibilidad de obtener una ventaja haya desaparecido de manera definitiva, “de suerte que lo incierto, lo que se ubica en la línea media de lo hipotético y seguro es el beneficio, el chance que podría producirse de no haber mediado la conducta del demandado, pero de lo que sí se tiene certeza es que la oportunidad de que se produjera un beneficio desapareció y que desapareció por la conducta del demandado”²⁰.

También la jurisprudencia contenciosa administrativa ha desarrollado los elementos de esta modalidad de perjuicios, y los ha estructurado de forma que sea más sencillo verificar en cada caso concreto si procede o no la indemnización por concepto de pérdida de oportunidad, tal como se mostrará enseguida.

1. Los elementos de la pérdida de oportunidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado

El desarrollo de la figura de la pérdida de oportunidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado ha tenido tres momentos: i) sin estructuración de reglas para su configuración; ii) estructuración de reglas para su configuración fijadas en el 2010; y, iii) reestructuración de reglas para su configuración en 2017.

19. Reglero Campos, Fernando (Coord.). Lecciones de responsabilidad civil. Navarra, España: Aranzandi, 2002, p. 79.

20. Pantoja Bravo, Jorge, Óp. Cit., 2018, p. 1060.

El primer momento se caracterizó por no tener estructurados de manera clara los requisitos que debían acreditarse en un proceso para que el juez ordenara la indemnización por pérdida de oportunidad, sin embargo, esto no significa que la figura no se utilizara, o que se usara con menor rigurosidad. Como ejemplo claro de este primer momento se encuentra la sentencia del Consejo de Estado del 26 de abril de 1999 correspondiente al expediente 10755²¹, en la que al resolver sobre un caso de responsabilidad médica se indicó:

“Si bien es cierto que no existe certeza en cuanto a que de haberse realizado un tratamiento oportuno el paciente no hubiera muerto pues nunca se tuvo un diagnóstico definitivo de la enfermedad que padecía, sí lo es en cuanto a que el retardo de la entidad le restó oportunidades de sobrevivir. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como una ‘pérdida de una oportunidad’”²².

Un segundo estadio de avance se dio a partir de la sentencia de radicado No. 18593, proferida el 11 de agosto de 2010²³. En ella se fijaron 3 elementos que debían ser probados siempre que se alegara la indemnización por pérdida de oportunidad, los cuales se resumen de la siguiente manera:

- (i) **Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio**, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo –pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual–, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente” de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes;

21. Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 10755. M.P. Ricardo Hoyos Duque, 26 de abril de 1999. Reiterada en: Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 12548. M.P. Maria Helena Giraldo Gómez, 15 de junio del 2000.

22. Consejo de Estado, Sección Tercera. Ídem, 1999.

23. Consejo de Estado, Sección Tercera, *Óp. Cit.*, 2010.

- (ii) **Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento**, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio – material o inmaterial– del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás.
- (iii) **La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado**, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que “no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida²⁴. (Negritas fuera del texto).

2. La reorganización de los elementos para la configuración de la pérdida de oportunidad

En numerosa jurisprudencia²⁵, incluido el fallo que se estudiará más adelante, fue reiterado el anterior criterio, hasta que en sentencia del 5 de abril de 2017²⁶, el Consejo de Estado reorganizó los elementos para la configuración de la pérdida de oportunidad, sentencia que ya

24. Consejo de Estado, Sección Tercera, Ídem., 2010.

25. Véase: Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 35116. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, 01 de agosto de 2016; Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 46284. M.P. María Adriana Marín, 25 de julio de 2019.

26. Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 25706. M.P. Ramiro Pazos Guerrero, 05 de abril de 2017.

ha sido reiterada en otros fallos²⁷ y que contempla como elementos los siguientes:

- (i) **Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado.** En primer lugar, para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación.
- (ii) **Certeza de la existencia de una oportunidad.** En segundo lugar, se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente” de que, de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondientes.
- (iii) **Pérdida definitiva de la oportunidad.** En tercer lugar, se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. (...) si bien se mantiene incólume la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir el beneficio o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido de modo irreversible, en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y, entonces, no habría nada por indemnizar²⁸.

Como es evidente, con la sentencia del año 2017 se reemplazó el elemento que dispone que la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, por el de la falta de certeza o aleatoriedad del resultado

27. Véase: Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 52889. M.P. Alberto Montaña Plata, 13 de mayo de 2019.

28. Consejo de Estado, Sección Tercera, *Óp. Cit.*, 2017.

esperado. No obstante, los otros dos requisitos se mantienen incólumes, es decir, los requisitos de certeza de la existencia de una oportunidad y pérdida definitiva de la oportunidad.

II. La sentencia

La sentencia que se estudia fue proferida por la Sección Tercera, Subsección A, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 3 de abril de 2013, con radicado No. 26437, magistrado ponente Mauricio Fajardo Gómez.

1. Hechos y demanda

Los hechos son los siguientes:

1. Mediante Resolución No. 001 del 25 de junio de 1996, la Alcaldía del municipio de Pupiales, Nariño, le otorgó licencia de construcción al señor Luis Antonio Pantoja Ceballos para la edificación, en el sector urbano del municipio, del Centro de Servicios San Francisco “Estación Terpel”.
2. El 19 de septiembre de 1996 cuando, según el actor, estaba avanzando la obra, le fue notificada la Resolución No. 930 del 19 de septiembre de 1996, por medio de la cual se daba cumplimiento a un auto del Tribunal Administrativo de Nariño que suspendió provisionalmente los efectos del acto administrativo que otorgó la licencia, en virtud de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que cursaba en contra del acto administrativo suspendido.
3. El 24 de abril de 1997, el Tribunal Administrativo de Nariño declaró la nulidad del acto administrativo que otorgó la licencia, por haberse desconocido el artículo 3° de la resolución No. 82588 del 30 de diciembre de 1994 del Ministerio de Minas y Energía, por el cual se delegó el otorgamiento de licencias de funcionamiento y la vigilancia de actividades de manejo, distribución y comercialización de combustibles líquidos derivados del petróleo, en los Alcaldes Municipales. El art. 4 del Decreto 353 de 1991 y el art. 3 de la resolución 82588 de 1994, que determinan que debió fijarse un aviso sobre

la solicitud de licencia por un término de diez días hábiles, requisito establecido para que terceros que tuvieran derecho de oponerse a la concesión de la autorización lo hagan conforme a la ley.

4. Ante la declaratoria de nulidad del acto administrativo que otorgó la licencia de construcción, el señor Pantoja interpuso demanda de reparación directa contra la Alcaldía del municipio de Pupiales. En primera instancia resolvió el Tribunal Administrativo de Nariño.

Los principales argumentos de la demanda son:

1. El demandante solicitó que se le declare administrativamente responsable a la Alcaldía de Pupiales por los perjuicios materiales ocasionados al demandante, por falla del servicio, al haber otorgado la Administración una licencia de construcción que posteriormente fue declarada nula por haber sido expedida ilegalmente.
2. Como consecuencia de la anterior declaración, se condene al municipio de Pupiales a pagar al demandante todos los daños y perjuicios materiales ocasionados, así:
 - a) La suma de \$10.000.000 M/Cte. por concepto de daño emergente, consistente en los daños patrimoniales directos causados al demandante.
 - b) La suma de \$90.000.000 M/Cte. por concepto de lucro cesante, consistente en las entradas dejadas de percibir por explotación económica del Centro de Servicios San Francisco 'Estación Terpel'.

2. Problema jurídico y solución del Consejo de Estado

En la sentencia que se estudia la Corporación no planteó el problema jurídico a modo de pregunta, sino que lo presentó en los siguientes términos: “El asunto que decide la Sala en esta oportunidad se contrae a determinar si la entidad pública demandada es responsable patrimonialmente por la expedición irregular de un acto administrativo, cuya nulidad se declaró judicialmente, lo cual se dice le causó perjuicios al beneficiario del acto”²⁹.

29. Consejo de Estado, Sección Tercera, *Óp. Cit.*, 2013, p. 13.

Para dar solución al asunto, el Consejo de Estado se refirió a tres temas concretos: (i) La procedencia de la acción de reparación directa para obtener la reparación de perjuicios causados por la declaratoria de nulidad de un acto administrativo; (ii) la caducidad de la acción de reparación directa; y, (iii) la responsabilidad de la entidad pública demandada.

... si bien la acción de acción de nulidad y restablecimiento del derecho es la que tradicionalmente se usa para obtener la reparación de perjuicios que sean consecuencia de un acto administrativo, y la acción de reparación directa se usa para la reparación de perjuicios derivados de un hecho, omisión u operación de la administración, existen tres excepciones a esa regla ...

Sobre el primer punto, la Subsección señaló que, si bien la acción de acción de nulidad y restablecimiento del derecho es la que tradicionalmente se usa para obtener la reparación de perjuicios que sean consecuencia de un acto administrativo, y la acción de reparación directa se usa para la reparación de perjuicios derivados de un hecho, omisión u operación de la administración, existen tres excepciones a esa regla:

- i) Cuando se pretenda la reparación de los perjuicios causados por los actos administrativos ajustados al ordenamiento jurídico, siempre y cuando no se cuestione en sede judicial la legalidad del acto administrativo en cuestión;
- ii) Cuando se pretenda la condena por los perjuicios causados por la expedición y ejecución del acto administrativo ilegal que haya sido anulado o haya sido objeto de revocatoria directa; y,
- iii) Cuando se pretenda la reparación de los perjuicios causados por la anulación o revocatoria directa de un acto administrativo que hubiere sido favorable al actor, cuando quiera que la anulación o revocatoria directa hubiere sido causada por la inobservancia de las reglas propias del procedimiento administrativo o de las normas que rigen el ejercicio de la

actividad administrativa que tiene a su cargo la Administración Pública³⁰.

Las dos primeras excepciones ya existían, y la tercera, que es la que resulta aplicable al presente caso, fue introducida por la sentencia que se estudia.

Sobre el tema de la caducidad de la acción de reparación directa, se indicó en la sentencia que si bien el artículo 136 del C.C.A.³¹, vigente para el momento de ocurrencia de los hechos, se refería a que el término de caducidad de la acción de reparación directa debía contarse a “partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa”, tal cómputo no puede aplicarse de manera absoluta, sino que es necesario, dependiendo del caso en estudio, que el hecho, omisión u operación hubiere sido conocido por el afectado³². De esta forma, en el caso concreto, el término de caducidad de la acción debía contarse a partir del momento en que cobró ejecutoria la sentencia que declaró nulo el acto administrativo que otorgaba la licencia de construcción, es decir, a partir del 3 de abril de 1998; por lo cual, a la fecha de presentación de la demanda de reparación directa aún no había transcurrido el término de caducidad (2 años)³³.

Por último, al resolver sobre la responsabilidad de la Alcaldía de Pupiales, Nariño, la Corporación abordó dos subtemas, el primero, referente al carácter de acto administrativo favorable que ostenta la licencia de construcción; y el segundo, atinente a la configuración de un daño antijurídico en el presente caso, y su correspondiente indemnización.

Al referirse a la licencia de construcción, el órgano colegiado aludió a jurisprudencia emitida en ocasiones anteriores, en la que se le otorga a tales licencias un carácter patrimonial y favorable para sus beneficiarios³⁴. Sin embargo, al precisar sobre la licencia de construcción de estaciones de servicio para la distribución de hidrocarburos, dijo: “el ordenamiento jurídico colombiano vigente al momento en que ocurrieron los hechos contemplaba un conjunto complejo de autorizaciones administrativas concatenadas que se erigen en una excepción a la regla general de los

30. Consejo de Estado, Sección Tercera, *Ibíd.* 2013, p. 30.

31. Código Contencioso Administrativo. Decreto Ley 01 de 1984, art. 136.

32. Consejo de Estado, Sección Tercera, *Óp. Cit.*, 2013, p. 32.

33. Consejo de Estado, Sección Tercera, *Ibíd.* 2013, p. 53.

34. Consejo de Estado, Sección Primera, Expediente 5733. M.P. Olga Inés Navarrete Barrera, 09 de marzo del 2000.

efectos propios de las licencias de construcción”³⁵. Y más adelante resaltó: “Si se analizan en su conjunto las disposiciones normativas citadas, resulta claro que para el caso de la licencia de construcción de estaciones de servicio para la distribución de productos derivados de los hidrocarburos la licencia de construcción no es constitutiva del derecho a realizar efectivamente las obras planteadas en el proyecto”³⁶.

“... para el caso de la licencia de construcción de estaciones de servicio para la distribución de productos derivados de los hidrocarburos la licencia de construcción no es constitutiva del derecho a realizar efectivamente las obras planteadas en el proyecto...”

De conformidad con lo anterior, dado que la licencia de construcción otorgada al actor no constituía en sí misma un derecho, sino que para obtener el derecho a construir la estación de servicio era necesario que se adelantaran otros trámites administrativos por parte del actor, no era posible en el presente caso indemnizar el daño emergente por la construcción que ya se había iniciado (pues no se tenía derecho para iniciar tales obras), ni el lucro cesante por las entradas dejadas de percibir por explotación económica de la estación de servicio (pues el acto administrativo anulado tampoco confería tales derechos de explotación para su beneficiario)³⁷.

35. Consejo de Estado, Sección Tercera, *Óp. Cit.*, 2013, p. 66.

36. Véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, *Ibíd.*, 2013, p. 70.

“Si se analizan en su conjunto las disposiciones normativas citadas, resulta claro que para el caso de la licencia de construcción de estaciones de servicio para la distribución de productos derivados de los hidrocarburos la licencia de construcción no es constitutiva del derecho a realizar efectivamente las obras planteadas en el proyecto, puesto que para que ello ocurra el ordenamiento jurídico le otorga la competencia a las autoridades administrativas para que mediante un acto administrativo se aprueben los planos y, a partir de la vigencia de éste último, se pueda entonces construir la obra en un plazo no mayor a un año desde el inicio de la construcción de la misma (artículos 52 del Decreto 283 de 1990, 6 del Decreto 353 de 1991 y 1 del Decreto 1677 de 1992), en todo caso “[n]o se podrá iniciar la construcción de ninguna estación de servicio sin la aprobación previa de los planos por parte del Ministerio de Minas y Energía, ni se podrán dar al servicio las instalaciones de una estación sin la licencia de funcionamiento otorgada por el mismo Ministerio” (Art. 6, parágrafo 1, del Decreto 353 de 1991). Lo anterior encuentra también sustento en el hecho que uno de los documentos necesarios para obtener la aprobación de los planos es la licencia de construcción del proyecto (art. 4 de la Resolución No. 8-2588 de 1994).”

37. Consejo de Estado, Sección Tercera, *Ibíd.*, 2013, p. 72.

Empero, los magistrados consideraron que sí se constituyó un daño que el demandante no estaba en el deber jurídico de soportar, consistente en la salida del patrimonio jurídico del demandante de un acto administrativo que le era favorable, y que le permitía continuar a la siguiente etapa en el proceso que, eventualmente, culminaría con la posibilidad de obtener autorización para construir y operar una estación de servicio para la distribución de hidrocarburos³⁸.

De esta manera, a juicio de los togados, la situación que se presentó en este caso cumple todos los requisitos para encuadrar en una pérdida de oportunidad, es decir, es un perjuicio personal, cierto y actual, por lo que procede su indemnización. Al respecto señalaron: “Se configuró una pérdida definitiva de la oportunidad de continuar con los trámites administrativos que a la postre podrían haber culminado con el otorgamiento de una licencia de funcionamiento, en el entendido de que la pérdida de la oportunidad referida se deduce de encontrarse habilitado por el ordenamiento jurídico para continuar con los mencionados procedimientos administrativos en el momento en que hubiere podido hacerlo de no haber sido declarada judicialmente la nulidad del aludido acto administrativo”³⁹.

III. El caso concreto: ¿indemnización de un daño hipotético?

Lo contrario al daño cierto que fue descrito en los primeros incisos de este artículo es el daño conjetural, eventual, o hipotético. Según Carlos Pinzón, “el perjuicio resulta hipotético cuando ni ha tenido ocurrencia en el pasado, ni en el presente, ni existe probabilidad mediana respecto a que se materialice en el futuro”⁴⁰.

Sumado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que cuando se persiga la indemnización de una pérdida de oportunidad, el perjuicio a reparar no es el beneficio que se esperaba obtener o la pérdida que se esperaba evitar, sino que lo indemnizable es la chance, la posibilidad misma de estar en una situación en que se puede obtener un beneficio o evitar un perjuicio. Como ya se explicó más atrás, esta naturaleza de la pérdida

38. Consejo de Estado, Sección Tercera, Ídem., 2013.

39. Consejo de Estado, Sección Tercera, Ibíd., 2013, p. 79.

40. Pinzón Muñoz, Carlos. La responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá: Ibáñez, 2016, p. 97.

de oportunidad la convierte en un daño cierto y actual, no en un daño futuro⁴¹.

De esta manera, en la pérdida de oportunidad debe acreditarse que la chance ha desaparecido de manera definitiva, es en eso, precisamente, en lo que consiste este tipo de daño, pues, si la chance no ha desaparecido de manera absoluta, definitiva, incontrovertible, no podría hablarse de pérdida de oportunidad. Sobre este aspecto, al hablar de la pérdida de oportunidad, el destacado jurista Michele Taruffo recuerda: “Así, si resultara que el sujeto no ha sufrido ningún daño a pesar del ilícito (por ejemplo, por que el enfermo se ha curado a pesar del error del médico), sería imposible concluir que se ha producido un daño resarcible”⁴².

... De esta manera, en la pérdida de oportunidad debe acreditarse que la chance ha desaparecido de manera definitiva [...] Por tanto, a pesar de que la administración haya incurrido en una falla del servicio, si no se concreta el daño no habría nada que resarcir, y el daño, en los casos de pérdida de oportunidad, sólo se concreta en los eventos en que se satisfagan los requisitos que el propio Consejo de Estado ha establecido...

Por tanto, a pesar de que la administración haya incurrido en una falla del servicio, si no se concreta el daño no habría nada que resarcir, y el daño, en los casos de pérdida de oportunidad, sólo se concreta en los eventos en que se satisfagan los requisitos que el propio Consejo de Estado ha establecido, es decir, la falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, la certeza de la existencia de una oportunidad, y la pérdida definitiva de la oportunidad⁴³.

Sobre este último punto de la pérdida definitiva de la oportunidad, el máximo órgano de lo contencioso administrativo remarcó, de manera textual que: “Es indispensable que se tenga la certeza de que la

41. Reglero Campos, Fernando, *Óp. Cit.*, p. 79.

42. Taruffo, Michele. La prueba científica en el proceso civil. En: Estudios sobre la prueba. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 168-169.

43. Véase: Pantoja Bravo, Jorge, *Óp. Cit.*, 2018, p. 1060.

“De suerte que lo incierto, lo que se ubica en la línea media de lo hipotético y seguro es el beneficio, el chance que podría producirse de no haber mediado la conducta del demandado, pero de lo que se tiene certeza es que la oportunidad de que se produjera ese beneficio desapareció y que desapareció por la conducta del demandado; allí se estructura la relación de causalidad”.

posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual⁴⁴.

De conformidad con todo lo anterior, no podría decirse entonces que se configuró una pérdida de oportunidad en el caso del paciente que, a pesar de un error en el diagnóstico clínico por parte de su médico, aún conserva intactas sus posibilidades de ser tratado en su enfermedad y hallar la cura o evitar la muerte; tampoco podría alegarse la pérdida de oportunidad en el evento de la mujer que, a pesar de que su médico se equivocó al momento de recetarle un método anticonceptivo, aún conserva intactas las posibilidades de concebir hijos; y, por contera, no podría alegarse la pérdida de oportunidad en la situación del ciudadano que, a pesar del error de la administración en la expedición de una licencia de construcción, aún conserva intactas las posibilidades de volver a adelantar el trámite administrativo para la obtención de la licencia, y así poder continuar los demás trámites para poder operar la estación de servicio que deseaba construir.

En la sentencia que se estudia, el Consejo de Estado indicó que la oportunidad de continuar con los trámites administrativos que a la postre podrían haber culminado con el otorgamiento de una licencia de funcionamiento se perdió de manera definitiva⁴⁵, lo cual no resulta cierto, pues dicha posibilidad aún sigue abierta, en el evento que el ciudadano vuelva a adelantar el trámite para la obtención de la licencia de construcción.

En contra de la anterior conclusión podría decirse que la oportunidad que se perdió es la que se tenía en el momento concreto en que el ciudadano adelantó por primera vez el trámite, y se dirá, entonces, que eso le resta el carácter de definitiva a la pérdida de que se habla, pues, si la misma oportunidad puede aún presentarse, sólo que en tiempo diferente a la que inicialmente se tenía, la pérdida de esa chance no habrá sido del todo definitiva.

44. Consejo de Estado, Sección Tercera, *Óp. Cit.*, 2017.

45. Consejo de Estado, Sección Tercera, *Óp. Cit.*, 2013, p. 79

Conclusiones

En primer lugar, debe concluirse que la jurisprudencia del Consejo de Estado, apoyándose en grueso sustento doctrinario, ha incorporado en el sistema jurídico colombiano una figura foránea del derecho de daños, como es la pérdida de oportunidad. Con ella, se ha permitido en numerosos casos que sea resarcida la pérdida de una chance que resultaba favorable para el afectado, y que se ha perdido de manera definitiva a causa del hecho de un tercero, aun cuando dicha chance no constituyera en sí misma un derecho subjetivo. Por eso, en sus providencias se han desarrollado los elementos para la configuración de la pérdida de oportunidad, los cuales han sido numerados y detallados por la Corporación.

... debe concluirse que la jurisprudencia del Consejo de Estado, apoyándose en grueso sustento doctrinario, ha incorporado en el sistema jurídico colombiano una figura foránea del derecho de daños, como es la pérdida de oportunidad. Con ella, se ha permitido en numerosos casos que sea resarcida la pérdida de una chance que resultaba favorable para el afectado, y que se ha perdido de manera definitiva a causa del hecho de un tercero, aun cuando dicha chance no constituyera en sí misma un derecho subjetivo...

En segundo y último lugar, se debe colegir que, en la sentencia del Consejo de Estado del 3 de abril de 2013, se evitó hacer un examen riguroso de los elementos que en anterior jurisprudencia se habían fijado en lo referente a la pérdida de oportunidad, dejando la sensación de que lo ordenado en dicha providencia fue la indemnización de un mero daño hipotético, más no un daño cierto, que revistiera la naturaleza de indemnizable.



Bibliografía

- Díaz, Deivy del Cristo. La teoría de la pérdida de oportunidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano sobre responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado. Tesis de grado. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2018.
- Gutiérrez, Verónica & Gómez, Sebastián. “Pérdida de Oportunidad” en la responsabilidad médica Estatal, entre el vaivén de la certeza y la incertidumbre. En: Pluriverso. Medellín: Universidad Autónoma Latinoamericana, julio–diciembre de 2017, no. 9, p. 129-150.
- Herrera Montañez, Diego. El daño y el nexo causal en la pérdida de oportunidad. Tesis de maestría. Bogotá: Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, 2016.
- Ibañez Mosquera, Elvira. La teoría de la pérdida de oportunidad en Colombia, un tema de incertidumbre en la causa o en el daño. Tesis de Grado. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009.
- Mazeaud, Henry. Lecciones de derecho civil. Parte primera. Introducción al estudio del derecho privado, derecho objetivo y derechos subjetivos. Zamora y Castillo, Luis. (trad.), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.
- Orgaz, Alfredo. El daño resarcible. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 2ª edición, 1960, p. 110; ZANNONI, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Buenos Aires: Astrea, 1982.
- Ospina Zuleta, Guillermo. La aplicación de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad médica estatal ¿un asunto de daño o de imputación? Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, s.f.
- Pantoja Bravo, Jorge. Derecho de daños. Tomo I. 2ª Edición. Bogotá: Leyer, 2018.
- Pinzón Muñoz, Carlos. La responsabilidad extracontractual del Estado. Bogotá: Ibáñez, 2016.
- Reglero Campos, Fernando (Coord.). Lecciones de responsabilidad civil. Navarra, España: Arazandi, 2002.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Compendio de derecho administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- Tamayo Jaramillo, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II, 2ª edición. Bogotá: Temis, 2011.

- Taruffo, Michele. La prueba científica en el proceso civil. En: Estudios sobre la prueba. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

Normas y jurisprudencia

- Código Contencioso Administrativo. Decreto Ley 01 de 1984.
- Consejo de Estado, Sección Primera, Expediente 5733. M.P. Olga Inés Navarrete Barrera, 09 de marzo del 2000.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 10755. M.P. Ricardo Hoyos Duque, 26 de abril de 1999.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 12548. M.P. Maria Helena Giraldo Gómez, 15 de junio del 2000.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 18593. M.P. Mauricio Fajardo Gómez, 11 de agosto de 2010.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 25706. M.P. Ramiro Pazos Guerrero, 05 de abril de 2017.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 26437. M.P. Mauricio Fajardo Gómez, 03 de abril de 2013.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 35116. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, 01 de agosto de 2016.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 46284. M.P. María Adriana Marín, 25 de julio de 2019.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente 52889. M.P. Alberto Montaña Plata, 13 de mayo de 2019.



La valoración
de la prueba
pericial en el
Código General
del Proceso

*Camilo Cárdenas Herrera**

Sumario

Introducción

I. **Conceptualización de la prueba pericial**

II. **Modelo de prueba pericial en el CGP**

III. **Valoración de la prueba pericial**

Bibliografía

Resumen

Al momento de enfrentar la valoración de una prueba pericial el juzgador se encuentra en una encrucijada difícil de resolver porque al mismo tiempo que se le tiene como un ignorante en los conocimientos introducidos por el dictamen pericial, se le impone el deber de valorar racionalmente el medio de prueba y de motivar la decisión judicial. Este ensayo pretende otorgarle un entendimiento adecuado a los criterios de valoración de la prueba pericial, de tal forma que permita salvaguardar garantías tan importantes del debido proceso como la libre valoración de la prueba, la motivación de las resoluciones judiciales y el derecho a impugnar las decisiones tomadas por el juez.

Palabras clave: prueba pericial, modelo de prueba pericial de parte, valoración racional de la prueba, motivación de las sentencias judiciales.

Abstract

The judge of the facts when facing the assessment of an expert testimony is at a crossroads difficult to solve, because at the same time he is recognized as ignorant in the knowledge introduced by the expert opinion, the duty to assess rationally the means of proof and of motivating the judicial decision is imposed to him.

* Estudiante de derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia. Miembro del Semillero de Investigación de Derecho Procesal y joven investigador del grupo de investigación Estado de Derecho y Justicias. Ganador del primer puesto en el Concurso de ensayo "Germán Cavellier" 2019-2.

Precisely, the premise of this essay is to grant them an appropriate understanding to the assessment criteria of the expert evidence, to such an extent that it allows to safeguard such important guarantees of due process as the free assessment of the evidence, the motivation of the court resolution and the right to dispute the decisions made by the judge.

Keywords: *expert testimony, expert testimony model of party, rational assessment of the evidence, the motivation of the judicial decision, the right to dispute the court resolutions.*

Introducción

El debate probatorio efectuado al interior de un proceso judicial puede versar sobre diversas materias, en muchas ocasiones muy alejadas de la lógica y el lenguaje propio del derecho. Es el caso de aquellos conocimientos provenientes de alguna ciencia, técnica o arte necesarios en el proceso para la acreditación y comprensión de ciertos hechos debatidos por las partes.

La sola introducción de ese conocimiento especializado ya implica una complejidad concerniente al medio probatorio idóneo para cumplir con dicha tarea.

Si bien, la prueba pericial no es el único medio posible para introducir conocimiento especializado al ámbito judicial, lo cierto es que constituye el medio por excelencia para ello.

La necesidad de este medio de prueba radica en que el juez ignora ciertos conocimientos científicos, técnicos o artísticos indispensables para la verificación de algunos hechos narrados por las partes, idea que no puede conllevar a imponer a los jueces la tarea de ser expertos en todos aquellos campos extrajurídicos que se debaten probatoriamente.

Esa idea parece contraponerse con el deber del juez de valorar racionalmente los medios de prueba obrantes en el proceso, debido a que un juzgador carente de los conocimientos especializados vertidos a través de una prueba pericial, difícilmente podrá desarrollar la actividad de valorarla racionalmente, ante lo cual estará constantemente tentado a aceptar tajantemente las consideraciones plasmadas por el experto en el dictamen.

Precisamente, el objeto de este ensayo es analizar las dificultades y problemáticas que trae la valoración racional de la prueba pericial,

de tal modo que el juzgador no asuma una actitud pasiva e irreflexiva frente al contenido del dictamen, sino que pueda abordar este medio de prueba de manera crítica, permitiendo así salvaguardar garantías tan importantes del debido proceso como la valoración racional de los medios de prueba, la motivación de la resolución judicial y la posibilidad de impugnar esas decisiones.

El enfoque principal de este trabajo es netamente jurídico, no obstante, debido al tema estudiado, también se revisarán algunos temas relacionados con la epistemología jurídica.

Para abordar la temática planteada, se iniciará con una breve conceptualización acerca de la prueba pericial, su procedencia, su definición y sus funciones. Ligado a ello, se estudiará el sistema de prueba pericial de parte regulado en el Código General del Proceso (en adelante CGP), efectuando una mención especial a los requisitos mínimos del dictamen pericial y al modo de ejercer la contradicción. Lo anterior dará paso al estudio de la valoración racional de la prueba pericial, iniciando con una reflexión acerca de la motivación de las resoluciones judiciales, pasando por los criterios generales y específicos de la valoración de la prueba pericial. Finalmente, se expresarán algunas conclusiones.

I. Conceptualización de la prueba pericial

El artículo 226 del CGP establece que la procedencia de la prueba pericial está circunscrita a la verificación de “hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos”, disposición que requiere de una interpretación flexible, especialmente, en lo que se refiere a los conocimientos técnicos, puesto que este elemento no debe ser interpretado en el sentido de que los únicos conocimientos técnicos son aquellos que se adquieren a través de un estudio y de una acreditación por parte de alguna institución educativa de dicho nivel.

En los conocimientos técnicos también están incluidos aquellos que provienen de la práctica, de la mera experiencia, en donde se enmarcan oficios como el de comerciante, conductor de vehículos, pescador, jardinero, carnicero, entre otros. Desde mi perspectiva, la prueba pericial resulta procedente en los supuestos judiciales que se requiera

conocimiento especializado para la verificación de ciertos hechos, de esta manera se salvaguarda el derecho fundamental a la prueba¹.

Una definición actual de la prueba pericial, acorde con la posición que se va a defender en este ensayo, es la construida por el profesor español Iñaki Esparza Leibar:

La llamada prueba pericial es un medio de prueba consistente en la emisión, previamente a la resolución de un asunto concreto, de un dictamen sobre alguna de las materias (aptas para quedar sujetas a la actividad probatoria) que constituyen el objeto del proceso, por una persona ajena a la misma que deberá poseer conocimientos especializados científicos, artísticos o prácticos, que el juez precisa para valorar mejor las afirmaciones de hechos y circunstancias que constituyen el objeto de la prueba².

Del análisis de la anterior definición y de la regulación plasmada en el CGP se pueden identificar los elementos constitutivos de la prueba pericial:

Como ya se mencionó, el objeto de la prueba pericial va a consistir en la verificación de hechos que requieren conocimientos científicos, técnicos o artísticos.

El elemento subjetivo será la persona considerada como un experto, quien posee esos conocimientos especializados indispensables para la acreditación de ciertos hechos, por tal razón, los conocimientos poseídos por el perito constituyen la fuente de prueba³. Esa calidad de experto debe ser acreditada al interior del proceso, condición que encuentra sustento legal en el numeral 3 del artículo 226 del CGP⁴.

Finalmente, el medio de prueba propiamente dicho será el dictamen pericial elaborado por el experto, siendo este el que introduce en el

-
1. Ruíz Jaramillo, Luis Bernardo. El derecho constitucional a la prueba y su configuración en el Código General del Proceso. Tarragona; Universita Rovira I Virgili, 2017.
 2. Esparza Leibar, Iñaki. El dictamen de peritos en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, Valencia, 2000, Citado por Florez Prada, Ignacio. La prueba pericial de parte en el proceso civil. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. p. 137.
 3. Pérez Gil, Julio. El conocimiento científico en el proceso civil. Ciencia y tecnología en tela de juicio. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.p. 49.
 4. Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, “por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. Numeral 3 artículo 226: La profesión oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración. Deberán anexarse los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística.

juicio los conocimientos especializados. Sin embargo, cuando el perito sea llamado a juicio para defender lo plasmado en el informe pericial, debe tenerse en cuenta que esa declaración también integrará el medio de prueba, correspondiendo al juez valorar conjuntamente tanto el dictamen pericial como las declaraciones en el juicio.

Respecto a las funciones que debe cumplir el experto, la doctrina española ha identificado tres supuestos:

“a) percepción, verificación o constatación de nuevos elementos de prueba (la del perito “*percipiendi*”); b) aportación de máximas de experiencias especializadas y, c) aplicación de tales principios de la experiencia a hechos ya verificados en el proceso extrayendo las oportunas deducciones, causas y efectos (perito “*deducendi*”)”⁵.

... El perito debe cumplir la función de: “dibujar un criterio especializado que se pretende sea de utilidad al juez para que seleccione generalizaciones apropiadas de aplicación al particular conjunto de hechos elegidos”...

De los anteriores supuestos, se deben analizar con precaución los literales a) y c), frente al b) basta con decir que es la tarea por excelencia a realizar por el experto, pero más adelante se harán unas consideraciones al respecto. Si el perito realiza alguna de aquellas funciones mencionadas, podría entrometerse en la órbita del juzgador, por consiguiente, esa delimitación de las funciones del juez y del experto resulta de trascendental importancia.

El perito debe cumplir la función de: “dibujar un criterio especializado que se pretende sea de utilidad al juez para que seleccione generalizaciones apropiadas de aplicación al particular conjunto de hechos elegidos. Ese conjunto de proposiciones de carácter empírico y general, procedentes de experiencias previas propias o ajenas y obtenidas mediante la aplicación extensiva de otras inferencias es lo que conocemos como máximas de experiencia”⁶.

5. Pérez Gil, Julio. El conocimiento científico en el proceso civil. Ciencia y tecnología en tela de juicio. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.p. 49

6. *Ibíd.*, p 66.

Bajo ese entendimiento, el perito tiene vedado la introducción de nuevos hechos que no tengan un sustento en los medios de prueba obrantes en el proceso; adicionalmente, se debe abstener de establecer el supuesto de hecho de la norma que se pretende aplicar por alguna de las partes; por último, no podrá realizar consideraciones sobre puntos estrictamente normativos, ya que esto es una función propia del juez.

Por su parte, al juez le corresponde la tarea de valorar conjuntamente los diversos medios probatorios que obran en el proceso, incluyendo el dictamen pericial, el resultado de esa operación deberá ser sometido al estándar de prueba aplicable, de allí el juez podrá dar por acreditada alguna de las dos hipótesis planteadas por el demandado o demandante⁷.

Teniendo claro la procedencia, concepto y funciones de la prueba pericial es pertinente abordar el tema del modelo de prueba pericial regulado en el actual CGP.

II. Modelo de prueba pericial en el CGP

La prueba pericial fue ampliamente modificada por el CGP. Uno de los cambios consolidados por el nuevo estatuto procesal es lo concerniente a su modelo, pues se pasó de un modelo de prueba pericial judicial a uno de prueba pericial tendencialmente de parte. Me refiero en términos de consolidación porque normas anteriores habían introducido este modelo paulatinamente⁸.

El fundamento legal de dicho cambio estructural se encuentra en el artículo 227 del CGP, el cual indica: “la parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas”; no obstante, el CGP no estableció un modelo exclusivo

7. Gascón Abellán, Marina; Lucena Molina, José Juan y González Rodríguez, Joaquín. Razones científico jurídicas para valorar la prueba científica: una argumentación multidisciplinar. En: La Ley, octubre, 2010, Nº 7481, p. 4.

8. Dentro de estas normas se encuentran el Decreto 2651 de 1991 (Art 21, num. 1), el cual autorizaba a las partes para presentar informes científicos, técnicos o artísticos, siempre y cuando lo hicieren de común acuerdo.

En el año de 1998, se expidió la Ley 446 (Art 10, num.1), que habilitaba a las partes, sin necesidad de común acuerdo, para “presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados”. Posteriormente, esta regulación fue introducida en el Código Procedimiento Civil a través de la Ley 794 de 2003.

Finalmente, la Ley 1395 de 2010, en su artículo 116 estableció que: “La parte que pretenda valerse de un experticio podrá aportarlo en cualquiera de las oportunidades para pedir pruebas. El experticio deberá aportarse acompañado de los documentos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito y con la información que facilite su localización.

de prueba pericial de parte, por el hecho de otorgar la competencia al juez de designar de oficio un experto, con la única condición de que sea necesario para esclarecer los hechos debatidos en el proceso⁹.

De lo anterior se deriva la existencia de un modelo de prueba pericial tendencialmente de parte, cuya nota distintiva es el hecho de que el experto sea elegido y contratado por el demandante o demandado.

El profesor Martín Bermúdez ha definido este modelo como aquel en donde: “el demandante, antes de iniciar el proceso, obtiene la opinión del experto y la presenta como medio de prueba para demostrar las afirmaciones de su demanda; el demandado, por su parte, tiene la posibilidad de aportar otro dictamen para controvertir esa opinión y tiene también la oportunidad de interrogarlo en audiencia”¹⁰.

Desde la óptica de Carmen Vázquez, quien aborda el tema a partir de la epistemología jurídica, este modelo de prueba pericial de parte trae consigo varias problemáticas. La primera de ellas ocurre en el momento de la elección del perito, claramente la parte al momento de contratar al experto no toma en cuenta las necesidades epistémicas del juez, entendiendo por estas aquella carencia de información o datos del juzgador para el entendimiento de un hecho discutido en el proceso, por eso mismo se convierte en una necesidad para el juez poder suplir ese vacío, porque de lo contrario estaría tomando una decisión sin fundamento probatorio y sin una adecuada motivación¹¹.

Del predominio del interés de la parte por tener éxito en sus pretensiones sobre la acreditación de los hechos se revela una parcialidad estructural en el modelo de prueba pericial de parte.

Básicamente, si a la parte le corresponde elegir el experto para realizar el dictamen y defender su hipótesis, entonces aquella siempre va a contratar a un perito favorable a su posición, porque de lo contrario no sería lógico que la parte lleve un experto que termine dando al traste con sus intereses.

Ahora bien, la autora Carmen Vázquez ha identificado tres tipos de parcialidad que pueden presentarse en el experto:

- Parcialidad de origen: como la relación directa de una de las partes por su selección.

9. Artículo 169 CGP.

10. Bermudez Muñoz, Martín. Del dictamen judicial al dictamen de parte: su regulación en el CPACA y en el CGP. Bogotá; Legis, 2.p

11. Vázquez Rojas, Carmen. De la prueba científica a la prueba pericial. Madrid: Marcial Pons. 2015. p. 149-205.

- Parcialidad disposicional: como disposición motivacional para favorecer a alguien.
- Parcialidad cognitiva: como la presencia de ciertos sesgos cognitivos dadas ciertas predisposiciones cognitivas y/o información deficiente¹².

La parcialidad de origen se vuelve estructural en el modelo de la prueba pericial de parte, resultando cobijada por las consideraciones realizadas con anterioridad. La parcialidad disposicional no depende del modelo de prueba pericial, está ligado completamente a la voluntad del perito, quien, considerando diversos motivos, podrá tomar la decisión de querer favorecer a alguien, en este supuesto caben las relaciones de empatía u odio que pueda establecer el experto con el demandante o demandado.

... la parcialidad cognitiva es quizás la más difícil de controlar, porque en muchas ocasiones el experto no es consciente de ello. Respecto a las predisposiciones cognitivas estas pueden provenir de la institución en la que cursó sus estudios, de sus profesores y/o de la información utilizada en su profesión, todo ello contribuye a que el experto se haya formado ciertas ideas asumidas como una verdad absoluta...

Por último, tenemos la parcialidad cognitiva es quizás la más difícil de controlar, porque en muchas ocasiones el experto no es consciente de ello. Respecto a las predisposiciones cognitivas estas pueden provenir de la institución en la que cursó sus estudios, de sus profesores y/o de la información utilizada en su profesión, todo ello contribuye a que el experto se haya formado ciertas ideas asumidas como una verdad absoluta. En cuanto a la deficiencia en la información, esto puede ser causado por la parte que lo contrata, quien le narra algunos hechos o solo los hechos favorables, lo que implica que el experto construya su dictamen sin la totalidad de la información. Asimismo, la carencia de información puede ser ocasionada por la imposibilidad de acceder directamente al objeto de la pericia o por las dificultades de reconstruir a partir de vestigios circunstancias ocurridas en tiempos remotos.

12. *Ibíd.* p. 73.

Esos tres tipos de parcialidades pueden ser contrarrestados por algunos de los requisitos mínimos del dictamen pericial exigidos en el artículo 226 del Código General del Proceso¹³.

La parcialidad de origen puede ser advertida por el juzgador con la información consagrada en los numerales 5 y 6¹⁴ del referido artículo y, la parcialidad cognitiva puede ser apreciada teniendo en cuenta los numerales 4, 8, 9 y 10¹⁵.

En último lugar, la parcialidad disposicional deberá ser evidenciada por el juez teniendo en cuenta el artículo 235 del CGP, en todo caso, deberá estar atento a cualquier hecho del que pueda concluir que el perito está en disposición de favorecer a alguna de las partes por razones extrajurídicas.

Para finalizar este apartado del modelo de prueba pericial regulado en el CGP, es importante hacer mención a las formas de contradicción del dictamen. De la mano del Magistrado Marco Antonio Álvarez se pueden identificar los siguientes medios: 1) Pedir que no se decrete como prueba; 2) Aportar otro dictamen pericial u ofrecerlo; 3) Pedir que el perito sea convocado a la audiencia respectiva para interrogarlo¹⁶.

Estas vías para la contradicción del dictamen pericial van a ser muy importantes de cara a la valoración del mismo, ya que a través de la refutación se podrán evidenciar falencias, contradicciones, imprecisiones

-
13. Ruíz Jaramillo, Luis Bernardo. La prueba pericial y su valoración en el proceso penal colombiano, hacia un régimen procesal holístico. En: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas-UPB. Julio-diciembre, 2015. Vol. 45, Nº 123, p. 481-511.
 14. Artículo 226 del CGP. El dictamen suscrito por el perito deberá contener como mínimo, las siguientes declaraciones e informaciones: 5. La lista de casos en los que haya sido designado como perito o en los que haya participado en la elaboración de un dictamen pericial en los últimos cuatro (4) años. Dicha lista deberá incluir el juzgado o despacho en donde se presentó, el nombre de las partes, de los apoderados de las partes y la materia sobre la cual versó el dictamen.6. Si ha sido designado en procesos anteriores o en curso por la misma parte o por el mismo apoderado de la parte, indicando el objeto del dictamen.
 15. Artículo 226 del CGP. El dictamen suscrito por el perito deberá contener como mínimo, las siguientes declaraciones e informaciones: 4. La lista de publicaciones, relacionadas con la materia del peritaje, que el perito haya realizado en los últimos diez (10) años, si las tuviere.8. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendidos en anteriores procesos que versen sobre las mismas materias. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.9. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de aquellos que utiliza en el ejercicio regular de su profesión u oficio. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.10. Relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen.
 16. Álvarez Gómez, Marco Antonio. Ensayos sobre el Código General del proceso: medios probatorios. Bogotá: Temis, 2017. Vol. 3, p. 298-299.

de las conclusiones del dictamen, al tiempo que podrá develarse alguna imparcialidad o falta de idoneidad y conocimiento en la materia por parte del experto.

III. Valoración de la prueba pericial

Frente a la obligación de todo juez de motivar sus decisiones judiciales, la Corte Constitucional ha determinado que aquello constituye una garantía comprendida en el derecho fundamental al debido proceso.

Para el Tribunal Constitucional: “la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso”¹⁷.

... a través de la refutación se podrán evidenciar falencias, contradicciones, imprecisiones de las conclusiones del dictamen, al tiempo que podrá develarse alguna imparcialidad o falta de idoneidad y conocimiento en la materia por parte del experto...

Inmersa en esa motivación judicial se encuentra la valoración de los medios de prueba, deber del juez consagrado en el artículo 176 del CGP. A su vez, el sistema de valoración asumido por el ordenamiento jurídico colombiano es el de libre valoración probatoria, en contraposición con el de tarifa legal.

Marina Gascón plantea que aquel sistema conduce a entender lo siguiente:

Valorar consiste en verificar los enunciados fácticos, en estimar su correspondencia con los hechos que describen, entonces la motivación ni es innecesaria ni es imposible. En efecto, es evidente que la (libre) valoración no puede verse como un modo (libérrimo) de formación o construcción de una “verdad

17. Colombia, Corte Constitucional, sentencia T 214 de 2012, M.P: Luis Ernesto Vargas Silva. Posición jurisprudencial reiterada en otras sentencias: T-247/06, T-302/08, T-868/09.

procesal” ajena al control de los hechos, sino que ha de ser una operación racional, entendida la racionalidad no como un mero automatismo, sino como la manifestación de que, a la vista de las pruebas disponibles, es razonable da por verdaderos (probables más allá de la duda) ciertos enunciados fácticos¹⁸.

En ese orden de ideas, no podemos renunciar a esa valoración racional, incluso cuando el juez se enfrente a una prueba pericial que trae consigo conocimientos desde algún área científica, técnica o artística, la cual lleva de por sí una dificultad para su comprensión. Lo que se pretende es que el juez, aún sin tener esos conocimientos especializados, tenga herramientas para entender, analizar, criticar y construir argumentos para motivar su resolución judicial.

Desde mi punto de vista, resignarse a la adopción por parte del juez de las conclusiones construidas por el experto, resulta a todas luces contrario al derecho fundamental al debido proceso, en sus garantías de motivación de las sentencias y de valoración racional de los medios de prueba.

... Desde mi punto de vista, resignarse a la adopción por parte del juez de las conclusiones construidas por el experto, resulta a todas luces contrario al derecho fundamental al debido proceso, en sus garantías de motivación de las sentencias y de valoración racional de los medios de prueba...

El artículo 232 del CGP establece los criterios para apreciar el dictamen pericial, teniendo como herramienta para ello las reglas de la sana crítica, por medio de las cuales deberá evaluarse: “la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso”.

Iniciaré con las herramientas para emprender la valoración del dictamen pericial, estas son, las reglas de la sana crítica, las cuales no se encuentran definidas o consagradas expresamente en alguna norma jurídica. La sana crítica se encuentra en consonancia con el sistema de libre valoración de la prueba, sobre este punto resulta ilustrativa la

18. Gascón Abellán, Marina. Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 196.

sentencia 1819 de 2019 de la Corte Suprema de Justicia, corporación que al referirse a ese concepto indicó:

“(…) la sana crítica probatoria que consagra el citado artículo 187 del C.P.C., es un método de apreciación de la prueba en forma razonada (racional), por oposición a la tarifa legal; comporta la exigencia de utilizar la lógica, la ciencia, las reglas de la experiencia, el sentido común, la técnica, la filosofía, etc. Dicho de otro modo, impone realizar juicios valorativos con fundamentos que deben resistir análisis. Cuando ello no ocurre, hay simple asunción caprichosa del medio probatorio”¹⁹.

El primer criterio establecido por el legislador es la “solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos”, lo cual no solo puede estar referido a las conclusiones del dictamen, sino a su totalidad, comprendiendo así el método empleado por el experto para construir sus resultados.

... un dictamen será sólido cuando haya soportado la contradicción ejercida por la contraparte y cuando no haya sido refutado por otra prueba pericial o algún otro medio de prueba aportado al proceso...

La solidez de un dictamen se determina evaluando si este contiene alguna contradicción entre el método empleado, sus consideraciones y conclusiones. Adicionalmente, un dictamen será sólido cuando haya soportado la contradicción ejercida por la contraparte y cuando no haya sido refutado por otra prueba pericial o algún otro medio de prueba aportado al proceso.

El criterio de la claridad es un presupuesto básico para la comprensión del dictamen por parte del juez, sobre la carencia de esta el autor Jordi Nieva Fenoll plantea que:

“(…) la inteligibilidad del dictamen es algo mucho más comprometido, porque no es infrecuente que el perito, siendo para él, obvio mucho de lo que dice, no pierda mucho el tiempo en explicarlo demasiado. De esa forma, el texto del dictamen acaba resultando confuso, oscuro, y lo cierto es que

19. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 de marzo de 2019, radicado 1819, M.P: Luis Alonso Rico Puerta. p. 50.

no se aciertan a entender las razones de que el perito haya dictaminado de un modo u otro.

Un dictamen, en esas condiciones, no puede ser creíble, y salvo que el perito lo concrete más en su comparecencia ante el tribunal, su resultado debería ser desechado, porque ningún juez podrá motivar en una sentencia que ha seguido un dictamen pericial cuyas razones no entiende, no desde el punto de vista científico, sino desde la perspectiva meramente descriptiva²⁰.

La exhaustividad se verifica examinando si el perito tomo en cuenta todos los datos disponibles al momento de elaborar el dictamen, asimismo, si este indagó a profundidad sobre los métodos y la información necesaria para la construcción de sus conclusiones. Por último, el dictamen tendrá la connotación de exhaustivo cuando abarque todas las cuestiones que se le han planteado, sin dejar ningún elemento importante por fuera de estudio²¹.

... se debe indagar por la calidad de los fundamentos, criterio que acarrea una gran problemática porque si partimos de la idea de que el juez no posee esos conocimientos especializados, entonces no podría evaluar la calidad del contenido del dictamen...

La precisión está referida a que el informe pericial responde a los asuntos planteados de una manera exacta, concisa, puntual, sin entrar en confusiones o extralimitándose en el objeto de la experticia, abordado temas que no tienen ninguna relación con el tema de prueba.

Por otro lado, se debe indagar por la calidad de los fundamentos, criterio que acarrea una gran problemática porque si partimos de la idea de que el juez no posee esos conocimientos especializados, entonces no podría evaluar la calidad del contenido del dictamen. No obstante, esta problemática no debe abrir la puerta para que el juez introduzca su conocimiento privado con el estudio de literatura científica, técnica, artística o porque ha cursado algún estudio sobre la materia. Lo anterior traería un problema mayor, pues se estaría afectando la parcialidad del juzgador. La solución a esta dificultad podría encontrarse en contrastar

20. Nieva Fenoll, Jordi. La valoración de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2010.p. 291-292.

21. *Ibíd.* p. 292.

los dictámenes que obren el proceso o si el juez persiste en la duda acerca de la calidad de la información aportada por un perito, podrá decretar una prueba de oficio según el artículo 230 del CGP.

El segundo criterio que debe evaluar el juez al momento de apreciar el dictamen es lo concerniente a la idoneidad del perito, en este punto el análisis estará dirigido a verificar si el perito posee los conocimientos especializados para dictaminar sobre la materia. Para ello deberá tener en cuenta los títulos académicos, haciendo la salvedad de que algunos oficios comprendidos dentro de los conocimientos técnicos o artísticos no requieren de una acreditación académica oficial. Se podrán tomar en cuenta aquellos títulos académicos de grado superior al de pregrado, como lo sería una especialización, maestría y/o doctorado. En la misma lógica, deberá evaluar si el experto ejerce habitualmente como perito o si lo realiza de manera ocasional. Finalmente, otro elemento muy importante a tener en cuenta es si el experto tiene publicaciones sobre el tema, situación que resulta favorecida por el requisito establecido en el numeral 4 del artículo 226²².

... sin incurrir en el error de aceptar irreflexivamente
el contenido del dictamen...

El tercer criterio traído por el nuevo estatuto procesal es lo atinente al comportamiento del experto en la audiencia. En ese sentido, el profesor Xavier Abel LLuch afirma:

El juez otorgará mayor credibilidad al que se ha emitido de forma más consecuente, siendo congruente lo que consta en el informe escrito con lo que se manifiesta, esto es, se ratifica por el perito en el acto de la vista. De modo distinto, considerará menos fiable aquel dictamen en que el perito ofrezca en el acto de la vista respuestas evasivas, genéricas o inconcretas, así como aquel en que el perito evidencia contradicciones entre las manifestaciones vertidas por escrito y las expresadas oralmente²³.

El último criterio es la valoración conjunta de los diversos medios de prueba obrantes al interior del proceso, ese principio ha sido entendido

22. *Ibíd.* p. 289-290

23. Abel Lluch, Xavier. *Criterios orientadores de la valoración de la prueba pericial*. En: *Peritaje y prueba pericial*, Barcelona: Bosch Editor, 2017.p. 239.

por Jiménez Conde, como la actividad de “poner en relación unos medios de prueba con otros a fin de otorgar a cada uno, en consideración con los restantes, el valor o grado de eficacia acreditativa que legalmente o según el criterio discrecional del juzgador le corresponda”²⁴.

En conclusión, los criterios analizados permiten que el juzgador realice una valoración racional de la prueba pericial, sin incurrir en el error de aceptar irreflexivamente el contenido del dictamen. Los razonamientos entorno a los referidos criterios deberán quedar plasmados en la sentencia, cumpliendo así el deber de motivar las resoluciones judiciales. En consecuencia, la parte tendrá indemne su posibilidad a impugnar las resoluciones judiciales, dado que cualquier decisión tomada sin la evaluación de esos criterios podrá ser atacada por medio de los diferentes recursos regulados en el estatuto procesal. Por esta vía, quedan comprendidas todas las garantías del debido proceso que podrían verse afectadas por una inadecuada valoración de la prueba pericial.



24. Jiménez Conde, F. La apreciación de la prueba legal y su impugnación, Salamanca, 1977. Citado por Abel Lluch, Xavier. Criterios orientadores de la valoración de la prueba pericial. En: Peritaje y prueba pericial, Barcelona: Bosch Editor, 2017. p. 242.

Bibliografía

- Abel Lluch, Xavier. Criterios orientadores de la valoración de la prueba pericial. En: Peritaje y prueba pericial, Barcelona: Bosch Editor, 2017
- Álvarez Gómez, Marco Antonio. Ensayos sobre el Código General del proceso: medios probatorios. Bogotá: Temis, 2017. Vol. 3.
- Esparza Leibar, Iñaki. El dictamen de peritos en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, Valencia, 2000, Citado por FLOREZ PRADA, Ignacio. La prueba pericial de parte en el proceso civil. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.p. 137.
- Gascón Abellán, Marina. Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 1999.
- Gascón Abellán, Marina; Lucena Molina, José Juan y González Rodríguez, Joaquín. Razones científico jurídicas para valorar la prueba científica: una argumentación multidisciplinar. En: La Ley, octubre, 2010, N° 7481, p. 4.
- Nieva Fenoll, Jordi. La valoración de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Pérez Gil, Julio. El conocimiento científico en el proceso civil. Ciencia y tecnología en tela de juicio. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.p. 49.
- Ruíz Jaramillo, Luis Bernardo. La prueba pericial y su valoración en el proceso penal colombiano, hacia un régimen procesal holístico. En: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas-UPB. Julio-diciembre, 2015. Vol. 45, N° 123.
- Ruíz Jaramillo, Luis Bernardo. El derecho constitucional a la prueba y su configuración en el Código General del Proceso. Tarragona; Universita Rovira I Virgili, 2017.
- Vázquez Rojas, Carmen. De la prueba científica a la prueba pericial. Madrid: Marcial Pons. 2015. p. 149-205.

Jurisprudencia

- Colombia, Corte Constitucional, sentencia T 214 de 2012, M.P: Luis Ernesto Vargas Silva
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 de marzo de 2019, radicado 1819, M.P: Luis Alonso Rico Puerta



La filiación
en casos de
gestación
por sustitución:
un análisis
comparado

*Ricardo Mauricio
Díaz Alarcón**

Sumario

Introducción

I. Metodología

II. Marco conceptual

a. Teoría de la contribución genética

b. Teoría de la intención

III. Marco jurídico

IV. Análisis comparado

Conclusiones: ¿cuál es la mejor opción?

Bibliografía

Resumen

La gestación por sustitución ha disociado las diferentes etapas del proceso reproductivo. Hoy, quien gesta y da a luz no necesariamente es quien aporta el material genético para la fecundación. Aunque se trata de una técnica cada vez más común, la gestación por sustitución no está regulada legalmente en Colombia. En ese escenario, los jueces han tenido que decidir si el hecho relevante para atribuir la filiación en estos casos es la intención de ser padre o madre, o el vínculo genético con el hijo. Este artículo analiza y compara la jurisprudencia argentina y colombiana para responder a esa pregunta.

Palabras clave: gestación por sustitución, teoría de la intención, Técnicas de Reproducción Asistida

Filiation in Cases of Gestational Surrogacy: a Comparative Analysis

Abstract

Gestational surrogacy has dissociated the different stages of reproduction. Nowadays, the woman that bears and delivers a child is not necessarily the same one that provides the genetic material for fertilization. Although this is an increasingly common technique, gestational surrogacy is not regulated in Colombia. Within this context, judges have had to decide whether the relevant

* Estudiante de Derecho de la Universidad de los Andes. Colombia. Ganador del primer puesto en el Concurso de ensayo "Germán Cavellier" 2019-2.

fact to determine filiation is the intention to become a parent or the genetic link with the child. This article analyzes and compares the Argentinian and Colombian jurisprudence to answer that question.

Keywords: *gestational surrogacy, theory of intention, Assisted Reproductive Techniques.*

Introducción

Según la Federación Internacional de Sociedades de Fertilidad, en 2019 funcionaron 23 centros que ofrecieron tratamientos de reproducción asistida en Colombia¹, entre los cuales se encuentra la maternidad subrogada o gestación por sustitución. A pesar de lo anterior, la legislación no ha sido capaz de seguir el paso de los cambios sociales y científicos. Aunque el artículo 42 de la Constitución Política prevé la posibilidad de la reproducción asistida², no existe una regulación legal que admita o prohíba la gestación por sustitución en particular. Ante esta clase de escenarios transgresores y controvertidos, los legisladores han temido ofrecer una respuesta que pueda representarles un costo político demasiado alto³ y, en todo caso, no ha habido consenso político para llegar a una decisión.

A diferencia de los legisladores, los jueces no tienen la opción de decidir si conocen o no conflictos derivados de la gestación por sustitución. Por eso, en países sin regulación legal en la materia, han sido los jueces quienes han tenido que establecer criterios jurídicos y sub reglas, basadas en las disposiciones existentes, para llegar a soluciones admisibles dentro del ordenamiento jurídico. Los problemas jurídicos a los que se puede enfrentar un juez en estos casos no son pocos, por ejemplo: ¿la no regulación de la gestación por sustitución implica su admisión dentro del ordenamiento jurídico? ¿La gestación por sustitución debería ser gratuita o también puede ser onerosa? ¿Debe admitirse esta técnica sólo cuando la mujer gestante no aporta su propio

-
1. Federación Nacional de Sociedades de Fertilidad. Global Trends in Reproductive Policy and Practice. p. 6. [En línea]. Citado en 2019. Disponible en Internet: https://journals.lww.com/grh/Fulltext/2019/03000/IFFS_Surveillance_2019.3.aspx#pdf-link
 2. El artículo 42 de la Constitución Política establece, en lo relevante para este caso que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”.
 3. Dolgin, J. L. Defining the Family. Law, Technology and Reproduction in an Uneasy Age. Nueva York: NYU Press, 1999. p. 253.

material genético? ¿Puede alguna de las partes arrepentirse de seguir adelante con el tratamiento?

Pero entre todas las existentes, una de las preguntas más acuciantes, que guiará la presente investigación, consiste en determinar cuál debería ser el hecho jurídicamente relevante para atribuir la filiación, de modo que se otorgue el mayor grado de protección posible a las partes involucradas y al procreado, ¿debe ser la intención de ser padre o madre, o la contribución genética? En este ensayo, argumentaré que el hecho jurídicamente relevante para atribuir la filiación debería ser la intención de ser padre o madre, pues es la alternativa que mejor protege a las partes involucradas y al menor procreado.

Para alcanzar ese objetivo, en primer lugar, explicaré la metodología que se seguirá a lo largo del ensayo. En segundo lugar, ofreceré un marco conceptual para definir con claridad los términos que se usarán en el trabajo. En tercer lugar, haré una reseña del marco jurídico nacional e internacional relevante para Colombia. En cuarto lugar, haré un breve análisis de derecho comparado para examinar dos casos en los que los jueces han llegado a soluciones distintas respecto de la pregunta del presente ensayo: en un caso, se atribuyó la maternidad a las mujeres que aportaron el material genético y, en el otro, a quienes tuvieron la intención de ser padres o madres. Finalmente, ofreceré unas breves conclusiones.

I. Metodología

Como consecuencia de la falta de regulación, es común que los juristas y los políticos acudan al derecho comparado para buscar soluciones que puedan aplicarse a nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, también es común que dichos análisis no sigan una metodología clara, ni tengan criterios de selección de casos adecuadamente justificados⁴. A menudo, el derecho comparado suele responder a estereotipos o prejuicios geopolíticos: es infrecuente que las facultades de derecho norteamericanas o europeas ofrezcan cursos de derecho comparado con módulos sobre los países del Sur Global,

4. Hirschl, Ran. *On the Blurred Methodological Matrix of Comparative Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 39. [En línea]. Citado en 2019. Disponible en internet: <https://www.cambridge.org/core/books/migration-of-constitutional-ideas/on-the-blurred-methodological-matrix-of-comparative-constitutional-law/254FB68A22703888F481FAAE50D44DB8>

entre otros motivos, porque se considera que nuestros sistemas legales son simples reproducciones o derivados de otros ordenamientos jurídicos⁵. Incluso dentro de nuestros países, es habitual que los abogados y las cortes recurran a comparaciones con países del Norte Global por considerarlos “desarrollados” y ejemplos a seguir en materia legal.

Sin embargo, dichos países pueden tener contextos tan distintos al colombiano, que los trasplantes legales son imposibles. Por eso, si se buscan soluciones en sistemas legales foráneos, es necesario que la comparación esté basada en criterios adecuados, de modo que la comparación sea posible y no responda a un estereotipo.

En este caso, Colombia y Argentina tienen contextos bastante similares: para comenzar, están ubicados en el mismo continente, comparten la misma lengua, tienen similar número de habitantes⁶ y su población es mayoritariamente católica⁷. Ambos tienen democracias liberales, reconocen la separación de poderes y han tenido que pasar por procesos de justicia transicional.

Tanto Argentina como Colombia reformaron significativamente sus constituciones en la década de los noventa⁸. Y hoy en día, ambos países cuentan con altas cortes que han hecho uso de la revisión judicial para llevar a cabo transformaciones estructurales, especialmente en materia de derechos humanos⁹.

En lo que respecta al objeto de este ensayo, tanto Argentina como Colombia carecen de una regulación legal de la gestación por sustitución. A pesar de las anteriores similitudes, los jueces de ambos países han llegado a conclusiones distintas sobre la filiación derivada de esta técnica: como se verá en detalle más adelante, en Argentina ha tenido prevalencia la llamada “voluntad procreacional”¹⁰; mientras que

5. Bonilla, D. Constitutionalism of the Global South. En: *International Journal of Constitutional Law*, Volumen 15, no. 2. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 7.

6. ESTADOS UNIDOS, World Bank Data. [En línea]. Citado en 2019. Disponible en internet: <https://data.worldbank.org/country>

7. ESTADOS UNIDOS, Departamento de Estado. [En línea]. Citado en 2019. Disponible en internet: <https://2009-2017.state.gov/j/drl/rls/irf/2005//index.htm>

8. Bonilla, D. *El constitucionalismo en el continente americano*. Bogotá: Siglo del hombre editores, 2016. p. 13.

9. Evidencias y Lecciones desde América Latina. 2013. <https://solucionespracticas.org.pe/Revision-judicial-mecanismo-innovador-para-garantizar-los-derechos-humanos-en-America-Latina> .

10. Lamm, Eleonora. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2014. p. 106.

en el único caso conocido de gestación por sustitución en Colombia se dio mayor relevancia al vínculo genético.

II. Marco conceptual

La maternidad subrogada o gestación por sustitución es una de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)¹¹ “por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente”¹².

En la sentencia T-968 de 2009, la Corte Constitucional colombiana define esta técnica 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 éste”¹³.

Como se ve, esta técnica subvierte la antigua máxima según la cual la madre siempre es conocida (*mater semper certa est*). En efecto, en esta técnica se disocian las diferentes etapas del proceso reproductivo, de modo que hoy en día quien gesta y da a luz no necesariamente es quien aporta el material genético para la fecundación. Por eso, la doctrina ha dividido la gestación por sustitución en dos tipos: (1) tradicional, en cuyo caso la gestante también aporta su propio material genético; o (2) gestacional, caso en el cual el material genético es aportado por una mujer distinta a la gestante¹⁴.

Aunque se trata de una técnica que recibe diferentes denominaciones, a lo largo de este ensayo se preferirá aludir al concepto de “gestación por sustitución”, y no a otros términos como “alquiler de vientres” o “maternidad subrogada”. En efecto, como lo mencionan las definiciones anteriormente citadas, esta técnica consiste en la sustitución o subrogación de la gestación. El término “alquiler de vientres” usa una

11. Entre las TRA se encuentran también la inseminación artificial, la fecundación in vitro y la donación de ovocitos, entre otras.

12. Lamm, Eleonora. Op. Cit. p. 24.

13. COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-968 de 2009 [En línea]. Citado en 2019. Disponible en internet: www.corteconstitucional.gov.co.

14. Beetar, Brajim. La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente. Bogotá: Revista Socio-Jurídicos, 2018. p. 141. [En línea] Citado en 2019. Disponible en internet: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/viewFile/6869/7155>.

palabra peyorativa en este contexto –alquiler– para hacer énfasis en la mercantilización del cuerpo femenino, y simplifica excesivamente un proceso científico y social complejo. A su vez, el término “maternidad subrogada” carece de precisión, pues “la maternidad engloba una realidad mucho más extensa que la gestación”¹⁵. En efecto, la maternidad “es un proceso que se inicia desde antes de la fecundación del óvulo por el espermatozoide (etapa de querer ser madre) y se prolonga por mucho tiempo después del advenimiento del hijo (etapa de tener que ser madre)”¹⁶. Por lo tanto, no es propiamente la maternidad lo que se subroga, sino únicamente la etapa de la gestación.

En general, las Técnicas de Reproducción Asistida han sido consideradas revolucionarias, pues se ha dicho que, por primera vez en la historia, la reproducción humana “escapa a la naturaleza”¹⁷ al no depender necesariamente de la interacción sexual.

En el caso de la gestación por sustitución, eso se logra en tres etapas: “(1) la producción y acopio de los gametos –insumos–; (2) la producción del embrión *in vitro*; y, (3) la implantación, gestación y parto”¹⁸. Pero no es del todo cierto que en este proceso la reproducción escape a la naturaleza: al contrario, en la gestación por sustitución se conjugan la naturaleza y la tecnología. En efecto, aunque se usan métodos científicos para fecundar un óvulo sin necesidad de interacción sexual, el proceso de gestación y parto tiene lugar dentro del cuerpo femenino, de forma “natural”. Eso hace que el proceso sea todavía más revolucionario, pues se subvierte la clásica oposición entre naturaleza y artificialidad.

Esa difuminación entre los límites de lo natural y lo tecnológico ha sido ilustrada por Donna Haraway en la figura del *cyborg*. Según Haraway, el *cyborg* “es un organismo cibernético, un híbrido de máquina y organismo, una criatura de realidad social y también de ficción”¹⁹. El *cyborg* de Haraway, en parte metáfora y recurso literario, es un

15. Lamm, Eleonora. Op. Cit. p. 26.

16. Lamm, Eleonora. Op. Cit. p. 26.

17. Fanlo, Isabel. Derechos reproductivos y libertad de las mujeres. Observaciones sobre el debate feminista. Bogotá: Revista de Derecho Privado, 2017. [En línea] Citado en 2019. Disponible en internet: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download/5020/6079?inline=1>

18. Amador, Mónica. Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India. Colombia: Universidad Icesi, 2010. p. 205. [En línea] Citado en 2019. Disponible en internet: https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/revista_cs/article/view/466/466

19. Haraway, Donna. Ciencia, cyborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza. Madrid: Cátedra, 1995. p. 1.

mecanismo para pensar una relación entre el humano y la tecnología en la que se supere las falsas dicotomías entre el humano y la máquina; lo natural y lo artificial; lo puro y lo impuro, etc. Los menores nacidos como consecuencia de la gestación por sustitución han sido llamados “menores biotecnológicos”²⁰, pues son al mismo tiempo hijos de la tecnología y la naturaleza, en suma, metafóricamente “*cyborgs*” que desafían oposiciones tradicionales.

Esa conceptualización de la gestación por sustitución como una técnica *cyborg*, alejada de la falsa dicotomía entre lo natural-puro-humano y lo artificial-impuro-maquinal, permitirá en lo que sigue construir un argumento a favor de una regulación que no responda a esa misma oposición, sino que tenga en cuenta la difuminación actualmente existente.

... En términos generales, existen dos teorías sobre la forma en que se determina la filiación en casos de gestación por sustitución. La primera se conoce como la “teoría de la contribución genética”. Según los partidarios de esta teoría, el vínculo genético es la mejor forma de determinar la filiación en estos casos...

a. Teoría de la contribución genética

En términos generales, existen dos teorías sobre la forma en que se determina la filiación en casos de gestación por sustitución. La primera se conoce como la “teoría de la contribución genética”²¹. Según los partidarios de esta teoría, el vínculo genético es la mejor forma de determinar la filiación en estos casos. En primer lugar, porque otorga certeza a las partes y al operador judicial, pues una persona solo puede tener un padre y una madre genéticos²². En segundo lugar, porque se ajusta mejor a los presupuestos de las normas actualmente vigentes, que regulan la sexualidad y la reproducción asumiendo que la relación entre padres e hijos se establece sobre vínculos genéticos –exceptuando la adopción–. En tercer lugar, porque se previene la “mercantilización”

20. Dolgin, J. L. Op. Cit p. 239.

21. Lamm, Eleonora. Op. Cit. p. 34.

22. Lamm, Eleonora. Op. Cit. p. 34.

del feto, pues si la comitente es realmente quien tiene el vínculo genético con el procreado, la gestante no entrega realmente a “su propio hijo”.

b. Teoría de la intención

Para la segunda teoría, conocida como la “teoría de la intención”²³, el hecho jurídicamente relevante para determinar la filiación es la voluntad de ser padre o madre. Según los partidarios de esta teoría, tener en cuenta la intención en casos de gestación por sustitución permite garantizarles una mayor protección al menor y a las partes.

... Para la segunda teoría, conocida como la “teoría de la intención”, el hecho jurídicamente relevante para determinar la filiación es la voluntad de ser padre o madre...

En primer lugar, porque se garantiza que el menor tenga vínculos jurídicos con las personas que realmente desearon su alumbramiento, independientemente del vínculo genético que pudieron establecer con él. En segundo lugar, porque se reconoce que en la gestación por sustitución la comitente no siempre aporta su material genético, pues éste puede ser aportado por una donante. En tercer lugar, porque ésta es la única teoría que garantiza verdaderamente la libertad de escoger el medio de reproducción, por ejemplo, cuando ambos comitentes son infértiles.

III. Marco jurídico

A pesar de que la gestación por sustitución no está regulada en el ordenamiento jurídico colombiano, es necesario referirse a las disposiciones existentes en el derecho internacional y nacional que deben tener en cuenta los jueces colombianos al decidir sobre este tema. A continuación, ofrezco una reseña y un análisis breve de las principales normas relevantes, divididas por tema, sin el ánimo de presentar un análisis exhaustivo.

23. Lamm, Eleonora. Op. Cit. p. 42.

- **Derechos reproductivos**

En primer lugar, es necesario decir que el acceso a las Técnicas de Reproducción Asistida hace parte de los derechos reproductivos de las personas. El artículo 16 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) establece que hombres y mujeres tienen el mismo derecho a “decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos” (subrayado propio)²⁴.

Según la CIDH, hacen parte de los derechos reproductivos (1) el derecho a la autonomía reproductiva y (2) el derecho a acceder a servicios de salud reproductiva²⁵. Tanto la Corte Constitucional colombiana²⁶ como la CIDH²⁷ coinciden en que la garantía de estos derechos implica una obligación negativa y una positiva para los estados: por una parte, exige que el Estado *no* obstaculice los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer sus derechos reproductivos y, por otra parte, implica un deber de adoptar medidas para garantizar los servicios de salud necesarios. Por lo tanto, prohibir *—de iure o de facto—* una Técnica de Reproducción Asistida vulnera los derechos reproductivos de las personas²⁸.

- **Protección de la vida prenatal**

Sin embargo, como el acceso a las Técnicas de Reproducción Asistida implica la producción de vida, es necesario determinar cuál es el nivel de protección de la vida prenatal en nuestro ordenamiento jurídico. En las sentencias C-355 de 2006, T-209 de 2008, C-327 de 2016 y SU-096 de 2018, la Corte Constitucional

24. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Naciones Unidas, 1979. [En línea] Citado en 2019. Disponible en internet: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>

25. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. p. 46. [En línea]. Citado en 2019. Disponible en internet: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

26. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia SU-098 de 2018. [En línea]. Citado en 2019. Disponible en internet: www.corteconstitucional.gov.co

27. CIDH. Op. Cit.p. 47.

28. CIDH. Op. Cit.p. 51.

ha afirmado reiteradamente que el embrión y el feto no son considerados personas bajo la legislación colombiana. Por lo tanto, según el alto tribunal, el embrión y el feto no son titulares del derecho a la vida²⁹. A esa misma conclusión llegó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*³⁰. No obstante, la Corte Constitucional ha afirmado que la Constitución protege la vida prenatal como valor. Por eso, en caso de colisión entre dicho valor y otros valores o derechos, el juez debe hacer una ponderación para decidir qué derecho o valor prevalece³¹.

- **Prevalencia del principio de interés superior del menor**

En todo caso, una vez que el feto se ha desprendido del cuerpo de su madre se vuelve persona y sujeto de derechos. Por eso, es relevante tener en cuenta que según el artículo 44 de la Constitución Política, “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”³². A su vez, el artículo 8 del Código de Infancia y Adolescencia establece que “el interés prevalente del menor y del adolescente es la orden a todas las personas de garantizar sus derechos humanos total y simultáneamente, entendiendo que estos derechos humanos son universales, prevalentes e interdependientes”³³.

En la sentencia T-510 de 2003, la Corte Constitucional determinó que el contenido del derecho del interés superior del menor “sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal”³⁴. Como se ve, se trata de un “mandato

29. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia SU-096 de 2018. [En línea]. Citado en 2019. Disponible en internet: www.corteconstitucional.gov.co.

30. CIDH.Op. Cit. p. 69.

31. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006. [En línea]. Citado en 2019. Disponible en internet: www.corteconstitucional.gov.co.

32. Colombia. Constitución Política. Artículo 44 [En línea]. Citado en 2019. Disponible en internet: <http://www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-2/articulo-44>.

33. Código de Infancia y Adolescencia. Artículo 8.

34. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-510 de 2003 [En línea]. Citado en 2019. Disponible en internet: www.corteconstitucional.gov.co.

de optimización”³⁵ cuyo nivel de protección y cuyo contenido dependen de las condiciones del caso concreto.

Jaramillo, Ripoll y Vargas resumen algunas de las ventajas y las desventajas de que el interés superior del menor sea un principio y no una regla. Entre las ventajas, las autoras encuentran que “se obliga a quien toma la decisión a tener en cuenta las particularidades de cada caso y a reflexionar sobre lo que es más justo para el caso, y no en general”³⁶. Entre las desventajas, se menciona, por un lado, menos consistencia en las decisiones judiciales y, por el otro, que un “amplio margen de apreciación permite que prejuicios sociales sobre la maternidad y la paternidad afecten la decisión del caso”³⁷.

- **Filiación**

Por último, uno de las consecuencias jurídicas más relevantes del nacimiento de un ser humano es la determinación de su filiación. La Corte Constitucional ha definido la filiación como “la relación [jurídica] que se genera entre procreantes y procreados o entre adoptantes y adoptados”³⁸. Por tener una estrecha relación con el estado civil y, por lo tanto, con los atributos de la personalidad jurídica, la filiación ha sido reconocida como un derecho fundamental³⁹. La Corte ha aclarado que el contenido de dicho derecho “se realiza en la medida en que se tiene certeza y reconocimiento legal sobre el vínculo que une a los padres con los hijos”⁴⁰.

La doctrina⁴¹ y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁴² se han referido a la filiación que se deriva de aplicar las Técnicas

35. Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. España: Centro De Estudios Políticos Y Constitucionales, 2007.p. 86.

36. Jaramillo, Isabel Cristina., Ripoll, Karen y Vargas Elvia. Decisiones sobre custodia y visitas: la perspectiva jurídica y familiar. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2015.

37. Jaramillo, Ripoll y Vargas. Op. Cit. p. 17.

38. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T 488 de 1999. [En línea]. Citado en 2019. Disponible en internet: www.corteconstitucional.gov.co.

39. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T 488 de 1999. Op. Cita.

40. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-258 de 2015. [En línea]. Citado en 2019. Disponible en internet: www.corteconstitucional.gov.co.

41. Abello, Julieta. Filiación en el derecho de familia. Colombia: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. p. 71

42. Colombia, Corte Suprema de Justicia, SC 6359-2017.[En línea]. Citado en 2019. Disponible en internet:<http://www.cortesuprema.gov.co/corte/>

de Reproducción Asistida como “filiación asistida”. Después de reconocer que hoy en día puede haber paternidad sin interacción sexual e incluso sin aportar material genético, la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que el consentimiento puede ser considerado una fuente de filiación⁴³.

... la Corte ha dicho que el hecho jurídicamente relevante para determinar la filiación en casos de inseminación artificial no es el vínculo biológico, sino el consentimiento informado en el que la persona que no aporta su material genético declara su intención de ser padre o madre...

Por ejemplo, es evidente que el hombre que dona su material genético para que una mujer desconocida sea inseminada artificialmente no tiene la intención de ser padre, ni de establecer un vínculo jurídico con ella ni con su hijo. Por eso, la Corte ha dicho que el hecho jurídicamente relevante para determinar la filiación en casos de inseminación artificial no es el vínculo biológico, sino el consentimiento informado en el que la persona que no aporta su material genético declara su intención de ser padre o madre⁴⁴.

IV. Análisis comparado

Teniendo en cuenta que ante un caso de gestación por sustitución, el juez colombiano deberá decidir basado en el anterior marco jurídico, a continuación describiré y analizaré algunas decisiones judiciales relevantes sobre la materia en Argentina y Colombia.

En primer lugar, es necesario mencionar que en Argentina, el Código Civil y Comercial de la Nación –que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015– regula algunos de los aspectos concernientes a las Técnicas de Reproducción Asistida. Son particularmente relevantes para este ensayo los artículos 560 y siguientes, que regulan lo relativo a la filiación derivada de las Técnicas de Reproducción Asistida.

43. Colombia, Corte Suprema de Justicia, SC 6359-2017.Op. Cit.

44. Colombia, Corte Suprema de Justicia, SC 6359-2017.Op. Cit.

Aunque en el anteproyecto del Código se planeaba incluir la regulación de la gestación por sustitución, la propuesta fue finalmente eliminada de la norma⁴⁵. Por lo tanto, este asunto sigue sin regulación legal y los jueces deben fallar con base en las demás regulaciones legales y constitucionales pertinentes para la materia.

En lo relevante, el artículo 562 de ese Código, que se refiere a la llamada “voluntad procreacional”, establece que “los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre”⁴⁶. Como se ve, dicho artículo establece que la filiación se determina: (1) por el parto y (2) por la voluntad procreacional de quien presta su consentimiento informado. Desde luego, la norma no fue redactada pensando en la gestación por sustitución, sino en la inseminación artificial, en cuyo caso la madre aporta su propio material genético y da a luz, y su pareja –hombre o mujer– presta un consentimiento informado para declarar su intención de ser padre o madre. Es decir, se trata de la misma regla que adoptó la Corte Suprema de Justicia colombiana y que se mencionó anteriormente. Por lo tanto, la norma desconoce el escenario de la gestación por sustitución.

A pesar de lo anterior, los jueces argentinos han reconocido, antes y después de la promulgación del Código Civil y Comercial de la Nación, que la voluntad procreacional es el hecho jurídicamente relevante para determinar la filiación en estos casos. El primer caso conocido sobre gestación por sustitución en Argentina se decidió el 18 de junio de 2013, por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil No. 86 de Buenos Aires. Esta decisión es relevante, pues se trata de la sentencia hito que sentó la argumentación que después se seguiría en otras decisiones. Además, la decisión fue tomada cuando aún no se había promulgado el Código Civil y Comercial de la Nación.

En esa oportunidad, el Juzgado decidió que la voluntad procreacional era el elemento determinante para atribuir la filiación, pues la gestante no tenía “el elemento volitivo, esto es, la intención de adquirir derechos y obligaciones y, en definitiva, el afecto, esto es, el desear ser madre

45. Notrica, Federico. La figura de la gestación por sustitución en la jurisprudencia nacional. Ministerio de Salud Presidencia de la Nación, 2017 [En línea]. Citado en 2019. Disponible en internet: <http://www.salud.gob.ar/dels/printpdf/120>.

46. Cita. Código Civil y Comercial de la Nación.

del nacido”⁴⁷. Sin embargo, acto seguido el Juzgado afirmó que es necesario “retomar (...) la correspondencia genética de la nacida con el matrimonio que, en definitiva es coherente con uno de los pilares básicos sobre los que se asienta el derecho filial argentino”⁴⁸. Por lo tanto, a pesar de que el Juzgado resalta la primacía de la voluntad procreacional, no puede dejar de tomar en cuenta el vínculo genético entre los comitentes y la procreada. Es decir, el Juzgado usa al mismo tiempo la teoría de la intención y la de la contribución genética.

Sin embargo, la teoría de la intención es reiterada y fortalecida en la decisión del Juzgado de Familia No. 7 de Viedma. El 6 de julio de 2017, dicho Juzgado autorizó la transferencia embrionaria antes de que hubiera tenido lugar, y atribuyó la filiación a dos hombres homosexuales⁴⁹. La sentencia es relevante pues fue la primera vez que un juez permitió la gestación por sustitución, incluso antes de que se transfirieran los embriones a la mujer gestante. Además, fue la primera vez que esta técnica fue autorizada judicialmente en favor de una pareja del mismo sexo.

En esta decisión, el Juzgado citó el artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación, que reconoce la filiación que tiene lugar por técnicas de reproducción asistida. De nuevo, el Juzgado estableció que los comitentes eran quienes tenían la voluntad “de convertirse en padres de un niño, asumiendo su cuidado, su protección, educación, formación y desarrollo (...) no teniendo tal voluntad la amiga de los comitentes quien lleva a cabo el embarazo”⁵⁰. Asimismo, el Juzgado determinó que “la regulación de la gestación por sustitución es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, pues desde el mismo momento del nacimiento el niño se encontraría con una familia que lo desea”⁵¹.

Esa prevalencia de la teoría de la intención fue recientemente confirmada en la decisión que tomó el Juzgado de Primera Instancia y Primera Nominación de Familia de Córdoba el 6 de agosto de 2018. En esa ocasión, el Juzgado autorizó a una mujer a gestar al hijo de su amiga, con óvulos y espermatozoides donados⁵². En este caso, además

47. Juzgado de 1 instancia en lo civil no 86. 18 junio de 2013.

48. Juzgado de 1 instancia en lo civil no 86. 18 junio de 2013.

49. Juzgado de Familia No. 7 de Viedma. 6 de julio de 2017.

50. Juzgado de Familia No. 7 de Viedma. 6 de julio de 2017.

51. Juzgado de Familia No. 7 de Viedma. 6 de julio de 2017.

52. Juzgado de Primera Instancia y Primera Nominación de Familia de Córdoba. 6 de agosto de 2018.

de reiterar la importancia de la voluntad procreacional, el Juzgado tomó en cuenta que la edad de la comitente le impediría aportar sus propios óvulos y que un proceso de adopción puede ser demasiado largo⁵³. Además, de forma significativa, el Juzgado argumenta que no invocará el interés superior del niño, pues este principio solo debe invocarse cuando el menor haya nacido⁵⁴.

En suma, puede afirmarse que la jurisprudencia argentina adopta la teoría de la intención por considerar que (1) es la que mejor se ajusta a la técnica de gestación por sustitución, pues la causa del nacimiento es, justamente, la voluntad de los comitentes; (2) es la que mejor protege el interés superior del menor, pues le atribuye la filiación a una familia que lo desea como hijo; y (3) es la que mejor garantiza los derechos reproductivos de todas las personas, incluidas las personas homosexuales, infértiles o solteras.

... En suma, puede afirmarse que la
jurisprudencia argentina adopta la teoría
de la intención...

A diferencia del caso argentino, en Colombia solo existe una sentencia judicial conocida en la que se ha examinado la admisibilidad legal de la gestación por sustitución: la sentencia T-968 de 2009 de la Corte Constitucional. En esa decisión, la Corte estableció que al no estar regulada en el ordenamiento jurídico colombiano, la gestación por sustitución es legalmente admisible. Sin embargo, la Corte determinó que en el caso concreto no estaba ante una gestación por sustitución, pues la mujer gestante también había aportado sus óvulos. Según la Corte, si la mujer entrega a su hijo biológico a cambio de una suma de dinero, estaría incurriendo en “trata de seres humanos”⁵⁵. Así, la Corte rechaza tajantemente la constitucionalidad y legalidad de la gestación por sustitución tradicional.

En todo caso, la Corte afirma que hay una urgente necesidad de regulación y sugiere algunos requisitos, que si bien no son vinculantes por tratarse de *obiter dicta*, muestran la posición del alto tribunal

53. Juzgado de Primera Instancia y Primera Nominación de Familia de Córdoba. 6 de agosto de 2018.

54. Juzgado de Primera Instancia y Primera Nominación de Familia de Córdoba. 6 de agosto de 2018.

55. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-968 de 2009. Op. Cit.

respecto de esta práctica. Dentro de esos requisitos “tentativos” está, por ejemplo, que la mujer gestante no aporte su propio material genético; que no tenga un fin lucrativo y que deba prestar un consentimiento informado del que no se pueda arrepentir⁵⁶.

Por lo tanto, aunque no hay una referencia explícita al problema de la filiación, la Corte adopta claramente la teoría de la contribución genética. Como se mencionó, la Corte afirma que si la gestante aporta sus óvulos, ella será reconocida como la madre legal. Además, al explicar las características de la gestación por sustitución, la Corte afirma que esta técnica permite “a las mujeres que no han podido llevar a cabo un embarazo tener un hijo genéticamente suyo por medio de la fecundación de su propio óvulo y semen de su marido, compañero o donante” (subrayado propio)⁵⁷. Es decir, la Corte solo contempla la posibilidad de atribuir la maternidad a la comitente si ella aporta su propio material genético. Así, no solo descarta que la gestante pueda aportar sus óvulos, sino también estaría cerrando la posibilidad de que la gestación se lleve a cabo con óvulos y espermatozoides donados.

... aunque no hay una referencia explícita al problema de la filiación, la Corte adopta claramente la teoría de la contribución genética...

En ese escenario, no queda claro cómo garantizaría la Corte el derecho de las parejas del mismo sexo a acceder a esta técnica, es decir, cómo abordaría los casos de paternidad sin maternidad. Tampoco queda claro qué sucedería si dos comitentes infértiles quieren acceder a la gestación por sustitución, sin que ninguno de los dos pueda aportar su propio material genético.

En suma, se puede afirmar que la Corte sustenta la teoría de la contribución genética porque (1) evita la trata de seres humanos y, por lo tanto, protege la dignidad del menor y la mujer; y (2) cumple mejor la finalidad de la gestación por sustitución, que según la Corte es tener un hijo genéticamente propio.

56. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-968 de 2009. Op. Cit.

57. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-968 de 2009. Op. Cit.

Conclusiones: ¿cuál es la mejor opción?

Aunque quienes defienden cada una de las dos teorías expuestas tienen argumentos sólidos para sustentar su posición, después del anterior análisis comparado puede afirmarse que la teoría de la intención es la que ofrece una mayor protección para las partes involucradas en la gestación por sustitución y para el menor procreado.

Como se vio a lo largo de este ensayo, la jurisprudencia argentina ha establecido reiteradamente que la voluntad procreacional debe ser el hecho relevante para atribuir la filiación. Según las decisiones citadas, la teoría de la intención permite (1) respetar la voluntad de las partes involucradas; (2) proteger prioritariamente al menor, al atribuir su filiación a las personas que verdaderamente desearon su alumbramiento, y (3) garantizar la protección de los derechos reproductivos de la mayoría de las personas, incluidas las homosexuales, infértiles o solteras.

... En cambio, la mayoría de los argumentos esgrimidos para defender la teoría de la contribución genética pueden ser rebatidos con relativa facilidad...

En cambio, la mayoría de los argumentos esgrimidos para defender la teoría de la contribución genética pueden ser rebatidos con relativa facilidad. En primer lugar, la finalidad de la gestación por sustitución no siempre es procrear un hijo genéticamente propio: una persona puede querer recurrir a esta técnica por muchos otros motivos, que no serían reconocidos si sólo se tiene en cuenta el vínculo genético como criterio para atribuir la filiación. En segundo lugar, en ese mismo sentido, existen comitentes con imposibilidad de aportar su propio material genético, ya sea por edad o condición física. En estos casos, el Estado podría estar violando sus derechos reproductivos, de acuerdo con las disposiciones nacionales e internacionales.

Por último, es necesario recordar, como se afirmó al principio, que la gestación por sustitución es una técnica científica que escapa parcialmente a la naturaleza. Por lo tanto, ante una realidad en la que se difuminan los contornos entre lo natural y lo artificial, el derecho no puede persistir en un criterio que sea exclusivamente biológico. Esa

nostalgia de permanecer atados a un pasado supuestamente más natural y, por lo tanto, más puro puede sacrificar los derechos reproductivos de las personas y, paradójicamente, puede derivar en una mayor desprotección de los menores, a quienes se negaría el vínculo de filiación con quienes quisieron traerlos al mundo.

... ante una realidad en la que se difuminan los contornos entre lo natural y lo artificial, el derecho no puede persistir en un criterio que sea exclusivamente biológico. Esa nostalgia de permanecer atados a un pasado supuestamente más natural y, por lo tanto, más puro puede sacrificar los derechos reproductivos de las personas...



Bibliografía

Doctrina

- Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. España: Centro De Estudios Políticos Y Constitucionales, 2007.
- Abello, Julieta. Filiación en el derecho de familia. Colombia: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Amador, Mónica. Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India. Colombia: Universidad Icesi, 2010. [En línea] Citado en 2019. Disponible en internet: https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/revista_cs/article/view/466/466.
- Beetar, Brajim. La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente. Bogotá: Revista Socio-Jurídicos, 2018. [En línea] Citado en 2019. Disponible en internet: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/viewFile/6869/7155>.
- Bonilla, D. Constitutionalism of the Global South. En: International Journal of Constitutional Law, Volumen 15, no. 2. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Bonilla, D. El constitucionalismo en el continente americano. Bogotá: Siglo del hombre editores, 2016.
- Dolgin, J. L. Defining the Family. Law, Technology and Reproduction in an Uneasy Age. Nueva York: NYU Press, 1999.
- Estados Unidos, World Bank Data. [En línea]. Citado en 2019. Disponible en internet: <https://data.worldbank.org/country>
- Estados Unidos, Departamento de Estado. [En línea]. Citado en 2019. Disponible en internet: <https://2009-2017.state.gov/j/drl/rls/irf/2005//index.htm>.
- Fanlo, Isabel. Derechos reproductivos y libertad de las mujeres. Observaciones sobre el debate feminista. Bogotá: Revista de Derecho Privado, 2017. [En línea] Citado en 2019. Disponible en internet: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download/5020/6079?inline=1>.
- Federación Nacional de Sociedades de Fertilidad. Global Trends in Reproductive Policy and Practice. p. 6. [En línea]. Citado en 2019. Disponible en Internet: https://journals.lww.com/grh/Fulltext/2019/03000/IFFS_Surveillance_2019.3.aspx#pdf-link.

- Haraway, Donna. Ciencia, cyborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza. Madrid: Cátedra, 1995.
- Hirschl, Ran. On the Blurred Methodological Matrix of Comparative Constitutional Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. [En línea]. Citado en 2019. Disponible en internet: <https://www.cambridge.org/core/books/migration-of-constitutional-ideas/on-the-blurred-methodological-matrix-of-comparative-constitutional-law/254FB68A22703888F481FAAE50D44DB8>.
- Jaramillo, Isabel Cristina., Ripoll, Karen y Vargas Elvia. Decisiones sobre custodia y visitas: la perspectiva jurídica y familiar. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2015.
- Lamm, Eleonora. Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2014.
- Notrica, Federico. La figura de la gestación por sustitución en la jurisprudencia nacional. Ministerio de Salud Presidencia de la Nación, 2017 [En línea]. Citado en 2019. Disponible en internet: <http://www.salud.gob.ar/dels/printpdf/120>.

Normas y jurisprudencia

- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia SU-098 de 2018. [En línea]. Citado en 2019. Disponible en internet: www.corteconstitucional.gov.co.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia SU-096 de 2018 [En línea]. Citado en 2019. Disponible en internet: www.corteconstitucional.gov.co.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-968 de 2009 [En línea]. Citado en 2019. Disponible en internet: www.corteconstitucional.gov.co.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006. [En línea]. Citado en 2019. Disponible en internet: www.corteconstitucional.gov.co.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-510 de 2003 [En línea]. Citado en 2019. Disponible en internet: www.corteconstitucional.gov.co.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T 488 de 1999. [En línea]. Citado en 2019. Disponible en internet: www.corteconstitucional.gov.co.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-258 de 2015. [En línea]. Citado en 2019. Disponible en internet: www.corteconstitucional.gov.co.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, SC 6359-2017. [En línea]. Citado en 2019. Disponible en internet: <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/>

- Colombia. Constitución Política. Artículo 44 [En línea]. Citado en 2019. Disponible en internet: <http://www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-2/articulo-44>.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Naciones Unidas, 1979. [En línea] Citado en 2019. Disponible en internet: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012 [En línea]. Citado en 2019. Disponible en internet: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.



El proceso de
sustracción
en Colombia
¿Un proceso
para qué?

*Camila Pérez Failach**

Sumario

Introducción

I. Ley 2ª de 1959

II. El proceso de sustracción de área en Zona de Reserva Forestal

III. ¿Un proceso para qué?

IV. Acceso a la tierra de las comunidades campesinas

Conclusión

Bibliografía

Resumen

Este trabajo trata sobre sobre las normas que reglamentan el proceso de sustracción en Colombia y específicamente sobre las que permiten solicitar la adjudicación de áreas dentro de Zonas de Reserva Forestal –ZFR-. La autora hace un análisis detallado de múltiples documentos y sostiene que la aplicación del proceso de sustracción en el país ha sido históricamente irregular en perjuicio de las comunidades campesinas por lo que propone que se realice un estudio técnico que determine la situación actual de la tierra en Colombia, teniendo en cuenta sus potenciales usos, los habitantes de los territorios, las zonas de explotación económica y las zonas de preservación ecológica, para así caracterizar de manera integral las ZRF del país y realizar una nueva delimitación que responda a las necesidades actuales de los territorios y sus actores.

Palabras clave: Ley 2ª de 1959, Zonas de Reserva Forestal, proceso de sustracción, derecho de acceso a la tierra, comunidades campesinas.

Abstract

This paper seeks to explain the normative provisions related to the subtraction process and the allocation of zones within nature conservation areas. The author proposes to use these

* Estudiante de Derecho de la Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia. Trabajo finalista en el Concurso de ensayo “Germán Cavelier”, 2019-2.

rules efficiently to realize the rights of the rural communities of the country.

Keywords: *Law 2^a of 1959, subtraction process, nature conservation areas*

Introducción

El objetivo de este ensayo es analizar la manera como se ha aplicado la Ley 2^a de 1959 y específicamente el proceso de sustracción dentro de las Zonas de Reserva Forestal en Colombia. El texto está dividido en cinco partes. La primera corresponde a la historia del surgimiento de la Ley 2^a de 1959. La segunda analiza el proceso de sustracción y posterior adjudicación. La tercera es una recopilación de datos que se obtuvieron del análisis de 95 resoluciones del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible respecto a la normativa que enmarca los motivos de adjudicación de áreas dentro de las Zonas de Reserva Forestal. La cuarta parte muestra la relación que existe entre el resultado del análisis y la realidad del derecho de acceso a la tierra a las comunidades campesinas en estas áreas. La quinta parte corresponde a las reflexiones finales del trabajo.

I. Ley 2^a de 1959

La historia de los procesos de colonización de tierras vividos en el siglo XX es la antesala para dimensionar la concentración de la tierra rural en Colombia. En la actualidad el estudio de la evolución de estos procesos es una herramienta imprescindible para entender como las disposiciones jurídicas que han afectado estos territorios han determinado las dinámicas de relacionamiento entre comunidad, Estado y derecho.

Con la llegada del Siglo XX, la necesidad de controlar la expansión de la frontera agrícola y de preservar los ecosistemas hizo visible la necesidad de regular jurídicamente el territorio rural de país.

Así, entre las tensiones del clima político de la Violencia, la llegada del Frente Nacional y el auge de la industrialización, bajo la presidencia de Alberto Lleras Camargo que se expidió la Ley 2^a de 1959, “Por la cual

se dictan normas sobre economía forestal de la Nación y conservación de recursos naturales renovables”¹.

Dicha ley se expidió de manera explícita para regular el desarrollo de la economía forestal y protección de los suelos, las aguas y la vida silvestre. Creó las “Zonas Forestales Protectoras” y “Bosques de Interés General”, según la clasificación que trata el Decreto Legislativo 2278 de 1953² y siete Zonas de Reserva Forestal, -en adelante ZRF- a lo largo del país, que actualmente representan el 45%³ del territorio nacional y que corresponden, en algunas áreas, a lo que en ese momento se consideró baldíos nacionales.

Según la “Caracterización de las Zona de Reserva Forestal de la Ley 2ª de 1959” realizada por la Agencia Presidencial para la Acción Social y Cooperación Internacional, la población de los municipios involucrados en estos lugares es la siguiente:

Del total de los municipios del país, 357 están contenidos total o parcialmente con las Reservas Forestales, estos municipios cubren un área de 79.282.751 hectáreas, de la cual 51.024.034 hectáreas se superponen con las reservas forestales. La población total de los municipios según los datos del Censo, DANE/2005 asciende a 13'827.954 personas, distribuidas en 9'286.844 en las cabeceras municipales y 4'541.110 en el resto del municipio (centros poblados y área rural).

Sin embargo, no todas estas personas habitan al interior de las Reservas Forestales, como se mencionó anteriormente, hay municipios que sólo se superponen parcialmente con estas; de esa forma, para estimar la población localizada en las 51.024.034 ha, que es el área de su jurisdicción de las reservas,

-
1. Colombia. Congreso de la Republica. Ley 2ª (17 de enero de 1959). Sobre economía forestal de la Nación y conservación de recursos naturales renovables. [en línea] En: Diario Oficial. Bogotá D.C. 1959. No 29861. P. 1. [Consultado: 1 de agosto de 2019] Disponible: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1556842>.
 2. Colombia. Presidencia de Colombia. Decreto Legislativo 2278 (01, septiembre, 1953). Por el cual se dictan medidas sobre cuestiones forestales. [en línea]. En: Diario Oficial. Bogotá. D.C. 12 de septiembre de 1953. No 28294. Pág. 1. [Consultado: 1 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1430092>.
 3. Acción Social. Caracterización de las Reservas Forestales de Ley 2/59. Consideraciones técnicas generales sobre las posibilidades de sustracción, hacia la definición de nuevas políticas públicas con fines de formalización de tierras. [en línea]. Bogotá 2019. P.11. [Consultado: 26 de agosto de 2019]. Disponible en: <https://www.restituciondetierras.gov.co/formalizacion>.

se determinó el área de influencia, consistente en la relación del área total del municipio Vs. el área dentro de cada Reserva, arrojando como resultado 2.818.147 de personas al interior de ellas, de las cuales 76,8% habitan en áreas urbanas (2.165.625) y 23,2% en rurales (652.522)⁴.

El número de personas que habitan dentro de las ZRF muestra el contraste que existe entre la preservación y la expansión demográfica en zonas que al momento de la expedición de la Ley 2ª de 1959 no eran consideradas zonas potenciales para el asentamiento y explotación humana, pero que por la dinámica de desplazamiento, agrupación y reagrupación de asentamientos humanos, llegaron a poblarse a partir de una colonización económica o armada del territorio. En palabras de Trujillo & Escobar “esta forma de propiedad no representa una figura de conservación per se, sino de producción y generación de riqueza susceptible de todo tipo de explotación económica, pero condicionados a ciertos procesos y restricciones preestablecidos por la ley”⁵.

En este sentido, el establecimiento de asentamientos humanos que siguieron luego de la declaratoria de las ZRF y la consecutiva explotación económica dentro de estas áreas no es solo un problema que se plantee respecto a la conservación de estas zonas como se pensaría a primera vista por el objeto de la ley, sino que tiene efectos cada vez más latentes para el derecho si tenemos en cuenta las restricciones establecidas respecto a los usos, titularidad y derechos sobre las tierras que se ubican dentro de estas zonas y los procesos para hacer efectivos estos derechos por parte de los distintos actores que habitaron y que habitan allí en la actualidad.

II. El proceso de sustracción de área en zona de reserva forestal

Las restricciones que impuso la Ley 2ª de 1959 para el uso del suelo, el aprovechamiento económico y su titularidad tienen excepciones según el artículo 3º de la misma ley:

4. *Ibíd.* p. 45

5. Trujillo Osorio, Catalina & Escobar Gómez, Angie Liset. Restricciones conceptuales del ordenamiento territorial colombiano; usos del territorio y formas de propiedad. En: *Entramado*. Julio - Diciembre, 2015 vol. 11, no. 2, p. 20-36, <http://dx.doi.org/10.18041/entramado.2015v11n2.22231>.

Dentro de las Zonas de Reserva Forestal y de Bosques Nacionales de que tratan los Artículos 1, 2 y 12 de esta Ley, el Instituto Geográfico “Agustín Codazzi”, mientras realiza el estudio y clasificación de los suelos del país, irá determinando, a solicitud del Ministerio de Agricultura, aquellos sectores que se consideren adecuados para la actividad agropecuaria, a fin de que el Ministerio pueda sustraerlos de las Reservas. Esta facultad podrá ejercerla también el Ministerio con base en estudios e informes técnicos de su Departamento de Recursos Naturales⁶.

La Agencia Nacional de Tierras define el proceso de sustracción como un trámite que se adelanta ante la autoridad ambiental con el fin de que se levanten las restricciones propias del régimen de reserva que impiden la adjudicación y la formalización de los predios ubicados al interior de una Zona de Reserva Forestal⁷.

Por otro lado el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (Decreto 2811 de 1974) determinó en el artículo 210 que por razones de utilidad pública e interés social se podría realizar el proceso de sustracción de áreas en ZRF en los siguientes términos:

“Si en área de reserva forestal, por razones de utilidad pública o interés social, es necesario realizar actividades económicas que impliquen remoción de bosques o cambio en el uso de los suelos o cualquiera otra actividad distinta del aprovechamiento racional de los bosques, la zona afectada deberá, debidamente delimitada, ser previamente sustraída de la reserva”⁸.

Sin embargo, solo cuarenta años después se reglamentó este procedimiento en la Resolución 1526 de 2012 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible: “Por la cual se establecen los requisitos y el

6. Congreso de la Republica. Ley 2 (17 de enero de 1959). Op. Cit., p. 1.

7. Agencia Nacional de Tierras. Guía: Elaboración de los estudios técnicos de sustracción de Zona de Reserva Forestal de la Ley 2da de 1959. Documento: Solicitudes de sustracción en zonas de reserva forestal de ley 2ª de 1959 [en línea]. Bogotá D.C. 2018. P. 1. [Consultado 01 de agosto 2019]. Disponible en: <http://www.agenciadetierras.gov.co/wp-content/uploads/2018/11/ADMTI-P-011-SOLICITUDES-DE-SUSTRACCION-EN-ZONAS-DE-RESERVA-FORESTAL-DE-LEY-2-DE-1959.pdf>.

8. Colombia. Presidencia de la Republica. Decreto 2811 (18, diciembre, 1974). Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. [en línea]. En: Diario Oficial. Bogotá. D.C. 27 de enero de 1975. No 34.243. P. 1. [Consultado 15 de agosto]. Disponible: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2811_1974.html.

procedimiento para la sustracción de áreas en las reservas forestales nacionales y regionales, para el desarrollo de actividades consideradas de utilidad pública o interés social, se establecen las actividades sometidas a sustracción temporal y se adoptan otras determinaciones”⁹.

Paralelamente a lo anterior, la Reforma Agraria (Ley 160 de 1994) instauro el Sistema Nacional de Reforma Agraria, el cual propendió en su momento por regular la ocupación y aprovechamiento de las tierras baldías de la nación dando preferencia en su adjudicación a las comunidades campesinas de escasos recursos que no poseyeran los títulos de las tierras que habían explotado¹⁰. Específicamente se expidió la Resolución 629 de 2012 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible: “Por la cual se establecen los requisitos y el procedimiento para la sustracción de áreas de reserva forestal establecidas mediante la Ley 2ª de 1959 para programas de reforma agraria y desarrollo rural de que trata la Ley 160 de 1994, orientados a la economía campesina, y para la restitución jurídica y material de las tierras a las víctimas, en el marco de la Ley 1448 de 2011, para las áreas que pueden ser utilizadas en explotación diferente a la forestal, según la reglamentación de su uso y funcionamiento”¹¹.

-
9. Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Resolución 1528 (3, septiembre, 2012). Por la cual se establecen los requisitos y el procedimiento para la sustracción de áreas en las reservas forestales nacionales y regionales, para el desarrollo de actividades consideradas de utilidad pública o interés social, se establecen las actividades sometidas a sustracción temporal y se adoptan otras determinaciones. [en línea]. Bogotá D.C. [Consultado 26 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.minambiente.gov.co/index.php/tramites-minambiente/evaluacion-de-sustraccion-en-areas-de-reserva-forestal#normativa-relacionada-con-el-tr%C3%A1mite>.
 10. Colombia. Congreso de la Republica. Ley 160 (3 de agosto de 1994). Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones [en línea]. Bogotá D.C. Diario Oficial 1994 No. 41.479. Artículo 1 Objeto de la ley, Numeral 9: Regular la ocupación y aprovechamiento de las tierras baldías de la Nación, dando preferencia en su adjudicación a los campesinos de escasos recursos. [Consultado 5 de septiembre 2019]. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0160_1994.html.
 11. Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Resolución 629 (11, Mayo, 2012). Por la cual se establecen los requisitos y el procedimiento para la sustracción de áreas de reserva forestal establecidas mediante la Ley 2ª de 1959 para programas de reforma agraria y desarrollo rural de que trata la Ley 160 de 1994, orientados a la economía campesina, y para la restitución jurídica y material de las tierras a las víctimas, en el marco de la Ley 1448 de 2011, para las áreas que pueden ser utilizadas en explotación diferente a la forestal, según la reglamentación de su uso y funcionamiento. [en línea]. Bogotá D.C. [Consultado 26 de agosto 2019]. Disponible en: <http://www.minambiente.gov.co/index.php/tramites-minambiente/evaluacion-de-sustraccion-en-areas-de-reserva-forestal#normativa-relacionada-con-el-tr%C3%A1mite>.

Esto último planteó dos miradas frente al proceso de sustracción de áreas en ZRF. Por un lado, vemos que ese trámite puede estar motivado por la utilidad pública o el interés social que puede existir en el aprovechamiento económico del suelo, y por el otro lado, vemos una motivación que deviene de la teología de la Ley 160 de 1994 por la que se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria. Entrando en el análisis de estos motivos, es de especial relevancia tener presente que la declaratoria de utilidad pública o interés social es una facultad exclusiva del Legislador por disposición constitucional contenida en el artículo 58 de la Constitución Política de 1991, de lo cual pueden surgir muchas reflexiones, pues enmarcar la declaración de una actividad económica como de utilidad pública o de interés general en la realidad política del país, supone entender que en la dinámica electoral de las regiones es donde los grandes poderes económicos buscan en cada elección su respaldo jurídico en instituciones democráticas como el Congreso, lo que genera una simbiosis entre poderes regionales y clientelismo electoral, y esto es estructural a la hora de analizar el interés económico y político que puede existir detrás de la aprobación de leyes que determinen aspectos económicos sobre los territorios del país.

No obstante, por el lado de la reforma agraria, también quedan preguntas respecto a la motivación para solicitar un proceso de sustracción. Según el informe realizado por Oxfam en 2017 a partir del último censo agropecuario, se afirma que: “de cualquier forma que se mida, la concentración de tierra es hoy superior a la que existía en la década de 1960, cuando se comprendió que una distribución más equitativa de la tierra no solo era una cuestión fundamental de justicia sino también de eficiencia productiva. Los tímidos intentos de reforma agraria puestos en marcha en el pasado han resultado claramente insuficientes. No solo fracasaron en el objetivo de distribuir mejor la tierra, sino que la concentración no ha dejado de aumentar”¹².

Teniendo en cuenta datos puntuales del informe de Oxfam, tales como que en el campo el 1% de las explotaciones de mayor tamaño se reparte el 80% la tierra, mientras que el 99% restante se reparte menos de 20% y que el 42,7 % de los propietarios de los predios hayan declarado no

12. Oxfam Internacional. Radiografía de la desigualdad. Lo que nos dice el último censo agropecuario sobre la distribución de tierras en Colombia. [en línea] 2017. p 29. [Consultado: 12 de septiembre de 2019]. Disponible en: <https://www.oxfam.org/es/informes/radiografia-de-la-desigualdad>.

saber la situación de tenencia de sus tierras¹³, y poniendo estos datos en contraste con los mecanismos legales que existen en Colombia para la adjudicación de tierras a las pequeñas explotaciones, surgen muchas preocupaciones respecto a la situación del campo para quienes menos poseen la tierra.

Sí según el informe de Acción Social, el 45% del área terrestre de país está declarado como ZRF y teniendo en cuenta que las cifras muestran que del total de personas que habitan dentro de estas zonas, un 23% lo hacen en el área rural¹⁴, es pertinente que desde el derecho se indague de manera integral sobre los fundamentos de la Resolución 629 de 2012 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y la eficacia que esta ha tenido en lograr su objetivo, pues se puede considerar que esta resolución es un mecanismo que podría contribuir a la solución de los problemas de titulación y concentración, favoreciendo la ocupación y aprovechamiento de las tierras baldías de la Nación, que históricamente han sido explotadas por comunidades campesinas, sirviendo de vía jurídica para hacer efectivo el Sistema Nacional de Reforma Agraria contenido en la Ley 160 de 1994.

¿Cuáles son los motivos por los cuales se están adjudicando aéreas en ZRF para el aprovechamiento económico a través del proceso de sustracción? Esta pregunta es fundamental en la actualidad, pues luego de la firma del Acuerdo Final para la terminación del conflicto con la guerrilla FARC-EP, muchos consideran que se ha incumplido el punto 1: Reforma Rural Integral. Esto, aunado a una realidad histórica de concentración de tierras, pobreza y falta de oportunidades en el campo colombiano, ha puesto en vilo derechos económicos, sociales y culturales de las comunidades campesinas que por décadas han sido afectadas por los conflictos que se desprenden de la acumulación de tierras por los grandes poderes regionales en el país.

III. ¿Un proceso para qué?

Para responder la pregunta del apartado anterior la metodología de investigación fue el análisis de 95 resoluciones disponibles de manera digital en la página del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible

13. *Ibíd.* p. 29.

14. *Acción Social. Op. Cit.*, p. 11 - 45.

que corresponden a procesos de sustracción en las distintas ZRF entre el año 2013 y 2018. De ellas se verificaron los siguientes ítems: (i) Solicitante del procedimiento, (ii) Zona establecida, (iii) Normatividad relacionada con la motivación para solicitar la sustracción y (iv) caso concreto. Lo recolectado se sistematizo de la siguiente manera:

2013	
Normatividad relacionada	Número de resoluciones
Resolución 1526/12. Utilidad pública o interés social.	1
Resolución 629/12: Reforma agraria o desarrollo rural y restitución de tierras Ley 1448/11.	2
Total	3

2014	
Normatividad relacionada	Número de resoluciones
Resolución 1526/12. Utilidad pública o interés social	12
Resolución 629/12: Reforma agraria o desarrollo rural y restitución de tierras Ley 1448/11	2
Total	14

2015	
Normatividad relacionada	Número de resoluciones
Resolución 1526/12: Utilidad pública o interés social.	28
Resolución 629/12: Reforma agraria o desarrollo rural y restitución de tierras Ley 1448/11.	4
Total	32

2016	
Normatividad relacionada	Número de resoluciones
Resolución 1526/12. Utilidad pública o interés social.	9
Resolución 629/12: Reforma agraria o desarrollo rural y restitución de tierras Ley 1448/11.	5
Total	14

2017	
Normatividad relacionada	Número de resoluciones
Resolución 1526/12. Utilidad pública o interés social	19
Resolución 629/12: Reforma agraria o desarrollo rural y restitución de tierras Ley 1448/11	3
Total	22

2018	
Normatividad relacionada	Número de resoluciones
Resolución 1526/12: Utilidad pública o interés social.	10
Resolución 629/12: Reforma agraria o desarrollo rural y restitución de tierras Ley 1448/11.	0
Total	10

Análisis de relación 2013 - 2018		
Normatividad relacionada	Número de resoluciones	Porcentaje
Resolución 1526/12. Utilidad pública o interés social.	79	79.7%
Resolución 629/12: Reforma agraria o desarrollo rural y restitución de tierras Ley 1448/11.	16	20.3%
Total	95	100%

Las anteriores cifras dejan una puerta abierta al análisis y reflexión sobre las complejas dinámicas que generan las afectaciones legales en los territorios.

Lo primero que se hace visible con las cifras es que a pesar que las resoluciones que regulan los requisitos y procedimientos para la sustracción de áreas en ZRF son del mismo año, han tenido desarrollos disímiles en el tiempo. Por un lado, se observa que del total de resoluciones analizadas en el periodo de seis años entre 2013 y 2018, el 79,7% de sustracciones de áreas en ZRF corresponden a solicitudes motivadas bajo las consideraciones de utilidad pública o interés social con las problemáticas que subyacen a la definición de estos conceptos. Mientras que por otro lado, solo el 20,3% del total de las resoluciones analizadas corresponden a solicitudes de procesos de sustracción motivados bajo las consideraciones de reforma agraria o desarrollo social y restitución de tierras en el marco de la Ley 1148 de 2014.

Esto significa que la mayor parte de los procesos de sustracción autorizados de forma definitiva por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, en total 79, han abarcado un abanico de proyectos que dentro de lo analizado van desde proyectos viales, de explotación minera, ubicación de líneas de transmisión eléctricas, hasta proyectos hidroeléctricos y proyectos ecoturísticos, todos ellos enmarcados dentro de la concepción de “utilidad pública o interés social”, mientras que una parte menos considerable de estos procesos, en total 16, fueron adelantados para adjudicación de baldíos, restitución de tierras, reforma agraria o planes de manejo ambiental.

Sin duda, esto muestra que a través de los requisitos y procedimientos reglamentados en la Resolución 696 de 2012 de esta entidad se está contribuyendo para hacer efectivos los presupuestos de la Ley 160 de 1994, pero también evidencia un desafío jurídico para el derecho de cara a los mecanismos que garantizan el acceso a la tierra de los campesinos que habitan en ZRF, pues la realidad del campo colombiano refleja que, tanto la distribución inequitativa de la tierra como los problemas de titulación, han afectado históricamente a las comunidades campesinas que explotan económicamente los territorios, y si se tiene en cuenta que las ZRF abarcan un 45% del territorio nacional, es de especial atención que desde el derecho se planteen alternativas.

IV. Acceso a la tierra de las comunidades campesinas

Luego de la promulgación de la Ley 2ª de 1959, con la expedición del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (Decreto 2811 de 1974), se reglamentaron algunos aspectos que en la Ley 2ª se habían considerado sobre las ZRF. Este código volvió a retomar la idea de sustracción por motivos de utilidad pública e interés social en su artículo 210 como se dijo anteriormente, sin embargo, de manera puntual sobre la adjudicación de baldíos a campesinos solicitantes que estuvieran dentro de las ZRF negó totalmente la posibilidad en su artículo 209 que reza:

“No podrán ser adjudicados los baldíos de las áreas de reserva forestal. Se podrá otorgar concesión sobre el uso de baldíos desprovistos de bosques, aún dentro del área de reserva forestal. Tampoco habrá lugar al pago de mejoras en alguna de dichas áreas cuando se hayan hecho después de ponerse en vigencia este Código”¹⁵.

Hasta ese momento, la sustracción era el requisito único para que se adjudicaran baldíos dentro de estas zonas, pero como a la fecha solo se hablaba de motivaciones de “utilidad pública o interés social” no se podía afirmar que había una garantía de acceso a la tierra para las comunidades campesinas ni mecanismos jurídicos idóneos para que los habitantes rurales de las ZRF que fueron poblando de manera progresiva

15. Presidencia de Colombia, Decreto 2811 (18, diciembre, 1974), Op. Cit., p.1.

el campo pudieran regular su situación jurídica respecto a la titularidad de las tierras que explotaban.

Con la Ley 99 de 1993 se crea el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Esta ley estableció que era función de esta entidad el manejo de las ZRF, dándole competencia para adelantar distintos trámites sobre estas, entre esos la sustracción. Posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011 se determinó que la competencia para adelantar los procesos de sustracción correspondía exclusivamente a la entidad y dispuso un plan de zonificación y ordenamiento dentro de las ZRF buscando la construcción de políticas que permitieran un mejor aprovechamiento del suelo, no obstante, se dejaron aspectos sin reglamentar como los requisitos y el procedimiento específicos para llevar a cabo la sustracción.

Como se afirmó anteriormente, fue hasta 2012 que la entidad se encargó de reglamentar estos aspectos, dato que no es de menor relevancia pues muestra las dificultades normativas que tiene el campo colombiano y el desarrollo rural del país para efectivizar derechos a través del ordenamiento jurídico a lo largo del tiempo.

Poniendo especial atención en la Resolución 629 de 2012 se evidencia que ella faculta de manera expresa al INCODER (hoy Agencia Nacional de Tierras) para que se encargue de presentar las solicitudes de sustracción ante el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, lo que se podría considerar como un avance en términos de mecanismos jurídicos y acompañamiento técnico de parte del Estado para que se adelanten procesos de sustracción en pro de una redistribución de la tierra, la legalización de la situación de tenencia de las tierras y la reparación a las víctimas de desplazamiento en marco del conflicto armado, a pesar de que las cifras muestren un menor porcentaje en adjudicaciones realizadas para estos efectos, en comparación a las realizadas por motivos de utilidad pública o interés social.

Conclusión

La situación que vive hoy el campo necesita una mirada desde un derecho vivo que propenda por la búsqueda de mecanismos jurídicos eficientes y expeditos que faciliten la solución de problemas derivados de aplicación de las leyes que delimitan los territorios para poder

garantizar los derechos económicos, sociales y culturales que consagra la Constitución del 91 para las comunidades rurales que explotan la tierra a menor escala.

De hecho la Carta Política del 91, en su artículo 64 dispone que “es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa, y a los servicios de educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comunicaciones, comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial, con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos”¹⁶.

La realidad de las dinámicas rurales evidencia una insuficiencia de mecanismos jurídicos para garantizar el acceso a la tierra de las comunidades campesinas. Los números dan cuenta de que casi la mitad del país está afectado como ZRF por lo que el proceso de sustracción está siendo insuficiente para garantizar el acceso a la tierra de las comunidades campesinas, lo que genera a su vez la vulneración de los demás derechos accesorios que aparecen con la titulación o adjudicación de la tierra, como el acceso a créditos financieros, aumento de la calidad de vida de las personas y crecimiento en el desarrollo rural de manera integral.

Sería pertinente pensar en alternativas de solución jurídicas partiendo de la actualización de lo consagrado en la Ley 2 de 1959. Proponemos que se realice un estudio técnico que determine la situación actual de la tierra en Colombia, teniendo en cuenta sus potenciales usos, los habitantes de los territorios, las zonas de explotación económica y la preservación ecológica, para así caracterizar de manera integral las siete ZRF del país y realizar una nueva delimitación que responda a las necesidades actuales de los territorios y sus actores, así como a la dinámicas económicas del agro colombiano.



16. Colombia. Asamblea Constituyente de 1991. Constitución Política de Colombia. (20, julio, 1991). Bogotá D.C. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991 [Consultado 26 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>.

Bibliografía

- Acción Social. Caracterización de las Reservas Forestales de Ley 2/59 Consideraciones técnicas generales sobre las posibilidades de sustracción, hacia la definición de nuevas políticas públicas con fines de formalización de tierras. [en línea]. Bogotá 2019. P.45. [Consultado: 26 de agosto de 2019]. Disponible en: <https://www.restituciondetierras.gov.co/formalizacion>
- Agencia Nacional de Tierras. Guía: Elaboración de los estudios técnicos de sustracción de Zona de Reserva Forestal de la Ley 2da de 1959. Documento: Solicitudes de sustracción en zonas de reserva forestal de ley 2ª de 1959 [en línea]. Bogotá D.C. 2018. P. 1. [Consultado 01 de agosto 2019]. Disponible en: <http://www.agenciadetierras.gov.co/wp-content/uploads/2018/11/ADMTI-P-011-SOLICITUDES-DE-SUSTRACCION-EN-ZONAS-DE-RESERVA-FORESTAL-DE-LEY-2-DE-1959.pdf>
- Colombia. Asamblea Constituyente de 1991. Constitución Política de Colombia. (20, julio, 1991). Bogotá D.C. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. [Consultado 26 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>
- Colombia. Congreso de la Republica. Ley 2 (17 de enero de 1959). Sobre economía forestal de la Nación y conservación de recursos naturales renovables. [en línea]. Bogotá. Diario Oficial 1959. Nro 29861. P. 1. [Consultado: 1 de agosto de 2019] Disponible: <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1556842>
- Colombia. Congreso de la Republica. Ley 160 (3 de agosto de 1994). Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones [en línea]. Bogotá D.C. Diario Oficial 1994 No. 41.479. [Consultado 5 de septiembre 2019]. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0160_1994.html
- Colombia. Ministerio De Ambiente Y Desarrollo Sostenible. Resolución 1528 (3, septiembre, 2012). Por la cual se establecen los requisitos y el procedimiento para la sustracción de áreas en las reservas forestales nacionales y regionales, para el desarrollo de actividades consideradas de utilidad pública o interés social, se establecen las actividades sometidas a sustracción temporal y se adoptan otras determinaciones. [en línea].

Bogotá D.C. [Consultado 26 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.minambiente.gov.co/index.php/tramites-minambiente/evaluacion-de-sustraccion-en-areas-de-reserva-forestal#normativa-relacionada-con-el-tr%C3%A1mite>.

- Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Resolución 629 (11. Mayo, 2012). Por la cual se establecen los requisitos y el procedimiento para la sustracción de áreas de reserva forestal establecidas mediante la Ley 2ª de 1959 para programas de reforma agraria y desarrollo rural de que trata la Ley 160 de 1994, orientados a la economía campesina, y para la restitución jurídica y material de las tierras a las víctimas, en el marco de la Ley 1448 de 2011, para las áreas que pueden ser utilizadas en explotación diferente a la forestal, según la reglamentación de su uso y funcionamiento. [en línea]. Bogotá D.C. [Consultado 26 de agosto 2019]. Disponible en: <http://www.minambiente.gov.co/index.php/tramites-minambiente/evaluacion-de-sustraccion-en-areas-de-reserva-forestal#normativa-relacionada-con-el-tr%C3%A1mite>.
- Colombia. Presidencia de Colombia. Decreto Legislativo 2278 (01, septiembre, 1953). Por el cual se dictan medidas sobre cuestiones forestales. [en línea]. En: Diario Oficial. Bogotá. D.C. 12 de septiembre de 1953. No 28294. Pág. 1. [Consultado: 1 de agosto de 2019]. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1430092>
- Colombia. Presidencia de la Republica. Decreto 2811 (18, diciembre, 1974). Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. [en línea]. En: Diario Oficial. Bogotá. D.C. 27 de enero de 1975. No 34.243. P. 1. [Consultado 15 de agosto]. Disponible: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2811_1974.html
- Oxfam Internacional. Radiografía de la desigualdad. Lo que nos dice el último censo agropecuario sobre la distribución de tierras en Colombia. [en línea] 2017. p 29. [Consultado: 12 de septiembre de 2019]. Disponible en: <https://www.oxfam.org/es/informes/radiografia-de-la-desigualdad>
- Trujillo Osorio, Catalina & Escobar Gómez, Angie Liset. Restricciones conceptuales del ordenamiento territorial colombiano; usos del territorio y formas de propiedad. [en línea]. En: Entramado. Julio - Diciembre, 2015 vol. 11, no. 2, p. 20-36, <http://dx.doi.org/10.18041/entramado.2015v11n2.22231>



Acción de tutela
por controversias
en redes sociales:
subreglas, tensiones
y problemas.

Análisis de la Sentencia

T-102 de 2019

*David Morales Castaño**

Sumario

Introducción

- I. **Reseña de la sentencia T-102 de 2019**
- II. **Subreglas de admisibilidad de acciones de tutela en redes sociales**
- III. **Primera tensión: derecho a la libertad de expresión vs. Derecho a la honra y buen nombre**
- IV. **Segunda tensión: Acción de tutela para proteger derechos en redes sociales**
 1. La indefensión entre los usuarios de redes sociales
 2. Acción de tutela como primera *ratio*
 3. Instrumentos de eficacia de la acción de tutela en redes sociales

Conclusión

Bibliografía

Resumen

En este ensayo se hace un análisis de la procedencia de la acción de tutela para proteger derechos fundamentales en redes sociales a la luz de la sentencia T-102 de 2019 proferida por la Corte Constitucional de Colombia. Dicho fallo trata varios conceptos novedosos tales como el daño moral tangible, la presunción general de indefensión entre las partes y la utilización de la tutela como primera *ratio*. El autor estima que esta sentencia podría llegar a desvirtuar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela.

Palabras clave: Acción de tutela, libertad de expresión, derecho a la honra, derecho al buen nombre, admisibilidad, indefensión, eficacia.

Abstract

In this essay an analysis is made of the origin of the guardianship action (acción de tutela) to protect fundamental rights in social networks in light of the T-102 judgment of 2019 issued by the Constitutional Court of Colombia. This ruling establishes several concepts as the tangible moral damage, the general presumption of defenselessness between the parties and the use of guardianship as the first ratio. The author considers that this sentence

* Estudiante de Derecho de la Universidad Nacional, Bogotá, Colombia. Trabajo finalista Concurso de ensayo "Germán Cavelier" 2019-2.

could distort the principle of subsidiarity of the guardianship action.

Keywords: *Action of “tutela”, freedom of speech, right to honor, right to reputation, admissibility, helplessness, effectiveness.*

Introducción

Las redes sociales virtuales han transformado la forma en la que se relacionan las personas¹. Allí construyen su subjetividad individual y colectiva, se expresan, y divulgan sus opiniones². Si bien este fenómeno apareció en Colombia hace 15 años aproximadamente, solo hasta el año 2012 ha sido tema de discusión por parte de la Corte Constitucional colombiana³, profiriendo providencias que han ido construyendo una línea jurisprudencial respecto a la afectación de derechos fundamentales en redes sociales y al papel del juez constitucional para su protección. Una de las decisiones más recientes sobre el tema fue la sentencia T-102 de 2019⁴, en la cual el alto tribunal recogió varias de las subreglas que ha desarrollado en los últimos años.

En esta sentencia, se evidencian por lo menos dos tensiones jurisprudenciales relevantes. Por un lado, la tensión entre el derecho a la libertad de expresión ante el derecho a la honra y el buen nombre. Por otro lado, la tensión respecto a la subsidiariedad de la acción de tutela y la inexistencia de otros mecanismos de defensa judicial ordinarios, principales y eficaces para la protección de derechos fundamentales en redes sociales. Sobre la primera tensión, la jurisprudencia ha establecido

-
1. “La red social permite a su usuario crear un perfil público, compartir información, colaborar con la generación de contenidos y participar de forma fácil en movimientos sociales y corrientes de opinión. Permite gracias a la facilidad y rapidez de interconexión, aumentar las relaciones sociales entre los usuarios, lo cual genera un aspecto sociológico interesante que atrae, engancha y que cada vez más, incide en el ámbito de esas relaciones humanas, ya que las personas se hacen más individualistas y solitarias, al tiempo que cada vez esas relaciones «on line» se multiplican” Gil, Ana. El fenómeno de las redes sociales y los cambios de la vigencia de los Derechos Fundamentales. En: Revista de Derecho UNED, Núm. 10. España, 2012, p. 235
 2. Para Manuel Castells “La nuestra es una sociedad red, es decir, una sociedad construida en torno a redes personales y corporativas operadas por redes digitales que se comunican a través de internet” En la cual uno de los cambios “es la aparición de lo que denominamos «sociedad egocéntrica», o, en términos sociológicos, el proceso de individualización, el declive de la comunidad entendida en términos de espacio, trabajo, familia y adscripción en general.” Castells, Manuel. El impacto de internet en la sociedad: una perspectiva global. 19 ensayos fundamentales sobre cómo internet está cambiando nuestras vidas. [en línea]. 2014, Pp. 12 y 13
 3. Algunas de las primeras sentencias son: T-260/2012, T-550/2012, T-379/2013, T-634/2013.
 4. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-102 de 2019. Magistrado ponente Alberto Rojas Ríos.

parámetros para resolver las controversias, sintetizados claramente en una sentencia posterior⁵. Frente a la segunda tensión, se observa que la posición adoptada por la Corte genera problemas respecto a la admisibilidad y eficacia de la acción.

El objetivo de este texto es exponer las subreglas, las tensiones y problemas que se identifican en la sentencia T-102/2019, evaluando los argumentos y posiciones de la Corte. Para ello, se hará una exposición general de la sentencia de estudio (i), se señalarán las subreglas que se identifican para la admisibilidad de la acción de tutela en casos de redes sociales (ii), se expondrá la tensión entre los derechos a la honra y el buen nombre respecto a la libertad de expresión (iii), se desarrollará la tensión respecto a la utilización de la tutela como mecanismo principal de protección de derechos en redes sociales y los problemas identificados (iv), y se plantearán algunas conclusiones (v)⁶. Se busca con ello contribuir a la caracterización de un problema jurisprudencial y académico, que pueda servir de insumo para posteriores investigaciones y debates constitucionales.

I. Reseña de la sentencia T-102 de 2019

El 8 de marzo de 2019, la Corte Constitucional de Colombia –la Corte– profirió la sentencia T-102 de 2019, magistrado ponente Alberto Rojas Ríos, en la cual confirmó la sentencia de segunda instancia en la que se le negó a la accionante el amparo de los derechos a la vida, la seguridad e integridad personal, a la protección de la imagen de los niños, al buen nombre y a la honra. Fácticamente, la sentencia se basó en que la accionante consideraba que mediante una publicación realizada por la accionada en su cuenta personal de la red social Facebook, en la que la señalaba de ser la autora de unos pasquines con los que presuntamente se desacreditaba a algunos de los habitantes de Campo de la Cruz, municipio donde habitaban, le vulneró los derechos invocados

-
5. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-361 de 2019. Magistrado ponente Alberto Rojas Ríos.
 6. La metodología utilizada fue de tipo cualitativo, mediante la técnica de revisión documental, realizando la caracterización de un asunto de relevancia constitucional, tanto desde el punto de vista académico como práctico, por lo cual es un ensayo de tipo exploratorio, descriptivo e interpretativo. Las fuentes utilizadas fueron la jurisprudencia constitucional, la doctrina jurídica y la literatura académica, obtenidas mediante la búsqueda en bibliotecas y base de datos tales como la relatoría de la Corte Constitucional y los repositorios universitarios.

en protección, llevando además a comentarios ofensivos y amenazantes de distintas personas dentro de la misma red social.

El juez de primera instancia, negó la tutela al considerar que la accionante podía utilizar otros mecanismos para la protección de sus derechos, tales como la denuncia de publicaciones de Facebook para alertar sobre contenidos violentos o maliciosos, así como promover acciones de carácter policivo o penal. Además, afirmó que la tutela no contaba con el material probatorio suficiente para fallar a su favor. Por su parte, la sentencia de segunda instancia confirmó el fallo del *a quo* argumentando que la controversia se presentaba entre dos particulares, en la que no existía una relación de superioridad o subordinación de una sobre otra. Igualmente, aseveró que del caso no se desprendía la existencia de verdaderas amenazas sino solo de discusiones personales en redes sociales, concluyendo que, si la accionante lo consideraba pertinente, podía adelantar una acción penal para buscar la protección de su derecho al buen nombre.

En sede de revisión, la Corte consideró que la tutela sí era procedente al existir una relación de indefensión entre las partes. Sin embargo, confirmó la decisión de instancia por no encontrar una vulneración de los derechos fundamentales de la actora, al no probarse un *daño moral tangible*, en los términos que se expondrá posteriormente.

II. Subreglas de admisibilidad de acciones de tutela en redes sociales

- 1. Legitimación en la causa por pasiva.** La acción de tutela contra particulares excepcionalmente es procedente en los casos en que exista una relación de subordinación o indefensión entre las partes. Desde 2016⁷, la Corte ha reconocido la divulgación de información por redes sociales masivas e internet como uno de los supuestos en los que se presenta dicha asimetría, en tanto la persona que se percibe afectada no tiene cómo controlar la circulación de la misma.
- 2. Acción penal y derechos fundamentales.** La acción penal no es un mecanismo ordinario para proteger derechos fundamentales ya que su fundamentación y orientación es distinta: la acción penal se desarrolla en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado,

7. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-693 de 2016. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

orientado a establecer la responsabilidad individual respecto a la infracción de la ley penal por una conducta calificada como delito. Asimismo, la acción penal tiene un procedimiento extenso y complejo que no logra el objetivo de salvaguardar derechos fundamentales de manera inmediata como sí lo hace la tutela, como mecanismo expedito y sumario.

Además, en el proceso penal el juez está limitado por los principios del proceso adversarial, por lo que no tiene las amplias atribuciones para buscar la protección de derechos fundamentales, como las *facultades ultra y extra petita* del juez constitucional. En síntesis, la acción penal no es un mecanismo ordinario para proteger derechos fundamentales por lo cual no debe ser agotada antes de acudir al juez de tutela.

3. Derecho a la honra y buen nombre respecto a los delitos de injuria y calumnia. La vulneración del derecho a la honra y buen nombre no significa necesariamente la configuración de una conducta tipificada como injuria y/o calumnia⁸. Con esto, y sumado a la subregla anterior, la acción penal no es un mecanismo idóneo para la protección del derecho a la honra y buen nombre, haciendo procedente la acción de tutela sin necesidad de agotarla previamente.

4. Solicitud de rectificación previa. En los casos en que se busque la protección de los derechos afectados por información difundida por medios de comunicación o periodistas, se debe realizar, como requisito de procedibilidad, la solicitud de rectificación previa a la acción de tutela⁹. Sin embargo, este requisito no aplica en controversias entre particulares distintos a medios de comunicación o periodistas. Además, no se requiere la solicitud de rectificación en los casos en que la información u opinión que considere el accionante vulnera sus derechos, sea veraz pero que exponga elementos de su vida íntima¹⁰.

No obstante, este punto aún genera debate, teniendo en cuenta el salvamento de voto suscrito por el magistrado Carlos Bernal Pulido

8. Colombia. Congreso de la República. Ley 599 de 2000. Por el cual se expide el Código Penal. D.O. 44.097 del 24 de julio de 2000. Título V: Delitos contra la integridad moral, artículos 220 a 228.

9. Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2591 de 1991, Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, noviembre 19 de 1991. Art 42, numeral 7.

10. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-200 de 2018. Magistrado Ponente Alejandro Linares Cantillo.

dentro de la sentencia en estudio, en el que afirmó que la accionante debió realizar la solicitud de rectificación antes de interponer la acción de tutela, considerando extensible el requisito de procedibilidad a la divulgación de información por canales como internet y redes sociales.

III. Primera tensión: derecho a la libertad de expresión vs. Derecho a la honra y buen nombre en redes sociales

Las redes sociales virtuales son nuevos espacios de interacción en los que cualquier persona puede expresarse libremente, teniendo potencialmente un alcance mayor de receptores. Estas plataformas han sido positivas para la democracia, por ejemplo, al permitir que personas y grupos que históricamente no han tenido acceso a la generación y divulgación de información por medios de comunicación tradicionales¹¹ puedan hacerlo más fácilmente, fortaleciendo su visibilidad y organización¹². Sin embargo, las redes sociales también generan nuevos riesgos¹³ para la afectación de otros derechos¹⁴, especialmente el derecho a la honra y buen nombre.

La primera tensión se plantea entre el derecho a la libertad de expresión, que encuentra un nuevo escenario de ejercicio en las redes

11. Tales como televisión, radio y prensa escrita.

12. “En esta segunda década del siglo XXI, múltiples movimientos sociales de todo el mundo han hecho de internet su espacio de formación y de conectividad permanente, de unos con otros y con la sociedad en su conjunto. Estos movimientos sociales en red, formados en las redes sociales de internet, han actuado en el espacio urbano y en el institucional, induciendo un nuevo tipo de activismo que es el actor principal del cambio en la sociedad red”. Castells, Op. Cit. p. 21. Además, ver Sentencia T-361 de 2019 sobre *#MeToo*

13. Al respecto se toma la perspectiva de los teóricos de la globalización Urick Beck y Anthony Giddens, quienes identifican como una de las características de la sociedad contemporánea, el surgimiento de nuevos riesgos, algunos creados o manufacturados por el conocimiento humano, como lo son las redes sociales, en la que los mecanismos tradicionales para su control, centrados en el Estado, se quedan cortos. Guiddens, Anthony. *Un mundo desbocado, los efectos de la globalización en nuestras vidas*. México, Taurus. 2007 y beck, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Palacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Buenos Aires. Paidós. 2008.

14. Otro ejemplo de riesgos a los derechos fundamentales es el que identifica Dumortier respecto a la descontextualización de la información en Facebook y el derecho a la privacidad: “Por eso, la descontextualización de la información personal se puede considerar como una de las amenazas principales para el derecho a la privacidad. Esta amenaza de descontextualización está particularmente presente en el caso de Facebook, dado que es una plataforma de contextos colapsados. De hecho, el servicio funde cualquier relación posible en un único espacio social: amistad, política, trabajo, amor, etc., todas se mezclan en un entorno único” Dumortier, Franck. Facebook y los riesgos de la “descontextualización” de la información. En: V Congreso Internet, Derecho y Política (IDP). Cara y cruz de las redes sociales. IDP. Revista de Internet, Derecho y Política. N.º 9. UOC. ISSN 1699-8154. 2009. P 36.

sociales y, por otro lado, el riesgo de afectación del derecho a la honra y buen nombre entre usuarios de redes sociales virtuales. Para explorar esta tensión, la Corte en la sentencia de estudio realizó una descripción de cada uno de los derechos y, en una sentencia posterior, definió criterios para determinar cuándo es legítima la limitación de la libertad de expresión al afectar otros derechos.

Respecto a la libertad de expresión, la Corte precisó que es un derecho que tiene dos facetas: la primera relacionada con la “posibilidad de procurar y divulgar *información* propiamente dicha que, en la medida en que puede ser sometida a verificación, es susceptible de ser verdadera o falsa”¹⁵; y la segunda, relacionada con

[I]a facultad de conocer y manifestar *opiniones*, que devienen de la libertad de pensamiento y están más próximas a apreciaciones, reflexiones o valoraciones sobre un tema, un fenómeno, una persona, etc., y que por lo tanto no necesariamente soportan un juicio de verdad o falsedad, pues están estrechamente relacionadas con una percepción más o menos subjetiva sobre el objeto o el acontecimiento¹⁶.

En este sentido, la Corte ha dicho que la difusión de *información* tiene una carga mayor ya que debe observar estándares objetivos de veracidad e imparcialidad¹⁷, siendo este un campo principalmente de los comunicadores y de los que tienen por oficio la difusión de información; mientras que la divulgación de *opiniones* no tiene en principio límites¹⁸. Además, afirmó que la jurisprudencia ha decantado presunciones que le dan una protección especial a este derecho, siendo

15. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-102 de 2019. Op. Cit.

16. *Ibidem*

17. “De acuerdo con esa comprensión, la Corte ha explicado que el principio de veracidad supone que los enunciados fácticos puedan ser verificados razonablemente, es decir, no exige que la información publicada sea irrefutablemente cierta, sino un deber de diligencia razonable del emisor. [...] En consecuencia, se desconoce el principio de veracidad cuando la información se sustenta en ‘rumores, invenciones o malas intenciones’ o, cuando pese a ser cierta, se presenta de tal manera que hace incurrir en error a su destinatario. [...]

El principio de imparcialidad ‘envuelve una dimensión interpretativa de los hechos, la cual incluye elementos valorativos y está a mitad de camino entre el hecho y la opinión’. [...] este principio ciertamente exige establecer distancia entre la noticia objetiva y la crítica personal, ya que el público tiene derecho a formar libremente su opinión. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-244 de 2018. Magistrado ponente José Fernando Reyes Cuartas.

18. La Corte afirmó que se protege no solo el contenido sino el tono de la opinión, cobijando no solo las expresiones aceptadas socialmente, sino las que pueden ser molestas, chocantes u ofensivas.

excepcionales sus limitaciones y requiriendo que estas sean sometidas a un control de constitucionalidad estricto¹⁹. En relación al ejercicio del derecho en internet, la Corte ha dicho que no se le puede trasladar la responsabilidad de los contenidos publicados por los usuarios a los intermediarios de internet²⁰, ya que sería legitimar la censura o el filtrado de información.

Por otro lado, respecto al derecho a la honra y el buen nombre, la Corte ha aclarado que:

La *honra* se refiere a la estimación o deferencia con la que cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen y le tratan, en razón a su dignidad humana [...]

El *buen nombre* es una noción que se relaciona con la buena opinión o fama adquirida por un individuo en razón de la virtud y al mérito, como consecuencia necesaria de las acciones protagonizadas por él²¹.

Asimismo, ha dicho que la afectación a este derecho no depende de la percepción subjetiva ni de la interpretación de la persona que se ha sentido vulnerada, sino que debe tratarse de descalificaciones inadmisibles en una democracia constitucional²², requiriendo que la información u opinión sea de tal intensidad que genere lo que ha denominado *daño moral tangible*²³.

19. “La jurisprudencia constitucional ha emanado tres presunciones relevantes para la protección de la libertad de expresión. La primera, que toda expresión, de cualquier contenido y forma, está amparada prima facie por el derecho a la libertad de expresión. La segunda, que, en los eventos de colisión del derecho a la libertad de expresión con otros derechos fundamentales, en principio, aquél prevalece sobre los demás. El tercero, que cualquier limitación de una autoridad pública al derecho a la libertad de expresión se presume inconstitucional y, por tanto, debe ser sometida a un control constitucional estricto” Colombia. Corte Constitucional. T-361 de 2019.

20. Tales como prestadores del servicio de internet o los controladores de plataformas digitales.

21. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-1319 de 2001. Magistrado Ponente Rodrigo Uprimny Yepes. Citado en: Sentencia T-102 de 2001.

22. Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-1319 de 2001. Magistrado Ponente Rodrigo Uprimny Yepes.

23. Concepto que ha usado la Corte desde la Sentencia T-040 de 2005. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa. En sentencias anteriores, la Corte ha definido temas en los cuales se presenta un daño moral tangible, esto es, (i) cuando al afectado se le endilgan delitos o conductas sancionables por el derecho (especialmente cuando no existe una condena); y (ii) cuando se le atribuyen comportamientos que, sin ser punibles, tienen un grado significativo de reproche social, algunos ejemplos son: no pago de deudas Sentencia T-050 de 2016, participación en actos impúdicos en ambientes escolares Sentencia T-220 de 2004. inducción a jóvenes al exhibicionismo, la pornografía y la inmoralidad en internet Sentencia T-054 de 2018. Citado en T-102 de 2019.

Respecto a los parámetros para evaluar hasta donde se puede limitar la libertad de expresión, la Corte, basada en jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ha establecido que existen *discursos no protegidos por la libertad de expresión*²⁴, así como una metodología, que ha denominado el *test tripartito*²⁵, para evaluarlos²⁶; con lo cual la jurisprudencia reconoce que los conflictos interpersonales son inherentes a la vida social pero que, sin embargo, no todos son importantes para el sistema jurídico. Pese a estas consideraciones, se evidencia que, con los criterios de admisibilidad de la tutela establecidos en la sentencia, hace que un nuevo conjunto de controversias entre particulares deba ser conocidos por el derecho, tal y como se expone en la segunda tensión.

IV. Segunda tensión: Acción de tutela para proteger derechos en redes sociales

Como se presentó anteriormente, las redes sociales se han convertido en un nuevo espacio en el cual se ejerce la libertad de expresión, en sus facetas de información y opinión, trayendo nuevos riesgos y posibilidades. Uno de estos nuevos riesgos es que se presenten afectaciones a otros derechos fundamentales, lo cual, como se expresó en el título anterior, ha sido parcialmente resuelto por la Corte al definir parámetros *como los discursos no protegidos por la libertad de expresión*, el *test tripartito*, y el criterio de *daño moral tangible* en el caso de afectación del derecho a la honra y buen nombre.

... la jurisprudencia reconoce que los conflictos interpersonales son inherentes a la vida social pero que, sin embargo, no todos son importantes para el sistema jurídico...

24. Estos son: i) la pornografía infantil; ii) la incitación al genocidio; iii) la propaganda a la guerra; y iv) la apología del odio que constituya incitación a la violencia. COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-361 de 2019.
25. “De acuerdo con dicho test, la limitación debe cumplir con la regla general, la cual es la compatibilidad de las limitaciones con el principio democrático. Posteriormente, se verifica si i) la limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material; ii) la limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana; y iii) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan, e idónea para lograr el objetivo imperioso que se pretende lograr” Colombia. Corte Constitucional. *Ibíd.*
26. Esta metodología ha sido aplicada por la Corte en sentencias como la T-634 de 2013, T-145 de 2016, T-244 de 2018, T-243 de 2018.

Sin embargo, este tema trae una tensión que no ha sido aún resuelta de manera satisfactoria: ¿qué papel debe cumplir la acción de tutela para proteger derechos fundamentales en el caso en que un particular considere que otro particular los está vulnerando por su actividad en redes sociales? Lo cual tiene de fondo la pregunta de hasta dónde un juez, es decir, el Estado, debe conocer de una controversia en internet entre privados.

Para iniciar, es necesario recordar que la acción de tutela²⁷ es un mecanismo que busca la protección de un derecho fundamental violado o amenazado, mediante un procedimiento especial, preferente y sumario, que puede ser adelantado por cualquier persona natural o jurídica. Por regla general, las legitimadas por pasiva son las autoridades públicas por acción u omisión. Sin embargo, la tutela procede contra particulares cuando²⁸: (i) el particular esté prestando un servicio público; (ii) exista una relación de subordinación o indefensión entre las partes²⁹; (iii) se busque la protección de los derechos consagrados en los artículos 15 o 17 constitucionales³⁰; y (iv) cuando se solicite rectificación de *informaciones* inexactas o erróneas.

Además, en Colombia este recurso de amparo se concibió como un mecanismo subsidiario, es decir, procedente solo cuando la persona afectada no disponga de otro mecanismo de defensa judicial. Aun así, se han desarrollado dos excepciones: (i) cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; y (ii) cuando pese a existir otro medio de defensa judicial, este no resulte eficaz para proteger los derechos fundamentales³¹. Asimismo, en el ordenamiento

27. Consagrada en el artículo 86 de la constitución política y reglamentada con el decreto 2591 de 1991. Colombia. Asamblea Constituyente. Constitución Política de Colombia. 1991.

28. *Ibidem*. Art. 42.

29. “Los conceptos de subordinación e indefensión son diferentes [...] la subordinación se desprende de una relación jurídica que conlleva la dependencia de una persona respecto de otra y que se manifiesta en el deber de acatamiento a las órdenes proferidas por quien, en razón de sus calidades, tiene competencia para impartirlas, [...] la indefensión es un concepto de naturaleza fáctica, que se configura cuando una persona se encuentra en un estado de debilidad manifiesta frente a otra, de modo que, por el conjunto de circunstancias de hecho que rodean el caso, no le es posible protegerse en un plano de igualdad. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-062 de 2018. Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez.

30. Artículo 15: Habeas data. Artículo 17: prohibición de la esclavitud, servidumbre y trata de personas.

31. Por ejemplo, cuando las personas vulneradas en sus derechos sean considerados sujetos de especial protección constitucional. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-533 de 2016. Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado.

jurídico se dispusieron herramientas de tipo sancionatorio y material³², para garantizar el cumplimiento de los fallos de tutela³³.

Con lo anterior, se identifican al menos tres problemas de la acción de tutela en redes sociales: respecto a la relación de indefensión de los usuarios de redes sociales (i), respecto a la acción de tutela como primera ratio para resolver conflictos (ii) y sobre los mecanismos para asegurar la eficacia de los fallos de tutela (iii).

1. La indefensión entre los usuarios de redes sociales

La sentencia en estudio afirmó que las personas usuarias de redes sociales se encuentran en una relación de indefensión en internet, por el hecho de no poder controlar la actividad de otro usuario en su cuenta personal, concluyendo que las tutelas sobre este tema, en principio, deben ser admitidas, desde el análisis de legitimación por pasiva, al configurarse una de las hipótesis de admisibilidad de la acción contra particulares.

Como se citó anteriormente, la indefensión parte de un análisis fáctico de las desigualdades que presentan los particulares, estudio que, por regla general, debe realizarse caso a caso³⁴. Sin embargo, con la T-102/2019 se presume la relación de indefensión entre usuarios de redes sociales, utilizando el argumento de sentencias anteriores en las que al Corte reconoció que uno de los supuestos en los que se evidencia la asimetría entre particulares es en la *divulgación de información* en redes sociales masivas e internet por medios de comunicación, al reconocer la dificultad que tiene la persona afectada para controlar la circulación de la misma³⁵. En la sentencia T-693/2016, afirmó que:

-
32. “Las de tipo sancionatorio (requerimiento al superior jerárquico, solicitud de apertura de proceso disciplinario, compulsión de copias para que se adelanten investigaciones penales y trámite del incidente de desacato) buscan imponer castigos de distinta naturaleza a los obligados renuentes al cumplimiento. [...] Las de tipo material, comprenden cualquier otro tipo de actuación del juez que por vías legales pueda conducir al cumplimiento; [por ejemplo] solicitar pruebas, dictar órdenes y requerimientos complementarios sin modificación de la decisión, proferir sentencias de reemplazo en el caso de tutelas contra providencias judiciales que no se cumplen [...]” Londoño-Toro, Et al. Eficacia del incidente de desacato. Estudio de caso, Bogotá, Colombia 2007. Revista Universitas No. 118:161-187, enero-junio ISSN: 0041-9060. Bogotá, 2019. p 171.
 33. Colombia. Presidencia de la República. Op. Cit. Arts. 27 y 52.
 34. Un ejemplo reciente de ello es la sentencia T-417 de 2019, magistrada ponente Diana Fajardo Rivera, en la cual la Corte inadmitió la acción de tutela al considerar que no existía una relación fáctica de indefensión entre una persona homosexual y su compañera de trabajo quien lo discriminaba.
 35. Colombia. Corte Constitucional. Op. Cit. T-102 de 2019.

La Corte ha fijado la presunción de que el individuo se halla en situación de indefensión, a causa del impacto social que puede ocasionar **la difusión masiva de contenidos** y su potencial influencia en las creencias y opiniones de las personas. Lejos de ser un particular más, **los medios son organizaciones** que, debido a la naturaleza de su actividad, ejercen de facto también un amplio poder social que puede llegar a lesionar derechos individuales con un incontrastable efecto multiplicador. De ahí que se reconozca el papel de la tutela en esta relación asimétrica para la protección de las prerrogativas fundamentales del individuo³⁶.

... aceptar que la tutela es procedente por pasiva porque una persona no tiene control sobre las acciones de la otra, desconoce que una persona tampoco puede controlar las acciones de los demás en la vida por fuera de las redes virtuales...

Con ello, la Corte dejó a un lado la diferenciación realizada entre las dos facetas del derecho a la libertad de expresión, esto es, la circulación de *información* y la emisión de *opiniones*, equiparando la presunción de indefensión, al igual que la diferencia entre la información divulgada por un medio de comunicación y la divulgada por un particular. Por esto, desde la sentencia en estudio se presumiría la relación de indefensión entre los usuarios de redes sociales sin ni siquiera evaluar preliminarmente si el contenido que se considera “vulnerador de derechos”. Esto hace que los jueces deban conocer de controversias que en principio no son de relevancia jurídica, teniendo como consecuencia un aumento de la congestión del sistema judicial y una intromisión mayor de los jueces en la solución de conflictos sociales.

Por último, aceptar que la tutela es procedente por pasiva porque una persona no tiene control sobre las acciones de la otra, desconoce que una persona tampoco puede controlar las acciones de los demás en la vida por fuera de las redes virtuales. Es evidente que el impacto que puede tener una publicación en una red social es potencialmente mayor al que puede tener una información u opinión fuera de ellas.

36. Colombia. Corte Constitucional. Op. Cit. T-693 de 2016

Sin embargo, el argumento entonces no sería la capacidad que se tiene de controlar las acciones de los otros, sino la capacidad de tener un mayor impacto negativo en los derechos de las personas, por lo cual es más eficiente, como se dijo anteriormente, analizar preliminarmente elementos fácticos caso a caso para determinar la indefensión y no establecer una presunción general de admisibilidad.

2. Acción de tutela como primera *ratio*

Una de las subreglas extraídas de la sentencia de estudio es que para las controversias en redes sociales entre particulares no es necesario realizar una solicitud de rectificación directa previa a la interposición de la tutela. Este análisis de la Corte si bien es acertado, teniendo en cuenta que los requisitos procesales, al ser un límite al ejercicio de derechos, deben ser previamente establecido por la ley; hace que el sistema jurídico no busque en primera medida que se resuelvan las controversias entre las mismas personas, sino que impulsa a que en *primera ratio* se use la vía judicial como único mecanismo para la protección de derechos, más aún cuando ha dejado claro que la acción penal no es un mecanismo idóneo para la protección de derechos fundamentales. Es decir, insta a que los particulares resuelvan las controversias que se susciten en redes sociales solo desde las vías jurídicas, sin antes al menos intentar tramitar conflictos desde el ámbito personal.

Por un lado, este fenómeno evidencia el proceso cada vez más intenso en la sociedad contemporánea de controlar y racionalizar los espacios de la vida cotidiana por medio del derecho y del poder del Estado, lo que lleva a un predominio del campo jurídico sobre otros campos sociales³⁷ o, en términos de Habermas, a la *colonización del mundo de la vida*³⁸. Por otro lado, y como resultados de lo anterior, este fenómeno evidencia la dificultad que tiene la sociedad colombiana de solucionar sus conflictos directamente, haciendo que el derecho sea la única herramienta para evitar problemas mayores. Un ejemplo de

37. Bourdieu, Pierre. Razones Prácticas. Sobre la teoría de la acción. Barcelona, Anagrama, 1997. Pp 99-100.

38. “Los mecanismos sistémicos acaban desplazando las formas de integración social, incluso en aquellos ámbitos en que la coordinación de la acción en términos de consenso no tiene sustitución alguna: es decir, incluso allí donde lo que está en juego es la reproducción simbólica del mundo de la vida. Entonces la mediatización del mundo de la vida adopta la forma de colonización del mundo de la vida” Habermas, Jürgen. Teoría de la Acción Comunicativa. Tomo II. Madrid, Taurus. 1981. pp 279.

ello, es lo que autores como Uprinmy³⁹ y García⁴⁰ han denominado la *judicialización o juridización de la política*, en la cual cada vez más los conflictos políticos terminan tramitándose por las vías judiciales ante la falencia del sistema político para tramitar sus temas.

En la práctica, los dos problemas anteriormente mencionados pueden llevar a (i) un aumento del número de tutelas interpuestas, muchas de ellas que deberán ser admitidas pese a ser evidente que no se cumple el criterio de daño moral tangible, y (ii) la desnaturalización de la acción de tutela como mecanismo extraordinario y subsidiario.

3. Instrumentos de eficacia de la acción de tutela en redes sociales

Un tercer problema que se identifica en la sentencia está relacionado con la eficacia⁴¹ de los fallos de tutela en este tema, lo que genera cuestionamientos desde dos perspectivas. Por un lado, hay que preguntarse cuál es la capacidad efectiva que tiene el Estado, mediante los jueces constitucionales, para el control de las acciones de los usuarios de redes sociales. Por ejemplo, ¿qué puede hacer un juez si la parte accionada decide no quitar la publicación o rectificar la información que se haya definido como vulneradora de un derecho fundamental? y ¿cómo puede el juez hacer efectivo el fallo al no tener capacidad de ordenarle a red social directamente la ejecución del mismo?⁴² Más aún, teniendo en cuenta que no se requiere ningún tipo de *personalidad jurídica* para usar las redes sociales, ¿cómo puede hacer un juez para controlar las acciones de un perfil en una red social de una persona que

39. Uprinmy, Rodrigo. La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. En: Sur - Revista internacional de Derechos Humanos. No. 6, 2007.

40. García, Mauricio. Derecho a falta de democracia: la juridización del régimen político colombiano. En: Revista Análisis Político No. 82. Septiembre-diciembre. Bogotá, 2014. Pp 167-195.

41. “Así pues, la eficacia aquí se entenderá como “aquella causalidad entre el propósito buscado por la norma y su resultado efectivo”. Por lo tanto, una norma se puede considerar eficaz cuando es obedecida de manera general, y en caso de incumplimiento, es aplicada la correspondiente sanción por parte de los jueces, mostrando así una correspondencia entre las acciones y lo dispuesto por las normas”. Sánchez, Angela. Op. Cit. p. 32.

42. “Aunque pudiera parecer que los protagonistas de las redes sociales son los usuarios, lo cierto es que lo son los prestadores de servicios. Si nos centramos en su funcionamiento, vemos como al darse de alta el usuario proporciona una gran cantidad de datos personales, muchos de los cuales pueden calificarse de sensibles, no proporcionándolos el usuario voluntariamente, aunque puede dar esta impresión, sino compelido por el sistema, con el fin de poder acceder a determinados servicios o aplicaciones, produciéndose lo que por ejemplo Gonzalez Fuster califica «como divulgación no espontánea de datos”. Gil, Op. Cit. p 231.

se encuentre en otro país, o simplemente a la que se le desconozca su identidad como persona natural?

Por otro lado, hay que preguntarse sobre la pertinencia y aplicabilidad de los mecanismos de tipo material y sancionatorio que tiene el juez de tutela para hacer efectivos los fallos⁴³ teniendo en cuenta que, en primera medida, los legitimados por pasiva son personas naturales que no necesariamente tienen un vínculo con el Estado, por lo que las sanciones de tipo disciplinario, las órdenes del superior, etc., no le son aplicables. En segunda medida, es necesario evaluar si realmente sería proporcional, por ejemplo, imponer una medida de prisión o multa, a una persona por no rectificar o eliminar un contenido que se predica vulnera derechos fundamentales de otra persona⁴⁴.

Conclusión

A través de este ensayo se señalaron las tensiones y problemáticas de las decisiones y argumentos de la Corte Constitucional en los casos de vulneración de derechos fundamentales en redes sociales y del mecanismo de acción de tutela para su protección.

Inicialmente, se identificaron subreglas para evaluar la admisibilidad de la acción de tutela, esto es, la presunción de indefensión entre usuarios de redes sociales que legitiman en la causa por pasiva, la procedencia de la tutela sin necesidad de agotar primero la acción penal y la inaplicabilidad del requisito de solicitar la rectificación directamente cuando la controversia se presente entre particulares.

-
43. “Por consiguiente, si la parte accionada no cumple con la orden del fallo de tutela dentro de las 48 horas siguientes a su notificación, se recurrirá al superior jerárquico para que dentro de otras 48 horas siguientes haga cumplir el fallo a la parte accionada renuente, y abra el correspondiente proceso disciplinario en su contra. En caso de que el superior tampoco cumpla, pasadas otras 48 horas el juez podrá ordenar abrir proceso en su contra, y adoptar todas las medidas necesarias para el cabal cumplimiento de la orden. Así mismo, el citado artículo faculta al juez para sancionar por desacato tanto al responsable como al superior, hasta que cumplan con su sentencia” Sánchez, Angela. Eficacia del trámite incidental de desacato como mecanismo para lograr el cumplimiento de la orden del fallo de tutela. Revista de derecho público No. 30. Enero-junio. ISSN 1909-7778. Bogotá, Universidad de los Andes. 2013. p 15. y Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-942 de 2000. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.
44. Mucho más teniendo en cuenta el carácter de *querellable* de este tipo de delitos en el ámbito penal, es decir, en la que el legislador ha dispuesto en primera medida que se intente resolver la controversia entre los particulares antes de iniciar la acción de investigación penal. Colombia. Congreso de la República. Ley 906 de 2004. Artículo 74.

Posteriormente, se expuso cómo la tensión entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la honra y buen nombre ha sido resuelta por la Corte con la introducción de parámetros como los *discursos no protegidos por la libertad de expresión*, el *test tripartito*, y el criterio de *daño moral tangible*.

Respecto a la tensión entre la acción de tutela como mecanismo para proteger derechos fundamentales en redes sociales y la naturaleza con la que fue concebida la misma, se presentaron tres problemas: la presunción de indefensión entre las partes, la utilización de la tutela como primera *ratio* y el cuestionamiento de la eficacia de los fallos de tutela en estos casos.

Más allá de presentar propuestas, la idea fue plantear problemas que alienten el debate constitucional y académico. Por lo pronto, se concluye que la admisibilidad de la acción de tutela para proteger derechos en redes sociales debe ser replanteado para lograr así que el mecanismo no se desnaturalice ni que se desgaste aún más el aparato judicial. Sin embargo, mientras no existan otros mecanismos distintos para resolver los conflictos sociales, la acción de tutela seguirá siendo una herramienta fundamental para evitar que los problemas se tramiten por vías violentas⁴⁵, tal y como lo ha mostrado la historia de Colombia, por lo cual la discusión no habría que plantearla desde el punto de vista dogmático, sino desde un punto de vista teleológico.

Por último, se concluye que la regulación de las redes sociales es una discusión abierta a nivel mundial en la que, basados en la teoría del riesgo⁴⁶, es necesario crear mecanismos alternativos a los tradicionales, ya que es un fenómeno de la sociedad globalizada que pone en cuestión el poder del Estado moderno, desbordando la capacidad del derecho y de las instituciones jurídicas⁴⁷.

45. Uscanga, Abril y López, Carlos. La protección de los derechos fundamentales frente a particulares: el amparo en México y la acción de tutela en Colombia Revista de la Facultad de Derecho de México; Vol 61, No 256. 2011.

46. Guiddens, Anthony y Beck, Ulrich. Op. Cit.

47. Sobre esta discusión, algunos autores, por ejemplo, han planteado la necesidad de basarse en el procedimiento en la toma de decisiones, decision-making. Majone, Gioandomenico. Foundations of risk regulation: science, decision-making, policy learning and institucional reform. Ejrr. 2010.

Bibliografía

- Beck, Ulrich. ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Buenos Aires. Paidós. 2008
- Bourdieu, Pierre. Razones Prácticas. Sobre la teoría de la acción. Barcelona, Anagrama, 1997.
- Castells, Manuel. El impacto de internet en la sociedad: una perspectiva global. 19 ensayos fundamentales sobre cómo internet está cambiando nuestras vidas. [en línea]. 2014
- Dumortier, Franck. Facebook y los riesgos de la “descontextualización” de la información. En: V Congreso Internet, Derecho y Política (IDP). Cara y cruz de las redes sociales. IDP. Revista de Internet, Derecho y Política. N.º 9. UOC. ISSN 1699-8154. 2009
- García, Mauricio. Derecho a falta de democracia: la juridización del régimen político colombiano. En: Revista Análisis Político No. 82. Septiembre-diciembre. Bogotá, 2014. Pp 167-195
- Gil, Ana. El fenómeno de las redes sociales y los cambios de la vigencia de los Derechos Fundamentales. En: Revista de Derecho UNED, Núm. 10. España, 2012
- Guiddens, Anthony. Un mundo desbocado, los efectos de la globalización en nuestras vidas. México, Taurus. 2007
- Habermas, Jürgen. Teoría de la Acción Comunicativa. Tomo II. Madrid, Taurus. 1981
- Majone, Gioandomenico. Foundations of risk regulation: science, decisión-making, policy learning and institucional reform. EJRR. 2010
- Londoño-Toro, Et al. Eficacia del incidente de desacato. Estudio de caso, Bogotá, Colombia 2007. Revista Universitas No. 118: 161-187, enero-junio ISSN: 0041-9060. Bogotá, 2019.
- Sánchez, Angela. Eficacia del trámite incidental de desacato como mecanismo para lograr el cumplimiento de la orden del fallo de tutela. Revista de derecho público No. 30. Enero-junio. ISSN 1909-7778. Bogotá, Universidad de los Andes. 2013
- Uprinmy, Rodrigo. La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. En: Sur - Revista internacional de Derechos Humanos. No. 6, 2007
- Uscanga, Abril y López, Carlos. La protección de los derechos fundamentales frente a particulares: el amparo en México y la acción de

tutela en Colombia Revista de la Facultad de Derecho de México; Vol 61,
No 256. 2011

Jurisprudencia y normas

- Colombia. Asamblea Constituyente. Constitución Política de Colombia. 1991
- Colombia. Congreso de la República. Ley 599 de 2000. Por el cual se expide el Código Penal. D.O. 44.097 del 24 de julio de 2000
- Colombia. Congreso de la República. Ley 906 de 2004. Por el cual se expide el código de procedimiento penal. D.O. 45.658 de 1 de septiembre de 2004
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-942 de 2000. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-1319 de 2001. Magistrado Ponente Rodrigo Uprimny Yepes
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-533 de 2016. Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-693 de 2016. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-062 de 2018. Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-200 de 2018. Magistrado Ponente Alejandro Linares Cantillo
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-244 de 2018. Magistrado ponente José Fernando Reyes Cuartas
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-102 de 2019. Magistrado ponente Alberto Rojas Ríos
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-361 de 2019. Magistrado ponente Alberto Rojas Ríos
- Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2591 de 1991, Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, noviembre 19 de 1991





La reparación
de perjuicios
derivados de actos
administrativos:
contribución
jurisprudencial
en materia de
reparación directa

*Sara Valeria Torres Cortes**

Sumario

Introducción

I. El caso

1. Hechos relevantes
2. Problemas jurídicos
3. ¿Reparación directa o nulidad y restablecimiento del derecho?
4. Caducidad
5. Perdida de oportunidad

II. La jurisprudencia en materia de reparación directa en caso de perjuicios causados por un acto administrativo

Conclusiones

Bibliografía

Resumen

Los casos difíciles en el derecho administrativo colombiano han generado la necesidad de complementar el alcance de las normas a través de la jurisprudencia. Una muestra de ello son las excepciones para la procedencia de la reparación directa. Este trabajo es un esfuerzo por sintetizar tales excepciones de la mano de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Palabras clave: pretensión, reparación directa, nulidad y restablecimiento del derecho, excepciones, perjuicios, acto administrativo.

Abstract

Difficult real-life cases have generated the need to complement the exceptions for the provenance of direct reparation seeking to defend the citizens against unlawful damages that, due to their nature, would have no place in action called “nullity and restoration of the right”. This work is an effort to synthesize such exceptions in the hands of the jurisprudence of the Colombia State Council.

Keywords: *claim, direct reparation, nullity, exceptions, damages, administrative act.*

* Estudiante de Derecho de la Universidad Nacional, Bogotá, Colombia. Ganadora del segundo puesto en el Concurso de ensayo “Germán Cavelier” 2019-2.

Introducción

La ley en materia administrativa ha regulado los medios de control como un grupo de pretensiones para invocar la acción administrativa¹. Cada uno de estos cubre una pretensión específica y diferente del resto, que persigue desde la impugnación hasta la reclamación² por vía contenciosa, por lo que su escogencia no depende de la discrecionalidad del actor sino del origen de la controversia³. De esa forma, para la nulidad y restablecimiento del derecho, el origen sería un acto administrativo, mientras que para la reparación directa, el origen sería un hecho, omisión u operación de la administración.

Aunque la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho y la pretensión de reparación directa son claramente diferentes en su origen y finalidad, ha existido en la jurisprudencia del Consejo de Estado una constante tesis que permite, bajo contadas y explícitas excepciones, perseguir los perjuicios producidos por un acto administrativo, por medio de la pretensión de reparación directa.

La finalidad de este escrito es analizar, bajo el estudio de una sentencia fundamental por sus aportes en la materia, las excepciones que se han desarrollado en la jurisprudencia para garantizar el acceso a la administración de justicia y permitir la prosperidad del derecho de acción cuando se invoque la reparación directa frente a actos administrativos, que por la naturaleza de esta pretensión no parecen, en principio, ser de su esfera de conocimiento.

I. El caso

A lo largo de este escrito se analizará la sentencia del Consejo de Estado del tres de abril de 2013 con M.P Mauricio Fajardo Gómez⁴, la cual centra su análisis en la posible reparación de un daño antijurídico ocasionado por la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo en razón

-
1. Rodríguez Rodríguez, Libardo; Santos Rodríguez, Jorge Enrique. Un siglo de jurisdicción administrativa y de derecho administrativo en Colombia. Bogotá. Editorial Temis. 2013. P. 159
 2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. M.P Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Sentencia del veintitrés (23) de abril de dos mil quince (2015)
 3. Ibidem.
 4. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. M.P Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del tres (3) de abril de dos mil trece (2013) Rad. No. 520012331000199900959 - 01 (26.437)

a su expedición irregular. Específicamente se revisará la posibilidad de demandar la indemnización de perjuicios con base en la anulación de un acto administrativo por medio de la pretensión de reparación directa.

1. Hechos relevantes

Con el Municipio de Pupiales, Nariño, como parte demandada, la controversia se establece a partir de los siguientes eventos facticos:

1. El Alcalde del Municipio de Pupiales expidió la Resolución No. 001 del 25 de junio de 1996, por la cual se otorga la licencia de construcción para una estación de servicios, a la parte actora del proceso aquí analizado.
2. En Sentencia del 24 de abril de 1997 del Tribunal Administrativo de Nariño, en el marco de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, declaró la nulidad de la Resolución No. 001 del 25 de junio de 1996 por advertirse una infracción de la administración, en el procedimiento de expedición del acto, al haberse impedido el derecho de oposición que recae en favor de terceros.
3. En Sentencia del 19 de marzo de 1998, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado se confirmó la sentencia de primera instancia.
4. El actor invocó la pretensión de reparación directa, y el Tribunal Administrativo de Nariño, en sentencia del 10 de octubre del año 2003, negó sus pretensiones al considerar probada la falta de legitimación en la causa por el demandante no probar la propiedad del predio sujeto de la licencia de construcción anulada.
5. Interposición de recurso de Apelación contra la sentencia que dictó el Tribunal Administrativo de Nariño, el 10 de octubre del año 2003.

2. Problemas Jurídicos

Como es propio de un estudio en el marco del medio de control de la reparación directa, la labor judicial versa sobre la existencia de un daño antijurídico; de una imputación, y de un nexo causal⁵. Con fundamento

5. Brewer-Carías, Allan R. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado. La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática. 2013.

en estos elementos esenciales para determinar la responsabilidad de la administración pública, en el presente caso, el Consejo de Estado plantea el problema jurídico de la siguiente manera:

“[Corresponde] determinar si la entidad pública demandada es responsable patrimonialmente por la expedición irregular de un acto administrativo, cuya nulidad se declaró judicialmente, lo cual se dice le causó perjuicios al beneficiario del acto”⁶.

Con base en este problema jurídico el Consejo realiza un amplio planteamiento, que decantaremos en las siguientes problemáticas jurídicas:

1. ¿Qué pretensión procede ante los perjuicios generados por la nulidad de un acto administrativo cuando no se persiga un juicio de validez?
2. ¿Cuándo se causó el perjuicio alegado por el accionante como elemento constitutivo para contar el término de caducidad?
3. ¿Se constituye un daño antijurídico para el beneficiario del acto administrativo que otorgó la licencia de construcción, por este declararse nulo?

3. ¿Reparación directa o nulidad y restablecimiento del derecho?

El Consejo de Estado reitera que en materia de derecho administrativo los medios de control no dependen de la discrecionalidad del demandante en la elección de la misma, sino en la procedencia del daño que se alega en el proceso⁷. Por esto, para definir la pretensión procedente en el caso concreto, es fundamental distinguir la naturaleza de la nulidad y restablecimiento del derecho, por un lado, y de la reparación directa, por el otro.

La pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho⁸ “puede ser incoada por cualquier persona que se sienta lesionada por un acto [administrativo] particular expreso o presunto, para restablecer

6. *Ibíd.*

7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, M.P Hernan Andrade Rincon, Sentencia del cuatro (4) de noviembre de dos mil quince (2015), Rad. No. 52001-23-31-000-2000-00003-01(34254).

8. Art. 138, Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

su derecho o lograr la reparación del daño”⁹, teniendo un término de caducidad de cuatro meses.

Por otro lado, por medio de la pretensión de reparación directa¹⁰ se ataca “un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajo público [...] que excluyen de entrada el acto administrativo”¹¹. Así las cosas, “por medio de esta acción se puede demandar la responsabilidad extracontractual del Estado tanto subjetiva como objetiva”¹² teniendo para ello un término de caducidad de dos años.

Ante la clara diferenciación entre estos medios de control, su procedencia y su caducidad, el Consejo de Estado recuerda que existen excepciones a los presupuestos de estas pretensiones, que permiten invocar la reparación directa cuando el perjuicio provenga de un acto administrativo¹³. Veamos:

- i. Cuando se pretenda la reparación de los perjuicios causados por los actos administrativos ajustados al ordenamiento jurídico, siempre y cuando no se cuestione en sede judicial la legalidad del acto administrativo en cuestión.
- ii. Cuando se pretenda la condena por los perjuicios causados por la expedición y ejecución del acto administrativo ilegal que haya sido anulado o haya sido objeto de revocatoria directa.

Frente a esto, recordemos que la revocatoria directa proviene de la facultad de “la Administración para derogar, en principio, sus propios actos administrativos, sin más límites que aquellos que hubiera impuesto el legislador”¹⁴, de esa forma por medio de este mecanismo se permite a

-
9. Valle de La Hoz, Olga Mérida. Medios de Control. Tomado de: Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011. Bogotá. Consejo de Estado, Sala de Gobierno. Banco de la República. 2012. P. 154
 10. Art. 140, Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
 11. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Aspectos de la acción de reparación directa y su despliegue en la visión moderna del juez administrativo. Tomado de: Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011. 2012. P. 285-286
 12. Munar Castellanos, Lucelly Rocío, y Ortiz Arciniegas, Luis Roberto. Nuevo régimen administrativo especial y procesal. Comentarios al Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Bogotá. Universidad Católica de Colombia. 2011. p. 113
 13. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. M.P Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del tres (3) de abril de dos mil trece (2013) Rad. No. 520012331000199900959 - 01 (26.437). Op. Cit
 14. Pimienta Tatis, Carlos Eduardo. La Revocación Directa de los Actos Administrativos Según la Ley 1437 (CPACA). 2014. p. 11.

la administración “dejar sin efecto su propia manifestación de voluntad, por las causales y conforme al trámite consagrado al efecto en la ley”¹⁵. Por lo tanto, “la revocación es una de las formas de extinción de los actos administrativos”¹⁶.

La razón por la que se ha admitido la obtención por vía judicial del resarcimiento de perjuicios producidos por la entrada en vigor, es decir, con fuerza ejecutoria¹⁷, de un acto administrativo que con posterioridad es revocado por una entidad o es anulado por la Jurisdicción de los Contencioso Administrativo, se sustenta en la existencia de una falla del servicio¹⁸, esta es, la actuación contraria a la ley o a la constitución por parte de la administración, siendo que, la constitución política no excluye a ninguna autoridad de reparar los daños que de su acción u omisión se deriven¹⁹. De esa forma el perjuicio se instituye por el decaimiento del acto administrativo, aclarando que no hay cabida a responsabilidad de la administración si es la conducta del administrado o del actor lo que afecta la validez del acto.

Esta sentencia es fundamental pues adiciona a la jurisprudencia una nueva excepción a las dos anteriormente planteadas, a saber:

iii. Cuando se pretenda la reparación de los perjuicios causados por la anulación o revocatoria directa de un acto administrativo que hubiere sido favorable al actor, cuando quiera que la anulación o revocatoria directa hubiere sido causada por la inobservancia de las reglas propias del procedimiento administrativo o de las

-
15. Zambrano Barrera, Carlos Alberto. Revocatoria directa del acto administrativo. Tomado de: Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011. 2012. p. 71
 16. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del trece (13) de mayo de dos mil nueve (2009). Rad. No. 25000-23-26-000-1998-01286-01(27422)
 17. Cortés Guerrero, David Alexander. Jiménez Ramírez, Ángela Tatiana. Pérdida de la Fuerza Ejecutoria de los Actos Administrativos en Colombia. 2018. P.7 “La causal de pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo contenida en el artículo 91 de la Ley 1437 de 2011 [...] En virtud de esta causal, los actos administrativos pierden fuerza ejecutoria y la administración el poder de hacerlos efectivos directamente, máxime cuando una vez cumplido el término que establece la ley, esta no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.”
 18. Güecha Medina, Ciro Norberto. La falla en el servicio: Una imputación tradicional de responsabilidad del Estado. 2011. P. 97. “La noción de falla ha sido tradicional en el ordenamiento jurídico colombiano, en cuanto que las actuaciones irregulares de la administración se han considerado el criterio sustancial para atribuir responsabilidad a la misma por su actividad”
 19. El art. 90 de la Constitución Política Nacional establece que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.”

normas que rigen el ejercicio de la actividad administrativa que tiene a su cargo la Administración Pública.

Para esta excepción, bastará acreditar el carácter de beneficiario del acto administrativo revocado o anulado para probar la legitimación por activa.

... Para esta excepción, bastará acreditar el carácter de beneficiario del acto administrativo revocado o anulado para probar la legitimación por activa...

Con este análisis ya podemos proceder a responder al primer interrogante previamente planteado: ¿Qué pretensión procede ante los perjuicios generados por la nulidad de un acto administrativo cuando no se persiga un juicio de validez?

4. Caducidad

La caducidad se fundamenta en la necesidad de contemplar “un momento procesal definitivo en el que, con certeza, las decisiones que se profieran sean aptas para lograr la concreción de los derechos de las partes enfrentadas en la litis”²⁰, de esa forma, se entiende como la “oportunidad para presentar la demanda”²¹.

La caducidad para la reparación directa tiene un término de dos años²², contados “a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos”²³. Adicional a esto, es fundamental que el cómputo se realice con base en un análisis de los hechos del caso específico, por este estar sujeto a la garantía del derecho fundamental de acceso a la

20. Pinzón Muñoz, Carlos Enrique. *La Reparación Directa Aspectos Procesales y Probatorios*. 2016. p. 74.

21. Bastidas Bárcenas, Hugo Fernando. *Competencias normativas tributarias en Colombia*. Tomado de: *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011*. 2012. P. 406.

22. Art. 140, Ley 1437 de 2011.

23. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. M.P Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del tres (3) de abril de dos mil trece (2013). Rad. No. 520012331000199900959 - 01 (26.437). Op. Cit.

Administración de Justicia²⁴. De esa forma “si el demandante demuestra la imposibilidad de haber conocido el daño en la fecha en que ocurrió, la ley permite que el término se cuente a partir de la fecha en que tuvo probado el conocimiento de su ocurrencia”²⁵.

En consecuencia, para el caso analizado, ¿Cuándo se causó el perjuicio alegado por el accionante como elemento constitutivo para contar la caducidad?

... la suspensión provisional es una medida cautelar que suspende la fuerza ejecutoria de un acto administrativo, en pro de la defensa de los derechos que pueden ser vulnerados con la aplicación del acto administrativo cuestionado...

Para llegar a la respuesta el Consejo de Estado explica la figura de suspensión provisional de un acto administrativo²⁶, la faculta a la jurisdicción contenciosa administrativa para suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos durante su impugnación judicial.

La doctrina aclara que la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo “es una institución que se concreta en la inaplicabilidad temporal del acto, por hallarse provisionalmente cesados sus efectos jurídicos mediante una providencia judicial de la jurisdicción contencioso administrativo”²⁷.

Así las cosas, según el Consejo de Estado, la suspensión provisional es una medida cautelar que suspende la fuerza ejecutoria de un acto administrativo, en pro de la defensa de los derechos que pueden ser vulnerados con la aplicación del acto administrativo cuestionado, por eso es necesario que los efectos del acto no se hayan constituido previamente y de forma definitiva, o la existencia de la suspensión no tendría sustento²⁸. De esa forma, esta medida no afecta la validez sino la

24. *Ibíd.*

25. Hoyos Lemus, Félix. *Medios de Control en el CPACA*. 2016. p. 136

26. Art. 238. Constitución Política.

27. Riascos Gómez, Libardo Orlando. *El Acto Administrativo*. Capítulo: La suspensión provisional de los Actos Administrativos en el derecho colombiano. 2013.

28. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. M.P Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del tres (3) de abril de dos mil trece (2013). Rad. No. 520012331000199900959 - 01 (26.437). Op. Cit.

eficacia del acto administrativo y por no constituir un análisis de fondo sobre la validez, procede en casos de evidente y ostensible violación al ordenamiento jurídico por parte del acto administrativo.

Para el caso concreto, y en respuesta a la segunda pregunta planteada con anterioridad, por tratarse de una medida de carácter provisional no puede alegarse la constitución de un daño en razón de su decreto. En consecuencia, esta caducidad debe contarse desde ejecutoriada la sentencia que declaró nula la Resolución No. 001 del 25 de junio de 1996.

5. Perdida de oportunidad

El caso objeto de análisis centra la problemática en si existe o no un daño a partir del decaimiento de un acto administrativo que era favorable al actor, concretamente el otorgamiento de una licencia de construcción. Ante esto corresponde diferenciar entre dos posiciones del Consejo de Estado, la primera, del año 1999²⁹, la cual entiende que la licencia de construcción no genera efectos en el patrimonio jurídico de su beneficiario y por tanto su pérdida no constituye un perjuicio material. La segunda posición del Consejo, del año 2000³⁰ difiere de la anterior al reconocer el carácter patrimonial y favorable del acto administrativo que otorga la licencia de construcción.

Acoger la última de estas posturas le permitió a la alta Corte resolver la interrogante que se planteaba con anterioridad: ¿Se constituye un daño antijurídico para el beneficiario del acto administrativo que otorgó la licencia de construcción, por este declararse nulo?

Centrándose en la licencia de construcción el Consejo explica que esta figura garantiza el cumplimiento de las disposiciones correspondientes al Plan de Ordenamiento Territorial y tiene la facultad de acto administrativo por el cual el Estado interviene y limita el derecho particular de la propiedad. Por lo que, al ser una facultad otorgada por la administración para la realización de proyectos urbanísticos, en consonancia con la tesis del año 2000, una licencia de construcción robustece el patrimonio jurídico y posiblemente económico de su

29. Consejo de Estado, Sección Primera, M.P. Juan Alberto Polo Figueroa, Sentencia del 12 de agosto de 1999, Exp. 5500.

30. Consejo de Estado, Sección Primera, M.P. Olga Inés Navarrete Barrera. Sentencia del 9 de marzo de 2000, Exp. 5733.

beneficiario por ser este acto administrativo una autorización para construir o por levantar la limitación impuesta que tiene un propietario para la realización de una obra.

En concordancia con esta tesis, el artículo 182 del Estatuto Antitrámites³¹ dispone que el otorgamiento de la licencia de construcción deriva en la adquisición de derechos, estos son, los de desarrollo y construcción. Así las cosas, en materia de Estaciones de Servicio para la distribución y venta de los derivados de hidrocarburos existen trámites adicionales a la licencia de construcción, como la aprobación de planos, por lo que se colige que en estos casos el solo otorgamiento de la licencia urbanística no es constitutivo del derecho de realizar efectivamente las obras del proyecto³².

Puede así concluirse en primer momento que la sola licencia de construcción no otorga por sí sola el derecho a construir la obra, como si lo hace la aprobación de los planos previo otorgamiento de la licencia.

Ahora bien, la anulación del acto administrativo que otorgaba la licencia de construcción tuvo como fundamento una infracción por parte de la administración al privar a terceros del derecho a ejercer oposición, por tanto, es una conducta omisiva imputable a la entidad pública, lo que constituye una falla del servicio y un daño que el beneficiario del acto no está obligado a soportar. Sin embargo, el alcance de ese daño se limita a la salida del patrimonio del derecho a continuar el proceso para obtener el derecho de construcción, mas no el derecho de construir en sí, pues este se consolidaba con la aprobación de los planos.

Para continuar con el juicio, el Consejo diferencia entre daño cierto y el daño eventual o hipotético, el primero se refiere a aquel donde hay “certidumbre”³³, es decir, es evidente la acción lesiva que el agente ha producido, y el segundo se establece cuando la víctima solo tiene la posibilidad remota de obtener un beneficio en caso de que no se hubiera producido la acción dañina³⁴.

Aterrizando esto al caso, y en respuesta al interrogante previamente planteado en este acápite, vale mencionar que se constituyó el daño

31. Art. 182 del Decreto-ley 019 del año 2012.

32. Art. 6, parágrafo 1, Decreto 353 de 1992.

33. Gil Botero, Enrique. *Temas de Responsabilidad Extracontractual del Estado*. 2006. P. 70.

34. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. M.P Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del tres (3) de abril de dos mil trece (2013). Rad. No. 520012331000199900959 - 01 (26.437). Op. Cit.

antijurídico³⁵ en razón de no poder continuar con los trámites administrativos para la aprobación de los planos que hubiesen permitido en el futuro obtener la licencia de funcionamiento de la estación de servicios. De esa forma, el daño se constituye en razón de la pérdida de oportunidad³⁶, y por ser este daño de carácter antijurídico y ser imputable a la entidad por el yerro en el trámite del derecho administrativo que terminó en su declaración de nulidad, la entidad pública es responsable.

... la pérdida de oportunidad ha sido entendida por la jurisprudencia como una “pérdida de ganancia probable”...

Ante lo expuesto, vale aclarar que la pérdida de oportunidad ha sido entendida por la jurisprudencia como una “pérdida de ganancia probable”³⁷ por cuanto deben “indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no”³⁸, la diferencia con el lucro cesante radicaría en que este último “implica una pérdida de ganancia cierta”³⁹. De esa forma el Consejo de Estado ha establecido que la pérdida de oportunidad:

“(…) no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida mayor constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación debe limitarse a la oportunidad en sí misma, con prescindencia del resultado final incierto, esto es, al beneficio que se esperaba lograr o a la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño”⁴⁰.

35. Meza Mercado, Cesar Hernando. Entre la Causalidad y la Imputación Objetiva. Responsabilidad patrimonial del Estado colombiano por actos terroristas cometidos por terceros y el control convencionalidad. 2017. p. 47. Por daño antijurídico se entiende “aquella lesión a un bien o interés jurídicamente tutelado que la persona no está en el deber jurídico de soportar”

36. Ibidem. Acerca de la pérdida de oportunidad: “se tiene por cierto y no consiste en la pérdida del fin en sí mismo, sino en la imposibilidad de conseguirlo” P. 73.

37. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. M.P: Hernan Andrade Rincon, Sentencia del nueve (9) de octubre de dos mil trece (2013), Rad. No. 25000-23-26-000-2001-02817-01(30286).

38. Ibidem.

39. Ibidem.

40. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P Danilo Rojas Betancourth, sentencia del treinta (30) de enero de dos mil trece (2013), Rad. No. 25000-2326-000-1997-14606-01(27093).

Según la doctrina, la existencia de la figura de la pérdida de oportunidad en nuestro ordenamiento jurídico se basa en “la posibilidad de reconocer tanto derechos subjetivos como intereses legítimos, lo que permitirá un mayor rango de protección a los particulares frente a las actuaciones del Estado”⁴¹.

En concepto de Consejo de Estado en el caso actual de estudio, la pérdida de oportunidad se refiere a los eventos en los cuales una persona se encontraba en posibilidad de conseguir un provecho, obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero esto fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto⁴². Ante este evento, si bien no había certeza de que se iba dar el efecto beneficioso, si se tiene la certidumbre de que se ha cercenado irreversiblemente una expectativa de ventaja patrimonial.

... si bien no había certeza de que se iba dar el efecto beneficioso, si se tiene la certidumbre de que se ha cercenado irreversiblemente una expectativa de ventaja patrimonial...

Finalmente, y como corolario, es posible establecer que se configuró un daño antijurídico expresado en la pérdida de oportunidad de continuar con los trámites administrativos, por cuanto el otorgamiento de la licencia constituía el primer paso válido para obtener la licencia de funcionamiento y el actor se encontraba en situación potencial de llegar a ese resultado.

II. La jurisprudencia en materia de reparación directa en caso de perjuicios causados por un acto administrativo

La evolución de las excepciones mencionadas en la jurisprudencia colombiana nos permite probar la tesis de este trabajo según la cual el derecho, para poder atender las problemáticas y necesidades que la realidad presenta, requiere de un trabajo arduo y constante por parte de los jueces de orden nacional. En palabras de Ronald Dworkin:

41. Arenas Mendoza, Hugo Andrés. El régimen de Responsabilidad Objetiva. 2017. P.75

42. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. M.P Mauricio Fajardo Gómez, Rad. No. 520012331000199900959 - 01 (26.437). Op. Cit.

“el juez no crea Derecho como el legislador porque resuelve los «casos difíciles» con principios. [...] Mediante esos principios el juez puede hallar los «derechos institucionales» que corresponden a los ciudadanos en los casos controvertidos [...] Esta reflexión es de enorme relevancia, porque gracias a la existencia de estos standards, el juez cuenta con unos argumentos que le permiten dar una solución a los casos que no están previstos en las normas, sin incurrir en la arbitrariedad”⁴³.

Si bien Dworkin considera que “los jueces carecen de discrecionalidad a la hora de decidir”⁴⁴ doctrinantes como Joseph Raz, han considerado que los jueces deben seguir:

“(…) dos reglas en su razonamiento: de un lado, las reglas de reconocimiento, que señalan al juez qué disposiciones jurídicas tiene que aplicar, y, de otro lado, las reglas de discrecionalidad, que guían al juez en la solución de conflictos a los que el sistema jurídico no da una solución clara”⁴⁵.

De esa forma, sin el trabajo de los jueces, el derecho no tendría una actualización constante ante los problemas que presenta la realidad.

En el caso colombiano esta tesis se observa cuando el Consejo de Estado, en el año de 1998, señala que: “la circunstancia de que se hayan proferido actos administrativos y posteriormente se hayan revocado, ha de ser necesariamente considerada, en orden a la determinación de la vía procesal idónea y adecuada para el reconocimiento de los perjuicios que se demandan”⁴⁶.

Una de las primeras decisiones en las que se puede evidenciar la presentación de presentación de excepciones que facultan invocar la reparación directa es el auto del 19 de febrero de 2004 donde se determina la procedencia de esta pretensión por daños proveniente de actos legales de la administración, en razón del título de imputación de daño especial cuando no se cuestione la legalidad del acto: “[E]s perfectamente posible que de decisiones proferidas por la administración con apego a la Constitución y a la Ley, se deriven perjuicios para los administrados,

43. Rodríguez Puerto, Manuel J. Ronald Dworkin y la creación judicial de Derecho. Una reflexión breve. Universidad de Cádiz. P. 126.

44. *Ibidem*.

45. Moral Soriano, Leonor. ¿Es el derecho tan normativo? La noción de autoridad de Joseph Raz en el razonamiento práctico jurídico. University of Edinburgh. p. 353.

46. Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia del veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y ocho (1998). Ref. No. Expediente No. 13.685. M.P Daniel Suárez Hernández.

los cuales constituyen un daño especial resarcible mediante la acción de reparación directa⁴⁷.

Este auto también desarrolla la excepción correspondiente a la invocación de la reparación directa ante la situación de un acto administrativo que durante su vida jurídica generó daños, pero es posteriormente declarado nulo⁴⁸.

Ante las excepciones construidas para ese momento, se evidencia en diferentes sentencias un constante error en la elección de la pretensión por parte de los demandantes cuando se trata de perjuicios producidos por un acto administrativo.

El Consejo de Estado, en sentencia del año 2009, recordó que la pretensión de reparación directa no procede “obtener la reparación de los perjuicios que causó un acto administrativo, que fue posteriormente revocado por quien lo profirió, cuando la acción que le resultaba pertinente, esto es la de nulidad y restablecimiento del derecho, ya había caducado”⁴⁹, por lo que resulta, “abiertamente irregular el ejercicio de la acción de reparación, con el propósito de salvar los efectos de la señalada caducidad”⁵⁰.

Posteriormente, en cuanto a la posibilidad de invocar la pretensión de reparación directa en razón de los daños producidos por la revocación o anulación de un acto administrativo que era favorable al actor, el Consejo de Estado en el año 2018 advirtió que lo procedente era la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho. En su concepto “la situación laboral [...] se definió a través de una manifestación de la voluntad de la Administración de carácter particular susceptible de control judicial”⁵¹, que no había sido revocada ni anulada, por lo que no habría cabida a demandar por medio de la pretensión de reparación directa. Esta sentencia es relevante porque aclara que el decaimiento de

47. Consejo de Estado; Sección tercera, C.P Germán Rodríguez Villamizar. auto del 19 de febrero de 2004, Exp. 24.027.

48. *Ibídem*.

49. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del trece (13) de mayo de dos mil nueve (2009). Rad. No. 25000-23-26-000-1998-01286-01(27422). Op. Cit.

50. *Ibídem*.

51. Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. M.P: Marta Nubia Velásquez Rico. Sentencia del veintiuno (21) de noviembre de dos mil dieciocho (2018). Rad. No. 08001-23-33-000-2016-0889-01(62117).

un acto administrativo, es decir, “un evento en el que desaparecen los fundamentos de derecho”⁵², no constituye una excepción para demandar por medio de la reparación directa.

Abundantes son las sentencias en esta materia que reiteran las excepciones colegidas por las sentencias presentadas, por lo que cabe resaltar, una de las sentencias más recientes en la temática, del año 2019, la cual enuncia una nueva excepción, a saber “reparación como consecuencia de la configuración de un daño derivado de una manifestación de la administración contra la cual no procede la acción de legalidad pertinente, como ocurre con los actos preparatorios o de trámite”⁵³.

En resumen en la actualidad las excepciones para invocar válidamente la reparación directa ante los posibles perjuicios derivados de un acto administrativo son:

- “(i) Reparación de perjuicios causados por la ejecución de actos administrativos consonantes con el ordenamiento jurídico en los que no se controvierta su legalidad y se atente contra el principio de igualdad frente a las cargas públicas;
- (ii) Reparación de perjuicios causados por la expedición y ejecución del acto administrativo ilegal que haya sido anulado o haya sido objeto de revocatoria directa por la propia administración, sin incidencia de la conducta del sujeto pasivo del acto administrativo;
- (iii) Reparación como consecuencia de la configuración de un daño derivado de una manifestación de la administración contra la cual no procede la acción de legalidad pertinente, como ocurre con los actos preparatorios o de trámite;
- (iv) Reparación de los perjuicios causados por la anulación o revocatoria directa de un acto administrativo que hubiere beneficiado al actor, cuando la anulación o revocatoria directa hubiere sido causada por la inobservancia de las reglas propias del procedimiento administrativo o de las normas que rigen el ejercicio de la actividad administrativa”⁵⁴.

52. *Ibíd.*

53. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, Sentencia del veinticuatro (24) de enero de dos mil diecinueve (2019), Rad. No. 25000-23-26-000-2008-10182-01(46806).

54. *Ibíd.*

Conclusiones

La realidad ha exigido que los jueces complementen las excepciones para la procedencia de la reparación directa con la finalidad de defender al administrado ante los daños antijurídicos que en principio, por la naturaleza de la pretensión, no habrían tenido cabida en la nulidad y restablecimiento del derecho.

En materia de daños, establecer de manera contundente el momento de ocurrencia del daño no solo garantiza un cómputo adecuado en materia de caducidad para invocar determinada pretensión sino que asegura que, aunque no haya una certidumbre sobre el daño, pueda indemnizarse si la actuación u omisión de la administración rompe la posibilidad cierta de obtener una ganancia o evitar una pérdida futura.

Se evidencia en la jurisprudencia recogida que persiste un claro error en la escogencia de la pretensión por parte de los accionantes. Esto podría ser intencional y tener que ver con que la caducidad de la nulidad con restablecimiento del derecho es de cuatro meses mientras que la caducidad de la reparación directa es de dos años. Por ello sugerimos a los jueces ser muy cuidadosos en el análisis de la pretensión procedente en cada caso concreto.



Bibliografía

- Arenas Mendoza, Hugo Andrés. El régimen de Responsabilidad Objetiva. LEGIS. Segunda Edición. 2017. pp. 330.
- Bastidas Bárcenas, Hugo Fernando. Competencias normativas tributarias en Colombia. Tomado de: Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011. Bogotá. Consejo de Estado, Sala de Gobierno. Banco de la República. 2012. p.p 447.
- Brewer-Carías, Allan R. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado. Universidad Externado de Colombia. La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática. 2013. p.p 384.
- Cortés Guerrero, David Alexander. Jiménez Ramírez, Ángela Tatiana. Pérdida de la Fuerza Ejecutoria de los Actos Administrativos en Colombia. Bogotá. 2018.
- Gil Botero, Enrique. Temas de Responsabilidad Extracontractual del Estado. Tercera Edición. 2006. p.p 291.
- Güecha Medina, Ciro Norberto. La falla en el servicio: Una imputación tradicional de responsabilidad del Estado. 2011. P. 97.
- Hoyos Lemus, Félix. Medios de Control en el CPACA. 2016. Bogotá. Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina (UNIJUS). p.p 256.
- Meza Mercado, Cesar Hernando. Entre la Causalidad y la Imputación Objetiva. Responsabilidad patrimonial del Estado colombiano por actos terroristas cometidos por terceros y el control de convencionalidad. Segunda edición. 2017. pp. 380.
- Moral Soriano, Leonor. ¿Es el derecho tan normativo? La noción de autoridad de Joseph Raz en el razonamiento práctico jurídico. University of Edinburgh. P. 353.
- Munar Castellanos, Lucelly Rocío, y Ortiz Arciniegas, Luis Roberto. Nuevo régimen administrativo especial y procesal. Comentarios al Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Bogotá. Universidad Católica de Colombia. 2011. pp. 304.
- Pimienta Tatis, Carlos Eduardo. La Revocación Directa de los Actos Administrativos Según la Ley 1437 (CPACA). 2014. p.p 133.

- Pinzón Muñoz, Carlos Enrique. La Reparación Directa Aspectos Procesales y Probatorios. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez. 2016. p.p 400,
- Riascos Gómez, Libardo Orlando. El Acto Administrativo. Capítulo: La suspensión provisional de los Actos Administrativos en el derecho colombiano. Segunda Edición. Grupo Editorial Ibáñez. 2013. pp. 40,
- Rodríguez Rodríguez, Libardo; Santos Rodríguez, Jorge Enrique. Un siglo de jurisdicción administrativa y de derecho administrativo en Colombia. Bogotá. Editorial Temis. 2013. p.p 256.
- Rodríguez Puerto, Manuel J. Ronald Dworkin y la creación judicial de Derecho. Una reflexión breve. Universidad de Cádiz. P. 126,
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Aspectos de la acción de reparación directa y su despliegue en la visión moderna del juez administrativo. Tomado de: Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011. Bogotá. Consejo de Estado, Sala de Gobierno. Banco de la República. 2012. P. 447,
- Valle de La Hoz, Olga Mérida. Medios de Control. Tomado de: Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011. Bogotá. Consejo de Estado, Sala de Gobierno. Banco de la República. 2012. p.p 447,
- Zambrano Barrera, Carlos Alberto. Revocatoria directa del acto administrativo. Tomado de: Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011. Bogotá. Consejo de Estado, Sala de Gobierno. Banco de la República. 2012. p.p 447,

Jurisprudencia

- Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia del veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y ocho (1998). Ref. No. Expediente No. 13.685. M.P Daniel Suárez Hernández.
- Consejo de Estado, Sección Primera, M.P. Juan Alberto Polo Figueroa, sentencia del 12 de agosto de 1999, Exp. 5500.
- Consejo de Estado, Sección Primera, M.P. Olga Inés Navarrete Barrera. Sentencia del 9 de marzo de 2000, Exp. 5733.
- Consejo de Estado; Sección tercera, C.P Germán Rodríguez Villamizar. auto del 19 de febrero de 2004, Exp. 24.027.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. M.P: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del trece (13) de mayo de dos mil nueve (2009). Rad. No. 25000-23-26-000-1998-01286-01(27422).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P Danilo Rojas Betancourth, sentencia del treinta (30) de enero de dos mil trece (2013), Rad. No. 25000-2326-000-1997-14606-01(27093).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. M.P Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del tres (3) de abril de dos mil trece (2013). Rad. No. 520012331000199900959 - 01 (26.437).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. M.P: Hernan Andrade Rincon, Sentencia del nueve (9) de octubre de dos mil trece (2013), Rad. No.25000-23-26-000-2001-02817-01(30286).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. M.P Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Sentencia del veintitrés (23) de abril de dos mil quince (2015).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, M.P Hernan Andrade Rincon, Sentencia del cuatro (4) de noviembre de dos mil quince (2015), Rad. No. 52001-23-31-000-2000-00003-01(34254).
- Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. M.P: Marta Nubia Velásquez Rico. Sentencia del veintiuno (21) de noviembre de dos mil dieciocho (2018). Rad. No. 08001-23-33-000-2016-0889-01(62117).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, Sentencia del veinticuatro (24) de enero de dos mis diecinueve (2019), Rad. No. 25000-23-26-000-2008-10182-01(46806).



¿Cómo negocian
los colombianos
según los
canadienses?:
Una reflexión
para aprovechar
las oportunidades
del TLC

*Bassam Sarkis**

Sumario

Introducción

I. Marco teórico

1. La cultura en una negociación
2. El caso canadiense
3. Características de la negociación canadiense
4. El caso colombiano

II. Una mirada comparativa a las dos prácticas de negociación

III. Metodología

IV. Hallazgos principales: Enfoque de negociación y prácticas de negociación

Conclusiones y observaciones finales

Bibliografía

Resumen

El objetivo de este documento es contribuir al entendimiento de la cultura y las prácticas de negociación entre el Canadá y Colombia. En primer lugar se presentará un breve marco teórico para familiarizarse con los paradigmas de negociación en ambos países, basados en fuentes bibliográficas de los estudiosos en el tema; luego, a partir de unas entrevistas realizadas a empresarios canadienses, pertenecientes a la Cámara de Comercio Colombo Canadiense, se sacan conclusiones con el propósito de aprovechar mejor las oportunidades que brinda el TLC.

Palabras clave: cultura en los negocios, negociación, TLC Colombia-Canadá, negociación internacional

Abstract

The objective of this article is to contribute to the understanding of the culture and the negotiation practices between Canada and Colombia. In the first place, a brief conceptual framework will be presented to familiarize oneself with the negotiation paradigms in both countries, based on bibliographical sources of researchers in the subject; Finally, draw conclusions,

* Asesor Externo de Cavellier Abogados. Consultor Internacional en Gestión Humana, Negociación y Métodos Alternativos de Solución de Conflictos. Docente en Universidades como El Rosario, Sergio Arboleda y los Andes en Bogotá, Colombia.

to provide negotiators with valuable information of making better use of the opportunities provided by the FTA, based on interviews with Canadian businessmen belonging to the CCCC, to know their perception dealing with Colombian counterparts.

Keywords: *business cultural, negotiation, FTA Colombia-Canada, international negotiation.*

Introducción

Introducción

Colombia suscribió un Tratado de Libre Comercio (TLC) con Canadá desde el año 2011. Durante este tiempo la balanza comercial entre dichos países ha aumentado significativamente, especialmente las exportaciones canadienses hacia Colombia.

Este documento pretende, a partir de la cultura y prácticas de negociación comercial en Colombia y Canadá, ofrecer a los empresarios interesados en aprovechar el tratado aprobado, una orientación para preparar y conducir procesos exitosos de negociación. Específicamente se busca identificar aquellos factores relevantes, propios de los colombianos y de los canadienses, que se evidencian en cada una de las partes a la hora de negociar y que, a pesar de ser de lugares tan distantes, hablar idiomas distintos, y poseer aspectos culturales que difieren, si se comprenden ciertas características culturales será posible hacer más llevadera la negociación.

Iniciaremos por hacer una breve descripción de algunas características que identifican a los canadienses a la hora de negociar.

I. Marco teórico

Según la Real Academia de La Lengua, “negociar” hace referencia a “tratar y comerciar, comprando y vendiendo o cambiando géneros,

mercancías o valores para aumentar el caudal” (2016). En este sentido el objetivo principal de la negociación debería ser encontrar un escenario en el cual ambas partes se vean beneficiadas. Es en ese marco donde cabe resaltar la importancia de comprender con quien se está negociando, ya que, de no ser así, probablemente el caudal se verá reducido. Es necesario entender a las personas con quienes se negocia, sus deseos, y así mismo sus expectativas de la negociación. La negociación es parte fundamental de la calidad de las relaciones hoy en día.

1. La cultura en una negociación

Compartimos la cita de Rodríguez por su relevancia a el tema que nos ocupa: “La cultura consiste en patrones comunes de comportamiento que se aprenden de los miembros de una determinada sociedad, lo cual representa el estilo particular de vida de un grupo específico de persona” (2000, Gelles citado por Rodríguez, 2007 pág. 3). El autor agrega a la cita de Gelles la siguiente característica: “se aprende, no es innata... la cultura se comparte y define los límites de diferentes grupos” (Rodríguez, Op. Cit).

... Es necesario entender a las personas con quienes se negocia, sus deseos, y así mismo sus expectativas de la negociación...

Cada país y su gente tienen características específicas de negociación y a la hora de entrar a una de estas, es necesario estar preparado. A raíz de esas particularidades, es de suma importancia comprender la cultura de cada una de las partes que conforman la negociación, para así poder generar empatía y confianza entre estas. A pesar de que no es fácil encontrar características que logren generalizar el comportamiento de una población, existen ciertos patrones de comportamientos que se repiten y que de cierta forma logran identificar a cada uno de los individuos.

En este orden de ideas, la cultura es el factor clave en una negociación internacional dado que puede afectar su desarrollo en los siguientes modos (Lewicki, Barry, & Saunders, 2008)

*Diez modos en que la cultura influye en una negociación
(Lewicki, Barry, & Saunders, 2008)*

Factor	Rango	
Definición de una negociación	Contrato	Relación
Oportunidad de una negociación	Distributiva	Integrativa
Elección de negociadores	Expertos	Asociados confiables
Protocolo	Informal	Formal
Comunicación	Directa	Indirecta
Sensibilidad al tiempo	Alta	Baja
Propensión al riesgo	Alta	Baja
Grupos o personas	Colectivismo	Individualismo
Naturaleza de los acuerdos	Específicos	Generales
Emociones	Alto	Bajo

Dependiendo de la cultura y de muchos otros factores, el tipo de negociación que se lleva a cabo es diferente. “La manera de negociar es parte de la cultura de un país, de sus creencias, valores y costumbres, de los comportamientos que se han establecido desde la familia y que se apoyan en la religión y la política. La estructura geográfica, económica y social está en la base de la cultura. ¿Cuáles son entonces las raíces socioculturales de este comportamiento negociador?” (Ogliastri, *¿Cómo negocian los colombianos?*, 2001).

2. El caso canadiense

Canadá es un país compuesto por anglo-canadienses que hablan en su mayoría inglés, y francocanadienses que hablan francés. Es un país de

inmigrantes, donde uno de cada cinco o sea el 20.6 por ciento de los más de 36 millones habitantes nació por fuera de su territorio. Muchos son de origen europeo o asiático. Es un ejemplo vivo de multiculturalismo lo cual hace difícil generalizar ciertos patrones de comportamiento, sin embargo, se identificaron características comunes en la mayoría de la población (<http://thornhillcapital.info/uncategorized/negotiating-in-canada>, 2013).

Es necesario tener en cuenta que los canadienses son una cultura extremadamente independiente, por lo que valoran hacer las cosas por si solos. Las personas en la Costa Atlántica de Canadá son más conservadores y tradicionalistas. Por el contrario, en la costa Oeste, los habitantes son abiertos, y tienen una actitud más relajada y amigables. En cuanto a las personas de Ontario, se caracterizan por llevar un estilo de vida más reservado, por tener una actitud formal, y por su fuerte enfoque hacia los negocios (Culture Grams, 2008). Los habitantes de Quebec se diferencian del resto de Canadá ya que tienen raíces francesas, por esto suelen ser muy regionalistas.

3. Características de la negociación canadiense

Basados entre otros, principalmente en Thornhill Capital (2013) y Katz (2006), en el siguiente cuadro, se sintetizan las prácticas que caracterizan una negociación desde la perspectiva del canadiense:

<p>1. Son de mente abierta:</p>	<p>Por lo general los canadienses tienen experiencia con las negociaciones multiculturales. Los negociadores llegan preparados a la mesa de negociación, tienen claro sus objetivos y están dispuestos a ceder si les presentan una alternativa que les favorece. Los títulos universitarios y la experiencia, suelen darles más credibilidad a los negociadores a la hora de negociar.</p>
<p>2. Son competitivos:</p>	<p>Tienden a ser agresivos durante la negociación. Sin embargo, buscan cooperar con la contraparte, con el fin de encontrar decisiones que los beneficien a ambos.</p>
<p>3. Son honestos y tienden a decir las cosas como son</p>	<p>Suelen proveer información con el fin de que la negociación fluya mejor. Por lo general llegan a la mesa de negociación bien preparados. Buscan que la contraparte exponga hechos reales con el fin de llegar a un acuerdo ganar-ganar. Al tiempo que comparten</p>

	su información abiertamente, buscan que la persona con la que se encuentran negociando haga lo mismo.
4. Se preparan:	Es común que inviertan mucho tiempo recolectando información antes de la negociación. Con el fin de generar confianza suelen exponer esta información, para lograr que se lleven a cabo las negociaciones. Así mismo, no les gusta que la contraparte esconda información. Los canadienses tienden a conocer antes de la negociación la situación en la que se encuentra su contraparte, con el fin de evaluar posibles propuestas que lleven a un mutuo beneficio.
5. Son calmados:	Suelen llevar a cabo las negociaciones en un tono moderado, y no es común verlos gritar en las mesas de negociación. Tienden a irritarse cuando se encuentran negociando con una persona bulliciosa, ya que buscan que las negociaciones sean en tono de conversación.
6. Son puntuales:	Una de las principales características de los canadienses es su puntualidad. Así como suelen ser puntuales, esperan que la persona con la que están negociando también lo sea.
7. No regatean:	Tienen sus objetivos claros, establecen una posición fija, y solo se moverán de dicha posición si se llega a un acuerdo que sea más benéfico para ellos. Debido a que Canadá se considera una sociedad que se rige por reglas del juego claras, los canadienses buscan explicar y exponer todos sus intereses y deseos.
8. Practican el Ganar - Ganar:	Buscan que se lleguen a acuerdos que beneficien a ambas partes en el largo plazo.
9. Son individualistas:	Por lo cual valoran la privacidad de su vida personal. Así mismo, tienen pocos lazos interpersonales fuera de su vínculo familiar. A raíz de esto, suelen molestarse cuando les hacen preguntas íntimas asociadas a su vida privada.
10. Son formales:	Valoran que los llamen por su nombre de familia (mr./ms.) antes que por su nombre propio. Por esto, prefieren que la negociación se desarrolle en un marco profesional, sin entrar mucho en confianza con la contraparte.
11. Buscan negociación rápida:	Consideran el tiempo como valioso, buscan que se llegue a acuerdos lo más rápido posible y que no sea necesario prolongar la negociación. Por consiguiente, se molestan por interrupciones o digresiones. Cuando negocian, por lo general suelen repasar en orden, una serie de objetivos que tienen en una lista. De manera

	secuencial analizan cada uno de estos puntos, intentando llegar a un acuerdo para cada uno. Por los mismos motivos, no consideran pertinente revisar nuevamente aquellos objetivos sobre los que ya se ha llegado a un acuerdo. Debido a que los canadienses odian perder el tiempo, se disgustan cuando consideran que la contraparte está ocultando información.
12. Son seguros:	Toman posiciones firmes que mantienen desde el inicio del proceso, y es difícil que cedan. Para presionar a la contraparte suelen utilizar técnicas tales como iniciar la negociación con la mejor propuesta, mostrar intransigencia y hacer ofertas finales o con tiempo límite.

4. El caso colombiano

Por el otro lado están los colombianos, catalogados como las personas más felices del planeta. Colombia está ubicada en Latinoamérica y su lengua materna es el español. Su segundo idioma es el inglés sobre todo en el mundo de los negocios. A pesar de que existen algunos factores que permiten generalizar el comportamiento de los colombianos a la hora de negociar, es necesario ubicar de qué región proviene la persona, para poder determinar con mayor precisión su comportamiento. Existen diferencias clave, que distinguen a los habitantes de las distintas regiones del país.

Por lo general los antioqueños se caracterizan por su fama de buenos negociadores, “Compran más barato y venden más caro de los otros. Son rápidos y persistentes en negocios comerciales. Pero esto no les evita ser muy amables con sus socios.” (Vélez, 2012). Este comportamiento es similar en los habitantes del eje cafetero, por lo cual, acostumbra llegar preparado a la mesa de negociación. En cuanto a los bogotanos, se caracterizan por ser más formales y reacios al exceso de confianza. Los habitantes de la costa Atlántica, a pesar de que suelen llevar a cabo conversaciones informales, en tono alegre a la hora de negociar, son mucho más cautelosos y no toman grandes riesgos. Para que los costeños se vean atraídos al negocio, es necesario anticiparles los beneficios que les traerá el acuerdo en un futuro (Vélez, 2012). Los habitantes de la región pacífica, principalmente los caleños suelen ser directos, y abiertos a nuevas propuestas. A diferencia de los paisas, los caleños tienen una facilidad a la hora de realizar negocios con personas extranjeras. A pesar

de esto, son muy independientes y buscan sus propios beneficios, en vez de intentar alcanzar un objetivo común (Vélez, 2012).

Aun cuando cada región tiene unas características particulares, existen patrones de comportamiento que se repiten a lo largo del país, tales como la indisciplina, el egoísmo y el facilismo afectan adversamente la forma tradicional a la hora de negociar. En términos generales “los colombianos piensan que negociar es resolver un conflicto que requiere el sacrificio de una de las partes, pero prefieren hacerlo de manera amistosa. Su concepto de negociar es el regateo: pedir mucho y después bajarse.” (Ogliastri, ¿Cómo negocian los colombianos?, 2001).

En el siguiente cuadro se esquematizan las características principales del la negociación en Colombia, basados en los estudios de autores sobre el tema, entre ellos fundamentalmente de Ogliastri (2001 y 2015) y de Vélez (2012).

1. Poco preparados:	Piensan que todo en la negociación va a ir avanzando gracias a las relaciones que se formen (sea buena o mala) por lo que llegan poco preparados para presentar el problema. Además de esto, lo poco que anticipan lo hacen a último minuto. Los colombianos suelen tomar un comportamiento improvisador, por lo cual no llegan a la mesa de negociación con un conocimiento tan amplio del problema, sino, que este lo van creando a lo largo de la negociación.
2. Brindan poca información:	Buscan sacar el mayor provecho de la situación, sólo dan la información cuando sienten que ésta los va a beneficiar.
3. Informales:	Prefieren que la negociación sea amistosa e informal. En un principio tratan de socializar y lograr empatía con la otra parte, haciendo preguntas personales y chistes para romper el hielo, intentando conocer un poco más a lo que se están enfrentando y a lo que les espera durante la negociación.
4. Oportunistas:	Evalúan las capacidades de la otra parte. Una vez se tiene la información, deciden la suerte de la propuesta confiando en su intuición y aprovechando su capacidad de ser amables y habladores, para enredar a la otra parte en su decisión.
5. Individualistas:	En general el colombiano es una persona individualista que siempre persigue el bien propio, más que el bien común, lo cual se ve reflejado en las negociaciones. Para ellos es difícil ponerse en los zapatos de otros, y muchas veces a la hora de negociar esperan que la gente

	reaccione y se comporte como ellos. Siempre están en búsqueda de lo que les convenga más a ellos sin importar que tengan que hacer, e independientemente de otra propuesta distinta a la suya.
6. Buscan escenarios Ganar Perder:	Crean que el hecho de que los otros ganen es de por sí una pérdida. Siempre privilegian su propio interés, aun cuando eso implique pasar por encima de los demás. Se trata de una negociación distributiva, que termina con ganadores y perdedores. Para resolver un conflicto negociando lo asumen como un sacrificio. Esperan siempre sacar el máximo provecho de la negociación sin interesarse por la situación de la otra persona.
7. Regatean:	Donde el ritual consiste en pedir más de lo esperado, para después bajar la oferta a algo ya más justo; de tal manera que, si piden en un principio lo necesario, no se bajen más de ese punto. Hacen siempre una petición alta de tal manera que, identifican la reacción de la contraparte para después darle valor de sobra a lo justo.
8. Impuntuales:	En términos generales los colombianos siempre ha sido impuntuales. Esto significa que si se cita a una hora es porque después de esa hora se tienen mínimo 10 minutos para llegar. Además de esto, tratan de regatear hasta el último minuto, alargando lo que sea necesario para siempre obtener un mayor beneficio propio.
9. Evaden sus responsabilidades:	Entre los colombianos es común identificar que cuando algo sale bien todos quieren llevarse el mérito, sin embargo, cuando algo resulta fuera de lo esperado y los resultados no son satisfactorios, buscan siempre un culpable.

II. Una mirada comparativa a las dos prácticas de negociación

A primera vista, es posible evidenciar la dificultad del colombiano para ponerse en los zapatos de otros, y muchas veces a la hora de negociar esperan que la gente reaccione y se comporte como ellos.

En general, el colombiano es una persona individualista, indisciplinada y recursiva que siempre está en busca del bien propio. Este tipo de características se ven reflejadas en la negociación. Cree por acción u omisión que el hecho de que los otros ganen es de por sí una pérdida. Esto lleva a que muchas veces los colombianos adquieran un

comportamiento obstinado, y que no estén dispuestos a aceptar un acuerdo a no ser que éste les genere mejores beneficios propios.

Por el contrario, los canadienses buscan integrar a la contraparte en la negociación, con el fin de llegar a acuerdos que logren generar beneficios mutuos para ambas partes. Lo anterior lleva a que, muchas veces, en la mesa de negociación se presenten inconvenientes, ya que el colombiano toma una posición dominante, mediante la cual persigue sus propios intereses, mientras que los canadienses negocian con un estilo cooperativo, trabajando conjuntamente con su contraparte para lograr acuerdos ganar - ganar.

Para sacar el mayor provecho de la negociación, los colombianos utilizan el “regateo” lo cual significa que piden más de lo justo o de lo que necesitan para después bajar la oferta para obtener grandes beneficios. De esta manera, buscan presionar a la contraparte, para llegar finalmente al punto que desean; Mientras que los canadienses lleguen a la mesa de negociación con una posición clara de lo máximo que están dispuestos a entregar, sin embargo, logran ceder si se les presenta una situación que logre beneficiar a ambas partes.

Como se evidencia, nos parece más difícil para un canadiense adaptarse a la forma de negociar de los colombianos, debido a que vemos como ambos países tienen características opuestas a la hora de negociar.

Para facilitar el desarrollo de procesos de negociación y llegar a incrementar los beneficios de ambas partes, es necesario que se logre un entendimiento intercultural, con el fin de que puedan identificar factores que logren beneficiarse mutuamente.

III. Metodología

En este punto se tratará de los pasos metodológicos seguidos para poner a prueba los anteriores aportes que han servido de marco de referencia Ogliastrì, E. (2001), Ogliastrì, E. (2015), (Vélez, 2012), (Katz, 2006), (Thornhill Capital, 2013). Se elaboró una encuesta para conocer la percepción de una muestra de empresarios canadienses, con el objeto de familiarizarse con el paradigma de negociación comercial en Colombia, en cuanto a enfoque y prácticas de negociación.

Se opta por la aplicación de encuestas como instrumento de recolección de información y análisis porque es el mecanismo más práctico y confiable de verificación con algún nivel de significancia estadística. Aun cuando no se cumple a cabalidad con las exigencias de un instrumento tan complejo en cuanto a rigor metodológico, muestra, representatividad del universo de análisis, entre otros, se optó por esta herramienta seguros de su utilidad como un complemento al enfoque de los estudios de referencia.

Por cuestiones igualmente prácticas y de confiabilidad de la información, se escogió un porcentaje de las empresas canadienses del cual sólo se obtuvo respuesta completa de 7 de tales empresarios. El universo está compuesto por el total de empresas (40) asociadas a la Cámara de Comercio Colombo Canadiense –CCCC.

Debe anotarse que el análisis de las respuestas a la encuesta aplicada tiene la limitación propia de esta herramienta cuando se aplica a un universo muy pequeño, esto es, puede ser cuestionado desde el punto de vista de su significancia estadística; aun así, consideramos que los encuestados seleccionados constituyen una fuente representativa para arriesgar ciertas generalizaciones, respecto a las prácticas que caracterizan la negociación para ambas nacionalidades.

IV. Hallazgos principales

El total de entrevistas realizadas representa un 17 % del universo de las empresas canadienses registradas en CCCC al momento de realizar el trabajo de campo. Dicho universo estaba compuesto por 40 empresas registradas en la fecha, de estas sólo fue posible obtener respuestas completas de 7 formularios. En seguida se trae a colación los principales resultados. El lector encontrará en el orden en el que fue diseñado el barrido de información, a saber: enfoque y prácticas de negociación.

1. Se confirma que los colombianos tienen un **enfoque de negociación posicional** “ganar-perder”. El 83.3% de los encuestados aseguraron que los colombianos poseen un enfoque en el cual buscaban el beneficio propio.
2. **Construcción de relaciones:** El 66.7% de los encuestados afirmaron que los colombianos buscan relaciones a largo plazo,

lo cual no es coherente con la aproximación teórica de referencia (Ogliastri, 2001) según la cual “A la hora de negociar los colombianos prefieren una relación de corto plazo”. Se requiere de un estudio a profundidad para validar este planteamiento.

3. **Generación de confianza:** antes de iniciar la negociación los encuestados destacaron que mientras que los canadienses buscan referencias profesionales independientes, los colombianos buscan referencias personales y de amigos/conocidos. Ratificándose la característica poner más énfasis en la relación personal para la generación de confianza en Colombia.
4. **Plan B (MAAN).** Sobre la percepción del colombiano como alguien que prevé con anterioridad escenarios alternativos (MAAN) en caso de no lograr un acuerdo que llena sus expectativas. Infortunadamente en esta averiguación los encuestados no cuentan con elementos de juicio para opinar al respecto 83.3%. Tan sólo el 16.7% confirman que el colombiano es improvisador. Como comentario personal sería prudente sugerir que dependiendo de la sofisticación de la persona/empresa en ambas nacionalidades se define el MAAN en la etapa pre-negociación.
5. **Manejo del tiempo y ritmo de la negociación:** La mayoría de los encuestados percibe que el colombiano dilata el tiempo de negociación (83.3%) y el resto consideran que es ágil en estos procesos (16.7%). Lo anterior se explica en que el negociador colombiano es lento, requiere de mucha conversación social y desarrollo de confianza personal. Sus argumentos suelen contemplar componentes emocionales Mientras que el canadiense es objetivo y práctico, va al grano y **no le gusta “desperdiciar” el tiempo ante argumentos poco objetivos.**
6. **Manejo de la información.** Los encuestados perciben que una parte reducida (tan solo el 33.3%) de los colombianos manipula o esconde la información a su favor; mientras que perciben que la mitad de los colombianos manejan la información de una manera discreta (50%) y abierta (16.7%). Comparando el manejo de la información con los canadienses encuestados se encontró que en mayoría ellos mismos se perciben como negociadores que maneja la información a discreción, esto es, según sus propios intereses, y de acuerdo con los objetivos previstos (83.3%) y abiertamente

- (16.7). Este hallazgo contradice lo confirmado por los estudiosos referentes que los canadienses son abiertos y los colombianos “manipulan la información a su favor”.
7. **Expresión de los intereses:** Se encontró que la mayoría de los colombianos manifiestan indirectamente “*los intereses envueltos en diálogos sociales*” incluso muchas veces los colombianos son percibidos como negociadores que esconden tales intereses (66.7%). Al contrario de los canadienses, quienes, en su mayoría son transparentes en la manera de expresar sus intereses haciéndolo de manera abierta (83.3%). Lo anterior confirma las conclusiones de los referentes.
 8. **Manejo de emociones:** La percepción generalizada de los encuestados ratifica las conclusiones de nuestros estudiosos de referencia, según quienes los colombianos son expresivos con sus emociones; mientras que, por comparación, los canadienses no expresan de manera espontánea sus emociones durante la negociación.
 9. **Regateo:** Se evidencia una total alineación entre la teoría expuesta y la percepción de los entrevistados, estos últimos observan mayoritariamente esta práctica (84% de los casos) o de la solicitud de descuentos como característica común a la hora de negociar con los colombianos.
 10. **Toma de decisiones:** Los negociadores colombianos dilatan la toma decisión, en comparación con los negociadores canadienses quienes si están preparados y dispuestos a tomar decisiones. Aun cuando estos últimos acostumbran consultar previamente a sus empresa.
 11. **Legitimidad de los Acuerdos:** La respuesta de los encuestados fue la siguiente “*Todo depende de los individuos/empresas*”. Con la información disponible sería arriesgado alguna afirmación concluyente sobre este delicado aspecto que amerita estudios complementarios.
 12. **Estilo de negociación:** La percepción que se tiene del negociador colombiano es “*transaccional (puro-regateo)*” en comparación con uno *integrativo (ganar – ganar)* de los canadienses
 13. Frecuencia de controversias: Según los encuestados las controversias son un común denominador (50%) de los casos

siendo incluso muy significativo (el 33.3 %) convirtiéndose en causa frecuente en los problemas de negociación. Siendo este último aspecto: la controversia, uno de los indicadores de éxito más importante en las negociaciones comerciales, es necesario advertir lo siguiente:

Tanto los negociadores colombianos como sus pares canadienses deben familiarizarse con las culturas y prácticas de negociación de uno frente al otro para preparar y desarrollar procesos exitosos de negociación de manera que minimicen el surgimiento de disputas comerciales en la etapa post – negociación y conduzcan a generar un mayor nivel de confianza y valor para las parte.

14. Recomendaciones: A un empresario canadiense que pretenda negociar con colombianos le sugeriría poner todo por escrito definir hasta el más mínimo detalle buscar asesoría de la cámara de comercio colombo canadiense e informarse sobre el marco jurídico colombiano para evitar discrepancias

Conclusiones y observaciones finales

Como se advirtió en la metodología, debemos anotar que nuestras conclusiones se basan en respuestas no generalizables pero suficientemente ilustrativas para ambas culturas de negociación. Fandul (2010), al destacar la influencia de los aspectos culturales en las negociaciones, expresó *“el país de origen es un factor determinante en el diseño y contenido de códigos éticos por las empresas”*, lo cual indica que al momento de adelantar una negociación es determinante establecer el origen de las partes, pues va a marcar la forma de relacionarse, la comprensión que se tenga acerca de los intereses, motivaciones y comportamiento de quienes integren el proceso de negociación.

Lo primero que hay que cabe destacar es que cada negociación es única y depende de la profesionalización de los negociadores y de las empresas en cada negociación en particular.

En el presente trabajo se trató de indagar cómo es la forma en la que los colombianos negocian a la hora de hacer negocios con los canadienses. Es necesario reconocer aquellas diferencias culturales, por elementales que parezcan, para facilitar las interacciones en los procesos.

Los hallazgos nos llevan a las siguientes conclusiones:

- **La cultura y las prácticas de negociación de los colombianos** –vistas por empresarios canadienses– se basan en el regateo, la informalidad con énfasis en las relaciones personales, el ganar–perder, la relación comercial de corto plazo, sumado a escasa preparación e improvisación, y restricción y celo a la hora de presentar la información soslayando los intereses, lo cual, en general conlleva como consecuencia a un desgaste en cuanto al manejo de los procesos, entre otros.

Los anteriores junto con la mayoría de hallazgos coinciden con las observaciones de Ogliastri (2001) quien asevera: *“los negociadores internacionales piensan que los colombianos dieron rodeos, no fueron al punto; que después del acuerdo se cambiaron las demandas; que hubo desorden, no querían seguir una agenda; ambiente informal, largos preámbulos; tranquilos, despreocupados, todo lo dejan para el final; toderos, no se especializan, varios proyectos al tiempo; superficiales en el manejo de la información, no dan detalles.”*

- **Del lado canadiense**, hemos constatado como la cultura norteamericana se impone a la hora de negociar con los colombianos, fundamentada con un paradigma integrativo ganar–ganar, cuyos principios se inspiran del método Harvard de negociación, con enfoque de largo plazo que privilegia la formalidad en el trato, comunicación abierta y retroalimentadora, la generación de confianza, valorando los hechos y las relaciones profesionales más que las relaciones personales, entre otros.

En la coyuntura de los acuerdos de libre comercio, y en la perspectiva de aprovechar mejor las oportunidades que brinda el TLC colombo-canadiense, es necesario que los empresarios colombianos tomen conciencia acerca de la necesidad de renovar su estilo de negociación comercial internacional para incorporar prácticas modernas si se quiere lograr obtener el máximo provecho tanto para ellos como para los pares canadienses.

- Al conocer las culturas y prácticas de negociación propia y ajena, se tiene el beneficio de anticipar y prepararse mejor para evitar acciones que podrían dificultar dichos procesos y generar desconfianza y desgastes innecesarios.

Se debe tomar en cuenta que los negociadores en el marco que abre hoy en día tratados como el TLC invitan a relaciones comerciales como “partners” sin verse ni como amigos ni mucho menos como enemigos. La actitud del negociador moderno, por el contrario, debe ser abierta, empática y asertiva en la comunicación, poniéndose en los zapatos del otro, siendo el primero en dar ejemplo al mostrar información, revelar objetivos y *explicitar intereses para el beneficio de ambos*.

- ***Cambiamos o nos cambian*** es una de las principales lecciones aprendidas de este trabajo. Se recomienda un cambio en nuestros hábitos culturales a la hora de negociar en un mundo globalizado y competitivo. Hay que repensar para cambiar hábitos que tenemos en Colombia como la cuestión de “*ser vivo*” o “*pingo*”, aprovechar la “*papaya del otro*”, “*cañar*” y “*pedir una ñapa*”.

... *Cambiamos o nos cambian* es una de las principales lecciones aprendidas de este trabajo [...] Hay que repensar para cambiar hábitos que tenemos en Colombia como la cuestión de “*ser vivo*” o “*pingo*”, aprovechar la “*papaya del otro*”, “*cañar*” y “*pedir una ñapa*”...

- **Hay que aprender a jugar limpio** buscando el ganar – ganar y privilegiar la eficiencia en una negociación, la cual debe ser, más bien, enriquecedora que des-gastadora, y así, minimizar los litigios que se producen actualmente en la post negociación.

Finalmente, me permito recomendar a un empresario canadiense:

- Al negociar con colombianos, ante todo, conocer el “*business context*” caracterizado por una inseguridad jurídica.
- Familiarizarse con la cultura negociadora de los colombianos.
- Investigar con antelación con quien van a negociar en cuanto a estilos y protocolo (distinto el paisa del valluno, el cachaco del costeño, el cundiboyasense...).

- Armarse de paciencia para llevar a cabo conversaciones con pares colombianos donde la mayoría siguen aplicando prácticas tradicionales de “*turqueo*” del nivel nacional para replicarla en escenarios de negociación internacional.
- Tener cuidado de no ofender con una actitud demasiado fría, “yendo al grano”.

A los negociadores colombianos les conviene trabajar más en la generación de confianza, intercambiar información con mente abierta y dejar de lado los trucos usuales para “meter un gol”. Las transacciones que conllevan malas prácticas están llamadas al fracaso y la pérdida de reputación en las relaciones comerciales a futuro. Se sugiere tener presente esta regla de oro: “*Win win or No deal*”.

... Se sugiere tener presente esta regla de oro:
“*Win win or No deal*” ...



Bibliografía

- Culture Grams. (2008). Canada. Recuperado el 2016 de marzo de 28, de <https://www2.viu.ca/homestay/host/CultureGrams/Canada.pdf>
- Fanjul, E. (2010). Factores culturales e internacionalización de la empresa. *Información comercial española*, (856), 7.
- Katz, L. (2006). *Negotiating international business: The negotiator's reference guide to 50 countries around the world*. Createspace Independent Pub.
- Lewicki, R. J., Saunders, D. M., & Barry, B. (2014). *Fundamentos de Negociação-5*. AMGH Editora.
- Ogliastri, E. (2001). *¿Cómo negocian los colombianos?* (Vol. 6). Alfaomega.
- Ogliastri, E. (2012). El comportamiento negociador de los colombianos: un estudio sobre las variables básicas. *Revista Universidad EAFIT*, 31(99), 63-73.
- Rodríguez, A. (2007). Impacto de la cultura en los negocios internacionales, un énfasis en los negocios con México (Culture impact on international business, an emphasis in business with México). *Daena: International Journal of Good Conscience*, 2(2), 156-228.
- <http://thornhillcapital.info/uncategorized/negotiating-in-canada>. (1 de AUG de 2013). Recuperado el 20 de 5 de 2017.
- Vélez, R. (17 de Julio de 2012). Como negociar con paisas, santandereanos, costenos, rolos, y calenos. La república.

Agradecimientos

Este estudio es el producto de un trabajo en el que colaboraron, hasta la etapa de procesamiento de la información Camila Durán y Alejandra García en el tema relacionado con los aspectos culturales del Canadá y Colombia y Juan José Ocampo en el proceso de estructuración de este trabajo y la recolección de la información en el de la Cámara de Comercio Colombo Canadiense – CCCC a quienes doy las gracias. Igualmente, a Liliana Villaveces de la CCCC por su gestión ante los afiliados. A León Teicher por su contribución al entendimiento de las culturas de negociación colombo – canadiense. Finalmente, quiero expresar mi gratitud a Bernardo Herrera por su valioso aporte y comentarios en la revisión la versión final. Las aseveraciones, análisis y conclusiones solo comprometen al autor.



Documentos
preparatorios sobre
el proyecto de
Incentivos Económicos
para la Conservación



ASOCIACIÓN
CAVELIER
DEL DERECHO



TRANSFORMA

Exportaciones de carbón: perspectivas para Colombia en relación a los anuncios por parte de países importadores de eliminar el carbón de su matriz eléctrica

Serie Documentos de Trabajo

Diciembre de 2017

Autores que contribuyeron a esta publicación:

Andrea Guerrero García

Carolina García Arbeláez

Isabel Cavelier Adarve

Juanita Rico Ardila

Lina Puerto Chaves

María Laura Rojas Vallejo

Maria Paula Mendieta Umaña

Mario Ramírez Hernández

Martín Ramírez Mejía

Paola Yanguas Parra



Atribución - No comercial - Compartir igual

Este documento está sujeto a una licencia de creative commons, puede ser reproducido sin fines comerciales en todo o en parte siempre y cuando se mantenga la referencia de atribución a sus autores y se comparta cualquier creación derivada bajo una licencia de iguales características.

Introducción

Varias organizaciones han reportado una tendencia global de transición energética que privilegia el uso de energías renovables, y se aleja del uso del carbón como fuente primaria para generación de energía. La política internacional sobre cambio climático, la reducción acelerada de los precios de las renovables, y una creciente preocupación por la calidad del aire están impulsando esta transición.

Los modelos del sistema global de energía muestran que para cumplir con el Acuerdo de París, la totalidad de las plantas de generación de energía eléctrica a base de carbón que no cuenten con tecnología de captura y almacenamiento¹ de emisiones de carbono deberán ser eliminadas en todo el mundo en 2050. Todos los países de la OCDE deberán eliminar el uso de carbón en 2030, y China en 2040, mientras que el resto del mundo en desarrollo deberá hacerlo en 2050².

Estas proyecciones se han combinado con cambios reales en el mercado internacional del carbón. Debido al estancamiento de la demanda, los bajos precios de las energías renovables y la transición al gas, Bloomberg estimó que el uso del carbón caerá 87% en Europa y 45% en Estados Unidos en 2040. En China la generación de energía eléctrica a base de carbón empezará su descenso definitivo en 2026. En consecuencia, sólo 18% de las nuevas plantas de generación de energía eléctrica a base de carbón que están planeadas serán efectivamente construidas³. Bloomberg concluyó que el carbón ha llegado al “punto de no retorno”.

En este contexto, países que en 2016 representaban en su conjunto el 31.8% del mercado de carbón para Colombia, declararon que van a eliminar el carbón de su matriz de generación de energía eléctrica. Esto es relevante pues Colombia exporta 95% del carbón que extrae. Este documento incluye consideraciones y cifras preliminares sobre las perspectivas para Colombia en relación a estas declaraciones por parte de países importadores. No es un análisis exhaustivo, sino una

-
1. Esta tecnología no ha tenido mayor despliegue desde el Acuerdo de París, Agencia Internacional de Energía, 2016. *Coal Market Analysis and Forecasts to 2021: Medium-Term Market Report 2016*, disponible en <http://www.iea.org/Textbase/npsum/MTCMR2016SUM.pdf>, consultado el 2 de diciembre de 2017
 2. Climate Analytics, 2016. *Implications of the Paris Agreement for Coal Use in the Power Sector*, disponible en http://climateanalytics.org/files/climateanalytics-coalreport_nov2016_1.pdf, consultado el 2 de diciembre de 2017.
 3. Bloomberg, 2017. *New Energy Outlook*, disponible en <https://about.bnef.com/new-energy-outlook/>, consultado el 2 de diciembre de 2017.

recopilación inicial de información relevante para un análisis posterior a profundidad sobre la materia.

1. Alianza “Powering Past Coal” (PPC)

El declive del carbón se evidencia en el gran número de países que han declarado una fecha para eliminarlo de su matriz de energía eléctrica⁴, muchos de los cuales lo hicieron recientemente en el marco de la Alianza “Powering Past Coal” (PPC). PPC se lanzó en noviembre de 2017, cuenta con 27 jurisdicciones y espera aumentar su número de miembros a 50 en los próximos 12 meses⁵.

Países con declaración de eliminación del carbón de su matriz de generación de energía eléctrica, con año de eliminación total

Austria (2025)	Holanda (2030)	Angola*	Luxemburgo*
Bélgica (2016)*	Nueva Zelanda (2022)	Costa Rica*	Islas Marshall*
Canadá (2030)	Portugal (2030)	Dinamarca (2025-2030)	México**
Finlandia (2030)	Suecia (2030)	Fiji*	Niue*
Francia (2021)	Reino Unido (2025)	Italia (2025)	Suiza*

Fuente: Elaboración propia con datos de la Alianza “Powering Past Coal”⁶ y Coalswarm & Green-peace, 2017⁷.

Entidades sub-nacionales con declaración de eliminación del carbón de su matriz de generación de energía eléctrica, con año de eliminación total

Alberta (2030)	Columbia Británica*	Nuevo México (2030)	Vancouver (2030)
Beijing (2017)	Escocia (2016)	Estado de Nueva York (2020)	Washington (2025)
Berlin (2030)	Hawaii (2022)	Ontario (2014)	

- En adelante la expresión “países con declaraciones” hace referencia a países que han hecho declaraciones de eliminación del carbón de su matriz de generación de energía eléctrica.
- Declaración de la Alianza “Power Past Coal”, disponible en <https://www.canada.ca/en/services/environment/weather/climatechange/canada-international-action/coal-phase-out/alliance-declaration.html>, consultado el 1 de diciembre de 2017.
- Declaración de la Alianza “Power Past Coal”, Op Cit. nota al pie 2.
- Coalswarm & Greenpeace, 2017. *Global Shift: Countries and Subnational Entities Phasing Out Existing Coal Power Plants and Shrinking the Proposed Coal Power Pipeline*, disponible en <http://www.greenpeace.org/international/Global/international/publications/climate/2017/Global-Shift.pdf>, consultado el 4 de diciembre de 2017.

California (2014)*	Massachusetts (2017)	Oregon (2020)	
Connecticut (2021)	Nueva Delhi (2018)	Quebec (2030)	

Fuente: Elaboración propia con datos de la Alianza “Powering Past Coal”⁸ y Coalswarm & Greenpeace, 2017⁹.

* Los países y entidades subnacionales con asterisco ya no usan carbón para generación de energía eléctrica.

** México no ha hecho un anuncio público internacional con la fecha, pero incluyó el 2031 en dos documentos internos de política pública: el Programa de Desarrollo del Sistema Eléctrico Nacional (PRODESEN) 2017-2031 y el Programa Especial de Transición Energética publicado en 2017.

2. Contexto internacional y mercado para el carbón colombiano

La Agencia Internacional de Energía estima que 2011 fue el “año pico” de participación del carbón en la matriz energética global en el siglo XXI y proyecta que esta caerá del 41% en el 2014 al 36% en el 2021. Esta caída sucederá gracias a una menor demanda de China y Estados Unidos y un rápido crecimiento de las energías renovables y de la eficiencia energética. Además, según un análisis de *Bloomberg New Energy Finance*, si se llevan a cabo las reformas esperadas en el Régimen de Comercio de Derechos de Emisión de la Unión Europea, se triplicaría el precio de carbón a 24 euros la tonelada, un precio lo suficientemente alto para desincentivar la demanda.

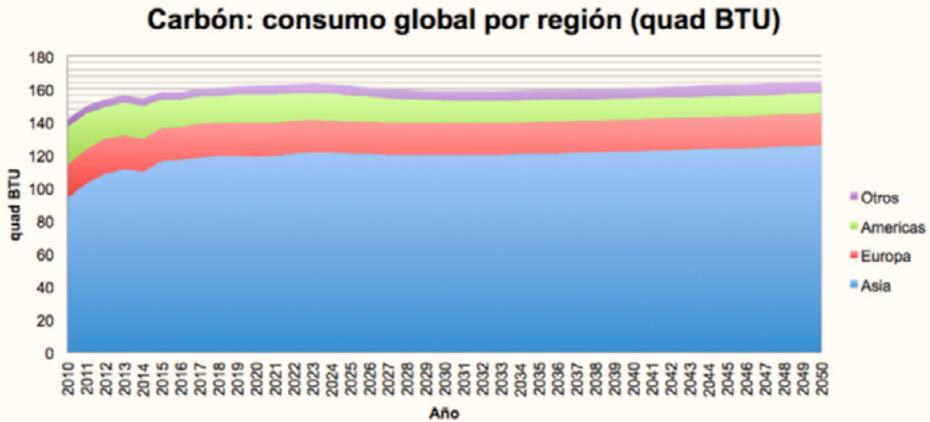
Ahora bien, la oferta y demanda de las próximas décadas estará definida también por el comportamiento de países consumidores en Asia (China e India principalmente). Si bien se espera un crecimiento del consumo de carbón en el sur y sureste de Asia (India, Vietnam, Indonesia, entre otros), donde la electricidad a base de carbón es una de las opciones preferidas para aumentar la generación de energía, las reservas locales de carbón en dichos países son abundantes (especialmente en Indonesia) y su principal socio comercial para importaciones de carbón

8. Declaración de la Alianza “Power Past Coal”, Op Cit. nota al pie 2.

9. Coalswarm & Greenpeace, 2017. *Global Shift: Countries and Subnational Entities Phasing Out Existing Coal Power Plants and Shrinking the Proposed Coal Power Pipeline*, disponible en <http://www.greenpeace.org/international/Global/international/publications/climate/2017/Global-Shift.pdf>, consultado el 4 de diciembre de 2017.

es Australia, que también cuenta con abundantes reservas de carbón de alta calidad.

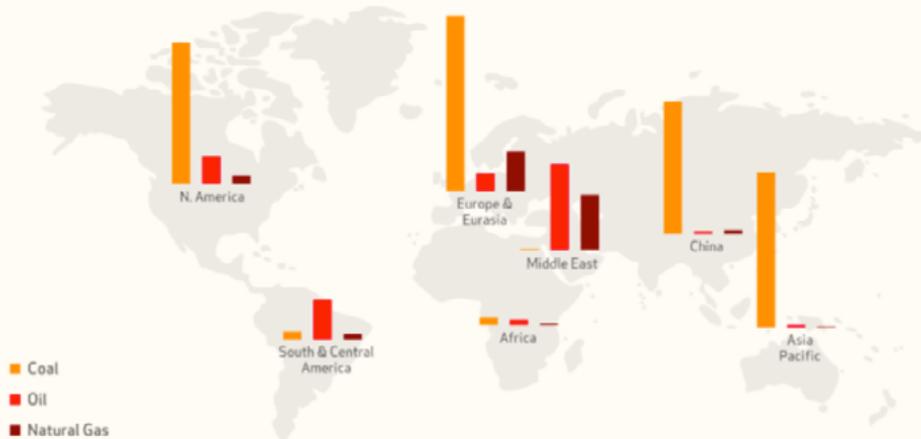
Figura 1: Consumo global de carbón por región proyectado a 2050



Fuente: elaboración propia con datos de la Agencia Internacional de Energía, 2017¹⁰.

Figura 2: Reservas disponibles de carbón por región en 2016

Location of the world's main fossil fuel reserves (Mtoe)



Fuente: World Coal Association, 2017¹¹.

10. Agencia Internacional de Energía, 2017. *World Energy Outlook 2017*, disponible en <https://www.iea.org/weo2017/>, consultado en diciembre de 2017.

11. World Coal Association, 2017. *Where is Coal Found?*, disponible en: <https://www.worldcoal.org/coal/where-coal-found>, consultado el 9 de diciembre de 2017.

Aunque se prevé una breve recuperación del uso del carbón en China tras 2018, debido a un leve aumento de la demanda, en el largo plazo su uso irá en declive. La demanda en 2021 continuará siendo inferior a la de 2013, lo que demuestra que la tendencia se mantiene¹². Casi la totalidad de la nueva generación de energía eléctrica en China provendrá de fuentes diferentes al carbón: el uso del carbón en la matriz energética pasará de tres cuartas partes a menos del 45% en 2040. Igualmente, en India el uso del carbón en la matriz energética descenderá del 75% al 55% en 2040¹³.

Los principales compradores de carbón colombiano son Holanda, Estados Unidos, Turquía, Brasil y Chile. Sin embargo, en estas jurisdicciones la tendencia es a la disminución del uso del carbón y al aumento de la penetración de las energías renovables como fuentes de generación de energía eléctrica.

El 16,7% del carbón que exportó Colombia en 2016 fue con destino a Holanda¹⁴, que corresponde al 29,4% del total del carbón que importa ese país (55.5 Mt en 2016). Holanda exporta 73% del carbón que importa (40.4 Mt en 2016), principalmente a Alemania (87%)¹⁵, cuyo consumo de carbón representa 40% de su matriz eléctrica. La participación significativa del carbón en Alemania se explica tras su decisión de eliminar las plantas de energía nuclear para 2022. Sin embargo, esta participación debe disminuir si el país pretende cumplir con su compromiso internacional de reducir el 40% de sus emisiones de carbono para 2020, con base en los niveles de 1990, una meta más ambiciosa que la de la Unión Europea. Igualmente, la decisión de Alemania de impulsar la transición energética se evidencia con su inversión en energías renovables que hoy representan casi 35% de su matriz eléctrica. El gobierno alemán está comprometido con

12. Agencia Internacional de Energía, 2016. “*Coal Market Analytis and Forecasts to 2021: Medium-Term Market Report*, Op Cit.

13. Agencia Internacional de Energía, 2016. *World Energy Outlook*, disponible en: <https://www.iea.org/Textbase/npsum/WEO2016SUM.pdf>, consultado el 2 de diciembre de 2017.

14. Cálculo propio de toneladas de carbón exportadas por Colombia por país de destino. Metodología: total toneladas anuales según DANE por % de participación en exportaciones según MIT, fuente de los datos: <https://www.nube-mcit.gov.co/public.php?service=files&t=3040a9a7106f89ad382a71dd9993e4ba&path=%2F> y <https://atlas.media.mit.edu/en/profile/country/idn/>, consultados en diciembre de 2017.

15. Agencia Internacional de Energía, 2016. *Netherlands - Energy System Overview*, disponible en <https://www.iea.org/media/countries/Netherlands.pdf>, consultado el 5 de diciembre de 2017.

descarbonizar su economía y tener un consumo bruto de 80% de energía renovable para 2050.

Turquía representó el 16,6% del carbón que exportó Colombia¹⁶ en 2016. En este año Turquía importó 36.2 Mt de carbón colombiano, que representó 42.7% del total importado por ese país¹⁷. Turquía tiene la mayor tasa de crecimiento de demanda de energía entre los países de la OCDE y ha hecho cambios significativos en su regulación para aumentar la generación de energía eólica y solar para 2019. Espera construir tres plantas nucleares en la próxima década, y acelerar la penetración de renovables. Su política energética prevé un mayor uso del carbón doméstico para la generación de energía eléctrica, lo que reduce la dependencia de las importaciones¹⁸.

En Estados Unidos, que representó el 11.5% de las exportaciones de carbón de Colombia en 2016¹⁹, se espera una disminución de al menos 100 millones de toneladas (Mt) de demanda de carbón al 2021, adicionales a la disminución de 300 Mt que ya ocurrió entre 2007 y 2015²⁰. Desde 2010 Estados Unidos sólo ha instalado 16,710 MW de nueva capacidad de generación a base de carbón, mientras que ha cerrado plantas que representan 63,954 MW de generación y va a cerrar, de acuerdo a los compromisos establecidos, el equivalente a 50,929 MW²¹.

-
16. Cálculo propio de toneladas de carbón exportadas por Colombia por país de destino. Metodología: total toneladas anuales según DANE por % de participación en exportaciones según MIT, fuente de los datos: <https://www.nube-mcit.gov.co/public.php?service=files&t=3040a9a7106f89ad382a71dd9993e4ba&path=%2F>, y <https://atlas.media.mit.edu/en/profile/country/idn/>, consultados en diciembre de 2017.
 17. Agencia Internacional de Energía, 2016. *Turkey Energy System Overview*, disponible en <https://www.iea.org/media/countries/Turkey.pdf>, consultado el 9 de diciembre de 2017.
 18. Agencia Internacional de Energía, 2016. *Energy Policies of IEA Countries. Turkey: 2016 Review*, disponible en <http://www.iea.org/publications/freepublications/publication/EnergyPoliciesofIEACountriesTurkey.pdf>, consultado el 9 de diciembre de 2017.
 19. Cálculo propio de toneladas de carbón exportadas por Colombia por país de destino. Metodología: total toneladas anuales según DANE por % de participación en exportaciones según MIT, fuente de los datos: <https://www.nube-mcit.gov.co/public.php?service=files&t=3040a9a7106f89ad382a71dd9993e4ba&path=%2F>, y <https://atlas.media.mit.edu/en/profile/country/idn/>, consultados en diciembre de 2017.
 20. Ibid.
 21. Coalswarm & Greenpeace, 2017. *Global Shift: Countries and Subnational Entities Phasing Out Existing Coal Power Plants and Shrinking the Proposed Coal Power Pipeline*, disponible en <http://www.greenpeace.org/international/Global/international/publications/climate/2017/Global-Shift.pdf>, consultado el 4 de diciembre de 2017.

Finalmente, Brasil representó el 7% de las exportaciones de carbón de Colombia en 2016 y Chile el 5%²². Según el informe Climatescope 2017²³, Brasil, México, Chile y Uruguay son cuatro de los 10 países con las mejores condiciones de mercado y oportunidades para energías limpias. Brasil se ha posicionado como líder regional en energías limpias, en particular energía eólica. El 85% de las inversiones en Brasil proyectadas a 2024 para generación de electricidad estará destinado a hidroeléctricas (27.2%) y PCH, biomasa, eólica y solar (58%)²⁴. Tan solo el 14.7% será destinado a termoeléctricas, correspondiendo sólo el 0.9% a carbón.

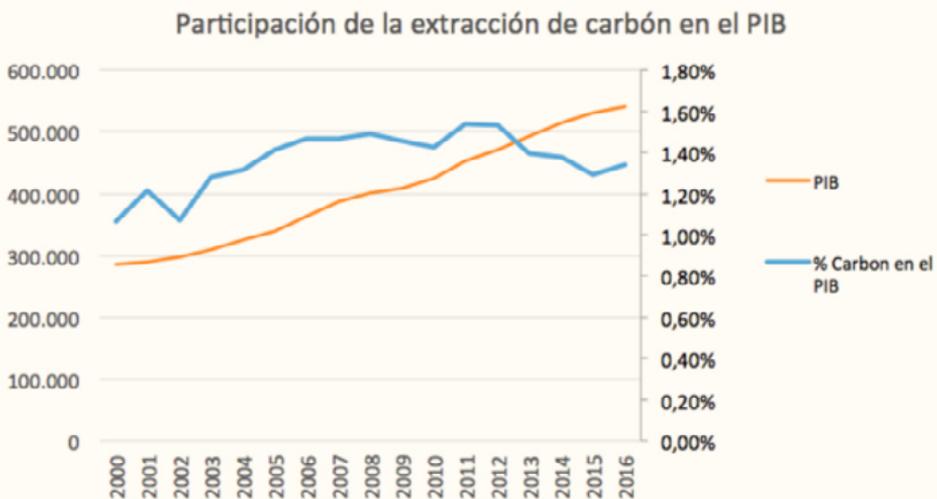
Por su parte, Chile está reduciendo su consumo de carbón y posicionándose en la región como líder en el desarrollo de energías renovables no convencionales. En 2016, junto a Emiratos Árabes, Chile rompió el récord de producir energía solar a tan solo 3 centavos de USD el kilovatio/hora, la mitad del costo promedio del carbón²⁵. Oficiales del gobierno chileno han declarado que esperan llegar al 90% de generación de energía eléctrica a partir de renovables en 2050²⁶. Desde enero de 2017 Chile implementó un impuesto al carbono de USD \$ 5 aplicable a todas las fuentes de emisiones con una capacidad térmica mayor a los 50 megawatts²⁷. El impuesto incluye el carbón, y significa un incentivo adicional para la transición hacia la generación a base de energías renovables.

-
22. Cálculo propio de toneladas de carbón exportadas por Colombia por país de destino. Metodología: total toneladas anuales según DANE por % de participación en exportaciones según MIT, fuente de los datos: <https://www.nube-mcit.gov.co/public.php?service=files&t=3040a9a7106f89ad382a71dd9993e4ba&path=%2F>, y <https://atlas.media.mit.edu/en/profile/country/idn/>, consultados en diciembre de 2017.
 23. ClimateScope 2017, publicado por el BID, Bloomberg New Energy Finance, UKAID y USAID, disponible en: <http://global-climatescope.org/en/> consultado el 08 de diciembre de 2017.
 24. Ministerio de Minas y Energía de Brasil. *Electricidad en el Plan Decenal de Expansión de Energía – PDE 2024*, disponible en: <http://www.mme.gov.br/documents/10584/3589202/03+-+Expansión+de+Energ%C3%ADa+en+Brasil+2024+-+Oportunidad+de+Inversiones+%28PDF%29/a0cb1954-9c3b-4bab-a5c0-693190222c95;jsessionid=3906746C37B7A0B6D5BF14B1CFCBB8F9.srv154>, consultado el 8 de diciembre de 2017.
 25. Agencia Internacional de la Energía Renovable, 2017. *Renewable Energy Auctions. Analysing 2016*, disponible en http://www.irena.org/DocumentDownloads/Publications/IRENA_REAuctions_summary_2017.pdf, consultado el 9 de diciembre de 2017.
 26. Londoño, E., 2017, “Chile’s Transformation is Powered by Wind, Sun and Volcanoes”, en *The New York Times*, publicado el 12 de agosto de 2017, disponible en <https://www.nytimes.com/2017/08/12/world/americas/chile-green-energy-geothermal.html>, consultado el 9 de diciembre de 2017.
 27. Banco Mundial, 2017. *Estado y tendencias en los precios al carbono*, disponible en https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/28510/wb_report_171027.pdf?sequence=5&isAllowed=y, consultado el 9 de diciembre de 2017.

3. Algunas cifras agregadas

Para Colombia las exportaciones de carbón son un rubro significativo de los ingresos nacionales. En 2016 representaron 1,34% del PIB nacional. Desde 2000 hasta 2011 el crecimiento de los ingresos por exportaciones de carbón estuvo correlacionado con el crecimiento del PIB. Desde entonces la participación va en descenso.

Figura 3: Participación de las exportaciones de carbón en el PIB nacional entre 2000 y 2016 en miles de millones de pesos

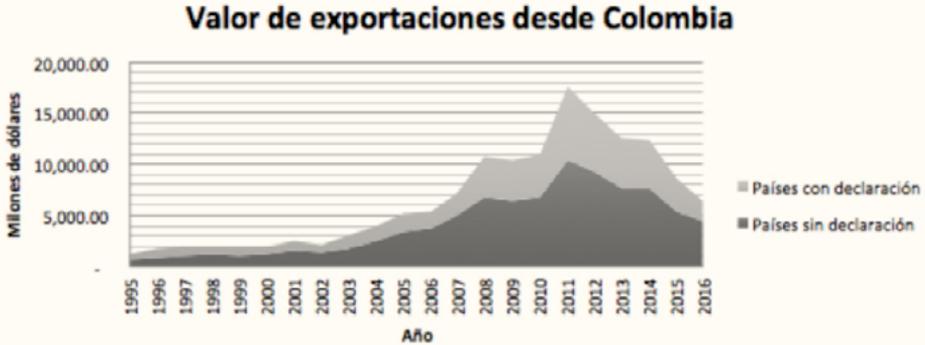


Fuente: World Coal Association, 2017.

Los ingresos de la exportación de carbón a países con declaración de eliminación ha seguido la misma tendencia. En 2011 Colombia recibió 17 mil millones de dólares, de los que 41% fueron de países con declaración (7,2 mil millones de dólares). En 2016 la proporción disminuyó: el país recibió 6 mil millones de dólares en total pero solo 31%, correspondió a los ingresos de la exportación de carbón a países con declaración (2 mil millones)²⁸.

28. Cálculo propio de la evolución de las exportaciones colombianas de carbón en dólares americanos a partir de datos de la DIAN y el DANE compilados por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, disponibles en <https://www.datos.gov.co/Comercio-Industria-y-Turismo/Estadisticas-de-Comercio-Exterior-de-Colombia/bny5-ancf/data>, consultados en diciembre de 2017.

Figura 4: Evolución en los ingresos percibidos por Colombia por exportación de carbón desde 1995 hasta 2016 en miles de millones de dólares



Fuente: elaboración propia a partir de datos del DANE y la DIAN, compilados por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo²⁹.

El declive de los ingresos anuales por exportaciones de carbón está correlacionado con el descenso en su precio internacional. Por ende, el aumento o disminución de los ingresos que recibirá Colombia por concepto de las exportaciones de carbón dependerá del precio internacional de la tonelada de carbón, y del volumen que el país pueda exportar en función de la demanda de los países que consumen carbón colombiano.

Figura 5: Evolución de los precios del carbón en USD por tonelada entre 2001 y 2017



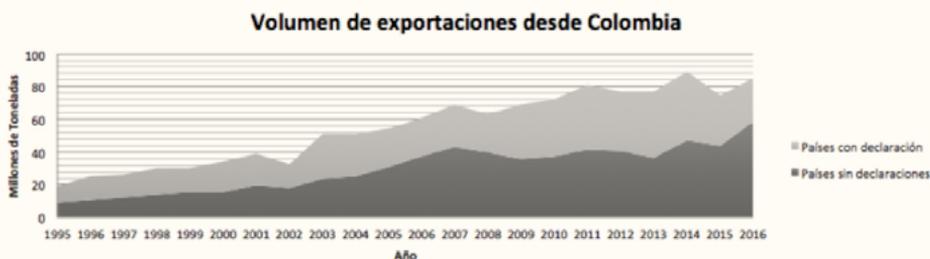
Fuente: elaboración propia a partir de datos de Index Mundi³⁰.

29. Cálculo propio de la evolución de las exportaciones colombianas de carbón en dólares americanos a partir de datos de la DIAN y el DANE compilados por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, disponibles en <https://www.datos.gov.co/Comercio-Industria-y-Turismo/Estad-sticas-de-Comercio-Exterior-de-Colombia/bny5-ancf/data>, consultados en diciembre de 2017.
30. Index Mundi, 2017. *Carbón colombiano Precio Mensual - Dólares americanos por tonelada métrica*, disponible en <http://www.indexmundi.com/es/precios-de-mercado/?mercancia=carbon-colombiano&meses=300>, consultado en diciembre 9 de 2017.

Ahora bien, la evolución de los ingresos por la exportación de carbón es distinta a la del volumen total de toneladas exportadas. El volumen total de las exportaciones de carbón de Colombia ha ido en aumento desde la segunda mitad de la década de los 90 hasta la actualidad, debido a las inversiones realizadas en la década de los 80 en las minas El Cerrejón y El Descanso, así como inversiones posteriores en proyectos de exportación ubicados en la costa atlántica³¹.

En 1995 Colombia exportó en total 18,4 millones toneladas métricas de carbón, y pasó a exportar un total de 85,1 millones en 2016. La proporción del volumen exportado a países con declaraciones de eliminación total del carbón de sus matrices de generación de energía eléctrica en 1995 era de 53%, mientras que en 2016 fue de 32%.

Figura 6: Evolución en el volumen de las exportaciones de carbón desde Colombia entre 1995 y 2016 en miles de toneladas métricas



Fuente: elaboración propia a partir de datos del DANE y MIT³².

La tendencia histórica al aumento en las exportaciones podrá mantenerse únicamente si los países sin declaraciones de eliminación del carbón aumentan su demanda, lo cual es poco probable dada la tendencia global a la disminución del uso de este mineral.

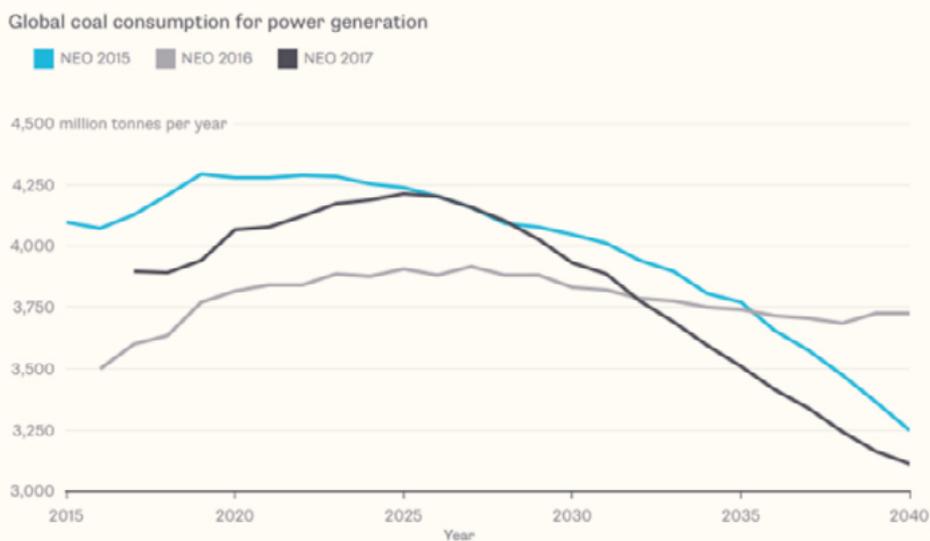
La Agencia Internacional de la Energía en 2016 disminuyó drásticamente su proyección de la demanda de carbón a 2040 (había

31. Ministerio de Minas y Energía (MME), y Unidad de Planeación Minero Energética (UPME), *La Cadena del Carbón* (2005), disponible en: http://www.upme.gov.co/docs/cadena_carbon.pdf; y MME y UPME, *Cadena del Carbón* (2012), disponible en: http://www1.upme.gov.co/simco/Cifras-Sectoriales/EstudiosPublicaciones/Cadena_del_Carbon_2012.pdf#search=Cadena%20de%20carbón.

32. Cálculo propio de toneladas de carbón exportadas por Colombia por país de destino serie 1995-2016. Metodología: total toneladas anuales según DANE por % de participación en exportaciones según MIT, fuente de los datos: <https://www.nube-mcit.gov.co/public.php?service=files&t=3040a9a7106f89ad382a71dd9993e4ba&path=%2F>, y <https://atlas.media.mit.edu/en/profile/country/idn/>, consultados en diciembre de 2017.

pronosticado un incremento de 485 millones de toneladas de carbón -expresadas en toneladas equivalentes de petróleo (Mtoe)- en 2015, corregido a 214 Mtoe, menos de la mitad, en 2016)³³. Bloomberg también ha corregido sus proyecciones de consumo de carbón para generación de energía eléctrica por tres años consecutivos³⁴ debido a una disminución constante de la demanda prevista.

Figura 7: Cambio en las proyecciones sobre la evolución del consumo global de carbón para generación de energía eléctrica en 2015, 2016 y 2017



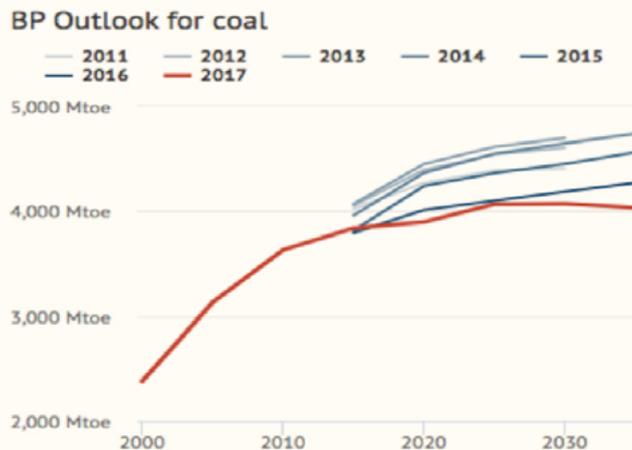
Fuente: Bloomberg New Energy Finance, 2017

BP también ha revisado sus proyecciones, estimando que la demanda de carbón llegará a su pico, valle y declive entre 2025 y 2030. Cada año desde 2011 ha reajustado sus proyecciones debido a una constante disminución de la demanda prevista.

33. Agencia Internacional de Energía, 2016. *World Energy Outlook*, op. cit.

34. Bloomberg New Energy Finance, 2017. *New Energy Outlook 2017*.

Figura 8: Cambio en las proyecciones sobre la demanda de carbón del “BP Energy Outlook” desde 2011



Fuente: Carbon Brief, 201³⁵.

Estos cambios sostenidos en la demanda de carbón, aunado a la disminución de la participación de las exportaciones en el PIB del país, y las declaraciones de países importadores de eliminar el carbón de sus matrices energéticas, dan cuenta de una transición que tendrá un impacto relevante para Colombia como país exportador.

4. Algunas conclusiones preliminares

- Los precios de la tonelada de carbón tienden al alza. Por su parte los precios de las energías renovables están en descenso vertiginoso, lo que vuelve al carbón una fuente de energía eléctrica menos competitiva. Esta tendencia se ha reflejado en el declive del uso del carbón especialmente en regiones a las que Colombia exporta este mineral (Europa y las Américas).
- La demanda global de carbón se ha estancado en los últimos años. Las agencias que predicen los niveles de uso de carbón han sido

35. Carbon Brief, 2017. *Analysis: BP Energy Outlook sees coal demand peaking for first time*, disponible en <https://www.carbonbrief.org/analysis-bp-energy-outlook-sees-coal-demand-peaking-first-time>, consultado el 5 de diciembre de 2017.

conservadoras y en repetidas ocasiones han tenido que corregir sus predicciones debido a una constante disminución de la demanda prevista. Sin embargo, cualquier aumento de la demanda dependerá ampliamente del consumo en Asia, un continente con reservas propias de carbón que además está invirtiendo significativamente en energía renovable. Las oportunidades comerciales para Colombia en ese continente son por lo tanto limitadas.

- Colombia, como país exportador, puede sufrir un cambio en los patrones de importación. Una proporción importante de los países importadores muestran señales de transición hacia fuentes de energía eléctrica diferentes al carbón.

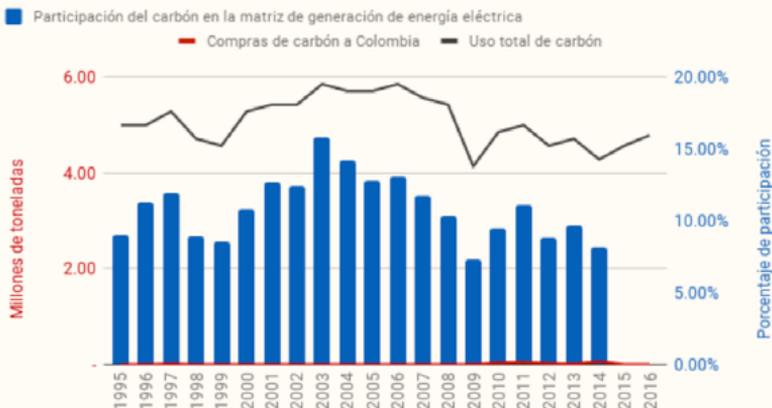
Anexo I. Fichas país

Austria



Año de eliminación Total	2025	% De uso de carbón para generación de energía eléctrica (2014)	8.21%
--------------------------	------	--	-------

AUT

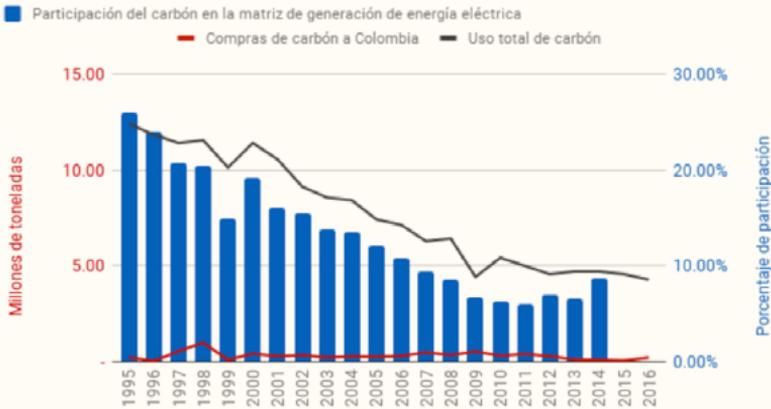


Bélgica



Año de eliminación Total	2016	% De uso de carbón para generación de energía eléctrica (2014)	8.70%
--------------------------	------	--	-------

BEL

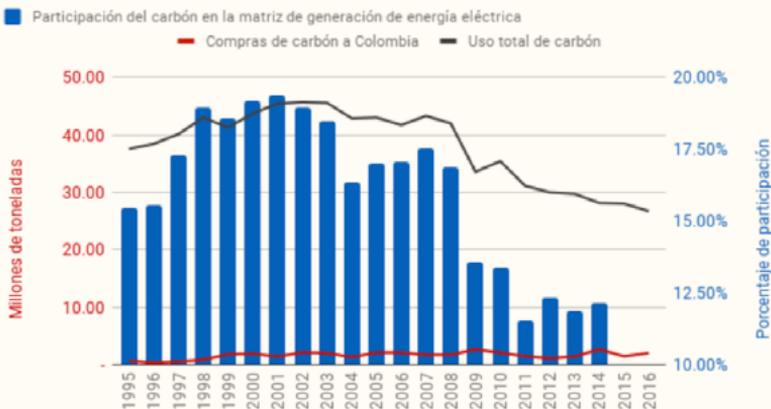


Canadá



Año de eliminación Total	2030	% De uso de carbón para generación de energía eléctrica (2014)	12.17%
--------------------------	------	--	--------

CAN

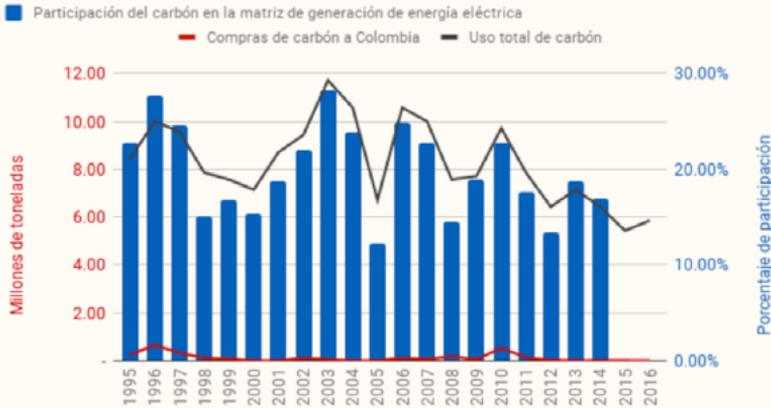


Finlandia



Año de eliminación Total	2030	% De uso de carbón para generación de energía eléctrica (2014)	16.99%
--------------------------	------	--	--------

FIN

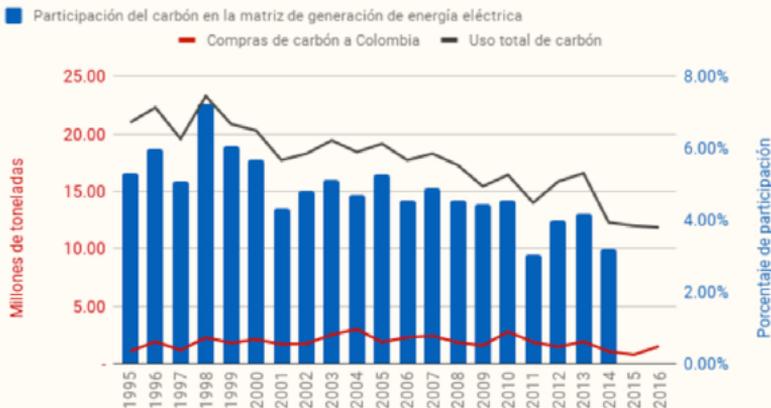


Francia



Año de eliminación Total	2021	% De uso de carbón para generación de energía eléctrica (2014)	3.19%
--------------------------	------	--	-------

FRA

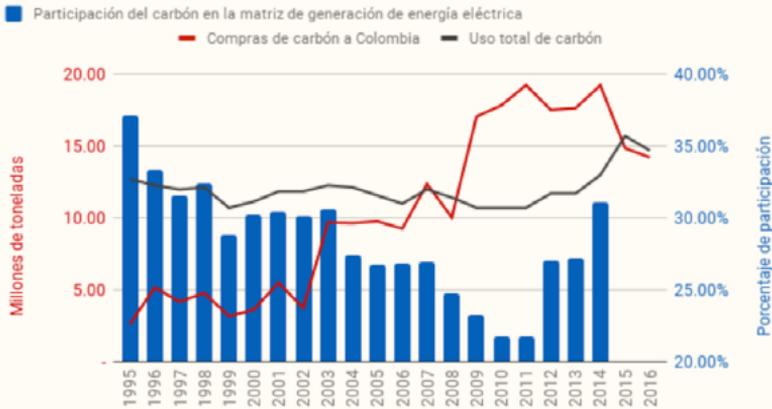


Holanda



Año de eliminación Total	2030	% De uso de carbón para generación de energía eléctrica (2014)	31.07%
--------------------------	------	--	--------

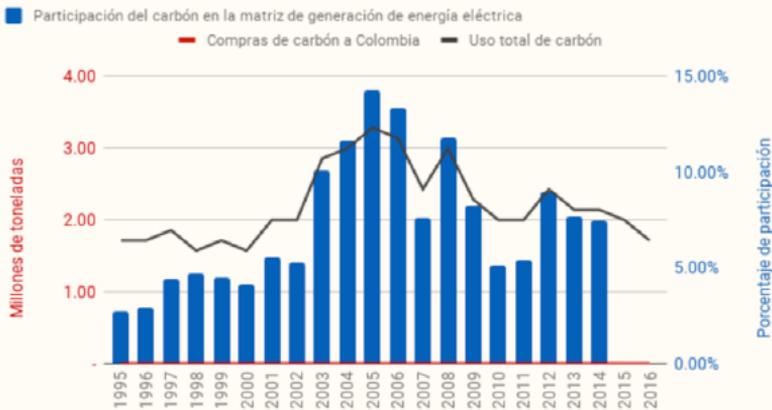
NLD



Nueva Zelanda

Año de eliminación Total	2022	% De uso de carbón para generación de energía eléctrica (2014)	7.50%
--------------------------	------	--	-------

NZL

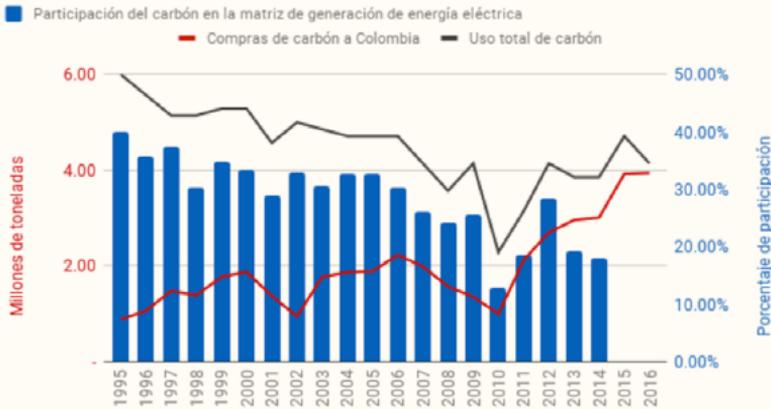


Portugal



Año de eliminación Total	2030	% De uso de carbón para generación de energía eléctrica (2014)	18.09%
--------------------------	------	--	--------

PRT

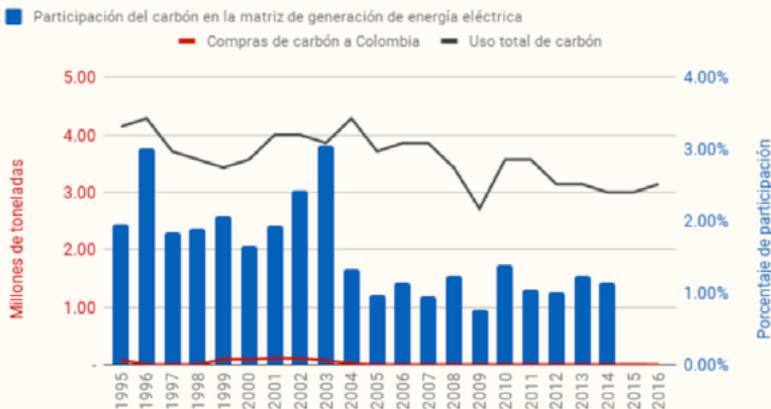


Suecia



Año de eliminación Total	2030	% De uso de carbón para generación de energía eléctrica (2014)	1.14%
--------------------------	------	--	-------

SWE

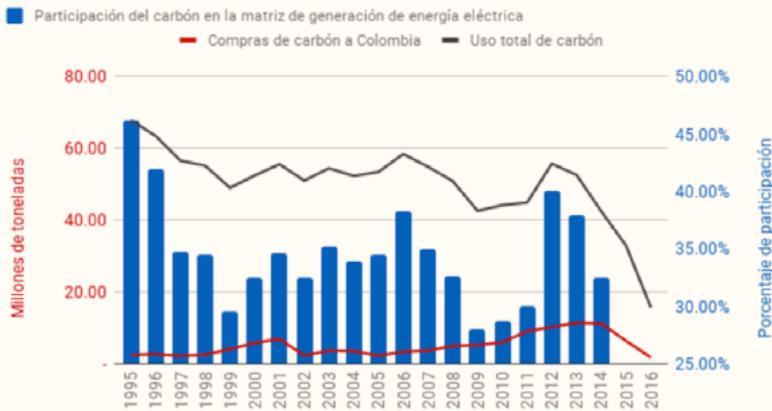




Reino Unido

Año de eliminación Total	2025	% De uso de carbón para generación de energía eléctrica (2014)	32.47%
--------------------------	------	--	--------

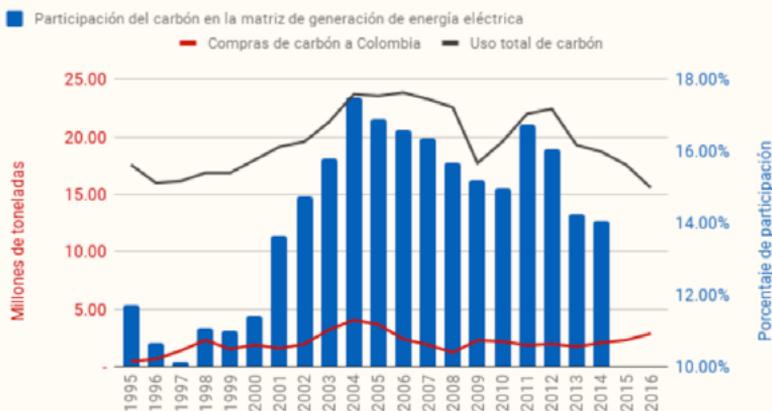
GBR



Italia

Año de eliminación Total	2025	% De uso de carbón para generación de energía eléctrica (2014)	14.06%
--------------------------	------	--	--------

ITA

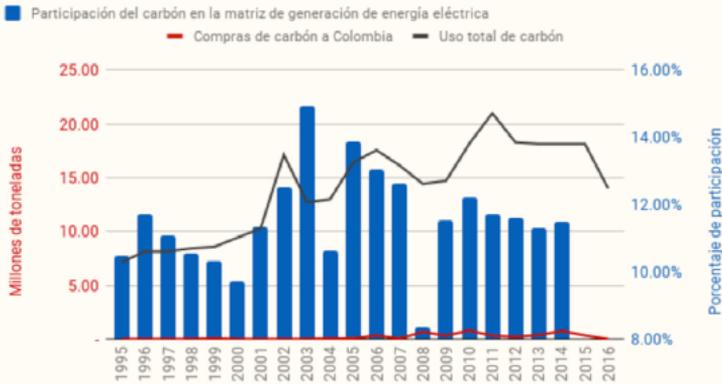


México



Año de eliminación Total	2031*	% De uso de carbón para generación de energía eléctrica (2014)	11.49%
--------------------------	-------	--	--------

MEX



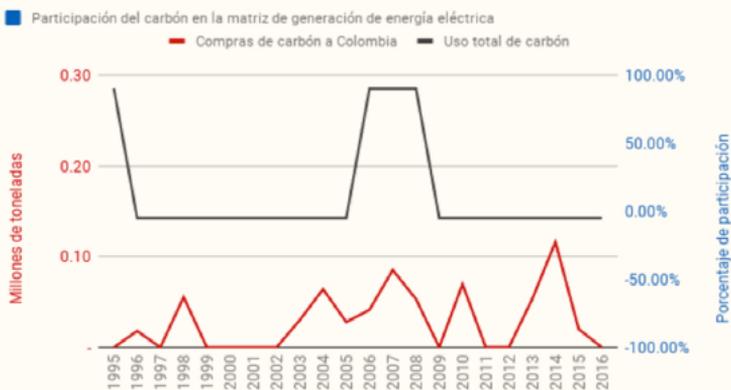
* México no ha hecho un anuncio público internacional con la fecha, pero incluyó el 2031 en dos documentos internos de política pública: el Programa de Desarrollo del Sistema Eléctrico Nacional (PRODESEN) 2017-2031 y el Programa Especial de Transición Energética publicado en 2017.

Suiza



Año de eliminación Total	-*	% De uso de carbón para generación de energía eléctrica (2014)	11.49%
--------------------------	----	--	--------

CHE



* Suiza ya no usa carbón para generación de energía eléctrica.

Recomendaciones sobre incentivos económicos ambientales en Colombia

Febrero de 2018

Autores que contribuyeron a esta publicación:

Isabel Cavalier

Lina Puerto

Maria Paula Mendieta

Martín Ramírez

Mariana Lobo-Guerrero



Atribución - No comercial - Compartir igual

Este documento está sujeto a una licencia de creative commons, puede ser reproducido sin fines comerciales en todo o en parte siempre y cuando se mantenga la referencia de atribución a sus autores y se comparta cualquier creación derivada bajo una licencia de iguales características.

Introducción

Este documento presenta algunos de los hallazgos y recomendaciones derivadas del proyecto sobre Incentivos Económicos Ambientales de Transforma y la Asociación Cavalier de Derecho. El objetivo de dicho proyecto es generar conocimiento e incidir en el fortalecimiento de tres mecanismos incentivos económicos ambientales en Colombia: el impuesto al carbono, la tasa al uso del agua y los pagos por servicios ambientales (PSA).

A lo largo del proyecto, cuya implementación inició en septiembre de 2017, se han realizado diversos análisis alrededor incluyendo un diagnóstico del marco legal, la identificación de ventanas de oportunidad, un mapa de actores, y la identificación de fortalezas y debilidades de los instrumentos para la formulación de recomendaciones. Adicionalmente, se han realizado acercamientos con diferentes actores y se llevaron a cabo acciones específicas con los tomadores de decisiones para incidir en el mejoramiento de los instrumentos. En lo que queda del proyecto, el equipo se encuentra diseñando una hoja de ruta para llevar a cabo acciones de incidencia de forma más estratégica.

En este documento se presenta una breve descripción, las oportunidades de fortalecimiento y las recomendaciones que el equipo del proyecto ha identificado para cada uno de los instrumentos de incentivos económicos estudiados. Adicionalmente, el documento da una mirada in poco más amplia y presente sugerencias encaminadas a mejorar todo el sistema de mercados ambientales y exhibir ventanas de oportunidad existentes en el marco del posconflicto, financiamiento del sector ambiental y la estructura del sistema de incentivos económicos ambientales.

1. Tasa al uso del agua

Marco Normativo

En Colombia, la tasa por uso de agua fue creada por el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente Decreto Ley 2811 de 1974, artículo 159. Luego, la Ley 99 de 1993 que creó el Sistema Nacional Ambiental en su artículo 43 establece la tasa por uso de agua a todos los usuarios de este recurso. Su reglamentación fue desarrollada por el Decreto 155 de 2004.

La evolución que ha tenido la tasa al uso del agua a lo largo del tiempo ha sido de cambios en el cálculo del monto mínimo, interacciones con otros instrumentos como la tasa retributiva e inversiones forzosas (por ejemplo el tipo de inversiones que se consideran dentro de las posibilidades) y las destinaciones del recaudo. Sin embargo, nunca ha subido significativamente su valor lo cual no ha generado los efectos esperados en cuanto a la conservación del recurso hídrico.

La tasa al uso del agua es una carga para todos los usuarios, personas naturales o jurídicas, del recurso hídrico que busca el uso eficiente del recurso. Hubo dos objetivos principales con los que se estableció la tasa al uso del agua. Primero, envía una señal a los usuarios del agua para reducir su consumo dado que la tasa representa un aumento en sus costos de operación. El segundo busca que el recaudo genere recursos financieros para el Sistema Nacional Ambiental para que se puedan llevar a cabo actividades de preservación, conservación, restauración y vigilancia de cuencas hídricas y otros ecosistemas (Rudas, 2008).

Monto tarifario

El cálculo del monto de la tasa de uso del agua tiene en cuenta condiciones del tipo de cuenca y usuario. La base gravable del impuesto es el volumen de agua efectivamente captada recientemente subió de \$4 a \$11 pesos por metro cúbico. Para calcular el monto exacto se tienen en cuenta factores de escasez de agua en la región, características socioeconómicas de los usuarios y el uso e inversión sobre la misma cuenca. El recaudo es realizado por las autoridades ambientales competentes mediante facturación mensual basada en el reporte de los usuarios o el volumen establecido en la concesión de aguas (Ley 99 de 1993).

“La utilización de aguas por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, dará lugar al cobro de tasas fijadas por el Gobierno Nacional que se destinarán al pago de los gastos de protección y renovación de recursos hídricos, para los fines establecidos por el artículo 159 del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, *Decreto 2811 de 1974*”

Desde una visión sistémica, hay dos elementos claves para la consideración de las fortalezas de la tasa al uso de agua en la evolución histórica del instrumento:

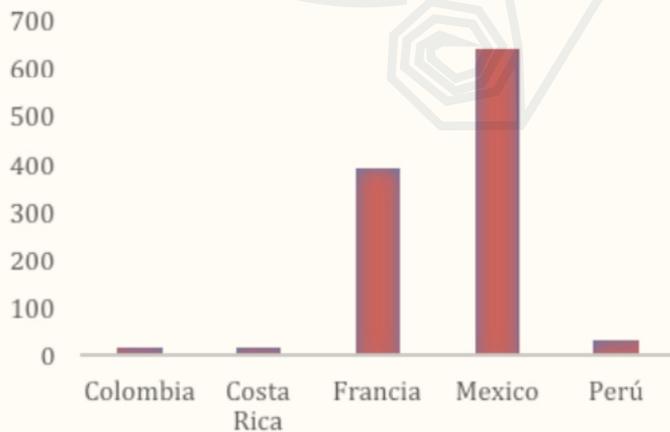
1. El recaudo por tasa al uso del agua debe ser destinado a proyectos relacionados con la conservación de este recurso. Con el cobro de la tasa al agua se espera que se provean recursos para internalizar los costos ambientales mediante el cuidado e inversión de recursos para la estabilidad de la disponibilidad del recurso hídrico.
2. El marco normativo de la tasa al uso de agua es amplio y ha mostrado estar blindado jurídicamente. Diversas acciones jurídicas se han llevado a cabo en contra del establecimiento de la tasa del agua y en todas las ocasiones las decisiones judiciales han sido positivas y de mantenimiento del instrumento.

Estos dos componentes llevan a evidenciar el potencial que tiene la tasa al uso de agua para generar un uso más eficiente del recurso hídrico y el flujo de recursos hacia mantenimientos de cuencas por parte de las autoridades competentes.

Oportunidades en la tasa al uso de agua

Con los objetivos del establecimiento del instrumento en consideración es claro que la tasa al uso de agua presenta oportunidades de mejorar para cumplir con el recaudo de recursos y el uso eficiente del recurso hídrico. Las siguientes son las principales oportunidades para tener en cuenta respecto a un fortalecimiento del mecanismo:

Figura 2. Recaudo por cargos al uso de agua 2010 (Millones de dólares al año)



Fuente: GIZ, Ecosimple (2014)

1. Valor de la tarifa. El principal usuario de agua en Colombia es el sector agropecuario (60%) seguido muy por debajo por el sector de generación eléctrica (hidroeléctricas). La negociación de una tarifa más alta que internalice de manera más efectiva los costos ambientales del uso ineficiente de agua ha sido históricamente complicada debido a la alta oposición política de las asociaciones del sector agropecuario argumentando pérdidas de competitividad. En 2016 el Gobierno Colombiano actualizó el monto mínimo de la tasa al uso de agua de 4 a 11 pesos por metro cúbico. A pesar de la dificultad de comparar con tarifas de otros países (debido a las particularidades regulatorias de las tarifas) el siguiente cuadro muestra el bajo nivel de recaudo efectivo por tasa al uso de agua. Respecto a Costa Rica, Colombia tiene la mitad de recaudo con una población bastante más grande¹.
2. Adicionalmente, diversos actores evidencian que administrativamente, las autoridades ambientales encargadas del recaudo de la tasa tienen un costo logístico mayor de controlar la cantidad efectiva de agua usada por los usuarios que lo establecido en la tasa. Por el conjunto de estas razones aumentar la tarifa mínima de la tasa es una primera señal de comando para motivar el uso eficiente del recurso hídrico y incrementar el recaudo para las inversiones sobre cuencas.
3. Medición. Como quedó establecido en las diversas normativas de la tasa al uso del agua, los usuarios pagan por el valor de agua efectivamente usado (a partir de la medición con contadores) o por el total registrado en la concesión de aguas (actualizada anualmente). Adicional a la ilegalidad o informalidad², esto presenta retos que desincentivan la instalación de contadores ya que se preferirá pagar el valor fijo de la concesión y no evidenciar que se usó más del volumen efectivo (por más que sea menor ya que la tarifa igual es baja como se mencionó en la oportunidad 1). Por otro lado, el objetivo de la tasa de promover un uso más eficiente no se cumple ya que siempre se paga un valor fijo lo cual no incentiva los cambios comportamentales en los usuarios.

1. Vardon, M., Bass, S., Ahlroth, S. and Ruijs, A. (Eds) (2017). Forum on Natural Capital Accounting for Better Policy Decisions: Taking Stock and Moving Forward. World Bank WAVES, Washington D.C.

2. Usuarios que no radican las concesiones de agua de las que son responsables.

4. Reducción de costos transaccionales. Como se puede deducir de las oportunidades anteriores, reducir los costos de transacción del cobro de la tasa es una de las grandes oportunidades que pueden incrementar el recaudo realizado, aumentar la eficacia administrativa y generar eficiencias en los cobros para que se cumplan con los objetivos iniciales del establecimiento de la tasa.
5. Control fiscal del recaudo. Las principales autoridades ambientales que recaudan la tasa son las Corporaciones autónomas regionales (Otras entidades como Parques Nacionales también recaudan en ciertas jurisdicciones). Estas entidades son autónomas y gran parte de su presupuesto administrativo depende de las transferencias del sector de generación eléctrica (más del 90%). Por esta razón, la tasa al uso de agua no representa un rubro importante en el funcionamiento de dichas entidades lo que desmotiva el cumplimiento de la labor de control para su cobro. Al ser autónomas las Corporaciones son supervisadas en su proceder fiscal por la Contraloría. Si se reforzara y fortaleciera el control realizado por esta entidad sobre las CAR y sus funcionarios se rompería la barrera y empezaría a darse el cumplimiento del cobro por el uso efectivo de recurso hídrico.

Recomendaciones sobre la tasa al uso del agua.

- **Evaluar una estrategia integral de comando y control para volver más eficiente los montos y cobros de la tasa al uso de agua.**

Esto se puede hacer mediante la coordinación de actores como el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Corporaciones autónomas regionales, Contraloría y entidades subnacionales para que exista un sistema con:

- Un monto superior en la tarifa mínima que lleve a un uso más eficiente del recurso y a la inversión en tecnologías de racionalización.
- Mejores estrategias de control sobre los usuarios informales, ilegales y legales que baje los costos transaccionales.
- Un control sobre las autoridades ambientales para que efectúen el cobro y el seguimiento de la manera más precisa.

- Inversión en el mantenimiento, preservación y restauración de cuencas hídricas mediante esquemas complementarios (Ver sección de Pagos por servicios ambientales).

2. Impuesto al carbono

Marco normativo

El impuesto nacional al carbono es creado con el artículo 221 de la Ley 1819 de 2016 *“Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones”*. **El impuesto es un gravamen sobre el contenido de carbono en combustibles fósiles, exceptuando el carbón e incluyendo todos los derivados de petróleo y todos los tipos de gas fósil que sean usados con fines energéticos, siempre que sean utilizados para combustión.** Específicamente, los combustibles gravados por el impuesto al carbono son: gasolina, kerosene, jet fuel, ACPM, fuel oil, gas natural solo para su uso en la industria de la refinación de hidrocarburos y la petroquímica, y el gas licuado de petróleo (GLP) solo para la venta a usuarios industriales.

El impuesto tiene un valor de \$15.000 (quince mil) pesos por tonelada de CO₂, tarifa que se ajustará cada 1 de febrero con la inflación del año anterior, más un punto porcentual hasta que sea equivalente a una unidad de valor tributario (UVT) por tonelada de CO₂.

“El recaudo del impuesto nacional al carbono se destinará al Fondo para la Sostenibilidad Ambiental y Desarrollo Rural Sostenible en Zonas Afectadas por el conflicto (**“Fondo para una Colombia Sostenible”**) de que trata el Artículo 116 de la Ley 1769 de 2015. Estos recursos se presupuestarán en la sección del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Los recursos **se destinarán, entre otros, al manejo de la erosión costera, a la conservación de las fuentes hídricas y a la protección de ecosistemas** de acuerdo con los lineamientos que para tal fin establezca el **Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible**”. Artículo 223 Ley 1819.

Adicionalmente, la Ley 1819 de 2016 le impone el mandato al MADS para establecer el procedimiento de No Causación del Impuesto

Nacional al Carbono. En este sentido el MADS expidió el Decreto 926 de 2017, para establecer dicho proceso con el objetivo de estimular la formulación e implementación de iniciativas de mitigación que generen reducciones de emisiones de GEI a cambio de la no causación del impuesto. **De acuerdo con el Decreto 926 de 2017, se permitió la no causación del impuesto mediante la compra de créditos de carbono de proyectos certificados.**

Según la ley de reforma tributaria, el recaudo del impuesto al carbono tendría una destinación específica ambiental a través del Fondo Colombia en Paz (previamente Fondo para una Colombia Sostenible) que duplicaría los recursos del estado disponibles para el mal financiado sector ambiental. Una de las grandes virtudes del impuesto al carbono es su doble propósito: contribuir a la reducción de gases nocivos para la atmósfera y la salud, y recaudar recursos destinados al manejo de la erosión costera, a la conservación de fuentes hídricas y a la protección de ecosistemas. Este segundo objetivo es igualmente significativo si se tiene en cuenta que, según el Ministerio de Hacienda, el impuesto al carbono espera recaudar alrededor de \$686.000 millones, cifra que duplicaría los \$663.000 millones comprometidos por el sector ambiental nacional en el 2016.

Oportunidades en el impuesto al carbono

1. El Fondo Colombia en Paz (FCP). El Fondo para una Colombia Sostenible fue sustituido por el “Fondo Colombia en Paz” (FCP), un “fondo de fondos” que opera como patrimonio autónomo bajo régimen privado, administrado por el DAPRE, y cuyo ordenador del gasto es el Alto Consejero del Postconflicto. Más de un año después de la aprobación de la ley y del establecimiento del impuesto, el sector ambiental aún no recibe recursos provenientes del impuesto y existe un gran nivel de confusión e incertidumbre respecto a la destinación de estos recursos. Está pendiente que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible emitan el decreto que reglamente la destinación específica del impuesto. Se espera que este decreto determine el porcentaje de recursos que se destinarán a los temas ambientales establecidos en la reforma tributaria y que porcentaje irá a la implementación del

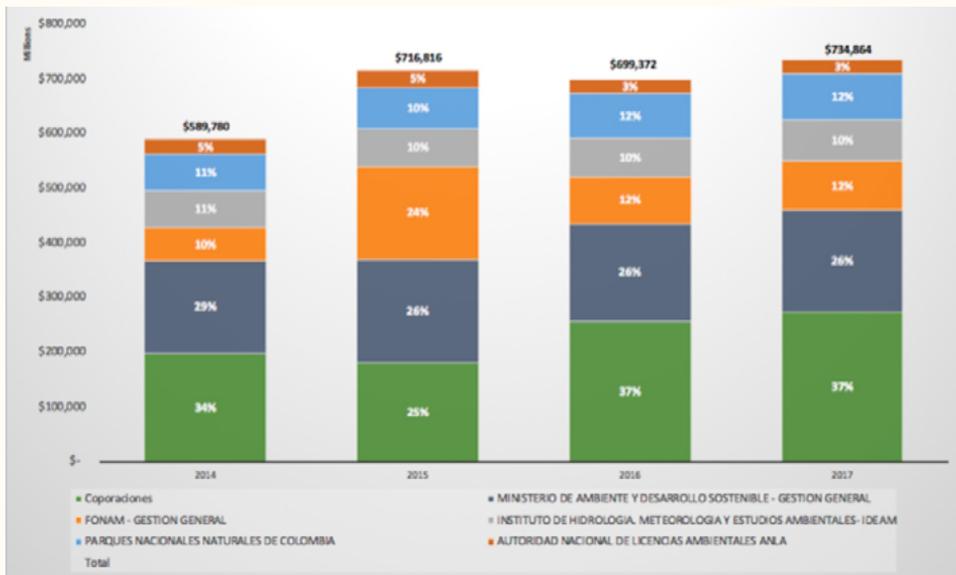
postconflicto. Asimismo, el decreto definirá cuál será el ámbito de aplicación de los lineamientos que debe proveer MinAmbiente.

2. Relación ambiente y conflicto. De acuerdo con el DNP (2017), el conflicto armado le costó al país \$7.1 billones de pesos anuales en degradación ambiental. Dentro de los municipios con mayor incidencia del conflicto se dio la mayor tasa de deforestación de 1990 a 2013 (alrededor de 58%) relacionado a que en dichos territorios existe el 87% de los cultivos ilícitos del país. Como se puede observar en el siguiente cuadro, la relación entre conflicto e impactos ambientales es significativa y ha representado retos en materia de conservación de los recursos ambientales. Debido a esto, el desarrollo sostenible cobra especial importancia en el acuerdo final como pilar fundamental para la consecución de una paz estable y duradera. Particularmente, el Acuerdo Final contempla una “nueva visión de una Colombia en paz que permita alcanzar una sociedad sostenible unida en la diversidad, fundada no solo en el culto de los derechos humanos sino en la tolerancia mutua, la protección del medio ambiente, el respeto a la naturaleza, sus recursos naturales renovables y no renovables y su biodiversidad”.
3. Financiamiento del sector ambiental en Colombia. El sector ambiental representa al 0.37% del presupuesto nacional y el gasto por entidad está distribuido como se muestra en la Gráfica



a continuación. Vale la pena aclarar que el presupuesto ambiental al que nos referimos es el presupuesto de las agencias de gobierno cuya función principal está relacionada con el sector ambiental. En otras palabras estas cifras excluyen el gasto ambiental de las instituciones de otros sectores. Vale la pena resaltar que el 37% de los recursos del sector fueron asignados a las Corporaciones Autónomas Regionales y otras corporaciones ambientales.

Colombia. Asignaciones de presupuesto sector ambiental (Millones de COP)



Fuente: Portal de Transparencia económica de Colombia

Recomendaciones sobre la destinación específica del Impuesto al Carbono

- **Expedir un decreto reglamentando la destinación que asigne un monto significativo de recursos a temas ambientales**

Como el impuesto al carbono en Colombia fue aprobado en el marco de una reforma tributaria estructural que buscaba generar nuevos ingresos públicos para enfrentar una difícil situación fiscal del país, un riesgo importante que existe en la destinación su específica es que los recursos sean dirigidos a temas diferentes

a los ambientales especificados en la ley (erosión costera, conservación de fuentes hídricas y protección de ecosistemas). El lenguaje de la ley abre una puerta para la diversión de los recursos a “otros” rubros y dada la situación fiscal actual es muy probable que los fondos del impuesto al carbono, cuya totalidad es asignada al Fondo Colombia en Paz, sean utilizados para el postconflicto sin un fin ambiental.

Es evidente que la construcción de una paz estable va a requerir de una asignación de recursos importantes para lo cual el FCP va a tener que recurrir a los recursos del impuesto al carbono, sin embargo, dada la naturaleza del impuesto y las necesidades presupuestarias del sector ambiental, es importante que se asigne una cantidad considerable de recursos a atender los temas especificados en la Ley.

- **La totalidad de los recursos del impuesto al carbono debe regirse por lineamientos de sostenibilidad ambiental.**

Dado que es muy probable que parte de los recursos del impuesto al carbono se destinen al posconflicto, es importante que incluso este gasto no pierda de vista los objetivos de sostenibilidad ambiental. En particular, los fondos destinados al postconflicto deberían garantizar la sostenibilidad ambiental de las iniciativas financiadas con fondos del impuesto al carbono. Más aún, los recursos del impuesto al carbono dedicados a la construcción de una paz estable y duradera deben maximizar las oportunidades que tengan las inversiones del postconflicto en materia ambiental. Adicionalmente, los fondos destinados al postconflicto deben evitar inversiones con impacto ambiental negativo y deben evaluar sus posibles impactos y riesgos ambientales.

- **El financiamiento de esquemas de pagos por servicios ambientales debe ser parte integral de las inversiones del postconflicto**

En el marco del Acuerdo Final, el constituyente le otorgó al Presidente de la República facultades legislativas extraordinarias y excepcionales para asegurar su cumplimiento, mediante el Acto Legislativo 01 de 2016. En uso de sus facultades extraordinarias y

excepcionales, el Presidente de la República expidió el Decreto-Ley 870 de 2017 “por el cual se establece el Pago por Servicios Ambientales y otros incentivos a la conservación”, norma que guarda conexidad objetiva, manifiesta y verificable con el Acuerdo Final, en específico con los puntos 1 y 4 relacionados con la reforma rural integral y la solución al problema de las drogas ilícitas respectivamente. Dichos puntos cuentan con un componente de sostenibilidad al desarrollar programas orientados al cierre de la frontera agrícola, la protección de zonas de reserva mediante el reconocimiento por la prestación de servicios ambientales y el diseño, ejecución y evaluación de programas de sustitución y recuperación ambiental de las áreas afectadas por cultivos ilícitos.

De acuerdo con el artículo 18 del Decreto-Ley 870 de 2017, el Gobierno nacional propenderá por que los fondos destinados a la implementación del Acuerdo Final se dirijan a la creación de los mecanismos y rubros para la financiación de proyectos de pago por servicios ambientales. Por lo cual, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible junto con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y el Departamento Administrativo de la Presidencia – Dirección de Posconflicto, deberá considerar la financiación de proyectos de pago por servicios ambientales al momento de definir la destinación del recaudo por el impuesto al carbono.

3. Pago por Servicios Ambientales (PSA)

Marco Normativo

Los esquemas de “Pago por Servicios Ambientales” (PSA) hacen parte de la tipología de los instrumentos de mercado que pretenden promover la gestión de bienes y servicios ambientales por medio de incentivos económicos. En ese sentido, pretenden enviar señales económicas para inducir a determinados actores a que realicen cambios voluntarios en sus decisiones asociadas al uso o manejo de los recursos naturales renovables para evitar el deterioro o pérdida de ecosistemas naturales, fomentar su restauración y promover el mantenimiento o mejora de los servicios ambientales que proveen.

El régimen jurídico de los esquemas de PSA se enmarca en la Ley 99 de 1993³, la Ley 1450 de 2011⁴, el Decreto 953 de 2013, y la Ley 1753 de 2015⁵. En mayo de 2017, el Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES, expidió el documento 3886 de “Lineamientos de Política y Programa Nacional de Pago por Servicios Ambientales Para la Construcción de Paz” con el objetivo de ampliar y alinear el marco de política y normativo de los esquemas de PSA. En línea con este documento de política, el Gobierno Nacional expidió el Decreto-Ley 870 de 2017 “Por el cual se establece el pago por servicios ambientales y otros incentivos a la conservación” y en el cual se establecen las directrices para el desarrollo de esquemas de PSA que se promuevan tanto con recursos públicos como privados. El Decreto-Ley 870 de 2017 y su posterior reglamentación a cargo del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS) derogan el Decreto 953 de 2013.

Financiación

Actualmente, los esquemas de PSA en Colombia pueden adoptar diferentes formas según sus fuentes de financiación. A continuación se enumeran:

- **1% Ingresos Corrientes Anuales de las Entidades Territoriales⁶.**

Los departamentos, distritos y municipios dedicarán un porcentaje no inferior al 1% de sus ingresos corrientes anuales para financiar esquemas de PSA para la conservación del recurso hídrico en las áreas que surten de agua los acueductos municipales, distritales y regionales. La administración de dichos recursos corresponde al respectivo ente territorial, el cual deberá contemplar la ejecución del porcentaje dentro de sus planes de desarrollo y presupuestos anuales. Esta disposición aplica igualmente a los distritos de riego que no estén sujetos a licenciamiento ambiental, puesto que deberán dedicar un porcentaje no inferior al 1% del valor de la obra para el financiamiento de esquemas de PSA.

3. Artículos 7, 43, 45, 108, 111, 116

4. Artículo 210

5. Artículo 174

6. Artículo 111 Ley 99 de 1993, modificado por el artículo 210 Ley 1450 de 2011.

- **Inversiones Forzosas del 1% de Proyectos Sujetos a Licenciamiento Ambiental⁷**

Los proyectos que estén sujetos al procedimiento de licenciamiento ambiental y que requieran del uso del recurso hídrico tomado directamente de fuentes naturales para la ejecución del proyecto, deberán destinar no menos del 1% del total de la inversión para recuperar, preservar, conservar y vigilar el estado de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica. Recientemente, el Decreto 2099 de 2016 contempló que los esquemas de PSA pueden utilizarse como mecanismos de mitigación de impacto ambiental en la implementación de las inversiones forzosas del 1%.

- **Adquisición por la Nación de Áreas o Ecosistemas de Interés Estratégico para la Conservación de los Recursos Naturales o Implementación de Esquemas de PSA⁸**

Las transferencias del sector eléctrico y/o el 1% de los ingresos corrientes de las entidades territoriales podrán ser utilizados por las corporaciones autónomas regionales, los municipios y los distritos que se encuentren en las cuencas hidrográficas que surten los embalses para diseñar e implementar esquemas de PSA con el objetivo de conservar y preservar áreas o ecosistemas estratégicos.

- **Mecanismos voluntarios (fuentes de cooperación internacional, sector privado, ONG)**

Varias de las experiencias del país en materia de esquemas de PSA se han fundado en mecanismos voluntarios con la participación de actores de diferentes sectores. Dichas experiencias han hecho parte de iniciativas con fondos de cooperación internacional, del sector privado o de ONGs en coordinación con algunas corporaciones autónomas regionales y entes territoriales. El Decreto-Ley 870 de 2017 también contempla la opción de financiamiento a través de aportes voluntarios de personas naturales o jurídicas.

7. Parágrafo 1 Artículo 43 Ley 99 de 1993, modificado por el artículo 216 Ley 1450 de 2011, reglamentado por el Decreto 1076 de 2015 modificado por el Decreto 2099 de 2016

8. Artículo 108 Ley 99 de 1993, modificado por el artículo 174 Ley 1753 de 2015



Figura 1. Financiación Actual Esquemas de PSA en Colombia

Decreto-Ley 870 de 2017

El Decreto-Ley 870 de 2017 se expide en uso de las facultades extraordinarias y excepcionales, que le fueron otorgadas al Presidente de la República en el marco del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (Acuerdo Final). En este sentido, el Decreto pretende dar vía a componentes de sostenibilidad del Acuerdo Final al desarrollar programas orientados al cierre de la frontera agrícola, la protección de zonas de reserva mediante el reconocimiento por la prestación de servicios ambientales y el diseño, ejecución y evaluación de programas de sustitución y recuperación ambiental de las áreas afectadas por cultivos ilícitos.

El Decreto establece que el otorgamiento del incentivo de PSA no tendrá efecto alguno en relación con la propiedad por lo que el modelo no estaría basado en adquisición de predios y pretende beneficiar a pequeños propietarios, poseedores u ocupantes de buena fe exenta e culpa. A su vez, establece que el monto del incentivo debe tomar como referente el costo de oportunidad de las actividades productivas representativas en las áreas en donde se desarrollen los PSA. Propone que el cálculo del costo de oportunidad considere los valores monetarios provenientes de la rentabilidad de la tierra, las tendencias de cambio de uso del suelo y los beneficios

ambientales que se dejarían de proveer en caso de un cambio de uso de la tierra. El uso de los costos de oportunidad para establecer el valor del incentivo en los programas de PSA permite que la tarifa de pago del servicio ambiental sea suficiente para compensar a los propietarios, poseedores u ocupantes de buena fe de los terrenos por las acciones de conservación realizadas, y que sea competitiva con los posibles ingresos de otras actividades en los mismos terrenos como la agricultura o la ganadería.

Adicionalmente, el Decreto amplía los esquemas de PSA a servicios ambientales por calidad y regulación hídrica, culturales y espirituales, reducción y captura de gases de efecto invernadero, y conservación de la biodiversidad. En el Decreto también se reconocen los pueblos indígenas, comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras y el pueblo Rom, los cuales tendrán un capítulo especial al momento de reglamentación. Esto añade una arista al proceso puesto que hace necesario el desarrollo de una consulta previa buscando un proceso participativo acerque a los diferentes actores. Las entidades que estarán a cargo del desarrollo e implementación del Programa Nacional de PSA son el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS), el Departamento Nacional de Planeación (DNP), el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, las autoridades indígenas, los entes territoriales, y los institutos de investigación del SINA.

Recomendaciones para la Financiación del Programa Nacional de PSA

Teniendo en cuenta que el artículo 18 del Decreto-Ley 870 de 2017 establece que el Gobierno nacional propenderá por que los fondos destinados a la implementación del Acuerdo Final se dirijan a la creación de los mecanismos y rubros para la financiación de proyectos de pago por servicios ambientales, se sugiere:

1. Destinar parte del recaudo del impuesto al carbono al diseño e implementación del Programa Nacional de PSA para ampliar el espectro actual de posibilidades de financiación.
2. Canalizar estos fondos a través del Fondo Colombia en Paz (FCP), lo cual permitiría iniciar procesos de regularización de los esquemas de PSA que ya están en curso y definir lineamientos

para los nuevos esquemas que se diseñen. Es decir, que para acceder a los fondos del FCP, los entes territoriales, proyectos o cualquier interesado deberá sujetarse a lo que se disponga dentro del Programa Nacional de PSA.

3. A través del FCP se pueden extender los beneficios de los esquemas de PSA para reconocer servicios ecosistémicos en alineación con otras prioridades y políticas del Gobierno Nacional tales como la reducción de GEI en el marco de los compromisos de Colombia a través de su NDC, procesos de restitución de tierras y alternativas productivas en el marco del post-conflicto, ampliación de áreas protegidas, entre otros.

Recomendaciones para la Reglamentación del Programa Nacional de PSA

- **Adicionalidad, Acuerdos Voluntarios y Costo de Oportunidad**

Uno de los principios de los esquemas de PSA es la adicionalidad, la cual se refiere a que los pagos deben reconocerse por acciones por encima de lo que se espera en la gestión productiva de la tierra. Este debe ser un pilar en la reglamentación del Programa Nacional de PSA debido a que garantiza que las acciones vayan más allá de lo previsto en la ley y se genere la mejora o restauración de un servicio ambiental. Adicionalmente, existen varios esquemas que utilizan el costo de oportunidad como referencia para el pago del incentivo. El valor del incentivo de los PSA basado en el costo de oportunidad debe considerar los valores monetarios provenientes de la rentabilidad de la tierra, las tendencias de cambio de uso del suelo y los beneficios ambientales que se dejarían de proveer en caso de un cambio de uso de la tierra. Metodologías que incluyan estos criterios para calcular este costo deben considerarse dentro de la reglamentación. Por último, varios aspectos jurídicos se deberán tener en cuenta al momento de elaboración de los acuerdos legales dentro de los proyectos específicos de PSA. En este sentido se sugiere:

1. Evitar pagos por acciones que correspondan a los cumplimientos básicos de la ley o que no constituyan un

resultado que mejore la provisión u oferta de un servicio o recurso ambiental.

2. Generar un sistema de monitoreo, reporte y verificación que resulte en la cuantificación de una línea de base sobre el estado de los servicios ambientales reconocidos.
3. Generar datos de calidad sobre la oferta de servicios ambientales considerando la adicionalidad en el esquema. Esta información puede ser usada por entidades públicas para generar mejores estrategias de conservación y restauración de los servicios ambientales.
4. Enfocar las acciones (o no-acciones) de los beneficiarios en el marco de los arreglos voluntarios de acuerdo con la línea de base. Esto, con el fin de reflejar los compromisos de superar dicha línea en los arreglos. Esto puede ligarse con mecanismos de control y verificación para que los incentivos no sean desembolsados cuando la provisión del servicio de un predio se haya visto deteriorada.
5. Considerar dentro de los requisitos de forma y fondo de los acuerdos aspectos como la función ecológica de la propiedad, los derechos de propiedad sobre la tierra susceptible de prestar servicios ecosistémicos, las responsabilidades individuales de los beneficiarios de los proyectos en áreas de los derechos colectivos sobre la tierra como los resguardos indígenas y comunidades afrocolombianas, y el tipo de obligaciones que los beneficiarios deberán cumplir para mantener o mejorar el servicio ecosistémico prestado.
6. Estimar el valor del incentivo con base en la siguiente información:
 - a. El área de los diferentes usos de la tierra (por ejemplo, agricultura, pasturas, bosque) y la rentabilidad de esos usos en la región en la que se pretende implementar el esquema PSA.
 - b. Análisis de probables usos futuros de la tierra o tendencias del cambio del uso del suelo con el fin de identificar el nivel de riesgo en el que se encuentra el servicio ambiental.

- c. Análisis y cuantificación de los servicios ambientales de cada tipo de uso de la tierra (reserva de carbono, beneficios hidrológicos y la biodiversidad) que permita identificar el cambio en el valor de los servicios ambientales prestados por las áreas a ser intervenidas.
 - d. Limitar el costo de oportunidad al tope máximo del valor la renta de la tierra de acuerdo con el impuesto predial. Para evitar concurrencia de evasión de impuestos y reconocimiento de incentivos de PSA. Cuando los propietarios, poseedores u ocupantes de buena fe de los terrenos reciban fondos de otras fuentes (actividades de agricultura sostenible, turismo, mercados de carbono) estos deben sustraerse del cálculo de la rentabilidad de las actividades productivas representativas en la región.
7. Diseñar programas piloto teniendo en cuenta las dinámicas territoriales y experiencias pasadas de transferencias monetarias del gobierno a particulares. Antes de embarcarse en un Programa Nacional, la reglamentación debería contemplar la implementación de pilotos con seguimiento y medición rigurosos que permitan incorporar mejoras y escalar el programa.

Lecciones del Programa Nacional de PSA de Costa Rica

El Programa Nacional de PSA en Costa Rica es de los casos más exitosos en materia de PSA en el mundo. El programa es manejado por el Fondo Nacional de Financiamiento Forestal de Costa Rica (FONAFIFO) una agencia pública semi-autónoma encargada de financiar a pequeños y medianos productores de bienes y servicios ambientales.

El programa de PSA en Costa Rica se ha financiado con el 3.5% de los ingresos del impuesto a las ventas a los combustibles fósiles. Esta fuente de financiación ha sido el impulso inicial y uno de los factores de éxito del programa. En un futuro, el objetivo consiste en reducir esta dependencia y lograr que los beneficiarios de servicios ambientales eventualmente paguen por los mismos. Idealmente, los costos del programa financiados por pagos directos aumentarán siempre y cuando se implemente una nueva tarifa por uso de agua.

4. Integralidad del sistema

Los incentivos económicos e instrumentos de mercado pueden ser significativamente efectivos para la conservación de recursos naturales. Sin embargo, para esto se debe tener en cuenta especialmente en el contexto colombiano lo siguiente:

1. Es requerido que haya un balance entre recaudo y cambios de comportamiento. La tasa al uso de agua es un ejemplo en el que, por tener una tarifa tan baja, no genera los cambios de comportamiento esperados al no tener un efecto sobre el uso eficiente del agua. Por otro lado, respecto al Impuesto al carbono el recaudo no debe ser esperado para financiar actividades del posconflicto que no estén relacionadas con la sostenibilidad ambiental sino para incentivar la competitividad y el crecimiento verde en el marco del posconflicto. Un incentivo que no cumple con incentivar buenas prácticas y al mismo tiempo recaudar para generar procesos de conservación de recursos naturales indirectos no lleva al balance que se espera de este tipo de mecanismos.
2. Los esquemas de sistema de mecanismos deben incluir instrumentos que sirvan para recaudar (i.e. Impuesto al Carbono, Tasa al uso de agua etc) y mecanismos para el flujo de recursos hacia medidas de conservación de recursos ambientales (Pagos por servicios ambientales, inversiones, compras de predios, tecnologías de usos eficientes etc). Esta complementariedad provee esquemas más robustos de conservación de recursos naturales y complementariedad entre los instrumentos,
3. Para que los incentivos económicos existan debe haber un control y seguimiento efectivo por parte de las autoridades competentes. De lo contrario, el riesgo de generar efectivos perversos o disminuir la eficacia de los esquemas aumenta. Para cada uno de los instrumentos políticas específicas de Monitoreo y Evaluación deben ser desarrolladas en el marco de la alineación con los otros mecanismos que existen. Si esto no ocurre se generan lógicas aisladas de incentivos y es posible que lleve a problemas logísticos que evitan el recaudo y cambios

comportamentales. El flujo de recursos debe quedar claro desde que se hace el recaudo, exenciones a actores con cambios de comportamiento(uso eficiente, carbono neutralidad, uso de tecnologías), actores causados, inversiones en las autoridades competentes, promoción de nuevos cambios de comportamiento.

4. En Colombia los actores con interés y poder en un instrumento son usualmente los mismos con incidencia en otros. Por esta razón la forma de tener sistemas de incentivos económicos ambientales es en un marco amplio que permita la intersección de acciones y soluciones con cierta flexibilidad política para que se generen cambios y adaptación rápida pero con una visión de largo plazo que permita su evaluación neutral.



Referencias

- Beltrán Chica, John J. 2011. *Efectividad ambiental y eficiencia económica en la aplicación de programa de tasas retributivas caso Florencia Caquetá Periodo 2008-2010*. Revista FACCEA.
- BID. 2015. *El futuro de los servicios de agua y saneamiento en América Latina. Desafíos de los operadores de áreas urbanas de más de 300.000 habitantes*. Washington, DC.
- Departamento Nacional de Planeación (DNP). 2017. *Diagnóstico de Crecimiento Verde. Análisis macroeconómico y evaluación del potencial de crecimiento verde en Colombia*. Bogotá, Colombia.
- Departamento Nacional de Planeación. 2016. Evaluación de operaciones de las Corporaciones Autónomas regionales y de Desarrollo Sostenible. - Economía Urbana.
- GIZ, Ecosimple. 2014. *Propuesta de ajuste de tarifas mínimas de la tasa por utilización de agua*. GIZ Y Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Colombia.
- Guio Leiva, Ana Julieth. 2016, Análisis de la implementación de tasa retributiva por vertimientos puntuales al agua en el periodo de 2011-2013. Universidad de Ciencias Aplicadas Ambientales.
- Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales (IDEAM). 2014. Estudio Nacional del Agua (ENA) 2014. Bogotá, Colombia.
- Molle, F and Berkoff, J. 2007. *Irrigation water pricing. The gap between theory and practice*.
- Rudas, Guillermo. 2008. *Instrumentos Económicos en la Política del Agua en Colombia: Tasas por el uso del agua y tasas retributivas por vertimientos contaminantes*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.
- Vardon, M., Bass, S., Ahlroth, S. and Ruijs, A. (Eds). 2017. *Forum on Natural Capital Accounting for Better Policy Decisions: Taking Stock and Moving Forward*. World Bank WAVES, Washington D.C.
- WAVES. 2017. *Assessing Strategies to Achieving the SDGs: An Integrated Economic-Environmental Modeling Approach*. In book: *Better Policy through Natural Capital Accounting: Stocktaking and Ways Forward*. World Bank.

- Blanco, J. T., Wunder, S., & Navarrete, F. (2008). *La experiencia colombiana en esquemas de pagos por servicios ambientales*. Recursos naturales en Colombia, 109.
- Departamento Nacional de Planeación (DNP) (2016). *Dividendos Ambientales de la Paz*. Bogotá, Colombia.
- Departamento Nacional de Planeación (DNP) (2017). *Lineamientos de Política y Programa Nacional de Pago por Servicios Ambientales para la Construcción de Paz* (Documento CONPES 3886). Bogotá, Colombia.
- Fondo Acción, Fundepúblico & WCS (2016). *Mercados Ambientales Emergentes en Colombia*. Bogotá, Colombia.
- Fondo Patrimonio Natural (2014). *Los Incentivos a la Conservación: experiencias y retos para su implementación en Colombia*. Bogotá, Colombia.
- Greiber, T. (Ed.). (2009). *Payments for ecosystem services: Legal and institutional frameworks* (No. 78). IUCN.
- Morales, L. (2017). *La paz y la protección ambiental en Colombia: propuestas para un desarrollo rural sostenible*. Diálogo Interamericano. Washington D.C.
- Álvarez-Espinosa, Andrés C. et. Al. 2015. Compromiso de Reducción de Emisiones de Gases de Efecto Invernadero: Consecuencias económicas. Archivos de Economía. Departamento Nacional de Planeación (DNP). Bogotá, Colombia.
- Bloomberg. 2017. Gasoline Prices Around the World: The Real Cost of Filling Up Bogotá, Colombia
- Caia Ingeniería S.A.S. 2017. Colombian Carbon Tax: Scaling up from the national to the international level. Carbon Tax Webinar Presentation. Climate Technology Centre and Network.
- Calderón, Silvia, et. Al. 2016. Achieving CO2 reductions in Colombia: Effects of carbon taxes and abatement targets. Battelle Memorial Institute.
- Departamento Nacional de Planeación (DNP). 2016. Presentación: Dividendos Ambientales de la Paz. Oportunidades para Construir una Paz Sostenible.
- DIAN. 2017. Concepto General Impuesto Nacional al Carbono.
- Eduardo Behrentz, et. Al. 2014. Productos Analíticos Para Apoyar La Toma De Decisiones Sobre Acciones De Mitigación A Nivel Sectorial: Curvas De Abatimiento Para Colombia Universidad de los Andes. Bogota, Colombia.

- IDEAM. 2016. Inventario Nacional y Departamental de Gases Efecto Invernadero – Colombia. Tercera Comunicación Nacional de Cambio Climático. Bogotá, Colombia.
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. 2015. Documento Técnico Soporte de la iNDC de Colombia. Bogotá, Colombia.
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. 2016. Consultas Sobre El Decreto 926 De 2017, Reglamentario Del Parágrafo 3 Del Artículo 221 De La Ley 1819 De 2016. Bogotá, Colombia.
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público. 2016. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley “Por Medio de la cual se Adopta Una Reforma Tributaria Estructural, se Fortalecen los Mecanismos para la Lucha Contra la Evasión y la Elusión Fiscal, y se Dictan Otras Disposiciones.” Bogotá, Colombia.
- Romero, German. 2017. Simulaciones de instrumentos tributarios: Efectos en la economía y en la reducción de GEI. Presentación Simposio de crecimiento verde y política económica. Departamento Nacional de Planeación (DNP). Bogotá, Colombia.
- Romero, Germán. et. Al. 2015. Impactos distributivos de un impuesto verde en Colombia. Archivos de Economía. Departamento Nacional de Planeación (DNP). Bogotá, Colombia.
- World Bank Group. 2017. State and Trends of Carbon Pricing. Washington, DC.

Normativa Consultada

- Ley 23 de 1973. “Por el cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente y se dictan otras disposiciones”
- Decreto 2811 de 1974. “Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente”
- Ley 99 de 1993. “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones”
- Ley 373 de 1997. “Por la cual se establece el programa para el uso eficiente y ahorro del agua”
- Decreto 155 de 2004. “Por el cual se reglamenta el artículo 43 de la Ley 99 de 1993 sobre tasas por utilización de aguas y se adoptan otras disposiciones”

- Decreto 1900 de 2006. “Por el cual se reglamenta el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 y se dictan otras disposiciones”
- Decreto 075 de 2017. “Por el cual se modifican el literal h) del artículo 2.2.9.3.1.2, el párrafo del artículo 2.2.9.3.1.3., el artículo 2.2.9.3.1.8 y el numeral 4 del artículo 2.2.9.3.1.17 del Decreto 1076 de 2015, en lo relacionado con la “Inversión Forzosa por la utilización del agua tomada directamente de fuentes naturales” y se toman otras determinaciones”
- Decreto 1155 de 2017. “Por el cual se modifican los artículos 2.2.9.6.1,9” 2.2.9.6.1,10. Y 2.2.9.6.1,12. Del Libro 2, Parte 2, Título 9, Capítulo 6, Sección 1, del Decreto 1076 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible, en lo relacionado con la Tasa por Utilización de Aguas y se dictan otras disposiciones”
- Ley 1450 de 2011 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”
- Decreto 953 de 2013 “Por el cual se reglamenta el artículo 111 de la Ley 99 de 1993 modificado por el artículo 210 de la Ley 1450 de 2011”
- Ley 1753 de 2015. “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”
- Decreto 1706 de 2015. “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible”
- Decreto-Ley 870 de 2017 “Por el cual se establece el pago por servicios ambientales y otros incentivos a la conservación”
- Ley 1844 de 2017. “Por medio de la cual se aprueba el Acuerdo de París, Adoptado el 12 de Diciembre de 2015, en París, Francia”
- Artículo 221 de la Ley 1819 de 2016. “*Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones*”. Creación del impuesto al carbono.
- Decreto 926 de 2017. “Por el cual se modifica el epígrafe de la Parte 5 y se adiciona el Título 5 a la Parte 5 del Libro 1 del Decreto 1625 de 2016 Único Reglamentario en Materia Tributaria y el Título 11 de la Parte 2 de Libro 2 al Decreto 1076 de 2015 Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible, para reglamentar el párrafo 3 del artículo 221 y el párrafo 2 del artículo 222 de la Ley 1819 de 2016”.



Presupuesto Sector Ambiental. Recomendaciones para el fortalecimiento del sector ambiental a partir de una mayor destinación presupuestal

Agosto de 2018

Autores que contribuyeron a esta publicación:

Carolina Urrutia Vásquez

María Laura Rojas Vallejo

Martín Ramírez Mejía

Lina María Puerto Chaves



Atribución - No comercial - Compartir igual

Este documento está sujeto a una licencia de creative commons, puede ser reproducido sin fines comerciales en todo o en parte siempre y cuando se mantenga la referencia de atribución a sus autores y se comparta cualquier creación derivada bajo una licencia de iguales características.

- Aumentar la asignación presupuestal para el sector ambiental en el Anteproyecto de Presupuesto General de la Nación 2019
 - Establecer una destinación específica para el recaudo del impuesto a las bolsas plásticas
 - Redefinir la canalización del 25% del recaudo del impuesto al carbono
 - Replantear estratégicamente los proyectos de inversión del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS)
 - Establecer una estrategia para la generación de recursos propios con un horizonte temporal de entre tres y cinco años
 - Plantear la implementación del Instrumento de Evaluación Ambiental Estratégica (EAE)
-

Formulación de la problemática

El presupuesto del sector ambiental previsto en el anteproyecto de Presupuesto 2019 (ver Anexo I) radicado en el Congreso está entre los sectores con menor cuantía de recursos en comparación con el tamaño e importancia de sus funciones.

Históricamente el presupuesto del sector se ha mantenido constante mientras que sus funciones -incluyendo las de las entidades adscritas y vinculadas- se han ido incrementando (ver Anexo II).

¿Por qué es importante?

Entre los motivos por los cuales han aumentado las funciones del sector ambiental sobresalen las siguientes:

Cambio climático y variabilidad climática

Como lo evidenciaron tanto la llamada Ola Invernal de 2010-2011 como la sequía que tuvo en vilo al sector energético del país en 2015, la recurrencia e intensidad de fenómenos climáticos como los del Niño y la Niña requiere de una gestión ambiental fortalecida que incluya el estudio constante de los escenarios climáticos y sus consecuencias. Esto ha sido reconocido en la asignación al MADS de funciones de gestión del riesgo ecológico y climático sin recursos adicionales de funcionamiento ni inversión.

Conflictos socioambientales

Colombia se encuentra entre los diez países con mayor número de conflictos socioambientales en el mundo. La evidencia de otros países que pasaron por el posconflicto indica que el posacuerdo trae consigo mayor conflictividad entre nuevos sectores ilegales, sectores productivos y comunidades. En Colombia los dos últimos años han traído consigo un aumento dramático tanto de la deforestación como de la tensión entre comunidades y sectores productivos representados, por ejemplo, en el debate sobre las consultas populares sobre actividades mineras y la consulta previa a proyectos de inversión.

Deforestación

La pérdida de los bosques es el problema ambiental más grave que enfrenta el país en este momento, y aumentó un 23% entre 2016 y 2017 a un total de 220.000 ha. Sus consecuencias sobre el cambio climático, el recurso hídrico y sus orígenes en la configuración de nuevas estructuras de poder en el territorio requieren de la acción del Estado en su conjunto, no solamente del MADS o el sector ambiental. La restauración de esos espacios y el desarrollo de proyectos e iniciativas para el aprovechamiento sostenible del bosque, sin embargo, sí dependen del sector.

Complejidad en el funcionamiento del Sistema Nacional Ambiental (SINA)

Los varios esfuerzos por reformar el funcionamiento del SINA (19 según la última cuenta de proyectos radicados en el Congreso en los últimos 12 años) para fortalecer el papel del MADS como rector de política han fracasado. En consecuencia, la mejor herramienta que tiene el MADS frente a las corporaciones es su capacidad de apalancar recursos para incidir en las decisiones descentralizadas. Esto hace que no tenga sentido tener un rector de política con un presupuesto mucho menor que el de sus entidades vinculadas y adscritas.

Acciones judiciales

La incapacidad de resolver conflictos ambientales en el territorio ha resultado en que estos lleguen con mayor frecuencia a los estrados judiciales. Es imposible que desde el poder judicial se calculen los recursos o capacidades necesarias para dar cumplimiento a las

obligaciones que se establecen en sus mandatos, muchas de las cuales recaen en el MADS. Algunos ejemplos:

- Sentencia T-622 de 2017 reconoce el Río Atrato como sujeto de derechos y establece la figura de Guardianes del Atrato, dentro de los cuales el MADS representa al Estado.
- Sentencia T-361 de 2017 obliga al MADS a realizar una nueva delimitación del páramo de Santurbán que amplía la participación más allá de los municipios dentro del páramo.
- Fallo de abril de 2018 de la Corte Suprema de Justicia ordena al MADS a adoptar un plan de acción para proteger a la Amazonía colombiana y a elaborar un “Pacto Intergeneracional por la Vida del Amazonas Colombiano”.
- Sentencia del Consejo de Estado, del 8 de septiembre de 2017 declara extracontractualmente responsable a la Nación por el daño ambiental causado a un ciudadano por aspersión aérea con el herbicida glifosato.

Aumento de áreas protegidas y conservación de la biodiversidad

Las áreas de los Parques Nacionales Naturales y el Sistema de Áreas Protegidas han incrementado significativamente -de 13 millones de ha en 2010 a 43 millones en 2018-. El presupuesto de funcionamiento e inversión para mantener los parques seguros e íntegros, sin embargo, no ha aumentado en la misma proporción. Las cifras de crecimiento del turismo y la provisión de servicios que prestan los parques han logrado demostrar la importancia que este tipo de activos tendrán para el desarrollo sostenible del país (ver Anexo III).

Relación entre medio ambiente y salud - calidad del aire

La calidad del aire y su relación con la salud pública son preocupaciones cada vez más vigentes entre la ciudadanía. Aunque no ha mejorado la calidad del aire, las ciudades principales han mejorado sus sistemas de monitoreo. Estos sistemas han permitido hacer la cuantificación de los efectos que tiene la mala calidad de aire en el sistema de salud. Una mayor destinación de recursos al sector ambiental para el control y monitoreo de la calidad del aire tiene el potencial de evitar gastos en el sector salud.

Entrada de Colombia a la OCDE

Colombia, al ser el más nuevo integrante de la OCDE debe cumplir con altos estándares en el manejo ambiental y en el desarrollo de políticas públicas que integren criterios de desarrollo sostenible. El cumplimiento de tales recomendaciones requiere de mayor capacidad y fortalecimiento del sector ambiental.

¿Qué pueden hacer los tomadores de decisiones y los responsables de la política?

Aumentar la asignación presupuestal para el sector ambiental en el Anteproyecto de Presupuesto General de la Nación 2019.

El recorte respecto al año anterior no debe superar el 15%.

- **Mecanismo:** Ley General de Presupuesto.
- **Interlocutores:** MADS, Ministerio de Hacienda y Crédito Público (MHCP), Congreso de la República.

Establecer una destinación específica para el recaudo del impuesto a las bolsas plásticas.

Destinar los recursos recaudados a investigación e implementación de proyectos en gestión de los mares, erosión costera y disposición de residuos en los municipios costeros. A través de una subcuenta del FONAM los municipios costeros, corporaciones autónomas regionales con jurisdicción marino-costera e institutos de investigación acceder a dichos recursos. Entre julio y diciembre de 2017 el recaudo fue de \$ 10.460 millones de pesos.

- **Mecanismo:** Reforma tributaria.
- **Interlocutores:** MHCP, Congreso de la República.

Redefinir la canalización del 25% del recaudo del impuesto al carbono.

Destinar el 25% del impuesto al carbono (establecido en la Ley de Páramos - 1930 de 2018) directamente al presupuesto de inversión del MADS.

- **Mecanismo:** Reforma Tributaria.
- **Interlocutores:** Presidencia de la República-Fondo Colombia en Paz, MHCP, Congreso de la República.

Replantear estratégicamente los proyectos de inversión del MADS

Con el fin de aumentar su capacidad para ejecutar los recursos. Históricamente, el desempeño en ejecución del presupuesto del MADS ha estado muy por debajo del promedio, lo que ha servido como uno de los principales motivos para los recortes presupuestales sucesivos.

- **Mecanismo:** el MADS debe establecer objetivos específicos de gestión de la inversión.
- **Interlocutores:** MADS y DNP.

Establecer una estrategia para la generación de recursos propios con un horizonte temporal de entre tres y cinco años.

Algunos ejemplos incluyen cupos y crédito de Ley de Cambio Climático (1931 de 2018), acreditaciones del IDEAM, y ecoturismo relacionado con Parques Nacionales Naturales entre otros. Para lograrlo debe fortalecerse la capacidad de pensamiento estratégico tanto de la Oficina de Planeación del MADS como de la Oficina de Negocios Verdes.

- **Mecanismos:** Las entidades deben buscar establecer un plan con metas de generación de recursos propios.
- **Interlocutores:** MADS, MHCP, DNP.

Plantear la implementación del Instrumento de Evaluación Ambiental Estratégica (EAE)

Para la toma de decisiones en los procesos de formulación de políticas públicas. Los impactos al ambiente generados por sectores como agricultura; comercio, industria y turismo; minas y energía; transporte e infraestructura; vivienda, ciudad y territorio; entre otros, implican mayores cargas para el sector ambiental en términos de control, manejo y seguimiento de los recursos naturales. Por tal razón, es necesario identificar y contrarrestar dichas cargas, al tiempo que se fortalece la capacidad intersectorial de incluir criterios ambientales y de desarrollo sostenible en la formulación de políticas públicas y en los procesos de planificación del país.

- **Mecanismos:** Documento CONPES - Agendas interministeriales.
- **Interlocutores:** CONPES, DNP, DAPRE.

Anexo I.

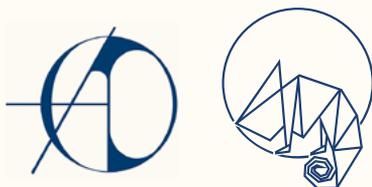
Propuesta de presupuesto del sector ambiental en el anteproyecto de Presupuesto 2019

Sector	2018*	2019 Proyecto	Variación porcentual	Diferencia absoluta	Participación porcentual 2019	Porcentaje del PIB	
	(1)	(2)	(3)-(2/1)	(4)-(2-1)	(5)	(6)	(7)
AGROPECUARIO	2.410	2.091	(13,2)	(319)	1,1	0,2	0,2
AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE	698	565	(19,0)	(133)	0,3	0,1	0,1
CENCIA Y TECNOLOGIA	335	227	(32,4)	(109)	0,1	0,0	0,0
COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO	849	913	7,5	64	0,5	0,1	0,1
COMUNICACIONES	1.605	1.733	8,0	128	0,9	0,2	0,2
CONGRESO DE LA REPUBLICA	568	519	(8,6)	(49)	0,3	0,1	0,0
CULTURA	400	336	(15,9)	(63)	0,2	0,0	0,0
DEFENSA Y POLICIA	31.325	33.658	7,4	2.333	17,5	3,1	3,2
DEPORTE Y RECREACION	553	320	(42,1)	(233)	0,2	0,1	0,0
EDUCACION	37.492	38.781	3,4	1.288	20,1	3,8	3,7
EMPLEO PUBLICO	563	517	(8,1)	(45)	0,3	0,1	0,0
FISCALIA	3.724	3.944	5,9	220	2,0	0,4	0,4
HACIENDA	13.950	13.615	(2,4)	(335)	7,1	1,4	1,3
INCLUSION SOCIAL Y RECONCILIACION	11.199	10.528	(6,0)	(672)	5,5	1,1	1,0
INFORMACION ESTADISTICA	602	340	(43,5)	(262)	0,2	0,1	0,0
INTELIGENCIA	96	100	4,1	4	0,1	0,0	0,0
INTERIOR	1.219	1.201	(1,5)	(18)	0,6	0,1	0,1
JUSTICIA ESPECIAL PARA LA PAZ	-	467	-	467	0,2	-	0,0
JUSTICIA Y DEL DERECHO	2.589	2.738	5,7	149	1,4	0,3	0,3
MINAS Y ENERGIA	4.268	2.794	(34,5)	(1.474)	1,5	0,4	0,3
ORGANISMOS DE CONTROL	1.893	1.844	(2,6)	(50)	1,0	0,2	0,2
PLANEACION	525	492	(6,2)	(33)	0,3	0,1	0,0
PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA	1.078	584	(45,8)	(494)	0,3	0,1	0,1
RAMA JUDICIAL	4.169	4.438	6,5	269	2,3	0,4	0,4
REGISTRADURIA	1.770	1.257	(29,0)	(513)	0,7	0,2	0,1
RELACIONES EXTERIORES	916	949	3,7	33	0,5	0,1	0,1
SALUD Y PROTECCION SOCIAL	24.718	28.483	15,2	3.765	14,8	2,5	2,7
TRABAJO	27.074	28.373	4,8	1.299	14,7	2,7	2,7
TRANSPORTE	5.287	6.974	31,9	1.687	3,6	0,5	0,7
VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO	3.798	3.781	(0,4)	(17)	2,0	0,4	0,4
TOTAL SIN DEUDA	185.671	192.562	3,7	6.891	100,0	18,7	18,2

Nota: 2018* apropiación vigente a 30 de junio menos aplazamiento.

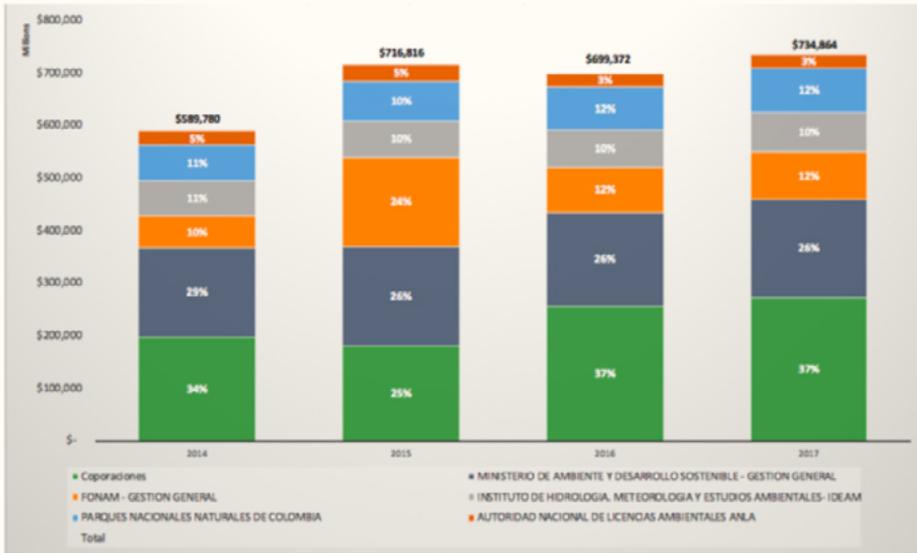
Fuente: Dirección General del Presupuesto Público Nacional

Tomado de: Ministerio de Hacienda y Crédito Público



Anexo II.

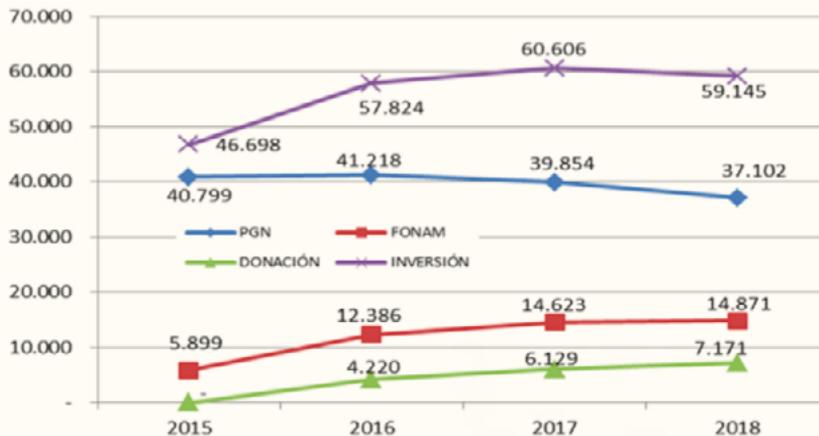
Colombia. Asignaciones de presupuesto sector ambiental (Millones de COP)



Fuente: Portal de Transparencia económica de Colombia

Anexo III.

Unidad de PNN- Presupuesto de inversión Apropiación vigente 2015-2017 y cuota 2018 (millones)



Tomado de: Parques Nacionales Naturales

Reforma Tributaria. Ampliación Base Gravable del Impuesto al Carbono

Septiembre de 2018

Autores que contribuyeron a esta publicación:

Carolina Urrutia Vásquez

María Laura Rojas Vallejo

Martín Ramírez Mejía

Lina María Puerto Chaves



Atribución - No comercial - Compartir igual

Este documento está sujeto a una licencia de creative commons, puede ser reproducido sin fines comerciales en todo o en parte siempre y cuando se mantenga la referencia de atribución a sus autores y se comparta cualquier creación derivada bajo una licencia de iguales características.

- Incluir el carbón dentro de los combustibles gravados por el impuesto al carbono: tanto el uso para consumo interno como las exportaciones.
-

El impuesto al carbono en Colombia

En 2016 el gobierno de Colombia expidió **la Ley 1819 de 2016 de Reforma Tributaria Estructural, dentro de la cual se estableció el impuesto al carbono**, convirtiéndose en el tercer país latinoamericano, después de Chile y México, en implementar un impuesto a las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI). El impuesto tiene como objetivo desestimular el consumo de combustibles fósiles, incentivar la implementación de tecnologías energéticas eficientes y renovables, y dinamizar los mercados nacionales de carbono.

Los combustibles gravados son la gasolina, el kerosene, el jet fuel, el ACPM y el fuel oil. Además, el gas natural está gravado pero únicamente para su uso en la industria de refinación de hidrocarburos y la petroquímica; también el gas licuado de petróleo (GLP) pero únicamente para la venta a usuarios industriales. **Las emisiones de GEI debidas a estos combustibles representan cerca del 27% de las emisiones totales del país** (MADS, 2017). En total, la producción y el consumo de energía son la fuente de emisiones con mayor crecimiento en el país y representan el 43,6% del total de emisiones de GEI en Colombia (IDEAM, 2016).

El recaudo, según la Ley 1930 de 2018, se destinará a diferentes prioridades del sector ambiental y con criterios de sostenibilidad ambiental, creando oportunidades de financiación para el sector.

El impuesto al carbono es una de las medidas que el país ha adoptado en el contexto del Acuerdo de París de cambio climático para avanzar en el cumplimiento de su compromiso contenido en la Contribución Prevista y Determinada a Nivel Nacional (NDC) de reducir unilateral e incondicionalmente sus emisiones de GEI en un 20% con respecto a las emisiones proyectadas para el año 2030. Este compromiso puede aumentar hasta una reducción del 30% sujeto a la provisión de apoyo internacional. Constituye además un avance

importante en materia de política ambiental en el país y sienta las bases para una transición energética nacional.

Fortalezas del impuesto al carbono

El impuesto al carbono es un mecanismo de recaudo costo-eficiente. Actualmente, únicamente los grandes productores e importadores de combustibles fósiles son responsables de pagar el impuesto ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), lo que evita los costos de transacción y monitoreo que podría generar el pago del impuesto por parte de los consumidores finales.

El diseño de la tarifa refleja el contenido de carbono de los diferentes combustibles. Aunque \$15,000 COP por tonelada puede parecer pequeño en los mercados de carbono, **el hecho de que el cobro sea diferenciando según el nivel de emisiones de cada combustible envía la señal de mercado correcta.** De esta manera se grava la tonelada de carbono emitida independientemente del uso final del combustible y de la eficiencia del proceso de combustión.

Durante 2017 el recaudo del impuesto al carbono ascendió a \$476 mil millones COP según reportes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (MHCP), lo cual **evidencia su potencial de generación de recursos a corto y mediano plazo.**

Adicionalmente, garantiza cierto nivel de reducción de emisiones de GEI mediante la posibilidad que tienen los consumidores de certificar carbono - neutralidad. **El Decreto 926 de 2017, estableció el mecanismo de no causación del impuesto al carbono a cambio de la inversión en proyectos e iniciativas de mitigación que generen reducciones de emisiones o remociones de GEI.**

Inclusión del carbón en la base gravable del impuesto al carbono

El impuesto al carbono excluye el carbón de los combustibles fósiles gravados, tanto para consumo interno, como para exportación. Esta exclusión responde a la importancia del carbón como materia prima de exportación en la economía colombiana. No obstante, el carbón es uno de los combustibles que más contribuyen a

las emisiones de GEI y de otros contaminantes de gran impacto para la calidad del aire y afectaciones a la salud humana. **Aunque el consumo nacional del mismo es menor al de muchos países, el impuesto al carbono debe enviar la señal de mercado correcta y gravar el carbón en concordancia con su nivel de emisiones, tal como actualmente se gravan los demás combustibles.**

Si bien la participación del carbón en la matriz energética del país es minoritaria al lado de la contribución de la generación hidráulica, el incremento en la frecuencia e intensidad de eventos climáticos extremos ha puesto presiones sobre el suministro de agua en los últimos años. Las preocupaciones por la seguridad energética de Colombia han incentivado una mayor participación de combustibles fósiles en la matriz, tales como el gas natural y el carbón. Por ejemplo, en el período entre 2011 y 2013, la generación eléctrica con carbón ascendió de 3% a 9% (IDEAM, PNUD, MADS, DNP, CANCELLERÍA, 2015).

Al incluir el carbón para consumo interno dentro de la base gravable del impuesto al carbono se estaría enviando una señal de mercado inequívoca hacia la diversificación de la matriz energética del país mediante implementación de tecnologías energéticas eficientes y renovables. Si se continúa excluyendo el carbón del impuesto al carbono, se estaría creando un incentivo perverso hacia el incremento del consumo de carbón en Colombia, dado que el gas natural para uso industrial ya está gravado (CarbonTrust, EDF, IETA, 2018).

Además de desincentivar el consumo interno de carbón, se deben incluir las exportaciones de carbón dentro de la base gravable del impuesto al carbono. Según estimaciones del presupuesto de carbono, por lo menos 80% de las reservas globales de carbón deben permanecer bajo el suelo para prevenir niveles peligrosos de cambio climático y mantener el aumento de la temperatura media global muy por debajo de los 2°C (McGlade & Ekins, 2015). Si se tiene en cuenta que la matriz energética del país es baja en emisiones y que la extracción de carbón en Colombia se destina en un 95% para exportación, **al incluir las exportaciones de carbón dentro de la base gravable del impuesto al carbono se estaría desincentivando la extracción, al tiempo que se amplía el potencial de recaudo del impuesto que, junto a la destinación específica con base en**

lineamientos ambientales, contribuiría a financiar la transición hacia una economía baja en carbono.

Para aprovechar las oportunidades de las dinámicas de los mercados nacionales e internacionales de carbono con miras a la integración de Colombia a Sistemas de Comercio de Emisiones (SCE)^{1 2}, **es necesaria la operacionalización del Registro Nacional de Reducción de Emisiones (RENARE)** de GEI establecido en la Resolución 1447 de 2018. Según el Decreto 926 de 2017 las reducciones de emisiones para certificación de carbono-neutralidad para la no causación del impuesto deben estar registradas en el RENARE. Este registro permite la contabilidad y monitoreo de las acciones de mitigación a nivel nacional para hacer seguimiento y evitar la doble contabilidad.

Impuesto a las exportaciones de carbón en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC)

La OMC tiene regulaciones específicas sobre impuestos a las exportaciones. Diversos actores sugieren que un Ajuste de Impuesto Fronterizo (BTA por sus siglas en inglés) para las cargas relacionadas con mitigación al cambio climático no corresponden a una violación de dichas regulaciones. A pesar de que no existe un precedente específico en temas de comercio internacional y cambio climático, consideramos que un impuesto al carbono a las exportaciones de carbón corresponde a un cambio de paradigma en la solución de un problema global como el cambio climático.

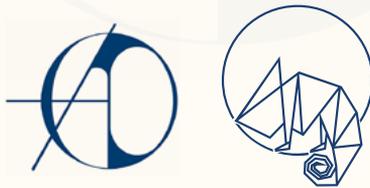
Existen casos relevantes de disputa en la OMC en los cuales los órganos de decisión se han referido a que los **países miembro son libres de adoptar medidas fronterizas motivadas por la protección al ambiente** (Caso US Shrimp/Turtle Compliance 2001), y que mecanismos de protección del aire limpio corresponden a

-
1. En junio de 2017, los países de la Alianza del Pacífico –México, Chile, Colombia y Perú– firmaron la Declaración de Cali, en la cual manifestaron la intención de seguir impulsando estrategias de crecimiento verde y de intensificar los esfuerzos para identificar mecanismos de mercado para la mitigación del cambio climático.
 2. En diciembre de 2017, Colombia se unió a los gobiernos de Canadá, Costa Rica, Chile y México, en conjunto con otras entidades subnacionales como los estados de California, Washington, Alberta, Columbia Británica, Nueva Escocia, Ontario y Quebec en la plataforma de cooperación del Precio al Carbono en las Américas para identificar oportunidades de integración de los diferentes sistemas y promover mercados de carbono.

políticas para conservar los recursos naturales comprendidas en el Artículo XX(g).269 del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (Caso US- Gasoline).

Países como México incluso han considerado extender las ambiciones de los compromisos contenidos en su NDC si se genera un acuerdo global que incluya ajustes a aranceles por contenido de carbono (BCAs por sus siglas en inglés) cuyo objetivo es diferenciar productos basados en su huella de carbono (Mehling et al., 2018).

Aunque la diferenciación de productos basado en su contenido de carbono podría considerarse un tratamiento discriminatorio, los miembros de la OMC pueden adoptar medidas que, aunque sean incompatibles con las disposiciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT por sus siglas en inglés), son necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o se relacionan a la conservación de los recursos naturales no renovables. Por esta razón, un país puede considerar un mecanismo como aplicar el impuesto al carbono a las exportaciones al carbón puesto que corresponde a una medida de mitigación del cambio climático y de protección de los recursos naturales no solo del país sino a nivel global.



Referencias

- Appellate Body Report, United States–Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, ¶ 162, WT/DS58/AB/R (Oct. 12, 1998).
- CarbonTrust, EDF, IETA. 2018. The World’s Carbon Markets: A Case Study Guide for Practitioners. *Colombia: An Emissions Trading Case Study*. Available: https://www.ieta.org/resources/Resources/Case_Studies_Worlds_Carbon_Markets/2018/Colombia-Case-Study-2018.pdf
- IDEAM, PNUD, MADS, DNP, CANCELLEÍA. 2015. Escenarios de Cambio Climático para Precipitación y Temperatura para Colombia 2011-2100 Herramientas Científicas para la Toma de Decisiones – Estudio Técnico Completo : Tercera Comunicación Nacional de Cambio Climático.
- IDEAM. 2016. Inventario Nacional y Departamental de Gases Efecto Invernadero – Colombia. Tercera Comunicación Nacional de Cambio Climático. Bogotá, Colombia.
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. 2017. ABC del Impuesto al Carbono. Disponible: <http://www.andi.com.co/Uploads/ABC%20del%20impuesto%20al%20carbono.pdf>
- McGlade, C., & Ekins, P. 2015. The geographical distribution of fossil fuels unused when limiting global warming to 2 C. *Nature*, 517(7533), 187.
- Mehling, Michael, Harro van Asselt, Kasturi Das, and Susanne Droege. “Beat Protectionism and Emissions at a Stroke.” *Nature* 559 2018: 321-324.
- WTO Appellate Body Report, United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (“US – Gasoline”), WT/DS2/AB/R, adopted 20 May 1996, DSR 1996:I, 3.

Anexo I.

Situación actual del impuesto al carbono en la Ley 1819 de 2016 - art. 221 - 223

Nombre	<p>Impuesto Nacional al Carbono</p> <p>Es un gravamen que recae sobre el contenido de carbono de todos los combustibles fósiles, incluyendo todos los derivados de petróleo y todos los tipos de gas fósil que sean usados con fines energéticos, siempre que sean usados para combustión.</p>
Sujeto Activo	Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)
Hecho Generador	<ul style="list-style-type: none">• Venta dentro del territorio nacional• Retiro por parte del productor para consumo propio• Importación para el consumo propio o importación para la venta de combustibles fósiles
Causación	<p>Se causa (o cobra) en una sola etapa respecto del hecho generador que ocurra primero (venta, retiro o importación). Tratándose de gas y de derivados de petróleo, el impuesto se causa en las ventas efectuadas por los productores, en la fecha de emisión de la factura; en los retiros para consumo de los productores, en la fecha del retiro; en las importaciones, en la fecha en que se nacionalice el gas o el derivado de petróleo.</p> <p>En el caso del gas licuado de petróleo, el impuesto sólo se causará en la venta a usuarios industriales.</p> <p>En el caso del gas natural, el impuesto sólo se causará en la venta a la industria de la refinación de hidrocarburos y la petroquímica.</p> <p>Supuesto de exclusión: El impuesto no se causa a los sujetos pasivos que certifiquen ser carbono neutro, de acuerdo con el Decreto 926 de 2017. Éste estableció el mecanismo de no causación del impuesto al carbono a cambio de la inversión en proyectos e iniciativas de mitigación que generen reducciones de emisiones o remociones de GEI. Pueden acceder a la no causación, total o parcial, del impuesto al carbono todos los sujetos pasivos del impuesto al carbono,</p>
Sujeto Pasivo	Quien adquiera los combustibles fósiles, del productor o el importador; el productor cuando realice retiros para consumo propio; y el importador cuando realice retiros para consumo propio.

Responsable	<p>El distribuidor mayorista del combustible lo paga al productor o importador del combustible que se convierte a su vez en el recaudador del impuesto y el resto de la cadena, es decir todos los usuarios de los combustibles gravados, lo pagan según los acuerdos comerciales establecidos en la cadena de distribución de combustible.</p> <p>Tratándose de derivados de petróleo, los productores y los importadores; independientemente de su calidad de sujeto pasivo, cuando se realice el hecho generador.</p>														
Tarifa	<p>Se define de acuerdo con el grado de emisión de CO2 que contenga cada combustible. La tarifa corresponderá a quince mil pesos (\$15.000) por tonelada de CO2.</p> <table border="1" data-bbox="362 675 1106 1084"> <thead> <tr> <th data-bbox="362 675 713 735">Combustible fósil</th> <th data-bbox="713 675 1106 735">Tarifa</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td data-bbox="362 735 713 795">Gas natural</td> <td data-bbox="713 735 1106 795">\$29 x metro cúbico</td> </tr> <tr> <td data-bbox="362 795 713 853">Gas licuado de petróleo</td> <td data-bbox="713 795 1106 853">\$95 x galón</td> </tr> <tr> <td data-bbox="362 853 713 913">Gasolina</td> <td data-bbox="713 853 1106 913">\$135 x galón</td> </tr> <tr> <td data-bbox="362 913 713 971">Kerosene y Jet Fuel</td> <td data-bbox="713 913 1106 971">\$148 x galón</td> </tr> <tr> <td data-bbox="362 971 713 1031">ACPM</td> <td data-bbox="713 971 1106 1031">\$152 x galón</td> </tr> <tr> <td data-bbox="362 1031 713 1090">Fuel Oil</td> <td data-bbox="713 1031 1106 1090">\$177 x galón</td> </tr> </tbody> </table> <p>La tarifa se ajustará cada primero de febrero con la inflación del año anterior, más un punto porcentual hasta que sea equivalente a una unidad de valor tributario (UVT) por tonelada de CO2.</p>	Combustible fósil	Tarifa	Gas natural	\$29 x metro cúbico	Gas licuado de petróleo	\$95 x galón	Gasolina	\$135 x galón	Kerosene y Jet Fuel	\$148 x galón	ACPM	\$152 x galón	Fuel Oil	\$177 x galón
Combustible fósil	Tarifa														
Gas natural	\$29 x metro cúbico														
Gas licuado de petróleo	\$95 x galón														
Gasolina	\$135 x galón														
Kerosene y Jet Fuel	\$148 x galón														
ACPM	\$152 x galón														
Fuel Oil	\$177 x galón														
Declaración y Pago	<p>Los responsables del impuesto nacional al carbono deberán declarar y pagar bimestralmente el impuesto correspondiente al año gravable.</p>														
Recaudo e impacto	<p>El potencial de reducción de emisiones de GEI de estos combustibles representa cerca del 27% de las emisiones totales del país, es decir cerca de 51 millones de tCO2 equivalente. Hasta el momento el MHCP reportó un recaudo de \$476 mil millones COP y se espera que ascienda a \$686 mil millones COP.</p> <p>En el marco del compromiso de Colombia de reducir sus emisiones de GEI en un 20% para 2030, se estima que el impuesto al carbono contribuye a cumplir entre el 7 y 10 % de esta meta.</p>														

Otros	<ul style="list-style-type: none"> • Exclusión: Los combustibles a los que se refiere este artículo no causarán el impuesto cuando sean exportados. • Destinación específica: La Ley 1930 de 2018 modificó el artículo 223 de la Ley 1819 de 2016 en cuanto a la destinación del impuesto al carbono <ul style="list-style-type: none"> “El recaudo del impuesto nacional al carbono se destinará al “fondo Colombia en Paz (FCP)” de que trata el artículo 1 del Decreto Ley 691 de 2017. Estos recursos se presupuestarán en la sección del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. El 25% se destinará al manejo de la erosión costera; la reducción de la deforestación y su monitoreo; la conservación de fuentes hídricas; la conservación de ecosistemas estratégicos, especialmente páramos; acciones en cambio climático y su respectivo monitoreo, reporte y verificación, así como al pago por servicios ambientales. El 5% se destinará al fortalecimiento del Sistema Nacional de Áreas Protegidas y otras estrategias de conservación a través de creación y ampliación de áreas protegidas, manejo efectivo y gobernanza en los diferentes ámbitos de gestión. El 70% se destinará a la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto Armado y la Construcción de una Paz Estable y Duradera con criterios de sostenibilidad ambiental.”
--------------	---

Anexo II.

Propuesta de ampliación de la base gravable del impuesto al carbono en la reforma tributaria

Nombre	<p>Impuesto Nacional al Carbono</p> <p>Es un gravamen que recae sobre el contenido de carbono de todos los combustibles fósiles <i>incluyendo el carbón</i>, y todos los derivados de petróleo y todos los tipos de gas fósil que sean usados con fines energéticos, siempre que sean usados para combustión.</p>
Sujeto Activo	Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)
Hecho Generador	<ul style="list-style-type: none"> • Venta dentro del territorio nacional • Retiro por parte del productor para consumo propio • Importación para el consumo propio o importación para la venta de combustibles fósiles • <i>Exportación de carbón</i>

<p>Causación</p>	<p>Se causa (o cobra) en una sola etapa respecto del hecho generador que ocurra primero (venta, retiro o importación, <i>exportación</i>). Tratándose de gas y de derivados de petróleo, el impuesto se causa en las ventas efectuadas por los productores, en la fecha de emisión de la factura; en los retiros para consumo de los productores, en la fecha del retiro; en las importaciones, en la fecha en que se nacionalice el gas o el derivado de petróleo.</p> <p>En el caso del gas licuado de petróleo, el impuesto sólo se causará en la venta a usuarios industriales.</p> <p>En el caso del gas natural, el impuesto sólo se causará en la venta a la industria de la refinación de hidrocarburos y la petroquímica.</p> <p><i>En el caso del carbón, el impuesto se causará tanto para consumo interno, como para exportación.</i></p> <p>Supuesto de exclusión: El impuesto no se causa a los sujetos pasivos que certifiquen ser carbono neutro, de acuerdo con el Decreto 926 de 2017. Éste estableció el mecanismo de no causación del impuesto al carbono a cambio de la inversión en proyectos e iniciativas de mitigación que generen reducciones de emisiones o remociones de GEI. Pueden acceder a la no causación, total o parcial, del impuesto al carbono todos los sujetos pasivos del impuesto al carbono,</p>
<p>Sujeto Pasivo</p>	<p>Quien adquiera los combustibles fósiles, del productor o el importador; el productor cuando realice retiros para consumo propio; y el importador cuando realice retiros para consumo propio, <i>el exportador cuando efectúe el proceso con la correspondiente partida arancelaria para el carbón.</i></p>
<p>Responsable</p>	<p>El distribuidor mayorista del combustible lo paga al productor o importador del combustible que se convierte a su vez en el recaudador del impuesto y el resto de la cadena, es decir todos los usuarios de los combustibles gravados, lo pagan según los acuerdos comerciales establecidos en la cadena de distribución de combustible.</p> <p>Tratándose de derivados de petróleo, los productores y los importadores; independientemente de su calidad de sujeto pasivo, cuando se realice el hecho generador.</p> <p><i>Tratándose de carbón, el exportador; independientemente de su calidad de sujeto pasivo, cuando se realice el hecho generador.</i></p>

Tarifa	Se define de acuerdo con el grado de emisión de CO2 que contenga cada combustible. La tarifa corresponderá a quince mil pesos (\$15.000) por tonelada de CO2.	
	Combustible fósil	Tarifa
	Gas natural	\$29 x metro cúbico
	Gas licuado de petróleo	\$95 x galón
	Gasolina	\$135 x galón
	Kerosene y Jet Fuel	\$148 x galón
	ACPM	\$152 x galón
	Fuel Oil	\$177 x galón
	<i>En el caso del carbón y para estimular una transición de la economía de regiones centradas en la producción de carbón, la tarifa corresponderá a mil quinientos pesos (\$1500) por tonelada de CO2.</i>	
	Combustible fósil sólido	Tarifa
<i>Carbón</i>	<i>\$559 x tonelada</i>	
La tarifa se ajustará cada primero de febrero con la inflación del año anterior, más un punto porcentual hasta que sea equivalente a una unidad de valor tributario (UVT).		
Declaración y Pago	Los responsables del impuesto nacional al carbono deberán declarar y pagar bimestralmente el impuesto correspondiente al año gravable.	
Recaudo e impacto	<p>El potencial de reducción de emisiones de GEI de los combustibles inicialmente considerados representa cerca del 27% de las emisiones totales del país, es decir cerca de 51 millones de tCO2 equivalente. Hasta el momento el MHCP reportó un recaudo de \$476 mil millones COP y se espera que ascienda a \$686 mil millones COP.</p> <p>Si se incluye el carbón, el recaudo esperado en el primer año será de alrededor de \$350 mil millones COP adicionales (basados en la producción total de 2017)³.</p>	

3. Supuestos utilizados:

1. Contenido de CO2: 1 tonelada de carbón bituminoso produce 2.68 toneladas de CO2.

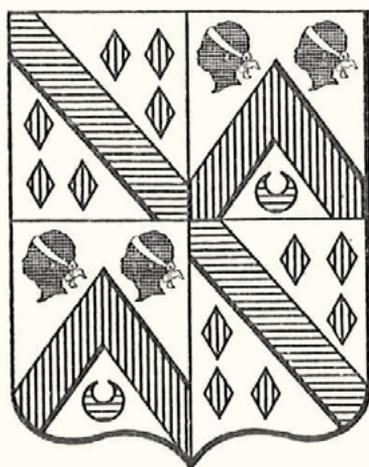
	<p>En el marco del compromiso de Colombia de reducir sus emisiones de GEI en un 20% para 2030, se estima que el impuesto al carbono contribuye a cumplir entre el 9 y 12 % de esta meta con el carbón incluido.</p>
Responsable	<ul style="list-style-type: none">• Exclusión: Los combustibles a los que se refiere este artículo no causarían el impuesto cuando sean exportados <i>con excepción del carbón</i>.• Destinación específica: La Ley 1930 de 2018 modificó el artículo 223 de la Ley 1819 de 2016 en cuanto a la destinación del impuesto al carbono. <i>“El recaudo del impuesto nacional al carbono se destinará al “fondo Colombia en Paz (FCP)” de que trata el artículo 1 del Decreto Ley 691 de 2017. Estos recursos se presupuestarán en la sección del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.</i> <i>El 25% se destinará al manejo de la erosión costera; la reducción de la deforestación y su monitoreo; la conservación de fuentes hídricas; la conservación de ecosistemas estratégicos, especialmente páramos; acciones en cambio climático y su respectivo monitoreo, reporte y verificación, así como al pago por servicios ambientales.</i> <i>El 5% se destinará al fortalecimiento del Sistema Nacional de Áreas Protegidas y otras estrategias de conservación a través de creación y ampliación de áreas protegidas, manejo efectivo y gobernanza en los diferentes ámbitos de gestión.</i> <i>El 70% se destinará a la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto Armado y la Construcción de una Paz Estable y Duradera con criterios de sostenibilidad ambiental.”</i>

Fuente: Summary of Emissions Factors for the Guidance for Voluntary Greenhouse Gas Reporting, 2016.

2. Precio de la tonelada de CO2 en un escenario de importación de 1 tonelada de carbón: \$1.500. Corresponde a la décima parte del costo de la tonelada de CO2 del impuesto al carbono en la actualidad para otros combustibles.
3. Cálculo de exportaciones de carbono corresponde al 95% del total exportado en 2017: 90.500.000 toneladas de carbón

Fuente: Marco Fiscal de Mediano Plazo - MinHacienda, 2018

"SANS REGRETS DU PASSÉ
NY PEUR DE L'ADVENIR
TOUJOURS LES ROSES REFLEURIRONT"



EX LIBRIS

GERMÁN CAVELIER

Evaluación Ambiental Estratégica (EAE). Hoja de ruta para el fortalecimiento e institucionalización de la EAE como herramienta de toma de decisiones de política pública en Colombia

Septiembre de 2018

Autores que contribuyeron a esta publicación:

Carolina Urrutia Vásquez

María Laura Rojas Vallejo

Martín Ramírez Mejía

Lina María Puerto Chaves



Atribución - No comercial - Compartir igual

Este documento está sujeto a una licencia de creative commons, puede ser reproducido sin fines comerciales en todo o en parte siempre y cuando se mantenga la referencia de atribución a sus autores y se comparta cualquier creación derivada bajo una licencia de iguales características.

¿Qué es la EAE y en qué consiste?

La EAE es una herramienta para la toma de decisiones cuyo objetivo es evaluar políticas, planes y programas (PPPs) formulados por el Gobierno e **incorporar consideraciones ambientales en las decisiones estratégicas de desarrollo**, para asegurar que éstas se incluyan en las etapas iniciales de formulación y planificación (Seht, 1999). Consiste en un proceso formalizado y sistemático de diagnóstico de los efectos ambientales de PPPs e identificación de alternativas (Therivel & Partidario, 1996).

El enfoque de la EAE es inherentemente participativo. La inclusión efectiva de criterios ambientales en las decisiones estratégicas de desarrollo requiere la participación activa y suficiente de los tomadores de decisiones y de los actores interesados e involucrados (OECD, 2006). Al ser un proceso continuo, iterativo y adaptativo, la EAE juega un papel significativo en el **apoyo al fortalecimiento de la institucionalidad y gobernanza ambiental** por medio de la construcción de capacidades de los sectores transversales al desarrollo sostenible.

Origen y Evolución de la EAE

La necesidad de evaluar continua y sistemáticamente la calidad y las consecuencias ambientales de los PPPs se introdujo desde los años setenta. A partir de ese momento el concepto de EAE y su implementación ha evolucionado al punto de obligatoriedad en los procesos de toma de decisiones de políticas públicas de varios países.



Figura 1. Hitos en la evolución de la EAE

Desarrollo de la EAE en Colombia

Si bien desde la expedición del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente -**Decreto 2811 de 1974**- y la posterior **Ley 99 de 1993** y sus **decretos reglamentarios en materia de licencia ambiental** se vislumbra la necesidad de elaboración del Estudio de Impacto Ambiental y el Plan de Manejo Ambiental para identificar, evaluar y describir los impactos ambientales de proyectos, obras o actividades, dichos mecanismos, carecen de una visión estratégica. Por tal motivo, la EAE pretende suplir tales vacíos ara incluir criterios ambientales en escenarios sectoriales y de desarrollo territorial. **Sin embargo, la EAE no es un requerimiento legal en Colombia** haciendo de su implementación una cuestión voluntaria y dependiente de la capacidad institucional. La Figura 2. ilustra el desarrollo de la figura de la EAE en Colombia.

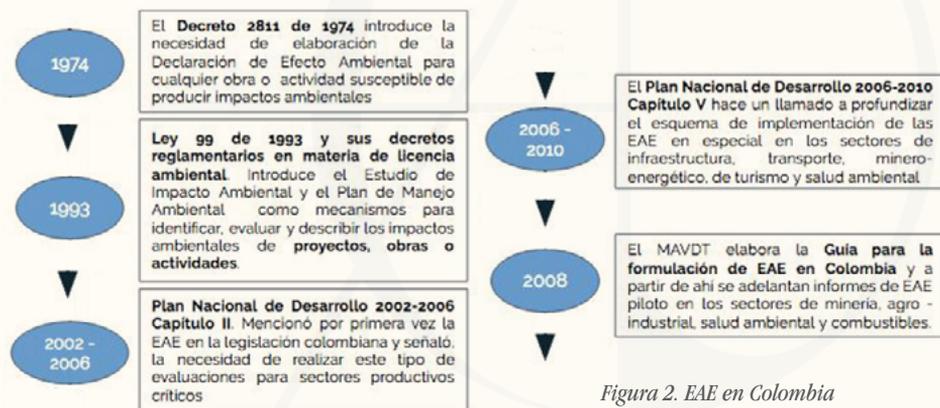


Figura 2. EAE en Colombia

¿Por qué es necesario fortalecer e institucionalizar la EAE en Colombia?

Mientras que las funciones del sector ambiental -incluyendo las de las entidades adscritas y vinculadas- han incrementado, el presupuesto para ejecutarlas se ha mantenido constante (ver Documento de Orientación de Política Agosto-2018).

Los impactos al ambiente generados por sectores como agricultura; comercio, industria y turismo; minas y energía; transporte e infraestructura; vivienda, ciudad y territorio; entre otros, implican

mayores cargas para el sector ambiental en términos de control, manejo y seguimiento de los recursos naturales. Por tal razón, es necesario identificar y contrarrestar dichas cargas, al tiempo que se fortalece la capacidad intersectorial de incluir criterios ambientales y de desarrollo sostenible en la formulación de políticas públicas y en los procesos de planificación del país.

Adicionalmente, Colombia se encuentra entre los diez países con mayor número de conflictos socioambientales en el mundo. La incapacidad de resolver conflictos ambientales en el territorio ha resultado en que estos lleguen con mayor frecuencia a los estrados judiciales, generando mayores gastos para compensar los daños de políticas que carecen de criterios ambientales.

Colombia, al ser el más nuevo integrante de la OCDE, debe cumplir con altos estándares de la Organización en el manejo ambiental y en el desarrollo de políticas públicas que integren criterios de desarrollo sostenible. El cumplimiento de tales recomendaciones requiere de mayor capacidad y fortalecimiento del sector ambiental. En este sentido, la implementación de EAE en Colombia sería una forma de avanzar en las recomendaciones de la OCDE y enfrentar los mayores desafíos ambientales del país.

Beneficios de la EAE

Algunos de los beneficios de la EAE son (Dusik et.al., 2003):

1. Contribuye a la consecución de objetivos de desarrollo sostenible, pues ubica las consideraciones ambientales y sociales a la par del desarrollo económico. Además, permite la reconciliación de diferentes objetivos en varios niveles administrativos.
2. Fortalece los procesos de toma de decisiones de los PPPs, facilitando la identificación y comparación de los impactos ambientales y en la salud en etapas tempranas de la planificación.
3. Ahorra tiempo y dinero al evitar errores costosos. La EAE brinda herramientas para advertir a los tomadores de decisiones sobre los efectos ambientales de opciones de desarrollo no sostenible.
4. Mejora la gobernanza y construye confianza en la ciudadanía acerca de los procesos de toma de decisiones. Al ser un proceso inherentemente participativo, la EAE contribuye a aumentar la transparencia del proceso de toma de decisiones estratégicas.

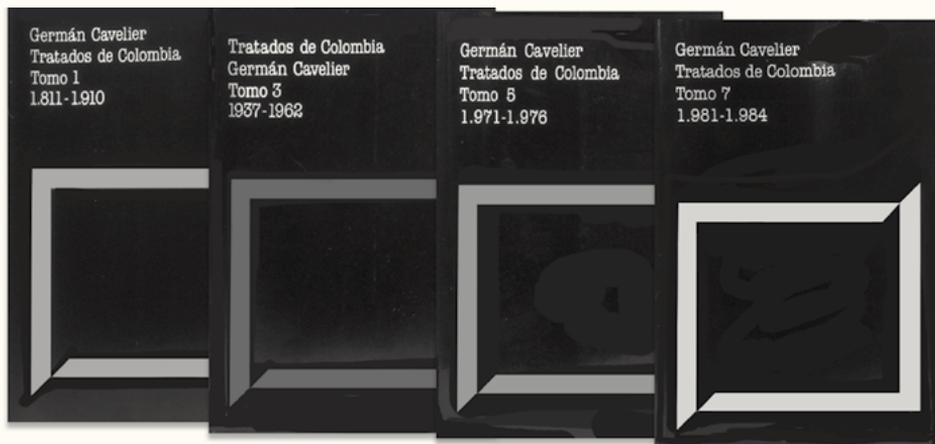
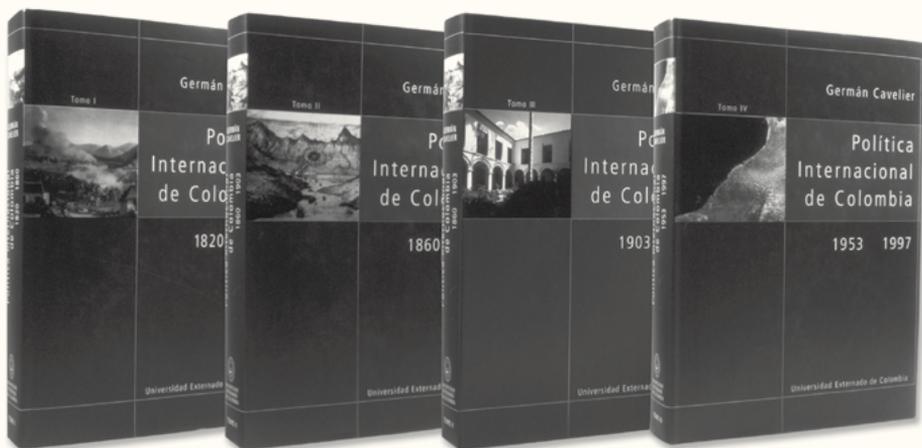
¿Cómo fortalecer e institucionalizar la EAE en Colombia?

1. Inclusión de EAE dentro de la construcción de agendas interministeriales y comisiones intersectoriales, teniendo en cuenta las líneas de acción de la Misión de Crecimiento Verde.
2. Desarrollo de Metas específicas al proceso de EAE dentro del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022.
3. Definición de mecanismos legales específicos para requerir el desarrollo de EAEs.

Referencias

- Dusik, J., Fischer, T. B., & Sadler, B. 2003. Benefits of a strategic environmental assessment. UNDP and REC.
- Partidario, M.R. 1996. "Strategic Environmental Assessment: Key Issues merging from Recent Practice", Environmental Impact Assessment Review, 16, 31-55.
- Seht, H.V. 1999. "Requirements of a Comprehensive Strategic Environmental Assessment System", Landscape and Urban Planning, 45, 1-14.
- OECD. 2006. "Applying strategic environmental assessment – good practice guidance for development co-operation", DAC Guidelines and Reference Series New York: OECD.





Política Fiscal Verde

Martín Ramírez Mejía
Director de Innovación
Transforma

La política fiscal como mecanismo para combatir el cambio climático y aportar al desarrollo sostenible

La crisis climática es probablemente la problemática global que más urgencia y acción requiere. El desequilibrio energético producido por los Gases de Efecto Invernadero (GEI) pone en riesgo los ecosistemas y las dinámicas naturales y económicas actuales. Sin embargo es un problema que requiere, en gran parte de su solución, una decisión política de volcar recursos económicos en lo que tendría un costo pequeño en comparación con los beneficios generados.

El Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial, y otras instituciones, han reiterado la importancia de la creación de una política fiscal verde que sienta las bases de un desarrollo bajo en carbono y resiliente al cambio climático. Lo anterior porque la política fiscal es una poderosa herramienta regulatoria que envía señales de mercado fundamentales para la transición energética y en el manejo de los recursos naturales.

... la política fiscal es una poderosa herramienta regulatoria que envía señales de mercado fundamentales para la transición energética y en el manejo de los recursos naturales...

Una política fiscal verde tiene en cuenta impuestos ambientales cuyo “hecho generador es una unidad física (o una representación de ella) que tiene un impacto negativo específico comprobado sobre el medio ambiente” (OECD, 2018). De esta manera, una política fiscal enfocada al cambio climático y al ambiente envía señales de precios al mercado para desincentivar la quema de combustibles fósiles y otras actividades perjudiciales para el ambiente; promueve la innovación y la inversión en fuentes de energía más limpias y eficientes; refleja el costo de las externalidades del uso de recursos naturales en el precio de los bienes y servicios; envía señales que estimulan cambios en la producción y el consumo; y, dirige las inversiones hacia opciones que no sólo promuevan el desarrollo económico, sino que tengan en cuenta el bienestar social, la conservación del capital natural y la seguridad climática. Por otro lado, las reformas fiscales tendientes a remover subsidios a actividades contaminantes y que utilicen los recursos naturales de manera indiscriminada, pueden crear espacio para generar y fortalecer el recaudo del Estado para seguir prestando bienes y servicios públicos.

Colombia tiene grandes oportunidades para incentivar una política fiscal que tenga en cuenta las externalidades ambientales. La OCDE en el 2014 evidenció que Colombia recaudaba cuatro veces menos en impuestos ambientales que países de ingreso medio como México, siendo el aporte de los tributos ambientales únicamente el 0.4% del PIB, mientras que el promedio de países de la OCDE es del 1.6% y de los países europeos del 2.5%. Lo anterior refleja ventajas de oportunidad para asegurar las finanzas y la estabilidad del país frente a eventos asociados al cambio climático y la contaminación. Por otro lado, si Colombia no se adapta al cambio climático, las pérdidas económicas podrían ascender al 0.5% del PIB anualmente (DNP; BID, 2014).

Muchos países han avanzado en la implementación de políticas fiscales verdes acordes con los objetivos de desarrollo sostenible y los acuerdos internacionales sobre cambio climático. Algunos ejemplos son: i) 27 países han adoptado un esquema de impuesto al carbono, y dos países más se sumaron en el 2019; ii) Reino Unido está diseñando uno de los impuestos más ambiciosos en la internalización de los costos asociados a la contaminación plástica; y, iii) países como Estados Unidos, Chile, Egipto y Ecuador han implementado diversos incentivos

económicos y de política fiscal para motivar el reemplazo de vehículos antiguos en operación y así contribuir con el mejoramiento de la calidad del aire.

La promoción de las políticas fiscales verdes para apoyar las estrategias nacionales de cambio climático responde a un llamado de urgencia cada vez más contundente en medio de las advertencias de la comunidad científica. Además, las políticas relacionadas con el clima tienen múltiples objetivos y no sólo están confinadas a problemas ambientales, ya que la política climática se entrelaza con sectores como el energético, el de transporte, la industria, la agricultura, y el comercio. También se asocia con objetivos de diversificación de la economía, aumento de la competitividad, reducción de la desigualdad, salud pública, acceso a la energía y reducción de la pobreza. De esta forma, este tipo de interacciones se deben potencializar por medio de reformas fiscales que aseguren una transición justa hacia economías bajas en carbono y resilientes al clima.





ASOCIACIÓN
CAVELIER
DEL DERECHO