

# Temas Socio-Jurídicos

Vol. 39 N°78 Enero - Junio de 2020 / 124p.

N°78



ISSN 0120-8578

ISSN electrónico: 2590-8901

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
Universidad Autónoma de Bucaramanga  
Bucaramanga, Colombia



Universidad Autónoma de Bucaramanga

de puertas abiertas

# Temas Socio-Jurídicos

Vol. 39 N° 78 Enero - Junio de 2020

ISSN 0120-8578

ISSN electrónico: 2590-8901

**FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y POLÍTICAS**

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA**



**unab**

Universidad Autónoma de Bucaramanga

*de puertas abiertas*

VIGILADA MINEDUCACIÓN

## **Revista Temas Socio Jurídicos**

Publicación Semestral de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad  
Autónoma de Bucaramanga

**ISSN 0120-8578**

**ISSN electrónico: 2590-8901**

**JUAN CAMILO MONTOYA BOZZI**

Rector

**EULALIA GARCÍA BELTRÁN**

Vicerrectora Académica

**JAVIER RICARDO VÁSQUEZ HERRERA**

Vicerrector Administrativo

**LILIA AIDEÉ VELASCO ABRIL**

Decana Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

**CÉSAR DARÍO GUERRERO SANTANDER**

Director General de Investigaciones

**LILIA AIDEÉ VELASCO ABRIL**

Directora

**MAURICIO ENRIQUE RODRÍGUEZ DELGADO**

**MARIO GUEVARA MENDOZA**

Editores

### **COMITÉ EDITORIAL**

**Antonio Bohórquez Orduz**

Doctor en Derecho por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá,  
Colombia. Profesor Universidad Autónoma de Bucaramanga, Colombia.

**Gregorio Mesa Cuadros**

Doctor en Derecho del Programa de Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III  
de Madrid, España. Profesor Universidad Nacional de Colombia

**Joaquín González Ibáñez**

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España.  
Profesor Universidad Alfonso X El Sabio, Madrid, España.

**José Escribano Úbeda- Portugués**

Doctor en Estudios Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid, España.  
Doctor en Estudios Europeos por el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset  
de Madrid, España.

Profesor Universidad Carlos III de Madrid, España.

**Nhoris Torregrosa Jiménez**

Doctora en Derecho por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.  
Profesora Universidad Libre, Seccional Bogotá, Colombia.

**Roberto Carlos Vidal López**

Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.  
Profesor Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.

## COMITÉ CIENTÍFICO

### **Beatriz Londoño Toro**

Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España.  
Profesora Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia.

### **David Sánchez Rubio**

Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, España.  
Profesor Universidad de Sevilla, España.

### **Javier Orlando Aguirre Román**

Ph.D. of Philosophy State University of New York - Stony Brook, U.S. Profesor Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia.

### **María del Pilar Zambrano**

Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra, España Profesora de la Universidad Austral, Argentina.

### **Ricardo David Rabinovich-Berkman**

Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.  
Profesor Universidad de Buenos Aires, Argentina.

### **Rocío Zafra Espinoza de los Monteros**

Doctora en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, España.  
Profesora Universidad Carlos III de Madrid, España.

## ASISTENTE EDITORIAL

### **ANDREA CAROLINA RIVERA SUS**

Especialista en Derecho de Familia de la Universidad Autónoma de Bucaramanga,  
Colombia.

Asistente académica del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, Bucaramanga, Colombia

## ÁRBITROS

### **Beatriz Londoño Toro**

Doctora en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid

### **Camilo Quiñonez Avendaño**

Magister en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia  
y doctorando en Derecho Universidad Externado de Colombia

### **Daniel Rojas Fonseca**

Especialista en Finanzas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga

### **Mario Guevara Mendoza**

Estudios avanzados de Doctorado – Universidad Alcalá de Henares

### **Antonio Thomas Arias**

Especialista en Derecho de Seguros, Magistrado Auxiliar de la Corte Suprema de Justicia  
Sala Civil y Agraria.

### **Diana Isabel Molina**

Magister en Filosofía Universidad del Valle

### **Mauricio Alberto Franco**

Magister en Hermenéutica Jurídica y Derecho de la Universidad Industrial de Santander

### **Viviana Cortes Uribe**

Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Externado de Colombia.

## **CORRESPONDENCIA**

Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB  
Calle 42 No. 48 – 11 Conmutador (7) (57) 6436111-(7) (57) 6436261  
Apartado Aéreo 1642 – Bucaramanga – Colombia  
temassj@unab.edu.co

## **CANJE**

Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB – Biblioteca – Canje Bibliográfico

Avenida 42 No. 48 – 11 | PBX (7) (57) 643 6111 /643 6261  
Bucaramanga – Colombia

La Revista Temas Socio-Jurídicos es una publicación Semestral de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB.

### **Portada:**

Autor: Efraín Saldaña

### **Diseño y Producción:**

Publicaciones UNAB

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio sin autorización escrita del autor.

Reservados todos los derechos.

Las opiniones de las y los autores expresadas en esta revista no comprometen de manera alguna la posición de esta publicación. Dichas opiniones son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

Distribución gratuita para los estudiantes de la Facultad de la Facultad de Ciencias Jurídica y Políticas de la UNAB.

# Contenido

## EDITORIAL

Mauricio Rodríguez	
Mario Guevara Mendoza.....	10

## DESAFÍOS DE LA JEP EN EL DERECHO DE REPARACIÓN Y JUSTICIA DE LAS VÍCTIMAS LGBTI.

Andrés Felipe Martín .....	11
----------------------------	----

## LA SELECCIÓN OBJETIVA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL: UNA LIMITACIÓN AL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LA TEORÍA GENERAL DEL NEGOCIO JURÍDICO

Carlos Fernando Amaya Rodríguez.....	32
--------------------------------------	----

## LAS ADJUDICACIONES DE TIERRAS Y LA NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS A LA LUZ DE LA LEY DE VÍCTIMAS Y RESTITUCIÓN DE TIERRAS Y SU JURISPRUDENCIA

Elisa Martín Peré.....	56
------------------------	----

## INMISIÓN NEGOCIAL FRENTE AL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS

Antonio Bohórquez Orduz .....	82
-------------------------------	----

## LOS IMPUESTOS DIRECTOS ENTRE 2000-2015: REFORMAS, CÁLCULO Y ANÁLISIS DE LA CARGA TRIBUTARIA (TET) EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS EMPRESAS MEDIANAS EN EL SECTOR MANUFACTURERO EN EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER

Jorge Orlando Uribe Márquez	
José Miguel Cermeño .....	102

PORTADA: RESEÑA DEL ARTISTA EFRAÍN SALDAÑA Y DE SU OBRA .....	122
---------------------------------------------------------------	-----

# Contents

## EDITORIAL

Mauricio Rodríguez	
Mario Guevara Mendoza.....	10

## JEP'S CHALLENGES IN THE RIGHT OF REPARATION AND JUSTICE OF LGBTI VICTIMS.

Andrés Felipe Martín .....	11
----------------------------	----

## OBJECTIVE SELECTION IN STATE PROCUREMENT: A LIMITATION ON THE PRINCIPLE OF AUTONOMY OF THE WILL OF THE GENERAL THEORY OF THE LEGAL BUSINESS

Carlos Fernando Amaya Rodríguez.....	32
--------------------------------------	----

## LAND ALLOCATIONS AND NULLITY OF ADMINISTRATIVE ACTS IN THE LIGHT OF THE VICTIMS AND LAND RESTITUTION ACT AND ITS JURISPRUDENCE

Elisa Martín Peré.....	56
------------------------	----

## NEGOTIAL ADMISSION AGAINST THE PRINCIPLE OF RELATIVITY OF CONTRACTS

Antonio Bohórquez Orduz .....	82
-------------------------------	----

## DIRECT TAXES BETWEEN 2000-2015: REFORMS, CALCULATION AND ANALYSIS OF THE TAX BURDEN (TET) ON INCOME TAX OF MEDIUM-SIZED ENTERPRISES IN THE MANUFACTURING SECTOR IN SANTANDER DEPARTMENT

Jorge Orlando Uribe Márquez	
José Miguel Cermeño .....	102

FRONT COVER: REVIEW OF EFRAÍN SALDAÑA AND HIS WORK.....	122
---------------------------------------------------------	-----



# Editorial

Es para la Dirección de esta revista un orgullo presentar a la comunidad un nuevo número de TEMAS SOCIO JURÍDICOS, pues existen razones importantes por las cuales esta época es muy especial: En primer lugar por cuanto podremos contribuir a la permanencia de esta obra que lleva más de 40 años en el quehacer académico investigativo, siguiendo los pasos de quienes nos antecedieron, dentro del ideario de la Universidad y de su Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas; y en segundo lugar, porque desde estas páginas queremos expresar una honda satisfacción por la designación como Decana de nuestra Facultad a una amiga y colega como lo es la doctora Lilia Aideé Velasco Abril, por lo que permítasenos en este breve espacio unas palabras de salutación y obviamente de bienvenida a esta ilustre abogada, hija de esta Universidad y que desde el pasado mes de enero ha tomado su conducción. La doctora Lilia Aideé ha llegado en el momento preciso de su vida, puesto que después de acumular esa preciosa experiencia viene a compartirla con nosotros y a seguir el camino que han marcado sus antecesores y estamos seguros, que como se ha visto en este año, la Facultad bajo su mando está en un muy buen rumbo dirigiéndose a buen puerto. Reiteramos entonces, nuestro saludo a la doctora Lilia Aideé.

Siguiendo con la tradición, en este espacio pasamos a anunciar el contenido de esta nueva edición, en la cual se desatacan trabajos sobre temas actuales y de interés especial en el mundo del derecho, temas como contratos estatales, justicia especial para la paz, ley de víctimas, régimen tributario, entre otros.

Procedemos entonces a reseñar los artículos: “La selección objetiva en la contratación estatal: una limitación al principio de la autonomía de la voluntad de la teoría general del negocio jurídico” cuyo autor es Carlos Fernando Amaya Rodríguez; “Desafíos de la JEP en el derecho de reparación y justicia de las víctimas LGBTI” del autor Andrés Felipe Martín; “Las adjudicaciones de tierras y la nulidad de los actos administrativos a la luz de la ley de víctimas y restitución de tierras y su jurisprudencia” de la autora Elisa Martín Peré; “Los impuestos directos entre 2000-2015: reformas, cálculo y análisis de la carga tributaria (TET) en el impuesto sobre la renta de las empresas medianas en el sector manufacturero en el departamento de Santander” de los autores: Jorge Orlando Uribe Márquez Y José Miguel Cermeño y por último “Inmisión negocial frente al principio de relatividad de los contratos” del autor Antonio Bohórquez Orduz.

**Mauricio Rodríguez**  
**Mario Guevara Mendoza**

## **DESAFÍOS DE LA JEP EN EL DERECHO DE REPARACIÓN Y JUSTICIA DE LAS VÍCTIMAS LGBTI<sup>1</sup>**

Andrés Felipe Martín<sup>2</sup>

Recibido: Noviembre 5 del 2019

Aprobado: Enero 26 del 2020

### **RESUMEN:**

El presente artículo ilustra cómo se ha dado el reconocimiento de los derechos de los integrantes de la comunidad LGBTI en el marco del conflicto armado, a partir de un estudio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y del Derecho colombiano. Así, se permite evidenciar los sufrimientos y las causas estructurales de violencias que han marcado las vidas de miles de personas LGBTI al interior del territorio colombiano en zonas donde hubo enfrentamientos armados entre el Estado y los distintos grupos guerrilleros y paramilitares. Se estudia el enfoque diferencial y de género contemplado en el Acuerdo de Paz, el cual es transversal a las decisiones que tome la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). También se muestra cómo este enfoque permite entender el conflicto colombiano desde la realidad de la población LGBTI, lo que permite establecer si, efectivamente, estas personas deberían ser reparadas de forma diferenciada, y de acá formular una serie de lineamientos y parámetros que puedan ser tenidos en cuenta para la reparación integral de personas con identidades y orientaciones sexuales diversas en el marco de la JEP.

---

1 Este artículo se presenta como requisito para optar a los títulos de Magíster en Derecho con énfasis en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario y Magíster en Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2 Abogado de la Universidad del Rosario con énfasis en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Candidato a Magíster en Derecho de la misma universidad y candidato a Magíster en Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fue practicante del grupo de Derechos Humanos del Viceministerio de Defensa, planteando políticas para proyectos de ley de justicia transicional. Fue miembro del Grupo de Acciones Públicas (GAP) de la Universidad del Rosario, donde contribuyó a acciones de litigio estratégico con comunidades en condiciones de vulnerabilidad para la protección de Derechos Humanos y actualmente es investigador del Observatorio de la JEP (ObservaJEP), proyecto conjunto entre la Universidad del Rosario y la Universidad de la Sabana con el apoyo de la Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica (KAS).

**Palabras clave:** LGBTI, Derecho de Reparación, Derecho a la Justicia, Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Justicia transicional.

## **THE JEP'S CHALLENGES IN TERMS OF LGBTI VICTIMS' RIGHT TO REPARATION AND JUSTICE**

### **ABSTRACT:**

This article shows how the LGBTI community's rights have been recognized over time in the framework of the armed conflict, based on a study of the Inter-American Human Rights System and Colombian law. It allows observing the suffering and structural causes of violence that have marked thousands of LGBTI people's lives within Colombia in areas where the Government and various guerrilla and paramilitary groups participated in armed conflicts. The article studies the differential and gender-based approach contemplated in the Peace Agreement, which is transversal to the Special Jurisdiction for Peace's (JEP, for the Spanish original) decisions. It also shows how this approach allows understanding the Colombian conflict from the LGBTI population's perspective. This, in turn, helps establish whether or not these people should effectively be redressed in a differentiated manner to, from there, formulate a series of guidelines and parameters that can be taken into account to comprehensively redress people with various sexual identities and orientations in the JEP's framework.

**Keywords:** LGBTI, Right to Reparation, Right to Justice, Special Jurisdiction for Peace (JEP), Transitional Justices.

### **INTRODUCCIÓN**

Este trabajo inicia a partir de un análisis histórico y jurídico del Acto Legislativo 01 del 2017 que crea el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIV), en donde se pone el foco en las funciones y las competencias que tiene la Justicia Especial para la Paz (JEP). Tanto en los Acuerdos como al interior de la JEP, los casos analizados cuentan con un enfoque diferencial y de género que ayuda al Tribunal a darle voz a un grupo específico de personas históricamente marginadas y maltratadas por grupos insurgentes al margen de la ley, a saber, las personas integrantes de la comunidad LGBTI.

El enfoque diferencial y de género contemplado en los Acuerdos postula que la violencia percibida por mujeres y por personas LGBTI se dio de una

forma particular y diferenciada. Este enfoque busca “establecer medidas para garantizar que se superen las brechas sociales tradicionales que han marcado a la sociedad colombiana como desigual y estigmatizante” (Calle, 2016) así como declarar que “la visión en materia de género va más allá de un cambio de lenguaje, porque esta visión ha de ser incluyente y no sexista” (Calle, 2016).

Cuando se habla de *género*, se hace referencia a un conjunto de prácticas, asignaciones, ideas y representaciones que culturalmente se le exigen socialmente a cada sexo, estableciendo lo que cada uno de ellos “debe y no debe ser”. Esto pone de manifiesto la diferencia entre las características biológicas predeterminadas y aquellas construcciones culturales que han sido naturalizadas, y contribuye a marcar las desiguales relaciones de poder entre mujeres y hombres (Vargas y Pérez Díaz, 2018).

El presente análisis parte de un enfoque metodológico documental y de entrevistas que permiten complementar la investigación con diversas perspectivas sobre el tema. Se analizaron los trabajos que han realizado diferentes organizaciones como Colombia Diversa, el Centro de Memoria Histórica y sentencias puntuales de la Corte Constitucional que permitieron observar el reconocimiento de los derechos de libertad y justicia en Colombia. Así, se pueden llegar a proponer alternativas de reparación en esta comunidad de una manera ejemplarizante y digna, acorde con los principios de la Carta Política y de los tratados internacionales referentes a los Derechos Humanos.

Colombia Diversa, una organización que lucha por los derechos de las personas LGBTI, ha permitido grandes avances en la visibilización de los fenómenos de violencia a través del último informe realizado, *Un Parche que resiste. Recomendaciones para una reparación colectiva y transformadora de lesbianas, gays, bisexuales y trans*. Dicho informe plasma la violencia de género en contra de personas LGBTI, no solo en “contextos de normalidad” sino que también incluye un capítulo especial en donde evidencia las características propias de la violencia en contra de esta comunidad en el marco del conflicto armado (Colombia Diversa, 2018).

El Centro de Memoria Histórica, con su informe *Aniquilar la Diferencia: Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transgeneristas en el Marco del Conflicto Armado Colombiano*, ha contribuido a la visibilización del problema. Este informe, también ha señalado la violencia sistemática y reiterada en contra de las personas LGBTI en el marco del conflicto, donde no solamente los actores armados se encargan de ser victimarios, sino que también la sociedad civil resulta siéndolo al discriminar y revictimizar a las personas en razón de su orientación sexual y de género.

A partir de aquellos documentos se pueden reconocer los patrones heteronormativos y cisnormativos arraigados a la sociedad colombiana,

y se pueden distinguir las características de la discriminación y exclusión en contra de personas LGBTI (Colombia Diversa, 2015). Los crímenes y las graves violaciones a los Derechos Humanos surgen también de esos patrones y esas creencias que se han fortalecido a través del tiempo por la misma sociedad y se ven materializados en las ideologías de grupos armados ilegales, así como de la misma fuerza pública que recrimina ciertas identidades sexuales y las condena de forma injusta y degradante (Centro Nacional de Memoria Histórica – CNMH, 2015).

Se hicieron entrevistas a organizaciones como Colombia Diversa y Caribe Afirmativo, así como a instituciones académicas como la Universidad del Rosario y la JEP para nutrir los aportes documentales extraídos bajo el consentimiento previo de los representantes de cada institución, conforme a los parámetros éticos para la realización de estas intervenciones.

Este estudio empieza con un recuento de los avances que se han tenido en el Sistema Interamericano de protección de Derechos humanos a víctimas LGBTI del conflicto armado. Luego se exponen los antecedentes que marcaron el enfoque diferencial y de género que se plasmó en el Acuerdo Final Para la Terminación del Conflicto Armado, así como los avances que se han logrado en Colombia en materia de protección de las víctimas LGBTI en el marco de este conflicto. Finalmente, se expone la incidencia que tiene que este enfoque en la labor que desarrolla la JEP, los logros hasta el momento al interior de esta jurisdicción y cómo esta podrá en un futuro impactar y garantizar el derecho de justicia y reparación de estas víctimas.

## **I. La violencia contra personas LGBTI en el Sistema Interamericano: avances y protección de los Derechos Humanos**

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos no cuenta aún con una política clara de protección de los derechos enfocados a la población LGBTI, que se ha visto particularmente afectada por el conflicto armado. Si bien, esto se debe probablemente a que el sistema opera solo cuando es activado por los estados o personas nacionales de estados partes, sí se han dado algunos avances en materia de protección de personas LGBTI, de manera muy general. A continuación, un breve recuento de los avances evidenciados tanto en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH), como en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

En primer lugar, la Comisión IDH ha identificado que las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex han estado históricamente sometidas a discriminación por su orientación sexual, identidad y expresión de género y diversidad corporal, y continúan siendo víctimas de discriminación, violencia, persecución, y otros abusos. Por ello, en el 141º

período de sesiones de marzo del 2011, la Comisión adoptó la decisión de dar un énfasis temático especial a los derechos de las lesbianas, los gays, las personas trans, bisexuales e intersex (LGTBI), lo cual permitió la creación de una Relatoría Especial que entró en funciones el día 1° de febrero del 2014. Así, dio continuidad a las principales líneas de trabajo de la Unidad LGBTI ocupándose de temas de orientación sexual, identidad y expresión de género y diversidad corporal (CIDH, 2015).

Así, esta relatoría, en el año 2015, lanzó el informe *Violencia contra personas LGBTI* que documentó alrededor de 770 casos de violencia en un periodo de 15 meses entre el año 2013 y 2014, donde también proveyó información y cuestionarios realizados a 18 estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y 34 organizaciones de la sociedad. En este punto, el mismo relator de la Comisión IDH señaló que la falta de estadísticas invisibilizan las agresiones contra las personas LGBTI y la nula acogida de denuncias e investigación de los delitos contra estas personas genera un clima de impunidad que alimenta este tipo de prácticas (SinEtiquetas, 2017). El informe también expone diferentes tipos de violencia en contra de la comunidad LGBTI. Una de las violencias más importantes que resalta la Comisión IDH y en la cual se basa también el Sistema Universal de protección de Derechos Humanos, es la violencia de género. Esta violencia, se materializa en el deseo del perpetrador de castigar esas expresiones e identidades diversas que no corresponden al sistema binario de mujer/hombre (ACNU, 2011).

Así mismo, la Comisión IDH menciona que, con base en el informe del 2011 del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNU), la violencia no solamente se da por parte de la sociedad civil o perpetradores, sino que en muchas ocasiones los miembros de la fuerza pública de un estado también atentan contra las demostraciones de afecto o expresiones no binarias de identidad de género, con el propósito de proteger la 'moral pública'. En adición, esta comisión también afirma que los sistemas binarios de construcción social –entre hombres y mujeres, entre lo masculino y lo femenino– crean exclusión dentro de una comunidad, pues hay personas que no logran identificarse con esas categorías, lo cual genera un impacto perjudicial y devastador para ellas. Esto produce fenómenos de violencia sistemática que se replican a lo largo del tiempo por la perpetración y el mantenimiento de ciertos órdenes sociales (CIDH, 2015).

Como se observa, la misma Comisión reconoce que es por parte de los mismos estados que la violencia es generalizada. También resalta que son los mismos estados quienes invisibilizan esta problemática, por lo que resulta complejo estudiar con profundidad los datos reales de violencia en contra de personas LGBTI. También menciona que la violencia que viven personas que se reconocen a sí mismas como personas intersex,

transexuales o transgénero, impide el goce efectivo de sus derechos que, en teoría, deberían garantizar los estados; no solamente por un deber de su parte para el desarrollo de las libertades individuales, sino también con medidas de protección y seguridad a grupos y minorías que merecen una mayor protección.

La Comisión IDH por medio de este informe emite una serie de recomendaciones para los estados tales como la recolección de datos de la violencia contra persona LGBTI, el ajuste del Derecho interno con el fin de que no se discrimine ni se tolere la tortura y tratos crueles contra personas LGBTI, el diseño e implementación de políticas y programas para eliminar la estigmatización, los estereotipos y la discriminación contra las personas LGBTI así como también la adopción de medidas para erradicar el estigma social existente con respecto a las personas intersex, entre otra serie de recomendaciones tendientes a acabar con la violencia, discriminación y estigmas sociales que existen en el continente americano para las personas LGBTI (CIDH, 2015, pp. 289-303).

En relación con el conflicto armado, la Comisión también ha mostrado que la violencia en contra de esta comunidad se ha dado como una forma de limpieza social, lo que ha generado no solamente hostigamiento y persecución de personas por su condición sexual o expresión de género, sino que también se ha obstruido el desarrollo de Derechos Humanos tales como el derecho a la libertad, a la identidad y a la integridad, entre otros.

Por su lado, la Corte IDH también ha hecho su parte en la contribución a la protección de los derechos de personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas. Por ello, en el año 2017 el Estado de Costa Rica formuló una consulta a la Corte IDH, para que esta misma emitiera una opinión consultiva frente a los derechos de identidad de las personas LGBTI. En dicho documento, no solamente la Corte articuló, recogió y analizó el derecho a la intimidad e identidad de las personas LGBTI, sino que dio unos parámetros más específicos de todos los Derechos Humanos que deben respetarse a personas que no encajan dentro del esquema patriarcal y heteronormativo, que es la tradición en las Américas.

Así, la Opinión Consultiva 24/17 es de especial importancia para las personas LGBTI porque determina la interpretación adecuada del Artículo 54 de la Convención Americana de Derechos Humanos, buscando que los estados parte determinen dentro de sus figuras jurídicas internas el cambio de nombres y la adecuación de los registros públicos y de los documentos de identidad de género. Esto impone la obligación en cabeza de los estados americanos de adecuar sus legislaciones internas, con el fin de cumplir la interpretación dada por la Corte frente al Artículo 54 de la Convención Americana (CIDH, 2017).

Del mismo modo, la opinión consultiva afirma:

[El derecho a la igualdad] se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. (CIDH, 2017)

Este punto resulta de especial relevancia, pues a partir del derecho de igualdad consagrado en la Convención Americana, es que la Corte realiza el análisis para dar respuesta a las preguntas formuladas por Costa Rica y de esta manera, avanzar en la protección de los derechos de las personas LGBTI.

En general, los dos documentos antes presentados exponen la problemática de violencia generalizada y sistemática en razón del género y orientación sexual de las personas, que lamentablemente es tendencia en todo el continente americano. Si bien los documentos resultan ser instrumentos distintos en su naturaleza jurídica, y emitidos por órganos diferentes pero del mismo sistema interamericano, ambos van encaminados a mejorar las condiciones y garantías de los Derechos Humanos de estas personas, y también buscan ser instrumentos que reparen la memoria histórica de esta comunidad y restablezcan a futuro los derechos de estas personas que han sido sometidas a tratos crueles durante años. Sin embargo, en temas de conflicto relacionados con temas LGBTI, el Sistema Interamericano no presenta ningún pronunciamiento claro al respecto. Si bien se tienen estos dos instrumentos, no se cuenta con sentencias, opiniones u otros mecanismos de la Comisión IDH y de la Corte IDH frente a estos, lo cual puede responder a la falta de oportunidad del sistema para pronunciarse frente a estas temáticas.

Los dos documentos resultan de gran envergadura y hacen posible la visibilización de un problema general en todo el continente americano. Y es que los mismos estados han ocultado, omitido e invisibilizado por el contexto cultural y social de su derecho interno, el goce de derechos y libertades de estas personas. Este asunto ya no se debe seguir evadiendo: debe ser conocido y resuelto.

## **II. La violencia contra personas LGBTI en el conflicto armado colombiano: características de la violencia y avances al respecto**

El panorama en Colombia, como bien lo expresaba el Sistema Interamericano, no difiere de otras realidades en otras partes del continente. Por ello, organizaciones como Colombia Diversa, el Centro de Memoria Histórica y Caribe Afirmativo, entre muchas otras, se han

encargado de documentar y visibilizar la grave problemática de Derechos Humanos de las personas LGBTI en el marco del conflicto armado.

No obstante, es importante tener en cuenta tres precedentes importantes que serán explicados en el mismo orden en que se enuncia a continuación, los cuales dieron paso al enfoque diferencial y de género plasmado en el Acuerdo Final de paz al que llegó el Estado colombiano con las FARC-EP. En primer lugar, está la expedición de la Ley 1448 de 2011, la cual ya reconocía el enfoque diferencial y el Decreto 4800 que incorporó, además del enfoque diferencial, un enfoque transformador. En segundo lugar, se encuentra la Sentencia de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal de Bogotá que condena a Arnubio Triana Maecha, del bloque Puerto Boyacá, y a otros sujetos de las autodefensas campesinas del Magdalena medio. Este es uno de los antecedentes judiciales más importantes para este asunto, ya que reconoce como víctimas del conflicto de forma diferenciada a las personas LGBTI. En tercer lugar, además, está la publicación del informe *Aniquilar la diferencia* del Centro de Memoria Histórica (2015). Estos tres eventos pueden ser considerados la base para la comprensión del problema de violencia de género en el post conflicto en contra de personas LGBTI (ColombiaDiversa, 2018).

El enfoque diferencial y de género es aquella interpretación que se hace de una realidad que visibiliza las diferentes formas de discriminación y la diversidad dentro de una sociedad. La Ley 1448 de 2011 toma este enfoque y guía a las instituciones encargadas de atender y proteger a las víctimas, a partir de la protección de Derechos Humanos desde una perspectiva de equidad y diversidad. Así se garantiza el reconocimiento de ciertas necesidades especiales para uno u otro género y se disminuye la brecha de género existente (Observatorio de la Restitución de la Tierra en Colombia “Tierra y Derechos” – ORT, 2015, p.2).

La Ley de Restitución de Tierras materializó, desde el 2011, medidas de enfoque diferencial a favor de las mujeres, tales como la creación de un programa especial para el acceso de las mujeres a la restitución de sus tierras, el favorecimiento del acceso de las organizaciones o redes de mujeres a procesos de reparación, o la priorización de las solicitudes en favor de madres cabeza de familia y mujeres despojadas, entre otras (ORT, 2015). Esto fue un primer paso frente al reconocimiento del enfoque diferencial y de género que, si bien se dio en esta ley solo para las mujeres, más adelante permitió la apertura del concepto a personas con orientaciones e identidades diversas.

La Sentencia de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal de Bogotá que condenó a Arnubio Triana Maecha, del bloque Puerto Boyacá, es uno de los antecedentes más importantes para las personas LGBTI, pues dicha sentencia reconoce por primera vez en Colombia, en el marco de un proceso de justicia transicional, a víctimas de estas identidades y

orientaciones sexuales diversas. Allí se reconoció la necesidad de crear protocolos y registros únicos para estas personas con el fin promover el acceso y la participación de estas víctimas en los procesos judiciales (Tribunal Superior de Bogotá – TSB, 2014, pp.641-644).

El tercer antecedente fue el informe del Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH) *Aniquilar la diferencia*, que es considerado uno de los primeros informes por parte de una organización de esta naturaleza, que detalla, sistematiza y analiza de forma profunda la violencia que se ha evidenciado en las regiones apartadas del centro de Colombia en contra de personas LGBTI. Así, este informe permitió dar visibilidad a personas LGBTI a quienes han maltratado y violentado en razón de su identidad de género y orientación sexual diversa en contextos de violencia propiciados por el Estado, las guerrillas y los paramilitares (CNMH, 2015).

Establecidos los antecedentes que dieron paso al enfoque diferencial y de género, se abrió, hacia mediados del año 2012, el inicio de las conversaciones entre las FARC-EP y el Estado de Colombia, que buscaban lograr un acuerdo que diera fin al conflicto armado de más de cinco décadas. En el punto 5, que versaba sobre los debates y discusiones de los derechos de las víctimas, grupos de mujeres activistas alzaron su voz para ser escuchadas en el marco de esos diálogos llevados a cabo en La Habana, Cuba. Fue entonces cuando se abrió finalmente el espacio para la inclusión, no solo de un enfoque diferencial y de género que reconociera a las mujeres como víctimas del conflicto, sino que también se abrió el panorama a personas LGBTI, que al igual que las mujeres, fueron victimizadas. El motivo, en este caso (a diferencia del femenino) tuvo que ver con el hecho de mostrar una identidad distinta a los géneros binarios, o de mostrar una orientación sexual enfocada a personas de su mismo género y no de distinto sexo como debería ser por los estándares patriarcales y heteronormativos bien aceptados en la sociedad.

No obstante, el camino para el reconocimiento de estas personas fue difícil, pues mientras que la Cumbre de Mujeres como la Subcomisión de Género mostró un conocimiento específico, determinado y consensuado de lo que querían y de cómo los distintos actores armados las habían afectado en sus derechos humanos; por parte de las personas LGBTI, los esfuerzos integrativos quedaron limitados:

[...] primero, por la falta de información específica sobre su experiencia en el conflicto; segundo, por la consecuencial ausencia de evidencia que permitiera identificar en dónde el género como categoría relativa a esta población era relevante; y, tercero, por los dilemas que planteaba la estrecha episteme que se había construido con base en el feminismo radical” (Cespedes Báez, 2017).

Si bien ya existía documentación sobre homicidios selectivos en contra de las personas LGBTI en contextos del conflicto armado, para el momento de

los diálogos con las FARC no había información suficiente que demostrara la necesidad de incluir dentro del enfoque de género a personas LGBTI, ni tampoco que esto permitiese un análisis más minucioso y detallado sobre cuestiones de despojo de tierras, participación política o asuntos relacionados con drogas, entre otros (Cespedes Báez, 2017).

Las personas LGBTI fueron incluidas en el texto final del Acuerdo de Paz dentro del enfoque diferencial y de género, pese a las diferencias conceptuales que puedan existir (Profesora Universidad Del Rosario, 2019). Frente a esto, en Colombia se han dado grandes avances a partir del reconocimiento del mencionado enfoque y la inclusión de estas personas en el mismo, pues tanto Colombia Diversa, como el CNMH, se han encargado de identificar las características de violencia en contra de esta población en el marco del conflicto armado.

Por un lado, Colombia Diversa lanzó el informe *Un parche que resiste*, en donde expone los fenómenos de violencia, las características de esta hacia las personas LGBTI y aconseja sobre las medidas de reparación colectiva que se deberían implementar a nivel judicial, político y social. Este informe, fue entregado a la JEP en julio del 2018, para ayudar a ese organismo jurisdiccional a reparar a las víctimas LGBTI del conflicto armado. Dentro del mismo, también se afirma que la violencia en contra de la comunidad LGBTI comprendida en el marco del conflicto armado es un asunto de gran preocupación y de gran dificultad dado que, por un lado, no se cuenta con datos suficientes o reales de estos fenómenos de violencia enmarcados dentro del conflicto armado y, por el otro, supone grandes retos en materia de investigación y caracterización.

No obstante, Colombia Diversa también sostiene que, si bien no todas las personas LGBTI víctimas del conflicto lo han sido en razón de su orientación sexual e identidad de género, sí existen patrones comunes de los distintos actores armados, que permiten evidenciar que la orientación sexual y la identidad de género de la víctimas se transforma en el acto victimizante por el cual se atenta en contra de estas y se pone en un plano de la violencia por prejuicio<sup>3</sup> (Colombia Diversa, 2018, pp.35-36)

---

3 En este punto, cuando se habla de violencia por prejuicio, el informe anota que: «De acuerdo con la definición de violencia por prejuicio presentada en el primer capítulo, creemos que la noción de prejuicio complementa la hipótesis del Centro Nacional de Memoria Histórica conforme a la cual “existen proyectos de control social, que pasan necesariamente por la regulación moral de las poblaciones” y que frente a la población LGBT buscan “excluirlos de su proyecto de nación”». En esa medida, la imposición de órdenes morales es una de las estrategias que pueden usar los actores armados para excluir o subordinar a las personas LGBT por lo que son y por la amenaza que representan para la heterosexualidad obligatoria que, como el mismo Centro ha indicado, se exagera en los contextos de conflicto armado. Así las cosas, se concuerda con la idea de que en muchos casos lo que se disputa en términos de sexualidades y géneros en los escenarios donde la vida civil se encuentra fuertemente militarizada o donde hay presencia sostenida de actores armados, es la posibilidad de que las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas encuentren una geografía para existir, esto es, un espacio físico, simbólico y público en el que sus cuerpos no sean violentados por expresar libremente la sexualidad, el erotismo y las identidades que se salen de los márgenes de la heterosexualidad obligatoria.

Del mismo modo, el informe sostiene que más allá de tratarse simplemente de la violencia heteronormativa, lo que ocurre en el conflicto es una “consustancialidad entre el sistema heteronormativo y la guerra” que de manera articulada han “puesto en marcha una estrategia, para quitar del espacio público” a las personas LGBTI. (Colombia Diversa, 2018, p.37). En ese sentido, el CNMH también señala:

La discriminación y la exclusión vivida en los espacios cotidianos tienen como propósito aniquilar los mundos que hacen posibles las existencias LGBT: se trata de una estrategia de poder que, por medio de la anulación, del derecho a habitar un lugar, hace que las personas del colectivo se retraigan, se pierdan y desaparezcan del escenario de lo público. (CNMH, 2018, p.27)

En relación con los daños colectivos a esta comunidad, el informe afirma que no se cuenta con desarrollos analíticos detallados que permitan evidenciar un daño a la colectividad LGBTI como sí la hay con las afectaciones en materia individual. En adición, el informe hace énfasis en que, si bien la información con la que se cuenta del daño colectivo es escasa, la violencia por prejuicio tiene necesariamente incidencia en la órbita colectiva de una población:

Una de las características de la violencia por prejuicio basada en la orientación sexual y en la identidad de género es la difusión de un mensaje que desde el punto de vista simbólico busca atemorizar a todas las personas que se apartan de la heterosexualidad obligatoria. (Colombia Diversa, 2018, p.38).

Sin embargo, hablar de una colectividad LGBTI es problemático, en el sentido de que, a diferencia de colectivos étnicos o raciales, las personas gays, lesbianas, bisexuales y trans no son en sí una sola comunidad de sujetos con similitud en experiencias de vida o prácticas sociales. Por el contrario, son personas totalmente diferentes en sus orientaciones sexuales e identidades de género, que han usado una sigla común (LGBTI) como una categoría protectora, con el fin de visibilizar “una raíz compartida de exclusión y discriminación –el sistema heteronormativo–, más no una forma idéntica de habitar o comprender el mundo” (Colombia Diversa, 2018, p. 38).

En adición, la legislación y jurisprudencia constitucional colombiana, también ha estado a la vanguardia de los avances mostrados por las organizaciones antes mencionadas. Por un lado, la Corte Constitucional ha reconocido desde 1998 la prohibición de discriminación por razones de sexo, pues en ese año, dicha corporación sostuvo que la expresión “el homosexualismo” que estaba en el literal b del Artículo 46 del Decreto 2277 de 1979 era inconstitucional dado que se asumía que dicha orientación sexual era negativa (Corte Constitucional, 1998). Así mismo,

esta misma regla la sostuvo en sentencias como la C-671 de 2014, que hablaba sobre el modelo de discriminación de la criminalidad de odio en ciertos tipos penales (Escobar, 2016, p.3) o la icónica sentencia C-577 de 2011, que permitió el matrimonio entre parejas del mismo sexo y alejó los argumentos basados en prejuicios sobre la homosexualidad, reiterando la garantía de derechos a personas con orientaciones sexuales diversas.

Por otro lado, existen también instrumentos legislativos, como la Ley 1752 de 2015, que, si bien modificó la Ley 1482 de 2011 la cual sancionaba penalmente a personas que discriminaran a otras por su condición de discapacidad, incorporó tres artículos que protegen no solo a ese grupo de especial protección, sino también a las personas con orientaciones sexuales diversas (Congreso de la República, 2015). Esta norma nació con el fin de usar una categoría abierta a la expresión “demás razones de discriminación” y así evitar nuevamente una reforma legislativa a futuro en estas materias (Escobar, 2016, p.18).

Se han dado avances significativos en la protección a personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas. Estos han sido dirigidos a evitar el rechazo y la discriminación constante en contra de personas LGBTI. No obstante, es pertinente ahora analizar en el plano de la JEP, cómo se ha venido implementado ese enfoque diferencial desde la comisión de género de esa misma jurisdicción, su incidencia en personas LGBTI y cuál ha sido el impacto de la guerra en los derechos a la justicia y reparación de estas personas.

### **III. Derechos de justicia y reparación en personas LGBTI, enfoque de género en la JEP y lineamientos de reparación a víctimas sexualmente diversas**

Dentro del Acuerdo Final para la terminación del conflicto armado al que llegaron el Estado colombiano y el grupo guerrillero de las FARC-EP, se dispuso, como se ha mencionado, un enfoque diferencial y de género con el fin de entender el conflicto desde una visión diferenciada y orientada a la construcción de una verdad más amplia. Es así que, por medio del mandato constitucional dictado por el Acto Legislativo 01 de 2017 y en consonancia con la Ley 1957 de 2019, la Sala Plena de la JEP expidió el Acuerdo 001 de 2018, que crea el Reglamento interno de la JEP. Allí, se estipuló en el Artículo 104 de la norma, la creación de una Comisión de Género, encargada de promover la efectiva implementación del enfoque diferencial y de género consagrado en el Acuerdo Final, con la “finalidad de promover la igualdad entre hombres y mujeres, la no discriminación y evitar la exclusión de las personas con identidades de género y orientaciones sexuales diversas en las decisiones judiciales, en el servicio público de la administración de justicia y en el funcionamiento de la JEP” y la cual opera como “una instancia consultiva sobre temas relacionados

con la aplicación del enfoque de género o casos de violencia contra las mujeres, niñas y población LGTBI” (JEP, 2018).

De esta forma, esta comisión permitirá evaluar los casos que lleguen ante esta jurisdicción de personas LGBTI, lo que permite que se materialice el enfoque diferencial y de género, donde haya un espacio al menos judicial en el que estas víctimas sean escuchadas, tratadas y protegidas por primera vez. Así mismo, en marzo de 2018 fue entregado un informe por parte de Colombia Diversa y Caribe Afirmativo con el apoyo del Centro Internacional para Justicia Transicional (ICTJ) y financiados por la Embajada de los Países Bajos, titulado como *Persecución: una guerra contra la diversidad en Colombia*. Este informe, consolida la primera vez en el mundo que se entrega un informe sobre violencia contra personas LGBT ante un tribunal de justicia transicional y se reconoce por primera vez en Colombia una violencia por prejuicio contra personas LGBT basada en la persecución de las orientaciones sexuales e identidades de género diversas. Su importancia radica en que los casos analizados en este informe harán parte de dos macrocasos: el 002, referente a la situación territorial de Ricaurte, Tumaco y Barbacoas del Departamento de Nariño; y el 004, referente a la situación territorial de la Región de Urabá (Voces LGBT, 2018).

No obstante, es pertinente mencionar que, si bien la Comisión de Género ya está operando, hasta la fecha solo ha emitido dos conceptos sobre violencia sexual, pero no precisamente sobre casos particulares de personas LGBTI. Esto, porque al ser la Comisión un órgano consultivo de la JEP, opera cuando alguna de las Salas o Secciones requieren la emisión de algún concepto por parte suya y hasta el momento no hay cuestiones que involucren expresamente el tratamiento sobre personas LGBTI (JEP, 2018)

El primer concepto es del 25 de junio de 2018 y fue solicitado por el magistrado José Miller Hormiga Sánchez de la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas. Allí, solicitó que la Comisión de Género se pronunciara acerca de los criterios para establecer la relación de los delitos de violencia sexual y de género con el conflicto armado. Así, la Comisión mencionó:

A través de la violencia sexual el cuerpo de la mujer es instrumentalizado y se constituye como una fuente de satisfacción masculina, lo que reafirma la idea de que la mujer tiene, dentro de la sociedad, el deber de satisfacer al hombre sea o no su pareja” (Jaramillo, 2018, p.2)

Esto genera un impacto diferenciado y devastador sobre el género femenino. No obstante, la Comisión también resaltó:

No todos los delitos de violencia sexual y de género, cometidos en esce-

narios de conflicto armado, tienen, necesariamente, un nexo con dicho conflicto (...) basta con que el delito se cometa en desarrollo del conflicto armado, o que éste último sirva de pretexto para la comisión del delito. (Jaramillo, 2018, p.6-7)

Esto permite que no sea necesario para la víctima probar que el delito fue cometido en épocas de combate o en el territorio de combate

El segundo concepto emitido por esta Comisión es del 06 de marzo de 2019, el cual fue solicitado por la Magistrada Xiomara Cecilia Balanta Moreno, presidenta de la Sala de Amnistía e Indulto, pidió que se rindiera concepto acerca de si las conductas punibles de reclutamiento ilícito y acceso carnal violento en persona protegida que involucran a una mujer menor de edad, corresponden a un tipo grave de violencia basada en género en contra de la mujer. Con dicho planteamiento jurídico, la Comisión afirmó que la violencia de género en el marco del conflicto armado es una violencia estructural en la sociedad que afecta principalmente a las mujeres que por su mismo género han padecido diferentes formas de violencia. También mencionó que, “si bien existe una relación entre la violencia basada en género y la violencia sexual con el reclutamiento forzado, no puede aseverarse que todas las formas de reclutamiento [llevan consigo prácticas de violencia sexual y basadas en género]” (Sandoval, 2019, p.18), ya que estas últimas no son en sí mismas el fin último del reclutamiento forzado. Así, la Comisión concluyó que efectivamente estas conductas corresponden a violencias basadas en género en contra de las mujeres y que, en el caso de las niñas indígenas, “ellas sufren una triple discriminación: por ser mujeres, por ser niñas y por su condición étnica” (Sandoval, 2019, p.18).

Si bien, son conceptos importantes a tener en cuenta en la labor que ha adelantado la JEP por vía de esta Comisión en lo que respecta a la materialización del enfoque diferencial y de género, aún no se cuenta con planteamientos claros en la protección de las personas LGBTI. Sin embargo, los parámetros fijados para establecer la relación entre los delitos sexuales y de género y el conflicto armado, que se dieron en el marco de un caso en el que una mujer es víctima de estos mismos, podrían trasladarse también a casos que conozca la JEP de personas LGBTI en el futuro.

Si bien la JEP ha actuado durante su funcionamiento como un tribunal de justicia transicional abierto a las personas y reconociendo la percepción del conflicto por personas LGBTI de una forma diferenciada a partir de la recepción de informes y la creación de una Comisión de Género con funciones consultivas en estas materias, no se tiene una política clara encaminada a la reparación de estas personas ni a resarcir el derecho de justicia que en muchas zonas del conflicto (y en las propias urbes) se

negó y se restringió a estas personas por el prejuicio hacia su identidad de género u orientación sexual.

Hay que estudiar de qué manera se ha trasgredido el derecho a la justicia de las personas LGBTI y determinar qué medidas de reparación se deben establecer para reparar a estas personas, y si en verdad requieren medidas diferenciadoras de reparación y garantías de no repetición con respecto a otras víctimas.

El hecho de que muchas personas LGBTI víctimas del conflicto armado no hayan denunciado los hechos victimizantes cometidos en contra de su integridad personal, fue precisamente por las siguientes razones: (i) por la falta de credibilidad hacia las instituciones por parte de las personas victimizadas, ya que los funcionarios públicos encargados de recibir y dar trámite a las denuncias no investigaban los casos; (ii) porque la misma Policía no creía en la veracidad de las amenazas de las personas victimizadas, pues han asegurado en muchas ocasiones que, el grupo que se denuncia por los hechos victimizantes acontecidos no existe o no tiene presencia en el departamento o municipio; y (iii) porque “la Unidad Nacional de Protección sólo cuenta como beneficiarias a personas LGBT defensoras de derechos humanos, las personas LGBT que son amenazadas pero que no hacen parte de una organización reconocida, no reciben medidas de protección”. (Colombia Diversa, 2015, p.118-119)

Así, es evidente que el impedimento al acceso de administración de justicia de personas LGBTI, es un derecho ampliamente vulnerando y trasgredido por el estado colombiano, ya que este no cuenta con garantías de prevención, protección y no repetición. Esto también dificulta la documentación de amenazas contra personas LGBT a nivel nacional pues estas, en la mayoría de casos, solo pueden ser probadas por medio de testimonios, lo que supone un riesgo mayor para las víctimas, por las represalias que los grupos armados puedan tomar. A su vez, la falta al deber de diligencia por parte de los operadores judiciales es absoluta, dado que estos exigen a las víctimas más pruebas de las que ellas materialmente pueden brindar. De esta forma, “el Estado se torna en un actor omisivo ya que falta a su deber de diligencia al no promover [una] investigación efectiva, (...) pues cuando no realiza diligentemente estas funciones permite que estas violencias queden en la impunidad” (Colombia Diversa, 2015, p.119). Además, la complicidad entre actores legales e ilegales ha propiciado que la impunidad en delitos contra personas LGBTI varíe en una tasa de entre el 32% y el 99%, lo cual evidencia una vez más la falta de justicia y alternativas legales del sistema colombiano para la protección de personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas (Amaya, 2018, p.34).

La JEP no ha considerado aún medidas de reparación frente a este derecho.

Esto se debe a dos razones, como bien lo hace saber la magistrada Alexandra Sandoval de la Sala de Amnistía e Indulto y coordinadora de la Comisión de Género de la JEP: la primera, porque aún los procesos están iniciando, lo que genera que las prioridades de esta jurisdicción estén enfocadas en temas de definición de situaciones jurídicas y no en reparaciones, por lo que este tema se irá construyendo caso a caso con base en el contexto de la situación fáctica y con base en el curso del proceso. Y en segunda medida, porque si bien la JEP es consciente de que el acceso a la administración de justicia fue difícil en tiempos de guerra para las personas LGBTI, se prevé que las reparaciones no se den en el marco de un solo derecho, sino que se den de manera integral reparando los demás derechos vulnerados y propiciando espacios en donde estos actos no se vuelvan a cometer (Sandoval, 2019).

Del mismo modo, Sandoval también sostiene que las reparaciones que se hagan a las personas LGBTI deberán tener en cuenta un elemento diferenciador. Esto implica, que las reparaciones que se otorguen en su momento, caso a caso a las personas LGBTI, se darán de una manera diferenciada, dado que el tipo de daño sufrido no es el mismo que el de una persona cisgénero con patrones sociales heteronormativos, lo que se traduce en una reparación diferente a las personas que han sido víctimas del conflicto, pero que cumplen los roles socialmente implantados (Sandoval, 2019). Esto mismo opina Cindy Hawkins, de Caribe Afirmativo, quien enfatiza que en personas LGBTI en el marco del conflicto armado, hubo impactos diferenciados por razón de su identidad y orientación sexual, por lo que las reparaciones deben darse de manera diferenciada, lo cual también implica una de las grandes apuestas que tiene la JEP “no sólo de las formas diferenciadas de violencia sino también de los impactos diferenciados” (Hawkins, 2019).

Si bien la JEP aún no contempla una reparación especial para las personas LGBTI por los argumentos antes anotados, hay que notar los esfuerzos que desde la misma jurisdicción se han hecho para la efectiva materialización del enfoque de género, pues desde el proyecto de la Ley 1922 de 2018, la Ley de procedimiento de la JEP, se pudo incluir en el artículo 65 que la reparación del componente restaurativo y del enfoque de género, debía tener “un componente simbólico y reparador que no solamente ataque el hecho del conflicto, sino que ataque a causas estructurales de estas violencias” (Sandoval, 2019).

Aunque hasta el momento la JEP no contempla unos parámetros claros en los que enuncie directamente las medidas de reparación diferenciadas ni la garantía del derecho de justicia de las personas LGBTI, el Artículo 65 de la mencionada ley es una base para las medidas de reparación con enfoque diferencial y de género que se tomen en el futuro, ya que el artículo prevé:

[con base en] el artículo 143 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia en la JEP, en casos relacionados con violencia basada en género, incluyendo violencia sexual, los proyectos de ejecución de trabajos, obras o actividades reparadoras y restaurativas serán consultados con las víctimas, y la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad promoverá que el proyecto de ejecución de trabajos, obras o actividades incluyan compromisos y actividades que redignifiquen las actividades socialmente asignadas a las mujeres, y en las que se destruyan los prejuicios y estereotipos machistas (Congreso de la Republica, 2018).

Habiendo establecido los argumentos anteriores frente al derecho de justicia y reparación y con base en el trabajo de la JEP y la Ley 1922, sería pertinente que la JEP pudiera desarrollar ciertos criterios a tener en cuenta para el momento de reparar a las víctimas. No obstante, las reparaciones no pueden darse de manera general y deberán ser aplicadas con base en la argumentación que determine el magistrado de turno, siguiendo los parámetros que a continuación se proponen, solamente como criterios orientadores:

1. Tener en cuenta el contexto histórico y social del caso bajo análisis.
2. Escuchar a la víctima en todas las etapas procesales y establecer efectivamente qué quiere la víctima después del proceso y de qué manera puede concebir su reparación.
3. En cada sentencia condenatoria y que decreta medidas de reparación, tener en cuenta las diferencias de orientación sexual y de identidad de género de cada persona LGBTI con el fin de realizar tratos diferenciales justos.
4. Las reparaciones, si bien serán caso a caso, deberán materializar el enfoque diferencial y de género, lo cual se traduce en medidas de reparación diferenciada cuando el caso verse sobre otro tipo de víctimas, sin que esto resulte en el otorgamiento de mejores tratamientos frente a otras personas afectadas por el conflicto.
5. Tener en cuenta medidas restauradoras y simbólicas que permitan la inclusión de estas personas en todos los sectores sociales.
6. Cuando se trate de reparaciones colectivas, y solo si el caso realmente lo requiere, la JEP deberá tener en cuenta el Capítulo V del informe de Colombia Diversa, Un parche que resiste, para aplicar medidas de reparación colectivas a estos grupos de población históricamente marginadas.
7. Coordinar de manera organizada la información recogida en los casos y trabajar de manera conjunta con la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad y la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas para apoyar a las víctimas LGBTI desde diversas formas, más allá del plano judicial enmarcado en la JEP.

## IV. CONCLUSIONES

La JEP tiene aún retos mayores para alcanzar y materializar efectivamente lo que quedó acordado con respecto al enfoque diferencial y de género. Su labor, como garante de la administración de justicia en los casos del postconflicto, debe generar cambios significativos. Si bien, no se puede esperar que por parte de un ente judicial se cambien las estructuras sociales, heteropatriarcales y machistas que aún están muy acogidas por Colombia y las cuales generan actos de discriminación en contra de las personas LGBTI, sí se puede esperar de esta jurisdicción que marque un antes y después en los derechos de administración de justicia y reparación de las víctimas LGBTI que el conflicto armado ha perjudicado tanto.

También, es evidente que por parte del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, los retos aún son mayores, pues hasta la fecha no se cuenta con decisiones relevantes en materia de derecho de estas personas en el marco de un enfrentamiento armado, por lo que sí se evidencia la falta de litigio ante este sistema de estos temas, que a futuro, tal vez, se puedan dar por el movimiento y avance de los Derechos Humanos en personas con orientaciones e identidades de género diversas.

Aunado a ello, quedan muchos interrogantes a ser mencionados y quedan muchas dudas sobre los casos que llegarán a la sede judicial de la JEP que involucren a personas LGBTI y cómo efectivamente se materializará el enfoque diferencial y de género en los fallos que esta jurisdicción emita para reparar a estas víctimas y evitar, a su vez, que estos actos se vuelvan a cometer en contra de las integridades de personas que viven y observan en el mundo bajo esquemas por fuera de los socialmente aceptados.

Por último, quedan muchas dudas sobre los casos especiales en que se puedan dar reparaciones colectivas y cómo la JEP afrontará estos retos al interior de sus salas. Otro asunto pendiente es si deberían existir criterios o tratamientos especiales para guerrilleros o integrantes de fuerza pública que son los obligados legalmente a comparecer a la JEP, cuando sean personas que se auto reconozcan como LGBTI, pues, tal vez lo más garantista y lo que permita materializar el enfoque de género de forma transversal es que no sea solo aplicado a las víctimas, sino que también sea extensivo a todos los sujetos procesales del caso. Que se contemplen así, enfoques diferenciales en materia de garantías procesales para los perpetradores implicados en la situaciones que conozca esta jurisdicción, sin que se rompa el debido proceso y la igualdad de tratamiento al ser llevados ante la JEP.

## REFERENCIAS

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNU). (2011). *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*. Naciones Unidas. Obtenido de:

[https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41\\_spanish.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_spanish.pdf)

Amaya, J. F. (2018). Chapter 3: Armed Conflict and Sexual Para-politics in Colombia. En J. F. Amaya, *Homophobic violence in armed conflict and political transition* (pág. 202). Bogotá, Colombia. [https://doi.org/10.1007/978-3-319-60321-6\\_3](https://doi.org/10.1007/978-3-319-60321-6_3)

Calle, H. D. (2016). Inclusión del enfoque de género en los acuerdos de paz. (L. República, Entrevistador)

Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH). (2015). *Aniquilar la diferencia. Lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas en el marco del conflicto armado colombiano*. Bogotá, Colombia.

Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH). (2018). Un Carnaval de Resistencia: Memorial del reinado trans del río Tuluní. 1. *Condiciones que han posibilitado las violencias y afectaciones en contra de los sectores LGBT en el contexto del conflicto armado en Chaparral*. Bogotá: CNMH.

Céspedes Báez, L. M. (2017). En los confines de lo posible: inclusión del enfoque de género en el Acuerdo de la Habana. En L. M. Céspedes Báez y E. Prieto Ríos, *Utopía u oportunidad fallida: análisis crítico del Acuerdo de Paz* (p. 369). Bogotá: Universidad del Rosario. <https://doi.org/10.12804/tj9789587389289>

CIDH. (2015). *Relatoría sobre los derechos de las personas LGBTI*. Obtenido de Derechos de las personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex: Obtenido de: <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/>

CIDH. (2015). *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Obtenido de: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgtbi.pdf>

Colombia Diversa. (2015). *Cuerpos excluidos, rostros de impunidad. Informe de violencia hacia personas LGBT en Colombia*. Bogotá. Obtenido de: <https://colombiadiversa.org/ddhh-lgbt/Informe-Violencia-LGBT-Colombia-DDHH-2015.pdf>

Colombia Diversa. (2018). “Un parche que resiste” Recomendaciones para una reparación colectiva y transformadora de lesbianas, gays, bisexuales y trans. *Capítulo III. Una guerra contra la diversidad: Reflexiones conceptuales sobre la violencia por perjuicio contra personas LGBT en el conflicto armado*. Bogotá, Colombia.

- Colombia Diversa. (2018). *“Un parche que resiste” Recomendaciones para una reparación colectiva y transformadora de lesbianas, gays, bisexuales y trans.* Bogotá, Colombia.
- Colombia Diversa. (2018). Entrevista sobre los antecedentes del enfoque diferencial y de género. (A. Martín Parada, Entrevistador).
- Comisión de Género M.P. Alexandra Sandoval. (2019). Caso de violencia sexual contra mujer adolescente indígena, perteneciente a la comunidad Wayúu. *Concepto para la Sala de Amnistía e Indultos.* Bogotá, Colombia.
- Comisión de Género M.P. Reinere Jaramillo. (2018). REF Expediente 2017- 120080101268E. *Concepto.* Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2015). Ley 1752 de 2015. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2018). Ley 1922 de 2018. *Reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz.* Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional , Sentencia C-481/98 (Corte Constitucional 09 de septiembre de 1998).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Opinión Consultiva OC-24/17.* Corte Interamericana de Derechos Humanos. Obtenido de: <https://edwinfigueroag.files.wordpress.com/2018/01/opinion-consultiva-oc-24-17-derechos-personas-lgtbi.pdf>
- Escobar, S. A. (2016). Del odio al prejuicio: reflexiones sobre la subjetividad y su prueba en los instrumentos penales antidiscriminación. *Estudios Socio Jurídicos*, 28. <https://doi.org/10.12804/esj18.02.2016.06>
- Hawkins, C. (2019). Entrevista a Caribe Afirmativo. (A. Martín Parada, Entrevistador).
- Jurisdicción Especial para la Paz. (2018). Acuerdo 001 de 2018. *Reglamento General de la jurisdicción Especial para la Paz.* Colombia .
- Observatorio de la restitución de la tierra en Colombia “Tierra y Derechos”. (2015). Enfoque diferencial de género en la restitución de tierras. *¿Y si la tierra hablara?* Los ecos de la restitución. Obtenido de: [http://biblioteca.clacso.edu.ar/Colombia/cinop/20161026022256/20150810.Boletin\\_EnfoqueDiferencial.pdf](http://biblioteca.clacso.edu.ar/Colombia/cinop/20161026022256/20150810.Boletin_EnfoqueDiferencial.pdf)
- Profesora Universidad Del Rosario. (24 de julio de 2019). Entrevista sobre enfoque de género plasmado en el Acuerdo de Paz. (A. Martín Parada, Entrevistador)
- Sandoval, A. (11 de septiembre de 2019). Entrevista a la Comisión de Género de la JEP. (A. Martín Parada, Entrevistador)

- Tribunal Superior de Bogotá Sala de Justicia y Paz. (2014). Sentencia Arnubio Triana Maecha y otros, 2358.
- SinEtiquetas. (2017). *Actualidad*. Obtenido de CIDH: Alarmante violencia contra la comunidad LGBTI en América. Obtenido de: <https://sinetiquetas.org/2017/09/07/cidh-alarmante-violencia-contra-la-comunidad-lgbti-en-america/>
- Vargas, J. y Pérez Díaz, A. (2018). *The Gender Focus in the Peace Agreement between the Colombian Government and the FARC-EP: the Transitions Needed for its Implementation*. Bucaramanga, Colombia: Universidad Autónoma de Bucaramanga.
- Voces LGBT. (2018). Informe ejecutivo. *Persecución: una guerra contra la diversidad en Colombia*. Bogotá.

Revista Temas Socio Jurídicos  
Vol. 39 N° 78 Enero - Junio de 2020

ISSN: 0120-8578

ISSN electrónico: 2590-8901

<https://doi.org/10.29375/01208578.3833>

## **LA SELECCIÓN OBJETIVA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL: UNA LIMITACIÓN AL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LA TEORÍA GENERAL DEL NEGOCIO JURÍDICO**

Carlos Fernando Amaya Rodríguez<sup>1</sup>

Recibido: Noviembre 30 del 2019

Aprobado: Enero 23 del 2020

### **RESUMEN:**

El presente artículo abarca una revisión del principio y deber de la selección objetiva en el contexto de la contratación estatal en paralelo de un principio general de la teoría del negocio jurídico, a saber, la autonomía de la voluntad de las partes contratantes. Este análisis se realiza a partir de una exploración de fuentes doctrinales por medio de las cuales se avizora que la restricción que representa la selección objetiva tiene por finalidad, en el contexto del deber ser, garantizar los fines para los cuales se ha instituido la contratación estatal colombiana.

**Palabras clave:** Contratación estatal; selección objetiva; autonomía de la voluntad; negocio jurídico.

---

1 Abogado de la Institución Universitaria Colegios de Colombia -UNICOC-. Especialista en Derecho Público por la Corporación Universitaria Republicana y especialista y maestrante en Contratación Estatal de la Universidad de la Sabana. Doctorando en Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Actualmente se desempeña como Director Jurídico del Grupo Empresarial Biolegal S.A.S., así como abogado contratista de la Dirección de Nuevas Creaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio. Es profesor investigador de la Corporación Universitaria Republicana. Correo electrónico: [dr-carlosamaya@outlook.com](mailto:dr-carlosamaya@outlook.com)

## OBJECTIVE SELECTION IN GOVERNMENT PROCUREMENT: A LIMITATION TO THE PRINCIPLE OF FREE WILL IN THE GENERAL THEORY OF LEGAL TRANSACTIONS

### ABSTRACT:

This article includes a review of the principle and duty of objective selection in the context of government procurement, parallel to a general principle of the theory of legal transactions, namely that of the free will of contracting parties. This analysis is performed by exploring doctrinal sources by means of which the restriction that represents objective selection is expected to have the objective, in the context of know-how, of guaranteeing the purposes for which Colombian government procurement has been instituted.

**Keywords:** Government procurement; objective selection; free will; legal transaction.

### INTRODUCCIÓN

Ciertamente, la contratación estatal se representa como una de las formas en las que se expresa el desarrollo de la función administrativa del Estado. Lo anterior implica que aquella es una actuación del Estado en la cual, dada su naturaleza de medio ejecutor del presupuesto, así como de la satisfacción de las necesidades sociales o interés general, debe ser altamente regulada y reglamentada por el derecho vigente a fin de limitar en lo posible la discrecionalidad predicable.

En consecuencia de lo anterior, encontramos fundada la afirmación de que el contrato estatal y el procedimiento previo a su celebración (contratación) es un acuerdo de voluntades de las partes, siendo en consecuencia, tal como lo afirman algunos autores como Angarita, Delgado y Reyes (s.f.) al indicar:

El vínculo entre particulares y el Estado se entiende como el servicio que presta el uno (oferente - contratista) al otro (entidad pública - contratante), en donde el primero se ofrece a dispensarle al segundo un bien o un servicio a cambio de un estipendio económico y que el segundo, para tal efecto, ha dispuesto las condiciones en que se habrá de celebrar ese vínculo, procurando defender al máximo los intereses del Estado sobre los particulares. (p. 2)

Sin embargo, no podemos perder de vista que la contratación estatal o administrativa, en suma, no es otra cosa que el acuerdo de las voluntades de las partes intervinientes, situación que en efecto aceptamos como consecuencia de que el perfeccionamiento del contrato estatal es la puesta

en escrito del acuerdo de las partes respecto del precio, plazo y objeto del negocio jurídico. Aquello pareciere indicar que los contratos públicos se sustentan sobre la idea que representa el principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

Consideremos importante precisar, en atención a la idea expuesta en precedencia, que dicho principio, propio del derecho privado, es fundamental para el desarrollo de las relaciones jurídicas y obligaciones privadas entre las partes con el propósito de que los individuos sujetos de derecho regulen sus intereses respecto de determinados asuntos, tal como lo afirma Wagner de Tizon (2011) en su tesis doctoral.

Ahora bien, la contratación estatal colombiana encuentra su soporte desde la Constitución Política de 1991, mediante la formulación de tres grandes principios que definen el desarrollo de esta actuación en el marco del modelo del estado social de derecho, a saber: responsabilidad, economía y transparencia (Amaya y Patiño, 2017, pp. 10-11).

Consideramos que el interés general fue el impulsor y horizonte sobre el cual se soportó el debate y posterior expedición del actual Estatuto de la Contratación Pública, que en efecto estableció un verdadero cambio en el ámbito regulatorio de la contratación estatal, la cual pasó del exceso del ritualismo procedimental a una contratación sustentada y orientada por principios, que apunta al desarrollo de los fines del Estado y los proyectos de inversión entre lo público y lo privado. Esta situación es acertadamente expuesta por Palacio (2004), quien afirma lo siguiente:

La contratación pública no es un conjunto de normas que regulan el trámite para la adquisición de bienes, servicios y obras que requiere el Estado para su funcionamiento y el servicio del colectivo, sino un estatuto armónico y medular que determina la manera como han de vincularse los sectores público y privado a los proyectos realizados a través de la inversión pública. (p. 101)

Por lo anterior, la nueva dimensión de la contratación estatal o administrativa<sup>2</sup> a nuestro gusto resulta del compromiso que esta representa en el marco del cumplimiento de los fines del Estado, en concreto la atención del interés general, lo cual consideramos, junto con la visión de Cassagne (2004), como el elemento diferenciador y de especialización de los contratos y la contratación pública:

En el ámbito contractual, la idea de lo público se vincula, por una parte, con el Estado como sujeto contratante pero, fundamentalmente, su

---

2 Corresponde aclarar que el término contratación administrativa, es el nombre con el que se denomina a esta expresión de la actuación estatal en el marco de otros ordenamientos jurídicos, tales como Argentina, España y Francia.

principal conexión es con el interés general o bien común que persiguen, de manera relevante e inmediata, los órganos estatales al ejercer la función administrativa. (p. 1)

Por lo tanto, surge la pregunta respecto de si en los contratos estatales, que no son más que una especialidad del acto jurídico general que representa un contrato, existe verdaderamente la figura de la autonomía de la voluntad de las partes, en concreto en el ámbito de la contratación estatal (entendido como el proceso de preparación del contrato) y del contrato estatal per se, así como el grado de aplicación de aquella.

Es en lo anterior en lo que pretenderemos desarrollar el presente escrito, con el fin de revisar los elementos que definen la presencia de la autonomía de la voluntad de las partes, o en su defecto, los elementos que representan algún grado de restricción de tal principio, situación que en concreto y para efectos del presente documento, entenderemos como tal al principio de la selección objetiva del contratista. Este abordaje se realizará desde la revisión doctrinal y jurisprudencial, en concomitancia con la normatividad correspondiente.

## **LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO ELEMENTO PROPIO DEL MUNDO DE LOS CONTRATOS**

Empezaremos este acápite de la presente disertación, advirtiendo que la autonomía de la voluntad en concreto representa el eje central para la configuración y desarrollo del mundo de las obligaciones desde el ámbito del derecho privado y que ciertamente ha hecho tránsito a la esfera del derecho público. En concreto, para el objeto que aquí nos ocupa es menester verificar el concepto de contrato en el ámbito del Código Civil que en su artículo 1.495 lo define como *“un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”*, a lo cual debemos advertir que este artículo en sí contiene la definición de obligación más que la de contrato.

Se debe advertir que la definición de contrato dada por nuestro Código Civil, en armonía con lo dicho por diferentes autores, representa una expresión de la voluntad de las partes en la definición y establecimiento de *común acuerdo* de los elementos en los que se enmarca el negocio celebrado entre ellas. Aceptamos entonces que ese común acuerdo de las partes es una representación de la voluntad de aquellas, la cual también entendemos como el consentimiento que debe ser expresado libre de todo vicio, que por regla general se resumen en el error, la fuerza y el dolo.

Procederemos entonces en el desarrollo de este capítulo al análisis de los elementos propios que definen el principio de la autonomía de la voluntad, tanto en la generalidad como en el contexto de la contratación estatal. De igual forma, analizaremos los alcances del citado principio y las limitaciones propuestas para aquel.

## **El principio de la autonomía de la voluntad, definición, elementos y alcances**

La autonomía de la voluntad privada es el resultado del vínculo o interacción de los sujetos de derechos, es decir, de las personas, el cual, como hemos referido previamente, guarda estrecha relación con el concepto de obligación. En efecto, aceptamos la posición de varios autores de referir que Kant define plenamente el concepto de autonomía de la voluntad como el elemento constitutivo del poder o libertad de los hombres de definir sus propias normas u obligaciones morales.

Sin embargo, el concepto de moral fue expulsado del derecho con la implementación del iuspositivismo kelseniano en donde la autonomía de la voluntad como expresión de la razón como remplazo de la primera como fuente de las obligaciones y de los contratos, afirmación que se evidencia de la posición unánime de los doctrinantes y que podemos condensar en la siguiente afirmación de Wagner de Tizon (2011) como la forma como la expresión por medio de la cual:

[el] individuo manifieste su voluntad y pueda autorregular sus intereses, el derecho le otorga un instrumento o herramienta práctica que es el acto o negocio jurídico. A través de él los particulares pueden dictar sus propias normas. Es lo que se ha dado en llamar poder jurigenético de la voluntad. Es entonces el negocio jurídico el canal de expresión de la autonomía. (p. 8)

Evidenciamos de lo anterior la presencia de un elemento común a la revisión de la literatura aplicable al caso, es decir, que esta autonomía se presenta como una herramienta propia de los particulares, por lo que a priori permite inferir que la contratación estatal no podría ser un escenario propicio para la aplicación de este elemento del mundo de las obligaciones.

En todo caso, tampoco podemos obviar el hecho de que siempre genera resistencia la segregación del mundo de los contratos estatales, la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad pues la tal, como afirman Navarro y Rivera (2001), dicha autonomía representa la forma por excelencia para la creación los contratos como fuente de las obligaciones contenida en los los actos jurídicos, en consecuencia se soporta en el acuerdo libre de la voluntad de las partes como el eje articulador y justificante de las obligaciones surgidas entre las partes con ocasión de un contrato, entendido como una forma de expresión de los actos jurídicos.

De igual forma, también aceptamos que la autonomía de la voluntad representa tres elementos que configuran su existencia, tal como lo afirman autores como Cerra (2017), a saber: i) sujetos de la obligación,

ii) objeto de la obligación y iii) relación jurídica. El último de estos tres elementos es el que consideramos la representación de la autonomía de la voluntad, pues las partes de manera libre y consensuada han aceptado sujetarse a las prestaciones fijadas entre ellos.

Ahora bien, a los efectos de este acápite debemos precisar que la autonomía de la voluntad se expresa en propiedad en el ámbito de los contratos, pues en el fuero interno de cada persona no representa mayor interés para el ámbito de la ciencia jurídica, sino cuando se da la interrelación jurídica de las voluntades de varias personas o exteriorización, lo que creemos que es el elemento de interés para el derecho.

Esta situación precisamente fue la concepción que ocupó a los posrevolucionarios franceses y al mismo emperador Napoleón para la definición de una libertad aplicable en el ámbito contractual que expresase el poder de los contratantes para definir en su propia voluntad y criterio las reglas que regirán su relación. En concreto, consideramos que lo anterior se condensa en la siguiente premisa de la doctrina, que a juicio de Cerra (2017):

la autonomía contractual se constituye en un verdadero y auténtico poder normativo de que gozan las partes para reglamentar su relación jurídica patrimonial, bien creando, ora modificando, o, incluso, extinguiendo su vínculo jurídica patrimonial. (p. 185)

De igual forma, debemos entender que sin perjuicio de la escuela en la cual construyamos nuestra definición del concepto del principio de la autonomía de la voluntad, resulta acertado sostener el papel principalísimo de la voluntad en la producción de los efectos jurídicos del contrato. En cuanto esa voluntad se manifiesta lícitamente en una materia en la cual rige el principio de autonomía, el derecho la reconoce como fuente productora de consecuencias jurídicas y provee los medios necesarios para su eficacia. (Hernández, 2012, p. 29).

Es así como, aceptando que tenemos una definición clara del concepto del principio de la autonomía de la voluntad, procederemos ahora a la revisión sumaria de las características de aquel, que en resumen se expresan en que la autonomía de la voluntad está materializada en la expresión del consentimiento de un sujeto de derecho respecto de una determinada situación jurídica en concreto.

En efecto, la autonomía de la voluntad se materializa o caracteriza con la generación de la obligación, siempre que el citado consentimiento sea expresado de manera libre y espontánea. Consideramos en este punto importante destacar lo dicho por la Corte Constitucional Colombiana al manifestar que la autonomía de la voluntad se caracteriza por lo siguiente:

i) celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues estas reducen el ejercicio de la voluntad; ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres; iii) crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos respecto de otras personas, que no son partes del contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquel. (Relatoría Corte Constitucional, C-934-2013).

Por lo tanto, concluimos de la valoración dada por la Corte Constitucional que la característica común para el principio de la autonomía de la voluntad en el marco de los contratos, es precisamente el elemento que da justificación y soporte para el surgimiento de obligaciones trabadas en el marco de las relaciones jurídicas consensuadas entre las partes en el marco de un negocio jurídico. Así mismo, debemos resaltar un aspecto que es resaltado por la interpretación constitucional de la citada Corporación Judicial en lo que refiere a la limitación que este principio debe observar para encontrarse ajustado al marco del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, si bien es cierto que evidenciamos que este principio del mundo de los contratos y actos jurídicos pareciere ser ilimitado en cuanto a su aplicación para la creación de relaciones jurídicas, tampoco es menos cierto que el mismo deberá observar unas restricciones en cuanto a su aplicación y forma de materialización. La anterior situación, en lo que refiere a los contratos estatales o administrativos, se materializará de mejor manera y de ello nos ocuparemos en el tercer acápite de esta disertación, siendo entonces un principio no tan absoluto como pareciere en lo que a su configuración refiere.

Finalmente y tal como propusimos al inicio de este apartado, procederemos con la revisión de los sentidos o alcances que se circunscriben en el marco de la autonomía de la voluntad respecto de los contratos, a lo cual consideramos de importancia resaltar que a estos podemos representarle desde un sentido amplio y un sentido limitado del que procederemos a ocuparnos más adelante.

Ciertamente, la autonomía privada, como un elemento propio del Estado Liberal clásico, representa un sistema binario, según Hernández (2012), por medio de los cuales se atribuye el poder para la:

Creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas, y en segundo lugar por el poder de esa voluntad referido al uso, goce, y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos. Los que se concretan en torno de las figuras más típicas. (p. 30)

Concordamos con la afirmación de Katiuska Hernández en cuanto a que la voluntad privada debe ser apreciada como un elemento propio de la esfera de derechos subjetivos, situación que incluso será predicable del Estado, si se acepta que aquel es un sujeto de un derecho, con prerrogativas especiales, pero en todo caso sujeto del ordenamiento jurídico, pues es aquel el que reconoce las consecuencias jurídicas de las relaciones o negocios celebrados entre los particulares. Consideramos de importancia referir que el poder que implica la autonomía se refleja así mismo en un ámbito de carácter particular, pues el poder de fijación de reglas generales y abstractas trasciende y excede a nuestro objeto de estudio.

En concreto, el alcance de la autonomía de la voluntad representa el desarrollo de actos o negocios jurídicos, ciertamente de carácter concreto, se soporta en los eventos de *“crear, modificar o extinguir una relación jurídica, sino que también posibilita determinar el contenido de la misma, es decir, establecer los derechos, obligaciones, deberes y objetos, lo que supone precisar el contenido del negocio jurídico que se celebra.”* (Hernández, 2012, p. 30). Observamos entonces de la revisión de la literatura que en efecto esta autonomía es el enclave para la construcción de los elementos y aspectos del contrato a celebrar.

En conclusión de toda la revisión expuesta en precedencia, consideramos que la autonomía de la voluntad como un principio del sistema jurídico occidental es el enclave para la formación de los contratos o negocios jurídicos y el consecuente surgimiento de las obligaciones respectivas, por lo cual claramente representa una de las libertades personalísimas conquistadas con ocasión de la Revolución francesa. Empero, también pudimos apreciar que aquella no se representa como un elemento absoluto sino que debe observar alguna limitación, de lo cual procederemos a abordar en las siguientes partes de esta disertación.

## **LA LIMITACIÓN AL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD**

Aceptamos en líneas anteriores que el principio de la autonomía de la voluntad constituye ciertamente una de las libertades centrales del Estado de Derecho, bajo el entendido de que aquella ciertamente define la libertad individual de cada sujeto de derecho de definir los elementos, reglas y condiciones en los cuales soporta la formación de sus obligaciones que finalmente se expresarán en el contrato en el caso de que dicha autodeterminación sea consensuada.

Sin embargo, no podemos perder de vista que en el marco del sistema jurídico del Estado Social de Derecho, las libertades negativas y absolutas no pueden ser vistas aplicadas en el marco de su concepción clásica, en efecto, consideramos que el derecho moderno se orienta a la armonización de la libertad y el poder (entendido este último como

restricción de las libertades) y en consecuencia, las libertades modernas no son tan absolutas como se pretendía en la época posrevolucionaria francesa de 1789.

Resulta entonces pertinente indicar que las libertades individuales tendrán limitaciones, representadas en tres grandes elementos que constituyen el derecho constitucional del Estado de ejercer autoridad sobre sus administrados y por qué no, sobre el mismo, siendo aquellos, a saber: i) la afectación de las libertades generales o el interés general, ii) la afectación de otras libertades particulares de terceros o iii) la autoafectación del propio titular de la libertad. Estos casos son aquellos en los que el poder del Estado puede fijar a nuestro gusto alguna limitación al poder individual que la libertad representa, tal como lo reconoce en su obra Naranjo (2010, pp. 30-31).

Por lo tanto, debemos indicar que el principio de autonomía de la voluntad en el marco de los contratos, no puede ser visto como un elemento absoluto e incuestionable generado por el seno interno de las personas como sujetos de derecho, sino que debe en efecto observar las limitaciones que el mismo sistema jurídico le impone. Podemos apreciar en efecto que los tres elementos que permiten la restricción o ejercicio de limitación autoritaria sobre las libertades individuales se hacen presentes en este análisis.

De esta manera, podemos notar cómo algunas situaciones, a pesar de que en principio estarían respaldadas por la autodeterminación de la voluntad, considera Hernández (2012) que se ven proscritas de los sistemas jurídicos, tal como el hecho de que:

Nadie puede ser obligado a contratar contra su voluntad; no hay obligación de ofrecer y quien recibe una oferta puede a su arbitrio aceptarla o rechazarla, y si opta por este último camino, ello no le acarrea responsabilidad de ninguna especie, ya que es su opción la de contratar o abstenerse de hacerlo y de seleccionar con quien lo hace. (p. 30)

Ahora bien, dijimos en precedencia que la autonomía de la voluntad como principio y libertad propia del derecho moderno es la base para la creación de reglas particulares que definen las situaciones jurídicas concretas que fijan el horizonte de las relaciones jurídicas surgidas entre los particulares. Sin embargo, aquello no puede desconocer el mandato imperativo superior creado por reglas de carácter general, abstracto e impersonal que es fijado por el ordenamiento jurídico. Afirmaciones como las del profesor Cerra (2017) confirman nuestra observación al indicar que:

Esa facultad, encuentra freno, como ya se advirtió en las normas de orden público, que sí tienen el carácter de reglas imperativas. Es decir,

que las partes pueden disponer lo que quieran en su relación jurídica patrimonial siempre y cuando no atenten contra las normas de orden público, por ser disposiciones que exceden el interés particular e irradian hacia el interés común o social. (p. 186)

En efecto, los negocios jurídicos celebrados bajo el amparo del principio de la autonomía de la voluntad de las partes tienen plena prevalencia, siempre que el negocio celebrado no tenga una contradicción, en lo que a sus formas, objeto y demás disposiciones refiera en cuanto a la observancia de los acuerdos al orden público y las buenas costumbres.

Consideramos ahora prudente, a efectos del desarrollo de la empresa propuestas para esta disertación, analizar sumariamente la limitación de la autonomía de la voluntad en el desarrollo de los procesos de contratación estatal y en el contrato estatal propiamente dicho, siempre y cuando aceptemos la idea de que aquellos son en efecto expresiones especializadas de los contratos en general.

Partamos entonces de la idea de que el mismo derecho administrativo se sustenta en ser el conjunto de normas que propende en pro de la regulación, definición y organización de estos, en el marco de la limitación al poder del Estado (Balbín, 2014, p. 1), por lo que, en principio, podemos decir que la autodeterminación de la voluntad del Estado no es un elemento absoluto.

Vale la pena indicar que, conforme a lo dispuesto por el artículo 6 de la Constitución Política de 1991 en el ámbito de la esfera del derecho público, toda actuación del Estado debe ser reglada y atendiendo en consecuencia las expresas autorizaciones dadas por la misma norma constitucional, la ley y el reglamento para el desarrollo de sus funciones y actuaciones.

Hemos de advertir que la contratación estatal no goza del amplio espectro del principio de la autonomía de la voluntad de los particulares, pues ciertamente, aquella representa las formas en las cuales se prepara la voluntad de la administración al momento de contratar, orientada siempre por la búsqueda del interés general y el cumplimiento de los fines del Estado, es decir, la satisfacción de las necesidades sociales.

Por lo tanto es claro que dada la naturaleza en la que se reviste la contratación estatal en la medida en que atiende oportunamente el interés general por medio de la prestación de los servicios públicos, buscando para el efecto el apoyo y colaboración en los particulares/contratistas. En el marco de esta disertación, debe tenerse presente, como lo afirma Amaya (2016), que:

La actividad contractual del Estado estará orientada por el fin constitucional de este de buscar, proveer y garantizar el interés general. Para ello y de la mano de un particular denominando "contratista o colaborador", realiza la prestación de los servicios públicos bajo la

orientación de los principios de continuidad, calidad y eficacia. (p. 189)

Debemos precisar que la contratación estatal en virtud del objetivo que persigue es sin dudas una de las actuaciones administrativas en donde mayor reglamentación y limitación a la discrecionalidad existen en el contexto del Estado moderno.

Es así como el Estatuto de la Contratación Pública (Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011 y Decreto Reglamentario 1082 de 2015), reconfiguró, tal como lo afirman Amaya y Patiño (2017), en un giro de 180 grados la forma de contratar por parte del Estado, en la medida en que centró el ejercicio de esta prerrogativa y actividad del Estado en el marco de unos principios que orientan el proceso, en tanto que definen el contenido material y sustancial del deber ser de la contratación pública, argumento que es compartido por otros autores al indicar el *“Régimen de la contratación estatal de la Ley 80 de 1993 (...) calificado como un verdadero estatuto de principios”* (Rodríguez, 2013, p. 21).

Por lo tanto, consideramos a la contratación estatal como una forma de celebración de negocios jurídicos entre los particulares y el Estado, en donde se fija una limitación en cuanto a los principios que le orientan como herramientas que definen la forma y alcance de la voluntad del Estado. Pero el porqué de dicha limitación pareciere ser la pregunta sin resolver hasta el momento en esta empresa; sin embargo, tal situación ya la hemos abordado de manera sumaria al inicio de la presente disertación al indicar que es el interés general y el cumplimiento de los fines sociales del Estado el que justifica las reglas especiales en el contexto de la contratación estatal, procederemos a desarrollarla en el siguiente acápite.

En concordancia con lo dicho en precedencia, consideramos acertada la afirmación de algunos autores al indicar que para el cumplimiento del deber ser de la contratación estatal, aquella fue limitada por cuanto:

El constituyente y el legislador establecieron unos marcos para el ejercicio de la función contractual del Estado, en donde se construyen una serie de fórmulas jurídicas que pretenden asegurar el cumplimiento de los principios y fines de la contratación estatal, de tal suerte que se permita el desarrollo eficiente de los acuerdos de voluntades en donde el Estado se ha hecho parte en uso de su potestad de mando, es decir en ejercicio de la función administrativa. (Amaya, 2016, p. 190)

En consecuencia, consideramos que la regulación establecida en el contexto de la contratación estatal está representada por medio de principios que definen el alcance y orientación de la contratación, entendidos aquellos como deberes que al aplicarse procederán a optimizar el ejercicio de esta función administrativa, pues en efecto:

De una revisión exegética de las normas del Estado colombiano se

advierte la presencia y desarrollo de los postulados genéricos de origen constitucional: Responsabilidad, la Transparencia y la Economía, dando definiciones y conceptualizaciones claras de cara al proceso de contratación estatal.

Posterior a ello se construyen una serie de mandatos de optimización del ejercicio contractual del Estado, entre ellos se tienen: La selección objetiva e imparcialidad, la legalidad, la eficacia del proceso entre otros; los cuales permiten al menos en el plano normativo cumplir con los principios constitucionales y por consiguiente alcanzar el precepto Recto que se encierra en el Interés Público. (Amaya y Patiño, 2017, p. 16)

De esta manera, hemos evidenciado que la contratación estatal colombiana, si bien es cierto que se sustenta en el marco de la teoría general del negocio jurídico, tampoco es menos cierto que, dada la particularidad de los asuntos que por medio de ella se gestionan, existen reglas que fijan una limitación al desarrollo de dicha autonomía en cabeza de las entidades públicas contratantes, como por ejemplo la selección del contratista, la cual, de cara a lo establecido por el marco jurídico, debe ser realizada observando el deber y principio de selección objetiva del cual procederemos a ocuparnos en el siguiente apartado de este documento.

## **EL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA: UNA RESTRICCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

Hemos afirmado en los acápites anteriores que la autonomía de la voluntad es principio universal sobre el cual se soporta la construcción de las relaciones jurídicas que representan los contratos. Sin embargo, también se ha mencionado en este documento que en el campo de la contratación estatal dicha autonomía como fuente universal de la creación de los negocios jurídicos encuentra restricción, no solamente en las que se expresan en el campo de los particulares sino también en las reglas especiales que, en razón de la finalidad que esta pretende, han sido creadas.

En efecto, nos ocuparemos en este acápite de la revisión del principio de la selección objetiva del contratista del Estado, precisamente como una de las instituciones que se erigen como limitación de dicha restricción a la autonomía no solo de la voluntad de la entidad contratante, sino también eventualmente del futuro contratista. Se realizará una exploración y aproximación al concepto y elementos esenciales del principio de selección objetiva, para en posterior analizar sumariamente los retos que de cara a la legislación actual se ponen de presente respecto de aquel, a fin de demostrar la hipótesis trazada en este documento.

### **El principio de la selección objetiva en la contratación estatal**

Consideramos de importancia indicar que el principio de selección

objetiva en el contexto de la contratación estatal, no debe ser visto solo como un principio, sino también como un deber a cargo de la entidad pública instructora del proceso (Miranda, 2016), con el que ciertamente se busca asegurar que el contratista seleccionado sea el más idóneo y por qué no decirlo, correcto para la ejecución del objeto contractual, que a fin de cuentas no es otra cosa que la prestación de un servicio público.

Creemos importante poner de presente que los particulares seleccionan a sus contratistas en lo que a su visión subjetiva representa la idoneidad para cumplir con la satisfacción de sus necesidades, que a fin de cuenta es lo que motiva la celebración del contrato, una clara demostración del principio de autonomía de la voluntad; sin embargo, aquello no tiene cabida en el campo de la contratación estatal.

En gracia de discusión de esta empresa, debemos indicar que el principio/deber de la selección objetiva sí se contiene en una tipificación normativa en el marco regulatorio de la contratación estatal, en concreto la Ley 80 de 1993 reformada por la Ley 1150 de 2007. Sobre la vicisitud que representó la norma citada en precedencia nos ocuparemos más adelante, por ahora nos preocupamos por definir qué es la selección objetiva, a lo cual aceptamos la postura de Miranda (2016) al indicar que dicha selección objetiva no es otra cosa que el desarrollo del principio de transparencia.

Por lo tanto, la selección objetiva, según afirma Rodríguez (2015), se representará como la selección de la oferta más favorable de las propuestas recibidas en el marco del proceso de selección, a partir de los parámetros establecidos en la convocatoria, en concreto la aplicación de:

critérios objetivos al comparar y evaluar las propuestas, todo ello desde una lógica razonable en concordancia con los principios de la contratación, ya que desde los mismos pliegos de condiciones se verifica que sean lo suficientemente claros y coherentes, es decir, que no estén por fuera del contexto de la función pública ni que las entidades actúen de mala fe apartándose de la normatividad reguladora del proceso contractual y menos aun aprovechando los vacíos jurídicos de la norma para favorecer intereses personales o de terceros, culminando con una desigual selección al actuar bajo subjetividades y vulnerando tanto principios como derechos de los proponentes, afectando igualmente de forma indirecta a la misma entidad contratante ya que más adelante ello degenera en problemas judiciales que implican altas sanciones pecuniarias. (p. 9)

Este entendimiento de la selección objetiva también es aceptado por los diversos sectores de la doctrina, al reconocer que esta selección buscará la escogencia del contratista o colaborador de la administración que mejor represente los intereses de aquella en cuanto al objeto y finalidad del contrato refiere.

No obstante, aún debemos abordar el punto relacionado con qué es lo que representa esa selección objetiva en el contexto práctico de la contratación estatal, y cómo aquello puede representar una limitación a la autonomía de la voluntad. Para ello consideramos que es necesario analizar los dos esquemas normativos que han dado luz al precitado principio, es decir, la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, precisando en todo caso que la segunda norma eliminó la tipificación inicial fijada por el legislador.

El porqué de este abordaje encuentra respuesta en la postura de Chaves (2010, p. 128), quien en su análisis sobre esta temática afirma que la regulación sobre la selección objetiva, en el contexto del Estatuto General de la Contratación Estatal reconoce que la selección debe ser establecida o mejor determinada por medio de criterios objetivos, que evidencien la favorabilidad de la oferta a los intereses de la entidad. Empero, la diferencia entre las dos normas que conforman dicho estatuto, está dada en el hecho de que la Ley 80 de 1993 permitía aún una discrecionalidad, entendible como una autonomía ilimitada para fijar dichos criterios; sin embargo, la Ley 1150 de 2007 fijó de manera restrictiva y taxativa al contenido de ella los criterios de selección que se utilizan para determinar la oferta más favorable para la entidad.

En este punto es importante indicar que la selección objetiva debe observarse en todas las modalidades de selección de contratistas, por cuanto verdaderamente las entidades deben eliminar de su valoración de las ofertas todo juicio subjetivo que esté fundado en intereses particulares, entendiendo a la objetividad como un criterio de valoración sobre la realidad (Amaya y Patiño, 2017, p. 17).

De lo anterior encontramos con ocasión de la revisión de la literatura que el principio de selección objetiva, dada su naturaleza, puede referenciar dos alcances o sentidos: uno positivo, bajo el entendido de que aquel permite el desarrollo de una ponderación de intereses de conformidad con lo fijado por una voluntad distinta a la del sujeto que actúa, articulando las necesidades del proponente con las necesidades de la entidad expresadas en observancia de las normas contractuales pública; y por otra parte, un criterio negativo, entendido como la cualidad que le permite a una persona superar su subjetividad y ver el objeto o situación del proceso contractual tal como lo es (Castro, García y Martínez, 2010, p. 41).

Creemos de importancia referir que la selección objetiva no puede ser vista como un principio aislado en el contexto de la contratación estatal, pues precisamente aquella debe ser observada en complemento con el principio de imparcialidad, favorabilidad de oferta, transparencia y legalidad.

En efecto, al considerar el principio de transparencia en la visión de Yong (2013), podemos apreciar cómo aquel hace referencia al respeto por

parte de la entidad y los proponentes de los ritualismos y procedimientos fijados por el estatuto de la contratación pública, de modo que el mismo sea adelantado de manera:

pública, objetiva, imparcial, diáfana, sin lugar a ambigüedades que puedan ser aprovechadas por personas inescrupulosas, deseosas de apoderarse del erario público, cuyo destino es satisfacer necesidades de la colectividad. Por ello en el desarrollo de ese principio, se exige a las autoridades públicas, cuando vayan a celebrar un contrato, utilizar, de manera ineludible, los procedimientos señalados en el estatuto para escoger de manera objetiva al colaborador de la administración. (pp. 43-44)

Ahora bien, debemos resaltar que la selección objetiva también se representa con ocasión de la observancia de la imparcialidad en el contexto de los procesos de contratación estatal, como quiera que aquella apunta al respeto por la igualdad, encontrando como institución para su materialización los mecanismos de selección objetiva, tal como lo afirma Rodríguez (2013, p. 39). En suma, al hecho de que aquello se corresponde con la transparencia, evitando un actuar preestablecido a favor de algún proponente o la segregación irrazonable.

En cuanto al principio de favorabilidad consideramos, a nuestro gusto, que más que un principio independiente, es el resultado de la aplicación del principio de selección objetiva de manera correcta; en otras palabras, es la materialización del deber que implica la observancia de la objetividad en la contratación estatal, pues la selección será conforme a la comparación entre las condiciones del contrato y de la oferta, pues la *“favorabilidad en la elección no es discrecional ni arbitraria sino que implica observar las reglas que dispone la ley al respecto para asegurar el ofrecimiento más favorable”* (Fandiño, 2014, p. 145).

Todo lo anterior, creemos, puede condensarse en el marco de la aplicación del principio de legalidad, el cual resulta tácito en el desarrollo de los ámbitos de los procesos de contratación estatal y la ejecución del correspondiente contrato, pues la administración pública debe actuar conforme el marco de acción que le permite el marco jurídico vigente y aplicable a su actuar, que en el caso concreto, corresponde a las leyes y reglamentos administrativos, argumento que comparte Cassagne (2009, p. 55).

De acuerdo con lo que hemos revisado hasta el momento, podemos concluir que la doctrina reconoce que el principio de selección objetiva implica en sí mismo un deber a cargo de la entidad, la cual verá limitada su voluntad y autodeterminación al momento de seleccionar al contratista que ejecutará el contrato, representando en consecuencia la observancia de los demás principios referidos en precedencia, así como lo afirma Matallana (2012, p. 510), mediante la fijación previa de los elementos y

critérios que debe cumplir el proponente que aspire a ser adjudicatario de un contrato.

### **La selección objetiva como representación de la legalidad contractual y la limitación a la autonomía de la voluntad**

Hemos desarrollado hasta ahora un ejercicio de conceptualización con el propósito de proporcionarnos una definición del principio de selección objetiva en el contexto de la contratación estatal, a lo cual encontramos que es el esquema central que debe ser observado en el desarrollo de los procesos de contratación estatal que se instruyen en Colombia. Empero, aún debemos responder si aquello representa una limitación a la autodeterminación de la voluntad de la entidad, teniendo de presente que aquello representa un principio general del derecho de los contratos, así como también, si la eventual limitación responde a una justificación válida.

Al respecto, consideramos necesario retomar lo planteado en la justificación dada en la introducción de esta disertación respecto de la justificación del contrato estatal como una especie diferente al resto de los contratos existentes en el mundo del derecho. En efecto, si bien es cierto que el hecho de que la administración pública sea una de las partes del contrato genera importancia y justificación para segregar al contrato estatal del mundo privado, lo cierto es que, tal como lo afirma Cassagne (2009, p. 5), la vinculación con lo público está verdaderamente soportada en la conexión de este con el interés general que representa o se persigue con aquel, más que en el hecho de que una de las partes sea el Estado.

En efecto, la salvaguarda del interés general es la principal justificación del desarrollo especializado de la contratación estatal, tal como lo afirman Amaya, Hernández y Méndez (2017, p. 8) al indicar que esta actuación administrativa es *“en donde el Estado por medio de una serie de principios y reglas que orientan el proceso busca la satisfacción de dicho interés. El anterior proceso pretende brindar a la comunidad servicios públicos con calidad, continuidad y eficiencia”*, lo cual guarda plena relación con lo dicho en precedencia por los otros autores consultados.

Por lo tanto, la administración pública debe observar la regulación especial que se ha instituido para el desarrollo de esta actuación administrativa. Notemos entonces que, dada su naturaleza no es un simple contrato, sino que en efecto representa la materialización y cumplimiento de los fines del Estado con ocasión de los objetos contractuales, por ello no pareciera admisible la discrecionalidad del mundo de los contratos privados.

Consideramos que seleccionar objetivamente un contratista, quien en suma realizará una administración y ejecución de los recursos públicos con los que se financia el contrato, no es otra cosa que el respeto en pro de

garantizar el control y la moralidad de la administración en concordancia con el régimen democrático del Estado moderno, tal como lo afirma Palacio (2014, p. 63).

En nuestro criterio, el interés general que representa el contrato estatal es la mejor justificación para la limitación de la autodeterminación de la voluntad de la entidad contratante, pues aquella deberá observar las reglas que el contexto normativo vigente ha fijado sobre la materia, situación que afortunadamente ha sido tipificada expresamente por aquella, al definir al menos en un contexto deontológico el deber ser de dicha selección objetiva que no es otra cosa que el respeto por la legalidad.

Aceptamos entonces para los efectos de esta empresa, que la selección objetiva en el contexto normativo del año 2007, representa en el entendimiento de Chaves (2010) una rigidez que a su vez ha de ser tenida como una restricción al principio de la autodeterminación de voluntad de las personas al momento de la celebración de sus contratos, en el caso del Estado como sujeto de derecho, pues aquel no podrá seleccionar libremente a su contraparte, sino que aquella determinación o manifestación de voluntad estará limitada a la escogencia de la oferta más favorable, lo que a su vez debe ser establecido:

Conforme a la capacidad técnica, económica, jurídica y de organización y, otros de ponderación donde se calificarán factores técnicos y económicos, bajo los parámetros que en ambos casos se establezcan en los pliegos de condiciones definitivos de manera precisa y detallada para verificación de las ofertas y ponderación de las mismas. (p. 132)

Es por lo que hemos advertido en precedencia que consideremos que la selección objetiva se constituye en un principio y deber de las entidades públicas que limitan la autodeterminación de la voluntad de aquellas a la hora de contratar, pues ciertamente estas deben en procura del precepto de la transparencia, escoger la propuesta más favorable y ventajosa a los intereses de aquellas (Mantilla, 2014, p. 142).

Ahora bien, la legalidad que representa esta restricción a la autodeterminación se hace presente bajo la idea de que la entidad debe, conforme a los criterios fijados por la ley, determinar cómo identificará la oferta más favorable a sus intereses a partir de factores técnicos y económicos, situación que en todo caso también cuenta con una restricción, pues al momento de seleccionar la oferta la entidad también deberá valorar *“que se escoja la oferta menos ‘costosa’ para la entidad adquiriente, estableciendo una relación entre el precio por pagar con respecto a los diferentes factores que determinan la cantidad de lo que se va a recibir”* (Suárez, 2014, p. 367). Lo anterior comporta una serie de situaciones que deben ser evaluadas por la administración pública para la determinación de la favorabilidad de la oferta seleccionada, pretendiendo aquello desarrollarse

tal como se indicó en precedencia de la manera más acercada a la realidad y en consecuencia, objetivamente posible.

En este orden de ideas, debemos referir que la selección objetiva se presenta en el contexto del cumplimiento de un deber legal como ya se dijo en precedencia, en la medida en que, por regla general, se impone el deber a todas las entidades de adelantar sus procesos de selección de contratistas mediante la licitación pública como una regla general (Matallana, 2012, p. 510). Se debe tener presente que en todos los procesos se propugnarán por la observancia de los mismos modelos de ponderación de ofertas, restringiendo en este punto aún más la voluntad de la administración a la hora de determinar tales criterios.

Ciertamente, la aplicación de las modalidades de selección de contratistas representa la materialización, al menos en el plano instrumental, de la selección objetiva, pues al afirmarse que la administración pública en todo proceso de contrato se debe adjudicar de conformidad con la modalidad que se corresponda con el objeto contractual, implica ciertamente que la discrecionalidad que tendría un particular en cuanto a la forma de escoger a su contratista o contraparte no es compatible con el mundo de los contratos públicos.

En efecto, creemos acertada la visión que Expósito (2003, pp. 396-397) expone en su obra al afirmar que los procedimientos de selección de contratistas se deben observar como:

Un conjunto de actos, pronunciamientos y decisiones que permiten a la administración, salvaguardando sus intereses económicos y el principio de igualdad de los administrados ante los beneficios y cargas públicas, elegir, de entre las personas que voluntariamente se ofrecen para ello, al sujeto más apto para contratar.

Lo anterior representa ciertamente a nuestro gusto que con las modalidades de selección, al menos en el deber ser, la escogencia del contratista será adelantada con el mayor grado de diligencia y objetividad de la persona más idónea para ser el contratista del Estado, siendo en efecto lo anterior una clara restricción a la autonomía de la voluntad pública, pues como ya se ha dicho previamente los particulares no deben motivar objetivamente la selección de sus contrapartes en el marco de sus negocios y actos jurídicos.

Viene de lo anterior en nuestro gusto poner de presente que la misma Ley 80 de 1993 hace referencia a la limitación de tales discrecionalidades que implica la autonomía de la voluntad en el contexto de la contratación del Estado, al referir que todo lo relacionado con los procesos de contratación y ejecución del correspondiente contrato se adelantará con arreglo a lo dispuesto por el Código Civil y el Código de Comercio, sin perjuicio de

lo expresamente regulado por ella *“como lo son las modalidades de selección objetiva de contratistas, los principios de la contratación pública, la competencia para contratar de las entidades públicas, las potestades excepcionales (antes llamadas cláusulas exorbitantes), entre otras”* (Amaya, 2016, pp. 188-189).

Es importante notar entonces, como la misma fuente jurídica primaria en materia de contratación fija, la restricción al principio de la autodeterminación de la voluntad, no solo en el aspecto de la forma de escoger al contratista, sino también en el otorgamiento de la competencia a las entidades públicas para celebrar procesos de contratación y la suscripción del respectivo contrato, con lo cual, si aceptamos que la competencia en el marco de la esfera del derecho administrativo es asimilable a la capacidad en el marco del derecho privado, se hace entonces notoria la restricción del principio de la autonomía de la voluntad, pues tal como lo afirma Rodríguez (2013, p. 124), la formación de la voluntad para contratar de las citadas entidades debe cumplir con los ritualismos y procedimientos fijados en la Ley.

Afirmamos al inicio de esta disertación que la autonomía de la voluntad como un elemento que define el mundo de los contratos que se soporta en el poder de autodeterminar las prestaciones contenidas en una obligación y en consecuencia en un contrato, no puede ser vista como un absoluto que no admite cuestionamiento, ya que aquella debe ser observada en el contexto del sistema jurídico en el que se desarrolla.

Se debe indicar en este punto que para el desarrollo de la voluntad y la competencia de las personas del derecho privado y las entidades públicas, se debe observar la regla fijada por el artículo 6 de la Constitución Política al definir que los particulares pueden adelantar todo aquello que no les esté expresamente prohibido en el derecho vigente, mientras que los servidores públicos solo pueden hacer aquello que les esté expresamente permitido por el ordenamiento jurídico, y precisamente es en dicha dicotomía que se ha de analizar la justificación de la limitación a la autonomía de la voluntad en los contratos estatales de cara al principio de la selección objetiva.

De lo anterior debemos apreciar que en el campo del derecho privado (civil, laboral y comercial) la formación de la voluntad en el contexto de la autodeterminación encuentra límites cuando la consecuencia de tal manifestación resulta contraria ante las expresas prohibiciones que el ordenamiento jurídico contempla, como por ejemplo la celebración de contratos consensuados para la comisión de un injusto penal, así como también, cuando el contrato se realiza en contra de la voluntad de alguna de las partes.

Ahora bien, al analizar esta situación en el contexto de la contratación estatal y en concreto con ocasión de la selección objetiva, encontramos

que Fandiño (2012) considera que:

En nuestro derecho se adoptó desde hace mucho tiempo el sistema restrictivo para la selección del contratante de la administración (...) A diferencia de lo que ocurre con los sistemas de libre elección, en donde la administración goza de mayor amplitud para seleccionar al contratista, en cambio en estos sistemas, el ordenamiento jurídico positivo regula totalmente el procedimiento de selección, es decir, que los entes estatales no tienen ningún margen para establecer reglas al respecto, ya que están prefijadas. (pp. 9-10)

Creemos que la anterior referencia es la mejor explicación de lo aquí pretendido pues en efecto condensa la postura adoptada en nuestra disertación en el sentido de que la selección objetiva es un proceso completamente reglado que no da margen de interpretación, al menos en el contexto de la literalidad, para definir cómo escoger un contratista, pues la entidad se tiene que someter a las reglas que están fijadas para tal efecto en la Ley; es decir, los criterios de selección y evaluación de las ofertas.

Compartimos la visión de Matallana (2012, p. 523) cuando afirma en su obra que la administración no goza de la posibilidad de contratar y seleccionar libremente a su contratista, afirmación que respalda nuestra posición, así como también el hecho de que esta restricción a la libertad y autodeterminación de la voluntad de la administración pública en el marco expuesto, es la forma que resulta de la regulación dada por el principio de legalidad desprendido del artículo 6 de la Carta Política de 1991, resultando interesante para nuestra disertación el hecho de que:

Si bien puede ser libre la administración cuando decide cumplir sus fines a través de la contratación, deja de serlo cuando inicia el proceso de adjudicación del contrato, pues tiene que poner en marcha todo el aparato técnico y humano para llevar a cabo el procedimiento de selección, y puede salirse de los cánones establecidos para ello en el ordenamiento jurídico administrativo positivo. (pp. 523-524)

Sin embargo, no podemos perder de vista el hecho de que el Estado colombiano se ha constituido como Estado social de derecho que reconoce la competencia y la autonomía privada de la voluntad de las partes como derecho constitucional, por lo cual la legalidad en la que se instituye y a su vez se representa la selección objetiva, da cuenta de la justificación para su restricción, pues es el legislador el que fija la forma de restricción, siendo aquello un ámbito de su entera competencia en el contexto de la cláusula de configuración legislativa.

Por lo tanto, ciertamente, compartimos la visión respecto de que la selección objetiva cuenta con el debido soporte para la restricción o

limitación de la autonomía de la voluntad en el contexto de la contratación estatal, de cara a que a que esta actuación del Estado reconoce la protección de la prestación del interés general que se pretende con ocasión de la contratación y en consecuencia, tiene sentido y justificación el marco normativo expedido en función de la materialización jurídica del citado principio.

## **CONCLUSIONES**

Ciertamente, la contratación estatal y los contratos estatales representan la mejor forma para el desarrollo de la gestión indirecta de la función administrativa respecto de la prestación del interés general y la atención de las necesidades colectivas por parte del Estado, y es precisamente aquello lo que creemos que justifica la especialidad y diferenciación de los contratos de la administración pública de la teoría general del negocio jurídico.

La diferenciación aludida en precedencia está generada precisamente desde el espectro legal y reglamentario que justifica y dispone las reglas especiales que deberán observarse a la hora de adelantar los procesos de contratación, así como la respectiva celebración y ejecución de los contratos se encuentra soportada en el ideal de asegurar la prestación del interés general y el respeto por el principio de legalidad que debe imperar en toda actuación administrativa.

Sin embargo, hemos de reconocer que todo negocio jurídico, incluido el que se representa en un contrato estatal, no puede en principio desconocer la autonomía de la voluntad como elemento central en el que se estructuran los actos jurídicos. La autonomía de la voluntad es la capacidad de las personas de autodeterminarse en la fijación de las prestaciones a las que se obligan, lo cual a su vez es reconocido como una libertad propia de los Estados de derecho.

Ahora bien, dicha autodeterminación encuentra límites, pues no serán válidas las prestaciones que amparadas en aquel principio sean contrarias al ordenamiento jurídico o en detrimento de los derechos de las partes que celebren algún contrato, lo cual consideramos que es completamente válido si reconocemos que el propósito del derecho moderno es el de armonizar las libertades individuales y colectivas en el marco de la vida en sociedad.

Lo dicho en precedencia encuentra aún más sentido si lo miramos desde la óptica de la contratación estatal, pues la administración pública como parte del contrato, si bien es cierto que tiene la libertad de decidir cumplir sus fines a través de un tercero o colaborador, tampoco es menos cierto que aquello sea sinónimo de la conformación de los contratos en un amplio espectro de liberalidad de cara al principio de la autonomía de la voluntad.

Pues como se ha dicho a lo largo de esta disertación, además de respetar las reglas generales que el derecho vigente impone a dicha autonomía de la voluntad, las entidades públicas también deben observar las reglas especiales que en el seno del derecho administrativo se han fijado para el correcto desarrollo de la contratación estatal, sin temor a errar la actuación pública más regulada, y en consecuencia, para apreciar la validez de los actos desplegados con ocasión de la contratación estatal deber observar todos los ritualismos y el debido proceso administrativo, por parte de su instructor, es decir, el Estado.

Creemos entonces que el principio de selección objetiva se entiende como un conjunto de reglas que definen la forma en la que el Estado seleccionará el colaborador que estará llamado a la ejecución a su nombre de los fines estatales, eliminando de toda forma posible criterios o elementos subjetivos que rompan con la regla de buscar la oferta más favorable y transparente. Este es el deber ser de la contratación pública, lo cual matiza y restringe la libertad de autodeterminación en lo que a la escogencia de la contraparte de la administración pública en un contrato refiere.

Lo anterior encuentra sentido en el hecho de que la contratación estatal debe observar el cúmulo de reglas especiales para su adecuado desarrollo y cumplimiento de las finalidades que para ella ha dispuesto la Constitución Política de 1991 y el marco legal correspondiente (Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007), por lo tanto limitar la autonomía de la voluntad no resulta en un capricho de legislador de separar al contrato estatal de la teoría general del negocio jurídico, sino que, por el contrario, refiere a la necesidad de institucionalizar en debida forma, al menos en el deber ser la forma de escoger al contratista que tendrá a su cargo el cumplimiento de los fines estatales a nombre de la administración pública.

Decimos que es al menos en el deber ser, pues, a pesar de tener una reglamentación debidamente tipificada en los textos normativos en lo que refiere a la forma en que se debe realizar la escogencia o selección objetiva en donde se dispone qué factores serán necesarios para determinar que un oferente o proponente es el más favorable para el objeto a contratar, tampoco es menos cierto que las entidades aún gozan de un amplio margen para estructurar en cada caso dichos elementos, lo cual en el fondo le resta validez y legitimidad al propósito con el que se ha establecido la figura de la selección objetiva en detrimento de la autonomía de la voluntad como pilar rector del mundo de los contratos y la teoría general de los negocios jurídicos.

Finalmente, no resta decir que el desarrollo de las funciones de los entes de control, así como la constante autoevaluación por parte de las entidades públicas contratantes, será el eje que permita materializar

en debida forma la restricción que la selección objetiva representa a la autonomía de la voluntad en los procesos de contratación estatal de cara a la formación del contrato administrativo, representando así su validez y legitimación que de manera deontológica ha sido fijada por el marco jurídico aplicable a esta actuación administrativa.

## REFERENCIAS

- Amaya, C. (2016). De las potestades excepcionales en la contratación estatal colombiana ¿Instrumentos para la defensa del interés general o superposición de la administración? *Revista Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, VII(14), 187-208.
- Amaya, C., Hernández, L., y Méndez, Z. (2017). La corrupción en la contratación estatal: ¿entre la etiqueta y la acción social? *Revista de Derecho Público*, (87), 7-31. <https://doi.org/10.5354/0719-5249.2017.47242>
- Amaya, C., y Patiño, M. (2017). *La contratación administrativa en el marco de principios optimizadores de la función administrativa el modelo colombiano y argentino*. Balti, República de Moldavia: Publicia.
- Angarita, R., Delgado, M., y Reyes, L. (s.f.). *Características del sistema de contratación estatal en Colombia*. Tesis de Especialización, Universidad Libre de Colombia, Especialización en Contratación Estatal, Cúcuta.
- Balbín, C. (2014). *Manual de derecho administrativo (segunda edición actualizada y ampliada)*. Buenos Aires: La Ley.
- Cassagne, J. (2004). Características principales del régimen de contrataciones de la administración nacional. *Revista Derecho Administrativo*, (49), 701-719.
- Cassagne, J. (2009). *El contrato administrativo* (3a ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Castro, C., García, L., y Martínez, J. (2010). *La contratación estatal: Teoría general. Perspectiva y regulación internacional*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Cerra, E. (2017). De la autonomía de la voluntad: noción, limitaciones y vigencia. *Advocatus*, 14(29), 179-190.
- Chaves, J. (2010). La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización a través de subasta inversa. *Vniversitas*, (120) Vol 59, 125-140.
- Expósito, J. (2003). *La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fandiño, J. (2012). *Modalidades de selección en el contrato estatal*. Bogotá: Leyer.
- Fandiño, J. (2014). *La contratación estatal*. Bogotá: Leyer.

- Hernández, K. (2012). El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones. *Revista Jurídica de Investigaciones e Innovación Educativa*, (6), 27-46.
- Mantilla, C. (2014). Importancia del principio de selección objetiva del contratista en el procedimiento de licitación pública en Colombia. *Principia Iuris*, Vol 22 (22), 141-161.
- Matallana, E. (2012). *Manual de contratación de la administración pública reforma de la Ley 80 de 1993* (3a ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Miranda, M. (2016). La regla o el principio de la selección objetiva en la contratación pública colombiana. *Verba Iuris*, 11(35), 65-84. <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.35.6>
- Naranjo, V. (2010). *Teoría constitucional e instituciones políticas* (11a ed.). Bogotá: Temis.
- Navarro, A. y Rivera, A. (2001). *Instituciones del derecho privado en la contratación estatal*. Tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá.
- Palacio, M. (2004). Cláusulas Excepcionales. *Revista de Derecho Público*, (17), 101-110.
- Palacio, J. (2014). *La contratación de las entidades estatales* (7a ed.). Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Relatoría Corte Constitucional. (2013). Sentencia C-934-13, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla, Bogotá.
- Rodríguez, M. (2013). *Los contratos estatales en Colombia*. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Rodríguez, L. (2015). *Los principios de selección objetiva y subsanabilidad en la contratación estatal: un estudio sobre la interpretación del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y normas concordantes a fin de procurar una adecuada evaluación de la oferta*. Tesis de grado, Universidad Católica de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá.
- Suárez, G. (2014). *Estudios de derecho contractual público*. Bogotá: Legis - Pontificia Universidad Javeriana.
- Wagner de Tizon, C. (2011). *Limitaciones a la autonomía de la voluntad*. Tesis Doctoral, Universidad del Litoral, Facultad de Derecho, Santa Fe.
- Yong, S. (2013). *El contrato estatal: en el contexto de la nueva legislación* (3a ed.). Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

## **LAS ADJUDICACIONES DE TIERRAS Y LA NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS A LA LUZ DE LA LEY DE VÍCTIMAS Y RESTITUCIÓN DE TIERRAS Y SU JURISPRUDENCIA**

Elisa M. Martín Peré\*

Recibido: Abril 14 del 2020

Aprobado: Junio 23 del 2020

### **RESUMEN:**

El presente artículo analiza la normativa y las prácticas en las adjudicaciones de tierras, así como la jurisprudencia de restitución en su competencia para ordenar adjudicaciones y anular actos administrativos, en el marco de la justicia transicional, que tiene carácter extraordinario y temporal. El análisis jurisprudencial, se centra en dos municipios del departamento del Meta, región con más adjudicaciones de baldíos en el marco de la política de tierras, así como en el municipio de San Alberto, donde se llevó a cabo una fuerte política de parcelaciones. Los jueces y magistrados civiles de restitución de tierras, resuelven contextualizando el derecho y su aplicación a la problemática de la tierra con criterios históricos, superando el formalismo jurídico y flexibilizando normas administrativas. Además, armonizan el derecho ambiental con la presencia de campesinos en zonas protegidas, en aras de la efectividad de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación que asisten a las víctimas. Asimismo, los casos de nulidad de actos administrativos estudiados, y un repaso a la bibliografía, la normativa y las prácticas administrativas de tierras, muestran el grado de responsabilidad del quehacer estatal en el nivel de cumplimiento de la previsión constitucional de redistribución de la tierra en Colombia.

**Palabras clave:** adjudicaciones de tierras; nulidad de actos administrativos; baldíos; restitución de tierras; derecho ambiental.

---

\* Doctora en Derecho. Magíster en Historia. Docente de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (UNAB). Investigadora del grupo de investigación "Teoría del Derecho y Formación Jurídica". ORCID: 0000-0002-1854-8301. Correo electrónico: [emartin@unab.edu.co](mailto:emartin@unab.edu.co)

## LAND ADJUDICATIONS AND THE NULLITY OF ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS IN LIGHT OF THE VICTIMS AND LAND RESTITUTION LAW AND ITS JURISPRUDENCE

### ABSTRACT:

This article analyzes land adjudication regulations and practices, as well as the jurisprudence of restitution in its competency to order adjudications and nullify administrative proceedings in the framework of transitional justice, which has an extraordinary and temporary nature. The jurisprudential analysis is focused on two municipalities in the Department of Meta, the region with the most vacant lot adjudications in the framework of land policies, and the municipality of San Alberto, where a strong parceling policy was carried out. Civil land restitution judges and magistrates resolve by contextualizing the right and its application to the land problem with historical criteria, overcoming legal formalism and making administrative regulations more flexible. In addition, they harmonize environmental law with the presence of farmers in protected areas for the sake of the effectiveness of victims' rights to truth, justice and reparation. Moreover, studied cases of the nullity of administrative proceedings, a bibliographical review, regulations and administrative land practices show the degree of Government work's responsibility in terms of compliance with the constitutional provision of land redistribution in Colombia.

**Keywords:** Land adjudication; nullity of administrative proceedings; vacant lots; land restitution; environmental law.

### INTRODUCCIÓN

La Ley de Víctimas y Restitución de Tierras No. 1448/2011, prevé en su artículo 72 adjudicar bienes baldíos en favor de aquellos peticionarios que explotaron económicamente el bien, bajo las condiciones previstas en la legislación ordinaria en el momento del despojo o abandono del predio. Por otro lado, el artículo 77 establece una serie de presunciones de que ha habido despojo, entre las que figura el despojo administrativo.

Así, la jurisdicción civil especializada de tierras creada ad hoc en el marco de la justicia transicional, tiene competencias tanto para adjudicar tierras, como para cuestionar la validez y eficacia de algunos actos y actuaciones administrativas sobre adjudicaciones realizadas durante el conflicto armado, por despojo administrativo.

La excepcionalidad de esta normativa y jurisdicción, que resuelve cuestiones administrativas sin pertenecer a dicha rama, se basa en el

carácter de derecho fundamental de la restitución y la figura del juez de restitución como juez constitucional. Esta política trata de superar una etapa de masivas violaciones a los derechos humanos, restituyendo a las víctimas en función de al menos cuatro presupuestos sobre las dinámicas históricas de la apropiación de la tierra y su distribución, así como la incidencia del conflicto armado en dicho fenómeno:

- Desigualdad histórica en el acceso a la tierra. La desigualdad y concentración de la tierra es tal, que el 0,4% de la población posee el 46% de la tierra (DANE, 2014).
- Despojo de tierras o abandono masivo durante el conflicto armado, en muchos casos debido a la informalidad e inseguridad en su tenencia, estimada en un 40-50% en el año 2012 (UPRA, 2014, p. 18).
- Las víctimas del conflicto armado y el despojo o abandono de tierras son principalmente campesinos que han sido desplazados forzosamente. Los campesinos son sujetos de protección especial por su condición histórica de vulnerabilidad y marginalidad, y las políticas agrarias deben configurarse en favor de estos, por cuestiones de sostenibilidad humana, social, alimentaria, cultural y de democracia económica (STC C-077/2017).
- Por tanto, la ley pretendería superar esta problemática con la formalización y/o restitución material de la propiedad a las víctimas, cumpliendo con las previsiones constitucionales de la función social de la propiedad, o la democratización en el acceso a la tierra de los más vulnerables (artículos 58 y siguientes de la Constitución Política).
- En cuarto lugar, como se considera que el despojo ha sido tanto material como jurídico, la ley intenta enfrentar el despojo jurídico de tipo administrativo producido a través de actos como revocatorias de adjudicación de predios y readjudicación a victimarios, adjudicaciones sin fundamentos legales o con irregularidades en zonas de colonización o frontera (sin la debida notificación, la firma, con enmendaduras o sin ejecutorias; sin la inscripción de la prohibición de enajenar dentro del régimen parcelario, o falta de claridad en las autorizaciones para la venta dadas por el Incora, posteriormente denominado Incoder) (CNMH, 2009). Este tipo de despojo y otras formas de apropiación fraudulenta, se han producido en el marco de un Estado caracterizado por su poca capacidad de regulación en las zonas de colonización, que actúa presuntamente a través de redes clientelistas, interesadas en captar recursos, así como unas agencias poco competentes o interesadas en controlar el acceso y tenencia de la tierra y el territorio (CNMH, 2016, p. 317).

Así, de esta última premisa deriva la presunción de que algunos actos administrativos se presumen ilegales, entre otras presunciones previstas, y el juez o magistrado puede decretar la nulidad de los mismos (art. 77.3). De no ser por el carácter excepcional de la coyuntura derivada del conflicto armado, podríamos plantear que esta presunción choca frente a la presunción de legalidad expresada en el art. 88 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA o Ley 1437/2011, que presume legales los actos administrativos hasta que la jurisdicción contencioso administrativa no resuelva lo contrario. Por tanto, se podría entender que la Ley 1448 vulnera la teoría del acto administrativo, además del artículo 135 y siguientes del CPACA, que establecen los medios de control jurisdiccional de la actividad administrativa. Además de alterar el principio de legalidad, se altera el principio al debido proceso administrativo o el procedimiento y autoridad judicial competente para resolver asuntos relacionados con suspensión o nulidad de actos administrativos, que tal como establece la Constitución en su artículo 236 y siguientes, es la rama contencioso administrativa. Asimismo, el CPACA en el artículo 104 expresa que son de su competencia los litigios y controversias sujetos al derecho administrativo.

Tal como plantea Betancur (2015) sobre acciones como la tutela o la vía popular o de grupo, podríamos decir que hoy en día la jurisdicción administrativa se encuentra en un proceso de supresión de ciertas competencias, donde "... principios de rango constitucional como los de cosa juzgada, seguridad jurídica y estabilidad de las situaciones jurídicas pasaron... a un segundo plano..." (p. 51). En este caso serían las competencias en materia de adjudicación de tierras y de nulidad de actos administrativos, que se asumen por esta jurisdicción especial porque es prioridad del ordenamiento jurídico la defensa y garantía de los derechos de las víctimas del conflicto armado. Así, la restitución forma parte de aquellos mecanismos judiciales que junto con otros extrajudiciales, se adoptan de forma temporal y excepcional, con la finalidad de superar etapas de masiva violencia o conflicto armado en un país, en aras de impulsar la paz. Durante esta transición, debe garantizarse el acceso a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas del conflicto armado, acordando medidas de reparación, como son la restitución, la indemnización, la satisfacción, la rehabilitación, y las garantías de no repetición.

La Ley 1448 incorpora un sistema mixto con una etapa administrativa y judicial, y dedica los capítulos II y III a la medida de restitución, con posterior desarrollo en el Decreto 4829 de 2011 de 20 de diciembre. Es en la fase judicial, donde los jueces especiales civiles de restitución pueden ordenar al órgano administrativo competente que proceda a adjudicar un baldío o formalizar el vínculo jurídico de un particular con un bien

parcelado y adjudicado por el Estado, así como declarar la nulidad de ciertos actos administrativos.

La acción de restitución es una acción constitucional, y en el procedimiento judicial se aplican, como veremos, reglas y normas de diversas ramas del derecho, con una visión axiológica y finalista que busca superar el tradicional formalismo jurídico en torno a los asuntos de la tenencia de la tierra. Por ello, la interpretación de lo establecido en la normativa administrativa, civil, agraria y ambiental, se flexibiliza y articula con los principios y garantías de la justicia restaurativa, tratando de superar aquellas actuaciones inadecuadas en la gestión administrativa de las adjudicaciones de baldíos o parcelaciones durante el conflicto armado. Pero esta situación no es nueva, el acto administrativo de adjudicación de un bien baldío por el que se adquiere efectivamente un bien de la nación, o dicho de otro modo, la necesaria manifestación de la voluntad de la administración a través de una decisión, para que las personas adquieran en propiedad un bien baldío, está rodeada de diversas interpretaciones, irregularidades, y en la actualidad excepciones al procedimiento y la normativa ordinaria, a lo largo de la historia de la política de tierras en Colombia.

Es un tema complejo y de múltiples aristas, pero trataremos de abordar la cuestión de las adjudicaciones de tierras de forma general, para después realizar un análisis de estas en la actual coyuntura, a través de unos casos concretos.

## **EL ENFOQUE DISTRIBUTIVO DE LA CONSTITUCIÓN Y LA ADJUDICACIÓN DE TIERRAS**

La política de tierras forma parte de la política agraria y consta de varias modalidades de adjudicación, si bien tradicionalmente se ha desarrollado en mayor medida la adjudicación de baldíos de la nación, frente a las parcelaciones de grandes propiedades privadas para campesinos sin tierra y otros. La falta de claridad respecto a cómo se adquiere la propiedad en los casos de baldíos, ha sido objeto de debate en varias ocasiones. Inicialmente, en la segunda parte del siglo XIX y a lo largo del siglo XX se aplicó el derecho español, por el que la tierra baldía se adquiría con dos requisitos: por ocupación un determinado tiempo, y labranza o explotación económica. Después surgieron otras normas que contradijeron esta tesis, aún con el derecho indiano en vigor (Mayorga, 2002). Ello supuso que la cuestión en torno al momento originario en que se adquiría la propiedad, si por la ocupación, o más bien por el acto administrativo de adjudicación, fuera un debate abierto discutido por los propios litigantes a lo largo de décadas ante la Corte Suprema.

La Corte Suprema se había pronunciado de forma inconsistente, si bien un estudio de Lina Céspedes y otros autores (2015) sobre este asunto,

infiere que la Corte se decantó generalmente, por estimar las demandas de los campesinos desfavorecidos y colonos con la tesis de la ocupación, en el marco de un Estado con un procedimiento administrativo de adjudicaciones de tierra baldía que era complicado, y requería de un experto y costoso asesoramiento legal para tramitarlo. Entre otras cuestiones, la investigación viene a plantear que la influencia de las tesis de John Locke y Hugo Grocio sobre la propiedad, tuvieron algo que ver con que el enfoque de la ocupación y el trabajo primaran en la cultura jurídica de la época. Basándose en el historiador John Lynch y en Anthony Cussen, plantean que el pensamiento de los dos autores en América Latina se introdujo por los fundadores de las repúblicas, que eran admiradores de la Revolución francesa y americana y cuyos textos normativos tenían como referencia a dichos autores. Así, el pensamiento de Hugo Grocio influyó a Robert J. Pothier, cuyas ideas sobre la propiedad fueron reflejadas en el Código Civil Francés, el cual a su vez sirvió como ejemplo de muchos códigos en América.

Pero el debate quedó zanjado en 1994, con la Ley 160 que estableció en su artículo 65:

La propiedad de los terrenos baldíos adjudicables, sólo puede adquirirse mediante título traslativo de dominio otorgado por el Estado a través del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, o por las entidades públicas en las que delegue esta facultad.

Los ocupantes de tierras baldías, por ese solo hecho, no tienen la calidad de poseedores conforme al Código Civil, y frente a la adjudicación por el Estado sólo existe una mera expectativa.

Por tanto, en Colombia los baldíos son tierras que no pertenecen a nadie, son de la nación por dominio eminente y solamente pueden adquirirse por acto administrativo de adjudicación del bien por el Estado, a través del órgano competente, de acuerdo con lo establecido en la ley citada, el Decreto 2664 de 1994, y el Decreto 1071 de 2015, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural". Entre los requisitos para su adjudicación, figura que se demuestre la explotación económica de las dos terceras partes de la superficie que solicitan, ocupación y explotación previa no inferior a cinco años, bajos ingresos, y no ser propietario o poseedor de otras tierras.

El texto fundamental tiene un enfoque distributivo de la tierra, en aras de la realización de la consagrada función social de la propiedad. Así, la política de entrega de baldíos se sustenta en las normas constitucionales que prevén el acceso progresivo a la tierra y la creación de las condiciones necesarias para que la igualdad sea real y efectiva, pero también hay otras medidas para la democratización de la tierra, como la expropiación de propiedad privada. Hacia 1999, el Congreso empezó a limitar esta

posibilidad, reformando el artículo 58 y suprimiendo la parte final, en la que se preveía –por razones de equidad– la expropiación sin indemnización y sin posibilidad de controversia judicial al respecto. Así y todo, las expertas en el tema señalan que la expropiación con indemnización apenas se ha puesto en práctica, por cuestiones procedimentales y de requisitos pero también por fuertes presiones de los sectores dominantes en el ámbito político y económico, que la han bloqueado permanentemente (Alviar y Villegas, 2012).

En cuanto a la otra figura clásica de redistribución de la propiedad, la extinción de dominio prevista en la Ley 200/1936, en contadas ocasiones ha sido aplicada (Morales, 2005; Machado, 2009, pp. 234 y ss. y 326; CNMH, 2016, pp. 299-300). Con posterioridad, la Constitución de 1991 la condicionó para aquellos bienes obtenidos con fondos de actividades ilícitas, como el narcotráfico, que han afectado a grandes extensiones de tierra no solo por su apropiación por parte de grandes narcotraficantes, sino también porque para muchos campesinos alejados de los mercados de alimentos, es la única opción de subsistencia. Las medidas adoptadas para recuperar estos bienes y gestionarlos a través de un Banco de Tierras, con la idea de ser adjudicados a campesinos sin tierra han sido un fracaso por varios motivos: la corrupción de algunos funcionarios, la falta de capacidad sancionatoria, así como la falta de mecanismos para la reversión de tierras. De acuerdo con la Ley 160/1994, la extinción de dominio se produce también por no explotar económicamente un bien rural durante tres años<sup>1</sup>. Tanto en un supuesto como en otro, la Ley 1448/2011 de Víctimas y Restitución de Tierras prevé que los bienes rurales objeto de extinción de dominio irán destinados al fondo de tierras para víctimas restituidas que no pueden retornar a su predio.

Además de estos factores, hubo otros que contribuyeron a que se perdiese el impulso distributivo en el ámbito rural: por un lado, la Ley 160/1994 modificó la forma de entregar tierra por parte del órgano competente. La nueva modalidad consistía en otorgar créditos a los campesinos para comprar tierra, dejando dicho asunto en manos del mercado. Por otro lado, el procedimiento mixto era complejo, ineficiente y rígido. Además, se constataron graves casos de corrupción en la gestión de la distribución de tierras. Otros obstáculos han sido el formalismo y la ambigüedad del conjunto de normas aplicables, ya que de las diversas definiciones de “propiedad”, en el diseño de las políticas públicas se ha impuesto la del Código Civil, que sigue definiendo a la propiedad como derecho exclusivo, perpetuo y absoluto, basado en el título principalmente.

---

1 Esta figura ha sido desarrollada por la Ley 333/1996, después por la Ley 793 de 2002 y en la actualidad por el Código de Extinción de Dominio, aprobado por la Ley 1708 de 2014. El Código recopila las leyes y jurisprudencia sobre la extinción de dominio, y modifica algunos aspectos procedimentales. Estos cambios se han producido entre otras causas para superar las dificultades surgidas en la aplicación de esta figura en el contexto de la Ley de Justicia y Paz del año 2005 y el cuestionado proceso de desmovilización de grupos paramilitares.

En la actualidad hay de nuevo un debate en torno a los baldíos, concretamente si estos pueden ser adquiridos por prescripción adquisitiva, asunto pendiente de resolver por la Corte Constitucional tal como explicaremos al final del siguiente apartado.

En cuanto a la normativa actual, desde el año 2011 los principales cambios legales en materia agraria han sido la Ley de Restitución de Tierras, la creación de la Agencia Nacional de Tierras (ANAT), la polémica Ley Zidres, y el impulso a una serie de mecanismos que intentan superar los escollos que han habido en la aplicación de la Ley de 1994 y sobre todo su gestión, por las irregularidades ya señaladas. Respecto a lo previsto en los Acuerdos de Paz, el punto 1 establece una ruta de acción desde la perspectiva de una reforma rural integral, a partir de planes de desarrollo con enfoque territorial, compatibles con la conservación ambiental y en la perspectiva de potenciar la organización comunitaria y la participación de la sociedad civil sobre los usos del suelo, pero por el momento apenas ha sido desarrollada. Hay autores que temen que si bien los acuerdos permiten abordar cuestiones fundamentales sobre ordenación y usos del territorio y participación ciudadana, estos espacios sean aprovechados para revertir ciertos procesos y normas de protección ambiental (Ortiz y otros, 2019, p. 133). De hecho, varias organizaciones han cuestionado el proyecto de Ley 003/2018 que modifica la Ley 160, por considerar que obstaculiza procedimientos redistributivos establecidos en los acuerdos al modificar la extinción de dominio, y reduce los baldíos adjudicables para campesinos, afrodescendientes e indígenas, en favor del desarrollo agroindustrial, minero-energético y de infraestructuras (Corporación Grupo Semillas, 2018).

Por último, la Ley 1448/2011 de Víctimas y Restitución de Tierras, prevé la restitución de tierras a ocupantes de baldíos formalizando jurídicamente la situación del ocupante y convirtiéndolo en propietario, aunque no se cumplan estrictamente los requisitos de tiempo y explotación previstos en la Ley 160. Mediante una flexibilización de los requisitos respecto al procedimiento administrativo ordinario de adjudicación de baldíos, una víctima del conflicto armado que abandonó o le despojaron el bien que ocupaba, puede obtener una sentencia que le restituya el bien ocupado en su día. De hecho, hasta febrero del 2017 la ANAT ha recibido 640 órdenes de adjudicación de baldíos por los jueces de restitución del país (ANAT, 2017).

## **LAS PRÁCTICAS EN LA POLÍTICA DE TIERRAS**

Absalón Machado (2009, p. 14) considera que la política de tierras ha sido casuística en torno a intereses de particulares, y no ha habido una política pública a largo plazo como proyecto nacional; más bien se ha potenciado cierto tipo de proyectos de desarrollo para beneficio de unos pocos, lo cual en cierto modo explica la permanencia de los conflictos en la cuestión agraria.

A pesar del desajuste entre la vocación del suelo y su uso, pues la mayor parte del suelo para agricultura está destinado a ganadería, los diferentes gobiernos han impulsado la entrega de tierra pública, en lugar de redistribuir grandes propiedades o latifundios de zonas productivas y reordenar el territorio. Por otro lado, la frontera agrícola permanentemente abierta durante el siglo XX, ha sido ampliada por la colonización de grandes extensiones de baldíos, en regiones sin presencia estatal, a lo largo de las diversas etapas de expulsión de población causadas por la violencia política y social del país. Por ello, las causas de que el “problema de la tierra” se encuentre principalmente en las zonas de baldíos, son la violencia estructural y la inequidad del país, junto con la violencia directa ejercida por diversos actores armados<sup>2</sup>.

Las prácticas corruptas y clientelares del aparato administrativo del Estado han derivado en graves irregularidades en las adjudicaciones de baldíos, con la connivencia de notarios, registradores y otros operadores jurídicos, además de políticos, vinculados a la apropiación irregular de tierras (CNMH, 2016, pp. 298, 307, 323, 637). Por otro lado, el desconocimiento sobre la cantidad de tierra baldía de la nación que queda en Colombia, se debe en parte a la falta de seguimiento y control del devenir de los predios por la entidad encargada de las adjudicaciones. También se debe a que hay una deficiencia generalizada de información sistematizada sobre tierras, ausencia de inventario y falta de datos del catastro y el registro, dejadez administrativa que ha sido interpelada por la Corte Constitucional varias veces, desde que dictó la orden de crear un censo de baldíos, en la sentencia T-488 de 2014.

Estas deficiencias en el quehacer estatal, añaden al problema una dinámica de apropiación de baldíos “de facto” por parte de varios actores, sin pasar por el procedimiento administrativo establecido. Ello conlleva a que el caos y desconocimiento sobre qué tierra es privada o pública, sea todavía mayor. La apropiación de baldíos por grandes hacendados y empresarios a costa del trabajo del colono en el siglo XIX y principios del XX, ha sido documentada por varios autores (Legrand, 1988; Valencia, 1991; Tovar, 1997; Escobar, 2013). Para resumir el proceso, Hermes Tovar denominaba la “ley de 3 pasos” a la mecánica general de apropiación de tierra baldía de los colonos sin títulos, por parte de empresarios y hacendados:

- Entrada de colonos al monte, para talar y ponerlo a producir.
- Negociación de estos terrenos trabajados con agricultores locales con recursos, que van acumulando lotes.

---

2 Se ha escrito mucho sobre la conflictividad en torno a la tierra en Colombia desde diversos enfoques, temporalidades y disciplinas, tratando temas como la política agraria, la colonización, la violencia y el agro o el movimiento campesino. Entre ellos destacaríamos, además de los textos o autores ya expresamente citados a Hermes Tovar, Germán Colmenares, Catherine Legrand, Gonzalo Sánchez, Darío Fajardo, Alejandro Reyes Posada, Marco Palacios, Elsy Marulanda, Alfredo Molano o León Zamosc.

- Barrida que hace el latifundista al llegar a la región con títulos o con "...agentes y dinero que imponen la voluntad del patrón de hacer una hacienda, complementada por elementos locales como el intermediario y el tendero" (Fals Borda, 1979, pp. 49-50).

En ocasiones, se transmitían a empresas petroleras meras expectativas del dominio de un bien baldío que estaba en trámite por el colono (Notaría Segunda de Bucaramanga, 1962). Ni siquiera esperaban a que el campesino tuviera el título de adjudicación del bien, sino que independientemente de que al final la resolución administrativa lo otorgara, este se transmitía y ya quedaba incorporado al mercado de tierras. Otra práctica de apropiación de baldíos ocupados por colonos, se realizaba a través de contratos de trabajo vinculando a varios colonos para que explotaran terrenos baldíos no colindantes. Al cabo de unos años, las mejoras o cultivos realizados sobre la tierra eran entregados al empresario o particular, que solicitaba la adjudicación de todas las zonas mejoradas como un baldío, incluyendo los baldíos intermedios todavía existentes, pues al no estar registrados, no se advertía la inexactitud de lo solicitado (Arias, 2008, p. 51). Otras prácticas de concentración de la propiedad, se llevaron a cabo mediante ventas simuladas entre familiares, que ampliaban los linderos de sus propiedades incluyendo baldíos aledaños, en cada nueva compraventa, hasta conformar verdaderas haciendas sobre terrenos baldíos (Ramírez, 2012).

Estas lógicas de apropiación, se deben en parte a la falta de apoyo estatal, sin la que el campesino no puede impulsar proyecto productivo alguno. La falta de créditos y ayudas, han abocado en muchas ocasiones al campesino o al colono a abandonar terrenos ya cultivados, donde realizaron la dura faena de descuajar selva para preparar el terreno, en zonas aisladas, diezmadas de enfermedades y mosquitos, "... de manera que todo su esfuerzo, toda su lucha ha sido en beneficio de una clase privilegiada... hasta que enfermo y sin recursos opta por abandonar lo que constituyó para él una esperanza" (Vanguardia Liberal, 1941, p. 4)<sup>3</sup>.

Respecto a las últimas décadas, los datos de apropiación de baldíos arrojan la sospecha de unas 370.000 hectáreas de bienes adquiridos por prescripción adquisitiva entre los años 1991 a 2015, en determinados departamentos, juzgados y años, principalmente sobre baldíos mayores de 200 hectáreas, por la mala gestión y corrupción del órgano competente. Tal como adelantábamos, la Corte Constitucional está revisando esta situación con la finalidad de que se aclare que los baldíos únicamente se adquieren por adjudicación administrativa, y en su caso recuperar los que se adquirieron por la vía ilegal de la prescripción adquisitiva.

---

3 Declaraciones de un colono de la zona selvática del Carare, explicando las dificultades de miles de colonos en la zona, en el departamento de Santander.

Colectivos de abogados, señalan la falta de voluntad política para superar las masivas irregularidades administrativas, así como intentos de evitar su aclaración con nuevos proyectos de ley y reformas, cuando los baldíos son imprescriptibles según la normativa desde 1882, y como reafirma el artículo 63 de la Constitución Política<sup>4</sup>.

## **JURISPRUDENCIA DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS SOBRE ADJUDICACIONES DE BALDÍOS Y PARCELACIONES**

Las 73 sentencias analizadas con corte a agosto de 2018, corresponden a varios municipios en los que o bien se llevó a cabo una fuerte política de parcelaciones en su día, o hay mayoritariamente tierra baldía.

Así, por un lado se ha seleccionado el municipio de San Alberto en el departamento del Cesar, para mostrar la casuística en torno a casos de parcelaciones de haciendas o grandes fincas, pues de un total de 36 sentencias, salvo en una se resuelven restituciones sobre 5 parcelaciones de fincas, efectuadas por el Estado entre finales de los ochenta y los noventa del siglo pasado. Este municipio nos interesa principalmente para analizar las causas de nulidad de los actos administrativos.

Por otro lado, las sentencias de los municipios de Mapiripán y El Dorado en el departamento del Meta nos interesan como muestra de la casuística en zona de colonización reciente, donde se ha adjudicado más tierra baldía (Sánchez y Villaveces, 2015, p. 37). Se han elegido estos dos municipios porque junto con Puerto Gaitán, son los que tienen más sentencias de restitución: Mapiripán (19), El Dorado (18). Sobre el territorio de la Orinoquía ya hay casos documentados de despojo de tierras y acumulación de predios de origen baldío, por parte de empresas nacionales y multinacionales, entre los que figura por ejemplo el de la empresa Poligrow Colombia Ltda., en Mapiripán (Mesa Copartes Misereor, 2017, pp. 40-42) o un análisis del CINEP del proceso de restitución y su complejidad en el Alto de Tillavá en Puerto Gaitán (CINEP, 2016, pp. 89-136).

### **Municipio de Mapiripán**

El municipio de Mapiripán es el segundo municipio del Meta con más sentencias de restitución de tierras, las cuales fueron dictadas entre los meses de febrero de 2016 y julio de 2017. Todas resuelven casos de bienes urbanos baldíos, reconociendo en su mayoría el derecho a la restitución del solicitante –principalmente mujeres<sup>5</sup>–, si bien se opta por

4 Intervenciones de la Comisión Colombiana de Juristas y de Dejusticia en la audiencia pública convocada por el Auto 708 de 2018 de la Corte Constitucional, celebrada el 7 de febrero de 2019 sobre clarificación de baldíos.

5 La sentencia Juzgado 1° de Villavicencio de fecha 7 de abril de 2016 y la sentencia del Tribunal Superior de Restitución de Bogotá de 28 de abril de 2016 dedican un apartado a explicar y aplicar el enfoque diferencial de la mujer propietaria, señalando su vulnerabilidad y la discriminación sufrida históricamente en su acceso a la propiedad.

la compensación por equivalente en 10 casos, frente a menos cantidad de restituciones materiales. Las compensaciones se ordenan principalmente porque la víctima tiene temor a retornar y hay en el predio un segundo ocupante de buena fe exenta de culpa. Por otro lado, hay unas 7 negaciones de restitución, si bien alguna ha sido revocada con posterioridad.

Todas las peticiones se enmarcan en el contexto de violencia acaecido en 1997, cuando, de acuerdo con lo relatado en las sentencias, el 70% de la población de Mapiripán se vio obligada a desplazarse, como consecuencia de la incursión de grupos paramilitares que provocaron graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario en la zona, con masacres, descuartizamientos, y combates entre diferentes actores armados. Las causas del conflicto armado en esta zona se deben a la relación entre bienes baldíos, procesos de colonización y procesos de concentración improductiva de tierras, así como la condición histórica de vulnerabilidad del campesino, tradicionalmente discriminado y abandonado.

El juez de restitución, como gestor de paz que es, resuelve esta situación conciliando argumentos jurídicos con argumentos históricos o de contexto, con el fin de lograr una justicia efectiva. De la revisión de la jurisprudencia seleccionada, se deduce que los jueces y magistrados, además de sumar argumentos históricos a los argumentos jurídicos, apelan a legislación internacional, nacional y a la jurisprudencia de derechos humanos, con el fin de reforzar la tesis de la preponderancia de los derechos de las víctimas frente a otros sujetos, intereses o incluso la seguridad jurídica de actuaciones anteriores, por ser imperio de la ley, inculcar respeto a los derechos humanos y ser un elemento indispensable para lograr la paz (Jzdo. 2° Villavicencio de 25 de febrero de 2016). Así, la paz y los derechos humanos son los elementos que legitiman y justifican la intervención, con carácter excepcional, de estos tribunales y juzgados en la materia. En esta labor judicial, también se aclaran competencias administrativas de adjudicaciones de baldíos (STSJB de 30 de septiembre de 2016) y al menos en 8 sentencias se pondera normativa de baldíos y normativa agraria, bajo los parámetros del principio pro homine, por el que las normas deben invocarse e interpretarse de forma que favorezca a la víctima.

Por ejemplo, uno de los temas que se abordan con mayor amplitud, es la pertinencia de aplicar la Ley 137/1959, o en su caso tener en cuenta lo previsto en la Ley 388/1997 y otras disposiciones: tras el desplazamiento masivo, hubo repoblamiento de la cabecera municipal de Mapiripán y hay gran confusión sobre la tenencia de los predios, por lo que en muchos casos hay que aclarar si la ocupación del bien baldío urbano en su día vincula jurídicamente al peticionario de la restitución o por el contrario,

debería negarse por no existir dicho vínculo. Por otro lado, el Consejo de Estado adoptó en su día un criterio de interpretación de la Ley 137/959 –para evitar invasiones–, por el que solamente se podían adjudicar bienes baldíos urbanos por las corporaciones municipales a través de venta por un término de dos años desde la expedición de la Ley, y únicamente podían tramitarlo los propietarios de mejoras en los baldíos.

Así, la sentencia del TSB de fecha 30 de junio de 2016 analiza las leyes citadas y otras, además de algunas disposiciones reglamentarias y el Acuerdo del municipio No. 006 de 2004, para justificar su alejamiento de la línea establecida por el Consejo de Estado y estimar que, por una parte, no hay una limitación temporal de dos años en cuanto a la posibilidad de que alguien que ocupara un baldío urbano tuviera el derecho o la expectativa de solicitar su adjudicación al ayuntamiento; por otra parte, deduce que de la normativa estudiada tampoco se permite solamente solicitar la adjudicación a los propietarios de mejoras en los predios. Dicho cambio de criterio y distanciamiento del concepto emitido por el Consejo de Estado, es motivado por el Tribunal en virtud del Estado Social de Derecho y los principios de confianza legítima, la función social de la propiedad, el derecho a la vivienda digna, y un trato no discriminatorio respecto a otros ocupantes que con posterioridad a 1997 pudieron acceder a los bienes urbanos. Asimismo, más adelante se establece que si bien habría que aplicar la Ley de 1959 de acuerdo con la época de la ocupación del predio, y por tanto el solicitante tendría que comprarlo, se resuelve que este no pague, sino que sea una cesión gratuita, por tres motivos: la finalidad transformadora de la normatividad de restitución y concretamente la Ley 1448, la existencia de leyes posteriores a la de 1959 que establecen la gratuidad, como la Ley 9/1989, la Ley 388/1997 y la Ley 1001/2005, y por último, las elevadas edades de los solicitantes. Así, se enlaza la finalidad de la Ley con normativa ordinaria en vigor, y con la realidad de los peticionarios.

Por otro lado, se ordena al ayuntamiento que coordinadamente con las entidades de víctimas y restitución, desarrolle una estrategia para formalizar la propiedad de los restituidos y de los segundos ocupantes a los que se estime mantener en los predios ocupados actualmente, al igual que otras dos sentencias del Tribunal con misma fecha y la sentencia de fecha 18 de julio de 2016, donde se insiste en la posibilidad de gratuidad en la formalización jurídica del bien por la Corporación Municipal. La sentencia del Tribunal de 30 de septiembre del mismo año, explica de forma meridianamente clara la tesitura flexibilizadora expuesta en relación a la diferencia de criterio con el Consejo de Estado, expresando que no pueden tenerse en cuenta los criterios ordinarios de la forma de venta y si podían adquirirlo o no en la época, para resolver asuntos de restitución, porque "... se absolutiza sin más el modo previsto en disposiciones de orden legal".

En relación con la prohibición de tener más de un bien, otra sentencia del mismo tribunal de fecha 17 de noviembre de 2016<sup>6</sup>, aplica el juicio integrado, y aunque se estima que es víctima y ocupó el bien, se niega el derecho a restituir porque es propietaria de dos inmuebles, y su esposo de otro, y por tanto no es legítima adjudicataria en virtud del artículo 72 de la Ley 160/1994, que prohíbe adjudicar si se tienen otros bienes en propiedad. Por último, cabe comentar la sentencia del TSB de fecha 16 de diciembre de 2016, por la que se niega la restitución por no haber asumido las cargas o responsabilidades que la normativa imponía al ocupante del baldío en su día. Así, dice el tribunal que no se asumió la carga de construir la vivienda, responsabilidad que debe asumirse pues la función social de la propiedad, por la que tiene sentido la adjudicación de baldíos urbanos, es garantizar el derecho a la vivienda, y por tanto, aunque fuera ocupante no consolidó la relación jurídica con el bien, o esta se perdió por hechos ajenos al conflicto armado, por no registrar la resolución de adjudicación (lo cual sería un mero formalismo subsanable, pero que aunado a lo demás pesa para negar la restitución), no construir, y además ser propietario de otra vivienda.

### **Municipio de El Dorado**

En el municipio de El Dorado hay 18 sentencias dictadas entre los años 2014 a 2017. En la mayoría se estima el derecho a la restitución y se ordena la restitución material y/o jurídica, salvo en 3 casos en que se niega y uno en que se compensa. Las peticiones se realizan casi en igual proporción por hombres y mujeres. Los predios se ubican en una zona de colonización iniciada hacia la década de los 40 y 50, por parte de colonos que huían de la violencia bipartidista. Con posterioridad –según lo relatado en las sentencias– se asentaron las FARC, y después se constituyeron autodefensas privadas, habiendo enfrentamientos entre ambas y con el Ejército Nacional. Así, se produjo el abandono de los predios por presiones de los actores armados, riesgo de minas, reclutamiento forzoso y combates. Los paramilitares desplazaron zonas enteras, y hubo afectación de la parapolítica, pues algunas sentencias comentan que el paramilitarismo llegó a cooptar a la administración local y regional.

Hay unos seis casos de predios baldíos, y en otros seis se invoca la prescripción adquisitiva extraordinaria para formalizar la relación jurídica con un bien privado; en el resto solamente se restituye materialmente el bien, porque había un vínculo jurídico formalizado y no se ha perdido. La mayor parte de las tierras restituidas están afectadas por cuestiones ambientales, y en menor medida por afectación de contratos de títulos mineros.

---

6 Hay dos con la misma fecha y ponente, nos referimos a la radicada con No. 50001312100220150000501.

Respecto a los casos de terrenos baldíos, los jueces y magistrados hacen una valoración de la viabilidad de la adjudicación conforme a los requisitos establecidos en la normativa de referencia, esto es, la Ley 160/1994 y las actuales disposiciones especiales, como el artículo 74.5 de la Ley 1448 o el concepto de justicia transicional, entre otras que veremos a continuación, con el fin de flexibilizar los requisitos y facilitar el acceso a la propiedad. Así por ejemplo, en la sentencia del Juzgado 2° del Circuito Civil Especializado de Tierras de Villavicencio de 9 de febrero de 2016, se ordena la formalización del vínculo sobre un baldío cuya solicitud había sido rechazada por el antiguo órgano competente en el año 2012, por estar sobre el Área de Afectación Distrito de Manejo de la Macarena. Tras citarse en la sentencia el artículo 675 del Código Civil, que define a los bienes baldíos como “todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales carecen de dueño”, y que es competencia de la nación adjudicarlos para mejorar las condiciones de vida de los que no tienen tierra y por ende de toda la sociedad, recuerda que los requisitos establecidos en la Ley 160, son:

- Explotación económica de 2/3 del predio y vocación agropecuaria.
- Haberlo ocupado por un término no superior a cinco años.
- No tener un patrimonio superior a mil salarios mínimos mensuales legales vigentes.
- No ser propietario o poseedor de otro predio rural.
- Que la adjudicación se dé dentro de los parámetros establecidos para las Unidades Agrícolas Familiares (UAF).

En cuanto a la temporalidad y extensión de la explotación, flexibiliza su exigibilidad, pues al igual que en otros casos se aplica el apartado 5 del artículo 74 de la Ley 1448, que exime de tener que cumplir con el tiempo estipulado de explotación económica, si el despojo o abandono forzado perturbaron la misma. Por otro lado, se vincula el concepto de justicia transicional, como conjunto de medidas excepcionales y coyunturales en aras de la construcción de paz, con el artículo 107 del Decreto 019 de 2012, que establece que no es necesario cumplir con el requisito de explotar casi la totalidad del predio.

También hay algún caso en que se flexibiliza el último requisito, sobre la necesidad de que el predio cumpla los parámetros de extensión previstos en la UAF. Por ejemplo, en la sentencia del Juzgado 2° de fecha 22 de abril de 2014, o la sentencia del mismo Juzgado de fecha 2 de diciembre de 2015, por la que se citan los mismos argumentos, añadiendo que en este caso no cumple con el requisito de la UAF al ser un predio de 8 hectáreas, y por tanto ser menor en extensión a lo acordado en la Resolución 041 de 1996 del Incora, por la que se establece un rango de 28 a 38 hectáreas para el municipio de El Dorado. El juzgado apela a la finalidad de la Ley 160, de redistribución de la propiedad para los más vulnerables, incorporando

el Decreto 3759 de 2009 que flexibiliza la aplicabilidad de normas sobre adjudicaciones de baldíos, así como el principio de igualdad en sentido material. A nuestro parecer esta debería haber sido la normativa invocada para resolver la falta de cumplimiento de este requisito en la sentencia del TSB de fecha 30 de septiembre de 2016, ya que cumplen con los parámetros establecidos para las UAF y el predio es de apenas 1 hectárea.

Por otro lado, destaca la cuestión ambiental en 12 sentencias. Muchos de los predios solicitados están en lugares protegidos, como la zona denominada Área de Manejo Especial de la Macarena (AMEM), creada en virtud del Decreto 1989 de 1989 para regular las actividades humanas permitidas y no afectar la estabilidad ecológica del territorio. Dentro del mismo, se implementó el Distrito de Manejo Integrado de Recursos Renovables del Ariari - Guayabero, también colonizado, por lo que los jueces y magistrados deben pronunciarse respecto a esta situación, pues la restitución también es un derecho fundamental.

En este contexto, en el Juzgado 2° la sentencia de fecha 22 de abril de 2014 apela a la Carta Política y la protección ambiental, así como al Código de Recursos Naturales (Decreto 2811 de 1974), donde se reconoce al ambiente como patrimonio común y se establecen responsabilidades para su conservación. También rige en la zona el Decreto 2372 de 2010 sobre el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, además del CONPES 3680 y otras disposiciones como la normativa ambiental a tener en cuenta en esta zona. En relación al predio objeto de solicitud, Cormacarena emitió un informe manifestando que el 41% del predio está inmerso en la figura de protección ambiental, pero ello no fue óbice para que el juzgado ordenara restituir y adjudicar el baldío, siempre y cuando se adoptara el plan de manejo ambiental ordenado por el ente ambiental. Ello en virtud del principio de confianza legítima que se aplica al campesino solicitante, pues siempre le ha dado a su predio una vocación agrícola y se ha generado una expectativa confiando en que el uso que le ha dado no se modificará de repente.

Además, el juzgado apela al concepto de desarrollo sostenible y la función ecológica de la propiedad como elemento de conciliación entre el derecho a explotar la tierra por el campesino por un lado, y por otro el derecho del medio ambiente a ser protegido, proponiéndose en esta y otras sentencias, como la del Juzgado 2° de 9 de febrero de 2016, la posibilidad de incluir a los restituidos en el programa de familias guardabosques, una vez adjudicado el bien. Así, se recuerda que la Corte ha establecido que el artículo 80 de la Constitución debe superar su perspectiva puramente conservacionista, armonizando el derecho al desarrollo con las restricciones normativas de protección al medio ambiente, para finalmente apelar a la necesaria interpretación teleológica y finalista de la Ley 1448, que pretende garantizar la restitución a comunidades desplazadas como mecanismo de estabilización socio-económica.

La interpretación restrictiva de la conservación de las áreas naturales protegidas, se debe a la recepción de normativa ambiental foránea, desarrollada para realidades diferentes a la colombiana, concretamente la de Estados Unidos, donde no hay espacios naturales habitados desde hace mucho tiempo por humanos, ni se da la problemática del despojo y expulsión de población hacia estos lugares. Pero también se debe a un desarrollo normativo que favorece a la economía agroindustrial en el entendido de que la economía campesina no es viable porque no saben trabajar, y además contaminan los bosques con sus prácticas tradicionales. Estos planteamientos, que conllevan a la revictimización de los campesinos, sujetos de derechos colectivos tradicionalmente abandonados, pobres y excluidos históricamente, deben ser reorientados hacia una perspectiva integral del ambiente, en la que como explica Mesa Cuadros, entendemos los ecosistemas como espacios integrados por naturaleza y humanos, siguiendo la ruta de acción integral propuesta en el punto 1 de los Acuerdos de Paz, de cierre de la frontera agrícola (Mesa y otros, 2019, pp. 177-193).

En la restitución judicial de tierras, las propuestas de conciliación de ambos derechos son variadas. Algunos fallos ordenan al órgano competente en materia ambiental que diseñe planes de manejo integral de conservaciones de bosques y cobertura vegetal para estos predios, y si lo considera necesario sustraiga una parte del predio o restrinja el derecho de propiedad de los restituidos o sus obligaciones, en virtud de la función ecológica de esta. En otros casos se ha llegado a compensar con otro bien por cuestiones ambientales y de minería, como el Juzgado 1° de Villavicencio en sentencia de fecha 3 de septiembre de 2015, que resuelve compensar al ser un Área de Manejo Especial de La Macarena y haber minerales de roca y piedra caliza en bruto en la zona con contratos de concesión, a diferencia del fallo del TSB de 20 de mayo de 2016, donde también se habla de la presencia de minas pero no se acuerda compensar.

Merece especial atención la sentencia del mismo tribunal, de fecha 30 de mayo de 2016, que ordena a la Unidad de Restitución del Meta la revisión de aquellas víctimas ocupantes de baldíos cuyas solicitudes de restitución no fueron registradas en la etapa administrativa, alegando cuestiones ambientales, por estar ubicadas en el Área de Manejo Especial de la Macarena (AMEM). El tribunal expone las dos tesis que hay sobre el conflicto entre la restitución y el ambiente, sosteniendo que estas no se contradicen, sino que su aplicación depende del caso concreto.

Así, una tesis sostiene que se deben ponderar los derechos en colisión para ver cuál es preferente, con la posibilidad de conciliar ambos derechos acudiendo a la figura de la compensación. En este punto, el Tribunal aprovecha para señalar que el Gobierno no estableció dicha posibilidad para bienes baldíos no adjudicables, pues en el Decreto 440/2016 se

establecía rechazar las solicitudes de restitución sobre terrenos baldíos que estuvieran ubicados en zonas de reserva forestal, parques nacionales naturales y regionales. Ello lleva al Tribunal a colegir que el Gobierno no tuvo en cuenta los argumentos legales y jurisprudenciales que por cuestiones históricas, y no solo constitucionales, ha mantenido la Corte Constitucional.

La otra tesis, considera que la ponderación no tiene por qué darse siempre, pues puede haber un conflicto aparente pero en realidad los derechos fundamentales no deben ser opuestos y bastaría armonizar ambos derechos. Así, no hay necesidad de contraponer ambos derechos, como se ha hecho con anterioridad desde un enfoque antropocéntrico, en el que el hombre y la naturaleza son vistos como opuestos, en lugar de complementarios. La sentencia continúa con alegatos históricos, recordando la importancia del derecho a la tierra y al territorio para los campesinos y su cultura, y el proceso de colonización vivido por muchos de ellos en el contexto del conflicto armado, cuyo origen está en el problema agrario. La sentencia contextualiza las ocupaciones de baldíos protegidos ambientalmente con más jurisprudencia de la Corte, y bibliografía, recordando que el 92% de los pobladores de La Macarena carecen de tierra formalizada, territorio ocupado como consecuencia de la búsqueda de tierras por parte de los sectores menos favorecidos de la población, víctimas de despojos, abandono de tierras y desplazamiento. El tribunal resuelve otorgando la restitución material, pero pospone la jurídica, para que el órgano ambiental y las víctimas caractericen los terrenos y se puedan determinar cuáles son las áreas de ocupación, dentro del DMI Ariari - Guayabero de la AMEM, su forma de producir y los cuidados dedicados al entorno, con la idea de reformular criterios para zonificar ambientalmente el lugar, indicar si los proyectos productivos pueden continuar y diseñar un plan o taller que eduque a los habitantes al cuidado ambiental de la zona, así como verificar si las explotaciones mineras afectan el goce efectivo del derecho a la restitución. Respecto a los títulos mineros, el tribunal defiende la tesis de la permanencia del campesino en la zona, al expresar que sería una contradicción permitir la explotación minera en una zona de protección ambiental, y no la ocupación campesina.

### **Municipio de San Alberto**

Antes de exponer los casos relevantes sobre nulidad de actos administrativos en las sentencias de este municipio, recordemos que el inciso primero del artículo 74 de la Ley 1448 de 2011 dispone el despojo:

Se entiende por despojo la acción por medio de la cual, aprovechándose de la situación de violencia, se priva arbitrariamente a una persona de su propiedad, posesión u ocupación, ya sea de hecho, mediante negocio ju-

rídico, acto administrativo, sentencia, o mediante la comisión de delitos asociados a la situación de violencia.

Asimismo, el artículo 91 establece la posibilidad de la declaratoria de nulidad de actos administrativos, entre los contenidos del fallo de la petición de restitución en su apartado m).

El municipio de San Alberto fue objeto de 5 parcelaciones en 1992. Todas están afectadas por solicitudes de restitución de antiguos parceleros. Dichas parcelaciones, tal como relata la Sentencia de San Alberto de 18 de diciembre de 2015, dictada por el TSDJ de Bogotá, tienen como origen la organización de trabajadores y sus tomas de tierras, junto con la presencia de organizaciones sindicales en torno a empresas de cultivo de palma y campesinas, que ya en la década de los 60 se manifestaban a través de huelgas conjuntas. Hacia el año 1992, en el municipio incrementaron su peso electoral movimientos de izquierda como el M-19 o Unión Patriótica (UP), lo cual fue un elemento desencadenante de violencia política en la zona. Si bien hubo guerrillas desde la década de los 80, en la década siguiente se redujo su presencia, por la intervención de la fuerza pública y grupos paramilitares.

Entre los años 1987 y 1992, se ocuparon los predios La Carolina (El Tesoro), Tokio, Los Cedros y 7 de agosto. Los predios La Carolina y Los Cedros se parcelaron como consecuencia de acciones impulsadas por campesinos de la organización campesina ANUC-UR y por la UP. En el caso de Los Cedros, hubo intervención del ejército y varias medidas violentas contra los invasores, pero finalmente el propietario negoció con el Incora y en 1992 se titularon 25 parcelas repartidas por sorteo, con una extensión de entre las 19 y las 21 hectáreas. Más adelante, hacia 1994 los parceleros se convirtieron en objetivo militar para el líder paramilitar de la zona, que los vinculaba con la guerrilla, produciéndose amenazas, asesinatos y masacres en algunas de las parcelaciones.

La adjudicación de las parcelas se llevó a cabo mediante venta, con las condiciones de la Ley 160/1994. La mayoría de las sentencias comentan irregularidades en torno a los procedimientos administrativos durante la etapa posterior, cuando se produjo el abandono o despojo de estas, y se readjudicaron a otras familias. Por ejemplo, en muchos casos no ha aparecido la supuesta revocación de la adjudicación de la parcela en el expediente administrativo, trámite necesario para su posterior readjudicación a otro particular.

Así, el TSDJ de Cartagena, Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras, dictó una sentencia el 30 de noviembre de 2015 sobre una solicitud colectiva de restitución de 11 predios en Los Cedros, de las que solamente se estimaron 3 peticiones, declarándose la nulidad de

la revocatoria y de las readjudicaciones. En estas, hay constancia del abandono de los predios por amenazas de muerte, como por ejemplo con la adjudicación de la parcela El Desespero en 1995 y el posterior despojo jurídico mediante Resolución del Incora –poco más de un año después–, en la que se dispuso la revocatoria de adjudicación de los títulos de los parceleros, hoy solicitantes de restitución. En las peticiones que se estimaron: Limoncito, Buenos Aires y la otra parcela señalada, las resoluciones del Incora motivaban la readjudicación alegando que los parceleros iniciales habían presentado escrito renunciando, conforme al artículo 73 del Decreto 01 de 1984<sup>7</sup>, si bien en los archivos del Incoder - Dirección Territorial Cesar, no hay documento alguno que constate algún trámite sobre dichos predios. Ni siquiera se encuentra la solicitud de adjudicación de tierras hecha en su día, sino actuaciones unilaterales del Incora, que mediante un acto administrativo adoptó dos decisiones a la vez: la revocatoria de adjudicación y la readjudicación de la misma. Solo se notificó a los nuevos adjudicatarios, lo cual atenta –dice la sentencia– contra el principio de publicidad y contra la ejecutoria del citado instrumento público, ya que eran oponibles por los primeros adjudicatarios y era deber de la administración notificarles su contenido.

Por tanto, se ponen de manifiesto graves irregularidades de la actuación administrativa, como la ausencia de documentos en el expediente, que acrediten la solicitud o la constancia de la notificación de la readjudicación posterior a otras personas, así como la falta de constancia de que esta se hiciera con el consentimiento libre, expreso y por escrito del parcelero inicial, tal como establece la ley. Por todo lo expuesto, el Tribunal procedió a declarar la nulidad de las resoluciones comentadas.

Otro ejemplo de nulidades de actos administrativos es el de la sentencia de 28 abril de 2015 del TSDJ de Cartagena, Sala Civil Especializada en restitución de tierras, sobre una parcela ubicada en La Carolina. Si bien el tribunal expone que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad, no puede dejar de constatar que hay irregularidades en el expediente y la resolución administrativa de 1995 sobre otra revocatoria de adjudicación de parcelación, pues no hay prueba de la supuesta petición de revocatoria, y previamente se había autorizado a la parcelera

---

7 El artículo 73 regulaba la revocatoria de actos de carácter particular y concreto: “Revocación de actos de carácter particular y concreto. Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular”. También apela al artículo 72 de la Ley 160/1994 sobre revocaciones: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, el INCORA podrá revocar directamente, en cualquier tiempo, las resoluciones de adjudicación de tierras baldías proferidas con violación a lo establecido en las normas legales o reglamentarias vigentes sobre baldíos. En este caso no se exigirá el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. En lo demás, el procedimiento de revocación se surtirá con arreglo a las prescripciones del Código de lo Confencioso Administrativo”.

la enajenación del terreno, acto que tampoco fue notificado y sin embargo consta como ejecutoriado.

En cambio, en la sentencia de 21 mayo de 2015 dictada por el mismo tribunal, se declaran “inexistentes” los actos administrativos (en lugar de declarar adecuadamente la nulidad de los mismos por irregularidades), debido o bien a la falta de consentimiento, o a no haberlos notificado.

La sentencia de 16 julio de 2015, del TSDJ de Antioquia, Sala Tercera Civil Especializada en Restitución de Tierras, resuelve también sobre dos parcelas de La Carolina. En este caso se adjudicó en 1990 un predio de la parcelación, que fue abandonado como consecuencia del conflicto armado. En 1995, el Incora declaró la caducidad administrativa de la adjudicación. Inquirida dicha entidad sobre los motivos de dicho acto en el proceso judicial, esta manifestó no tener archivo del predio en cuestión, aportando las resoluciones, cuyos anexos dieron algo de luz al Tribunal. Hay documentos sin fecha en los que se manifiesta que tras visitar el predio y constatar que está abandonado, se propone adjudicar la parcela. De forma contradictoria, el siguiente documento dice que vive un hijo pero que la comunidad no quiere que este se vincule, por lo que se propone por el funcionario adelantar caducidad administrativa para abrir inscripción de nuevos aspirantes a adjudicar.

La resolución de caducidad de 1995 no fue notificada personalmente al accionante sino que se notificó por edicto en Bucaramanga, razonándose en la motivación de la misma que los adjudicatarios habían incurrido en las causales de caducidad previstas en los numerales 1 y 3 del artículo 20 del Acuerdo 022 de noviembre de 1994 dictado por la Junta Directiva del Incora. Con posterioridad, se adjudicó la parcela en mayo de 1995 – señalando el tribunal nuevos elementos de análisis de las ilegalidades–, pues se readjudicó sin los requisitos establecidos, al no estar explotado sino abandonado.

Así, el tribunal considera que ha habido despojo administrativo y declara la nulidad de todos los actos administrativos, pues el Incora declaró unilateralmente la caducidad de la adjudicación alegando incumplimiento de los parceleros de las obligaciones contraídas y abandono del predio por más de 30 días, argumentando que no habían avisado ni solicitado autorización o tener una justa causa, cuando lo sucedido es que la administración no investigó o indagó para saber el motivo del abandono, que no fue otro que el desplazamiento forzado. Es irrazonable esperar una solicitud de autorización en semejantes circunstancias y aún más sin poner en su conocimiento el inicio del expediente de caducidad. Por ende, este predio es área de potencial explotación de hidrocarburos por Loh Energy sucursal Colombia, si bien se considera que no hay riesgo de interferencia por explotación y exploración, pero así y todo se establece

el deber de concertar cualquier actuación con la víctima y comunicarlo al órgano judicial en su caso.

En la misma línea de reproche hacia el extinto Incoder, la sentencia de 21 de agosto de 2015 del TSDJ de Cartagena declara también la nulidad de la resolución de revocación de adjudicación y cuestiona la pasividad del órgano competente en materia de adjudicaciones, por conocer apresuradas ventas de parcelas por los parceleros y no tener la iniciativa de verificar la causa de las mismas. También es un predio afectado por contratos de hidrocarburos y se ordena a la ANH revisar los contratos para que estos no afecten a la explotación agrícola del predio. Igualmente las sentencias de 26 de enero de 2016 y 16 de febrero de 2016 del mismo tribunal declararon la nulidad de actos administrativos sobre situaciones muy similares.

## **A MODO DE CONCLUSIÓN**

Los jueces y tribunales civiles especializados de restitución de tierras inciden sobre actuaciones administrativas de adjudicaciones de tierras, al anular actos administrativos que adjudicaron o readjudicaron predios, por ser actos ilegales y haber irregularidades fruto de una mala praxis de la administración, que no investigó lo suficiente el abandono o las ventas apresuradas de los campesinos, o procedió a dictar actos administrativos revocatorios o de caducidad por su cuenta, por intereses de otros particulares. También ordenan la adjudicación de baldíos en zonas donde la administración competente quizás no hubiera adjudicado por cuestiones ambientales, en virtud de una conciliación entre el derecho ambiental y el derecho a la tierra y al territorio del campesino, que supera tanto el horizonte antropocéntrico y dualista individuo versus naturaleza, como el meramente conservacionista.

Igualmente, con argumentos históricos y no solo legales, atienden la situación de desplazamiento y reasentamientos acaecidos con ocasión del conflicto armado, frente a la gran confusión sobre la tenencia de la tierra en algunas zonas, reinterpretando o resolviendo contrariamente a lo establecido por el Consejo de Estado o flexibilizando normas administrativas, agrarias y ambientales e invocando normas civiles y de derechos humanos, en virtud del principio pro homine.

Así, reconociendo el derecho de restitución como una medida de reparación integral a víctimas, interpretan de forma flexible y con un horizonte teleológico las normas ordinarias y extraordinarias relativas a la adjudicación de tierras, tanto de baldíos urbanos como rurales, así como ordenan a entidades públicas diversas acciones para garantizar la efectividad de las medidas ordenadas, al igual que realizan un análisis casuístico comparativo entre casos, o evalúan el pasado para saber si las

personas adjudicatarias asumieron las cargas o responsabilidades legales en su día.

Son actuaciones judiciales enmarcadas en un contexto de justicia transicional, de los jueces como gestores de paz, modelo de justicia que trata de superar las masivas vulneraciones a los derechos humanos de las víctimas, en su mayoría campesinos que perdieron sus tierras en el contexto de un largo conflicto armado, y que –como se desprende de las sentencias– el origen se encuentra en la cuestión agraria y el abandono del campo por el Estado durante décadas, situación de facto inadmisibles. En base a la información que se va generando en los procesos judiciales de reparación, y las investigaciones paralelas que se están llevando a cabo, se hace efectivo el derecho a la verdad en relación a saber la cuota de responsabilidad del Estado en la problemática de la tierra y la ejecución de su política de tierras, ya que esta ha sido enmascarada por la presunta legalidad de muchas actuaciones administrativas, judiciales y del mundo jurídico en general, totalmente contrarias a los principios y valores constitucionales de Colombia.

Por tanto, podemos concluir que la experiencia de la justicia de restitución de tierras, aplica un enfoque del derecho en contexto, situando las leyes y demás normativa nacional en su contexto histórico, cultural, social y económico, tratando de aprehender la compleja realidad de la apropiación de la tierra en Colombia, bajo el reconocimiento de la responsabilidad del Estado en la deficiente gestión de la distribución de las tierras, la equidad social y la cuestión agraria.

## REFERENCIAS

### Legislación y jurisprudencia

Código de Recursos Naturales, Decreto 2811 de 1974. (1974). [https://www.minambiente.gov.co/images/GestionIntegraldelRecursoHidrico/pdf/normativa/Decreto\\_2811\\_de\\_1974.pdf](https://www.minambiente.gov.co/images/GestionIntegraldelRecursoHidrico/pdf/normativa/Decreto_2811_de_1974.pdf)

Corte Constitucional C-025/04 de 22 de enero; T-488/14 de 9 de julio; C-077/17 de fecha 8 de febrero. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>

Decreto 1989 de 1989, “Por el cual se declara Área de Manejo Especial La Macarena, la Reserva Sierra de La Macarena, se clasifica y zonifica su territorio y se fijan sus límites reales”. (1989). <http://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1382075>

Ley 200 de 1936, “Sobre régimen de tierras”. (1936). <http://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1654991>

Ley 137 de 1959, “Por la cual se ceden derechos de la Nación al Municipio de Tocaima, y se dictan otras disposiciones”. (1959). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=39762>

- Ley 201 de 1959, de 30 de diciembre, “Por la cual se dictan medidas tendientes a impedir el aprovechamiento económico de la violencia durante el estado de sitio”. (1959). <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?id=1655261>
- Ley 135 de 1961, “Sobre reforma social agraria”. (1961). <http://www.suin.gov.co/viewDocument.asp?id=1792699>
- Ley 387 de 1997 y su desarrollo reglamentario, “por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y esta estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia”. (1997). <https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/ley-387-de-1997.pdf>
- Ley 975 de 2005, Ley de justicia y paz. (2005). [https://www.cejil.org/sites/default/files/ley\\_975\\_de\\_2005\\_0.pdf](https://www.cejil.org/sites/default/files/ley_975_de_2005_0.pdf)
- Ley 160/1994 y su desarrollo reglamentario, “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”. (1994). <https://www.minagricultura.gov.co/Normatividad/Leyes/Ley%20160%20de%201994.pdf>
- Ley 1437 de 2011, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. (2011). [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1437\\_2011.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html)
- Ley 1448 de 2011, Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, “por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”, y decretos reglamentarios. (2011). <http://www.justiciatransicional.gov.co/Normatividad/Ley-de-V%C3%ADctimas-y-Restituci%C3%B3n-de-Tierras>
- Jurisprudencia de restitución de tierras. Sentencias publicadas hasta agosto de 2018 del municipio de San Alberto, en el departamento del Cesar, y los municipios de El Dorado y Mapiripán del departamento de Meta. [www.restituciondetierras.gob.co](http://www.restituciondetierras.gob.co)

## BIBLIOGRAFÍA

- Agencia Nacional de Tierras. (2017). *Rendición de cuentas 2016. Resumen Ejecutivo*. Bogotá, Agencia Nacional de Tierras.
- Alviar, H. y Villegas, C. (2012). *La función social de la propiedad en las constituciones colombianas*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Arias, C. (2008). *Provincia El Diamante, El Canelo y El Jazmín. Historia de un proceso de poblamiento en el municipio de Sabana de Torres*. Bucaramanga: Armonía Impresores.
- Betancur, C. (2015). *Derecho procesal administrativo* (8a ed.). Medellín: Señal Editora.

- Comisión Colombiana de Juristas. (2018). *Cumplir metas, negar derechos: balance de la implementación del proceso de restitución de tierras en su fase administrativa 2012-2017*. Bogotá: CCJ.
- Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH). (2009). *El despojo de tierras y territorios. Aproximación conceptual*. Bogotá: Editorial Kimpres Ltda.
- Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH). (2016). *Tierras y conflictos rurales. Historia, políticas agrarias y protagonistas*. Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH).
- Céspedes Báez, L. y otros. (2015). Who owns the land? Litigants, Justices, Colonos, and titleholders' struggle to define the origins of private property in Colombia. *Global Jurist*, 15(3). 329-459.
- CINEP. (2016). *Restitución de tierras en Colombia. Análisis y estudios de caso*. Bogotá: CINEP.
- Corporación Grupo Semillas. (2018). El proyecto de Ley 003 de 2018, "Nueva Ley de Tierras": Un nuevo golpe contra el campesinado, los pueblos indígenas y afrocolombianos. Recuperado de <http://www.semillas.org.co/es/noticias/el-proyecto-de-ley-003-de-2018-nueva-ley-de-tierras-un-nuevo-golpe-contra-el-campesinado-los-pueblos-indigenas-y>
- DANE. (2014). *Tercer Censo Nacional Agropecuario*. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/agropecuario/censo-nacional-agropecuario-2014>
- Escritura de propiedad No. 996 de 1962 de la Notaría Segunda de Bucaramanga. Escobar, B. (2013). *De los conflictos locales a la guerra civil. Tolima a finales del siglo XIX*. Bogotá: Academia Colombiana de Historia.
- Fals Borda, O. (1979). *Historia de la cuestión agraria en Colombia* (3a ed.). Bogotá: Editorial Punta de Lanza.
- Legrand, C. (1988). *Colonización y protesta campesina en Colombia (1850-1950)*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Machado, A. (2009). *Ensayos para la historia de la política de tierras en Colombia. De la colonia a la creación del Frente Nacional*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Mayorga, F. (2002). Codificación de la legislación en Colombia. Procesos de unificación del sistema jurídico. *Revista Credencial Historia*, 148. <https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-14>
- Mesa Cuadros G., y otros. (2019). "Derechos del campesinado y conservación: una deuda histórica que la ley y la jurisprudencia deben compatibilizar". En Mesa Cuadros (ed.), *Estándar ambiental y derechos ambientales en posacuerdos de paz: algunos estudios de caso*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

- Mesa Copartes - MISEREOR. (2017). *Despojar y desplazar: estrategia para el desarrollo de la Orinoquía*. Bogotá: Impresol Ediciones.
- Morales, O. (2005). *Derecho agrario: lo jurídico y lo social en el mundo rural*. Bogotá: Editorial Leyer.
- Escritura de propiedad n. 996 de 1962. Notaría Segunda de Bucaramanga.
- Ortiz Beatriz, E. y otros. (2019). "Acuerdo de Paz en Colombia y protección ambiental: entre las continuidades y las posibilidades". En Mesa, G. (ed.), *Derechos ambientales, conflictividad y paz ambiental*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Ramírez, N. (2012). *Ampliación de la frontera agrícola en Colombia: el caso del sur del César (1850-1950)*. Valledupar.Mimeo.
- Sánchez, F. y Villaveces, J. (2015). *Tendencias históricas y regionales de la adjudicación de baldíos en Colombia* (serie Documentos de trabajo, No. 179). Bogotá. <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/10933/12538.pdf?sequence=1>
- Tovar Pinzón, H. (1997). Los baldíos y el problema agrario en la costa caribe de Colombia (1830-1900). *Revista Fronteras*, (1) Vol. , Bogotá.pp.35-55.
- Unidad de Planificación Rural Agropecuaria (UPRA). (2014). *Bases conceptuales, procesos de regularización de la propiedad rural y acceso de tierras*. Bogotá: Minagricultura
- Valencia Llano, A. (1991). *Empresarios y políticos en el Estado Soberano del Cauca 1860-1895*. Cali: Banco de la República.
- Noticia del diario *Vanguardia Liberal*. (1941, 3 de enero). Bucaramanga.

## INMISIÓN NEGOCIAL FRENTE AL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS

Antonio Bohórquez Orduz<sup>1</sup>

Recibido: junio 25 del 2019

Aprobado: enero 8 del 2020

### RESUMEN:

Aunque por principio -el de relatividad de los contratos- las obligaciones se predicen solo contra quienes participaron en la celebración del negocio, el sistema jurídico ha creado importantes excepciones en las cuales, por ministerio de la ley, toma a terceros no partícipes de la celebración como sujetos negociales, con legitimación activa y pasiva respecto de las obligaciones que surgen de un contrato.

**Palabras clave:** Obligaciones, relatividad de los contratos, Sistema Legal, contratos, inmisión negocial.

### BUSINESS IMMISSION IN LIGHT OF THE PRINCIPLE OF RELATIVITY OF CONTRACTS

### ABSTRACT:

Although by principle –that of the relativity of contracts– only those who entered into a contract undertake obligations, the legal system has created important exceptions in which, by law, it considers third parties that did not participate in the contract business subjects, with active and passive legitimization with respect to the obligations that arise from a contract.

---

<sup>1</sup> El autor es abogado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, profesor en esta misma Institución, Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, magistrado de la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga, autor de varias obras jurídicas.

**Keywords:** Obligations; relativity of contracts; Legal System; contracts; business immission.

## PRELUSIÓN

Este trabajo<sup>2</sup> se presenta en seis partes: las dos primeras aluden a temas que hemos considerado básicos, pero que conviene, para una mejor comprensión del texto, que sean abordados como preliminares. Las restantes partes sí competen al problema de investigación cuyo enunciado podría ser el siguiente:

*¿Es legítima la figura del derecho colombiano que denominamos **inmisión** para obligar contractualmente a personas que no han participado en la celebración del negocio?*

De entrada, como hipótesis, afirmamos que sí; no solo es legítima; además es de una gran utilidad para resolver problemas de legitimación en la causa que en muchos casos judiciales han desembocado en providencias inicuas.

### 1. El principio de relatividad de los contratos

El concepto es milenario y, además, universal. La regla indicadora de que los contratos son vinculantes solo para quienes los celebran y no para terceros, está en todos los sistemas jurídicos que conocemos. Los romanos la enunciaban con esta sentencia: *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodese potest*, cuya traducción indica que los actos jurídicos no generan ni perjuicio ni beneficio a quienes no participaron en ellos. Es decir, los efectos positivos o negativos que se deriven del contrato solo afectan a quienes fueron partes en él.

No obstante, el sistema jurídico ha descubierto que el principio mencionado no puede tener rigidez absoluta; que, en determinadas circunstancias que el sistema sopesa, el negocio ha de producir efectos contra terceros que no han participado en la celebración del contrato, pero sí en la ejecución, o, incluso, ha de prodigar efectos frente a terceros que no han estado relacionados con el contrato en momento alguno.

### 2. Antecedentes remotos

En el derecho antiguo había tres mecanismos que permitían que un negocio tuviese efectos frente a otras personas: el vínculo de familia que obligaba a los miembros de la misma a responder por los negocios celebrados por quien los representaba, la *ratihabito* o ratificación del negocio por un tercero y la declaratoria de mala fe atribuida a terceros al negocio, para quienes pasaba a ser vinculante la disposición, como en el

---

2 Este artículo es producto de una investigación más extensa que este autor adelanta sobre el tema, cuya publicación como libro está en camino.

ejemplo de la condición resolutoria expresa, hoy recogida en el artículo 1547 del Código Civil colombiano.

Nada de extraño tiene que esas remotas ideas hayan influido en los legisladores del siglo XX, cuando éstos encontraron la necesidad de que ciertos contratos, para que cumpliesen cabalmente su función social y jurídica, debían tener efectos contra terceros, per se. Ya no contra los integrantes de un clan o familia, o por ratificación, o por mala fe, sino por ministerio de la ley y en contra de quienes se benefician de la actividad en la cual está inmerso el negocio, o participan de un sorites de negocios, o asumen la ejecución de las obligaciones provenientes del contrato que otra persona ha celebrado.

Sin embargo, es preciso advertirlo, sigue campeando como de aplicación general el principio de la relatividad del contrato, es decir, solo es obligatorio para las partes. En la actualidad puede decirse que excepcionalmente un negocio jurídico puede generar efectos contra terceros, bien sea porque a ese fin fue encaminado, con la bendición de la ley, o bien de modo accidental o por reflejo, aunque también dispuesto por el legislador, cuando éste quiere alcanzar ciertos propósitos que pueden ser de protección de intereses merecedores de tutela, o de impulso de determinada actividad que juzga conveniente para la comunidad, o con algún otro propósito plausible.

### **3. Inmisión, oponibilidad e inoponibilidad**

En el derecho moderno, la inoponibilidad frente a terceros sigue siendo la regla general y también la oponibilidad contra terceros de un contrato es la excepción, todo como consecuencia del principio de relatividad de los contratos. La oponibilidad contra terceros opera sólo en los siguientes eventos:

Cuando el tercero, cuyo interés fue objeto de negociación por parte de otros, ratifica el negocio; al ratificar, se vincula, del mismo modo como si él mismo hubiese estipulado y pasa a ser, sin duda, sujeto negocial. El mecanismo es también tan antiguo como el derecho mismo, pues entre los romanos era posible la ratificación o *ratihabitio* por quien fuere el verdadero titular de los intereses. (Ulpiano, [s.f.], citado por Valencia, 2008, p. 523).

Cuando la ley no ha previsto mecanismos de publicidad para que los terceros se enteren de ciertos negocios, sólo les serán oponibles si tales terceros han actuado de mala fe (por ejemplo, artículos 1547 y 1931 del Código Civil). Es esta hipótesis tan antigua como la anterior, pues ya los romanos preveían esta situación. (Valencia, 2008, p. 523).

Cuando la ley ha previsto que, dados ciertos mecanismos de publicidad, se presume que todas las personas de una comunidad conocen un

negocio y, por tanto, les es vinculante. Es un mecanismo de aparición relativamente reciente, pues la necesidad surgió, entre los siglos XVIII y XIX, por la necesidad de dar seguridad y certeza a ciertas operaciones mercantiles.

Cuando la ley, por razones de interés general, público o social, o para facilitar la dinámica propia de determinado negocio, pontifica tales efectos<sup>3</sup>, como en el transporte, en el seguro o en los contratos colectivos. El tercero pasa, por ministerio de la ley, a ser sujeto del contrato.

Cuando la jurisprudencia, debido a la asunción de obligaciones que una persona hace respecto de las que otro asumió en un contrato, le atribuye responsabilidad contractual, como en el caso de los subcontratistas.

De estas cinco hipótesis las dos últimas son las de aparición más reciente y dan origen al fenómeno que hemos llamado *inmisión contractual*. Son ellas el objeto de este estudio, por su singularidad y la escasa atención que han recibido de la doctrina y de la jurisprudencia. En cambio, la señalada en tercer lugar es mucho más conocida y estudiada, desde el auge del derecho mercantil, aunque era desconocida en el derecho romano. Y las dos primeras de la lista vienen desde épocas muy antiguas del propio derecho romano.

#### 4. La inmisión negocial

La inmisión es una figura que permite que el legislador, ocasionalmente el juez, intervengan en una relación contractual para determinar que otras personas, ajenas al vínculo original, también forman parte de él y, por consiguiente, que sean también titulares de derechos derivados del negocio (inmisión activa), como obligados a satisfacer prestaciones que el negocio prodiga (inmisión pasiva). En ambos sentidos suele darse la figura; es más, normalmente, si un sujeto de derecho resulta inmitido en un contrato, así como podrá beneficiarse del mismo, habrá de soportar las cargas que para él comporte.

Ahora bien, como esta figura no ha sido mencionada con este nombre por el legislador (tampoco por la jurisprudencia), aunque uno y otra la hayan utilizado varias veces, se nos preguntará cómo detectarla. Pues bien, siempre que una persona, sin ser partícipe en la celebración de un contrato fuere vinculada al mismo, por ministerio de la ley (o del sistema jurídico) con derechos a su favor y obligaciones a su cargo, estamos ante el fenómeno llamado **inmisión**.

No ha de desconocerse que la inoponibilidad, polo opuesto del fenómeno que en este trabajo hemos estudiado- constituye un mecanismo de

---

3 Ver Capítulo III, Vinculación negocial de sujetos no celebrantes del negocio en: BOHÓRQUEZ, 2019.

protección de terceros en los contratos por completo justificable, puesto que no sería justo el sistema si permitiese que cualquiera persona, que de modo intencional o por descuido afecte nuestros intereses, tenga la legitimación para obligarnos. No tendría sentido. En cambio, sí lo tiene que el legislador proteja a terceros, como lo hace en los artículos 1507 (estipulación por otro), el 1766 (alteración de lo pactado mediante nuevo pacto oculto -la norma que dio pie a la jurisprudencia para edificar el fenómeno simulatorio-) y 2475 (transacción sobre derechos ajenos), normas que se citan como ejemplos, pues esa protección de terceros es una constante en el Derecho y precisamente el principio de inoponibilidad (que, a la vez, es una forma de ineficacia de los negocios) está derivado de esa suerte de disposiciones. Pero, como todo enunciado jurídico, la inoponibilidad también tiene sus excepciones.

Ya se sabe que, por regla general, los negocios son oponibles a las partes e inoponibles a terceros; sin embargo, bajo tal amparo no puede cobijarse la irresponsabilidad ni dejarse a la deriva derechos que son merecedores de protección para sanidad del sistema. También es claro que el sistema jurídico protege las estipulaciones de limitación de responsabilidad; pero, bajo tal cobijo no puede colocarse todo, pues los intereses merecedores de protección especial del sistema deben ser considerados de modo especial, precisamente.

Bajo tales premisas, la inmisión contractual resulta plenamente justificada, sin reproche posible de carácter constitucional por hacerle, dado que otras figuras de protección que el sistema ha ideado resultan inoperantes ante ciertas circunstancias. Resulta ejercicio interesante, ante la novedad de la figura, ensayar un eventual ataque de inexequibilidad que alguien podría plantear. Se nos ocurre que un reproche muy predecible podría venir con apoyo en el artículo 58 de la Constitución Política, en la medida en que podría alegarse una eventual vulneración de derechos adquiridos, conforme con la ley vigente en el momento en el que se celebró el contrato, instante en el cual el tercero en cuestión no hacía parte de la relación jurídica y, por tanto, tiene derecho a permanecer en esa postura.

Sin embargo, es preciso hacer notar que el artículo 58 citado, no obstante su carácter de norma superior, no enuncia un principio absoluto. Bien puede el sistema jurídico, sin trasgredir la norma, crear excepciones en las cuales los derechos adquiridos bajo la vigencia de una normativa en particular sean luego desconocidos por otra norma dado que el legislador necesita proteger ciertos intereses con contenido social, general o público. La misma norma constitucional en cita prevé tal posibilidad; así que la inmisión no es más que otra excepción legítima a ese principio general.

## 5. Inmisión legislativa

Por razones de interés general, de interés público o social, o para proteger a una de las partes que podría estar en situación de debilidad, o para proteger derechos fundamentales, o para amparar a personas que se hallan en notoria situación de desigualdad de facto, o para facilitar la dinámica que a cada contrato le es propia, o para estimular determinada actividad mercantil que juzga propicia para el buen suceso de los fines sociales del Estado, el legislador decidió entronizar preceptos en los que ciertas personas resultan siendo alcanzadas por los efectos contractuales a pesar de no haber intervenido en la celebración del negocio.

No es posible aseverar con absoluta seguridad que tales hayan sido las razones que movieron al redactor de la norma a prescribir tal remedio. Pero, como en todos los casos en los que el intérprete busca motivos en el legislador, la intuición apunta por esos rumbos en la medida en que no parece que puedan ser otros, pues los enunciados y otros de similar calado son perceptibles como tales y se hallan en armonía con los más caros principios y valores de nuestro sistema jurídico, contenidos principalmente en la Constitución Política. Ciertamente, el planteamiento rompe de manera abrupta esquemas mentales que hemos heredado de los sistemas jurídicos que precedieron y alimentaron al nuestro. Pero no es otra cosa que parte de los cambios que imponen los tiempos y que no pocas veces arrasan con verdades que parecían en extremo arraigadas.

En los párrafos que siguen mostraremos las hipótesis del fenómeno que hemos hallado consagradas en normas positivas. En todos estos eventos se trata de sujetos atados al negocio, pues los efectos que frente a ellos pregona la ley son sin duda derivados de cada contrato en su caso y no extracontractuales; “indirectos” llega a decir la ley en una ocasión (artículo 953, Código de Comercio) pero, definitivamente, negociales. La expresión “acciones indirectas”, como se verá al estudiar el transporte, no es muy feliz, pero es claro que el legislador no quiso referirse con ella a relaciones jurídicas extracontractuales sino a estas relaciones negociales que atan a quienes no participaron en la celebración del negocio, pero cuya situación respecto del mismo impone que se les vincule.

### 5.1 El caso del contrato de transporte.

El fenómeno en estudio se presenta en el contrato de transporte, pues no sólo responde contractualmente el transportador que convino en el contrato sino también aquél que lo ejecutó y el dueño de los vehículos (artículo 991 del Código de Comercio), cuando quien transporta a las personas, o a las cosas, es un transportador diferente a aquél que celebró el contrato con el pasajero o con el remitente de la mercancía. El hecho es tan frecuente en la práctica que el legislador estimó necesario intervenir y lo convirtió, puede decirse, en el caso paradigmático del fenómeno que este estudio analiza.

Es frecuente que en la cotidianidad los pasajeros que han contratado con un transportador su traslado de un sitio a otro, se vean forzados a que otro transportador sea quien finalmente los lleve a su lugar de destino, por los más disímiles motivos: que el vuelo fue cancelado, que el bus se varó en medio de la vía, que no hay vehículo para reemplazar al que no puede emprender el viaje por razones técnicas o por razones legales imprevistas, en fin, por las causas que fueren, la necesidad de llegar a su destino les impone aceptar la nueva e intempestiva circunstancia. Aún más frecuente es el caso del transporte de carga, ya que las empresas transportadoras suelen asumir obligaciones de transportar mercancías más allá de su capacidad vehicular, pues saben de antemano que solucionarán el impasse con la ayuda de un colega. En efecto, las empresas de transporte suelen tener entre ellas convenios que les facilitan la cesión de carga, para evitar no solo el hecho de tener que rechazar la celebración de contratos grandes, sino también para evitar sobrecostos al tener que movilizar vehículos vacíos en los eventos en los que, descargada la mercancía, el camión se halla en una ciudad en la cual la empresa no tiene sucursal ni agencia. El conductor, simplemente, se presenta ante la empresa colega y le ceden carga; así, es cotidiano el hecho de que una empresa contrate y otra conduzca las mercancías, mucho más de lo que suele suceder en el campo del transporte de personas.

El legislador se percató de esa realidad: el contrato de transporte es de aquellos que, por su dinámica, necesaria para la realización de sus fines económico-sociales, precisa de que sus efectos alcancen a personas distintas a aquellas que participan en la celebración. Como esta es una práctica cotidiana e inveterada de los transportadores, la ley ha previsto efectos negociales en contra de personas que ni siquiera aparecen en el negocio, pero que se demuestra que participaron en la ejecución del contrato<sup>4</sup>, o se benefician de la actividad.

En un esquema de la relación se observa que el remitente o, en su caso, el pasajero, no celebró contrato alguno con el transportador que lleva sus mercancías (o que lo transporta, en el caso del pasajero) y, ante un eventual daño, se encontrará en el dilema de redactar la pretensión como responsabilidad civil contractual o extracontractual. Si el problema se mirase con los enunciados que plantea el derecho tradicional, habría que decir que se trata de una responsabilidad extracontractual, lo cual situaría el conflicto bajo unas normas precisas, distintas a las del contrato de transporte.

---

<sup>4</sup> Se trata de un tema poco tratinado por la doctrina. En nuestro primer volumen, desde la primera edición que data de 1996, sin embargo, habíamos esbozado algunos renglones sobre el mismo (ver Op. cit., Volumen 1, capítulo III, 1.2 Vinculación negocial de sujetos no celebrantes).

Pero, si se observa el artículo 991 del Código de Comercio se hallará que los efectos del contrato se extienden no solo a la persona que celebra el contrato, sino a quien ejecuta el transporte y a los dueños de los vehículos, si la empresa transportadora no tiene el control efectivo sobre los automotores. De manera que, si estos personajes deben responder de las obligaciones emanadas del contrato, como dice la norma con precisión, no puede decirse que su responsabilidad sea de orden extracontractual, ni pueden defenderse del reclamo del remitente, o del destinatario, o del pasajero, cada uno en su caso, con el argumento de que no celebraron con ellos contrato alguno. La norma señala, exactamente, la especie de responsabilidad que les corresponde.

## 5.2 El caso del contrato de seguro

El seguro (artículo 1041, ib.) es un contrato en el cual las cargas no se dan solo para el tomador, sino que abarcan tanto al beneficiario como al asegurado, si son personas distintas de aquél, y, además, les prodiga los derechos devenidos del contrato. Estos personajes, que no aparecen como partes en el momento de la celebración del contrato, por ministerio de la ley quedan vinculados al mismo, por lo cual los hemos llamado sujetos negociales no celebrantes<sup>5</sup>; y su vinculación les hace titulares de derechos, al tiempo que, responsables de las obligaciones que se hallen en posición de cumplir, de acuerdo con la norma citada, amén que les son oponibles las vicisitudes del contrato, en toda su extensión (artículo 1044, ib.), pues al beneficiario le serán oponibles las excepciones que la aseguradora hubiese podido alegar contra el tomador o contra el asegurado.

La Corte Suprema<sup>6</sup> ha dicho que asegurado y beneficiario no son partes en el contrato de seguro, sino terceros. Sin embargo, el contrato les afecta en sentido positivo y negativo, indiscutiblemente. Por ello, darles el calificativo de “terceros” no parece apropiado al tratarse de personas a quienes, por ministerio de la ley, el contrato vincula, les genera obligaciones y derechos y todas las excepciones que la aseguradora pueda alegar contra cualquiera de ellas les son oponibles a las demás. A nuestro modo de ver, su posición frente al contrato no es la de simples terceros, en el sentido genérico del término, pues el contrato no le es ajeno. Se trata de un fenómeno poco común en el derecho, pero que merece alguna denominación, por lo cual lo llamamos el de los sujetos negociales no celebrantes o inmisión.

Mientras el tomador es la persona que traslada los riesgos, el asegurado es la persona “cuyo patrimonio puede resultar afectado” por la realización

---

5 Ib., Ver volumen 1, capítulo III, sujetos negociales no celebrantes.

6 Sentencia de mayo 19 de 1999. Expediente No. 4923. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Se puede consultar en: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>.

del siniestro (artículo 1083). En otras palabras, el asegurado es el titular del interés asegurable, es decir, del derecho protegido, que en los seguros de daños está relacionado con bienes materiales e inmateriales y en los seguros de personas con la vida, la integridad corporal o la integridad psíquica del asegurado. Mientras el beneficiario es la persona titular del derecho a recibir, de parte de la aseguradora, la suma pactada, por concepto de la indemnización o de la compensación, de acuerdo con las reglas que rigen el punto.

La ley exige que en la póliza se mencionen los tres personajes (artículo 1047). Tal exigencia no es vana, pues como claramente resulta dicho en las normas también, para los tres habrá derechos y obligaciones.

Es frecuente que el tomador sea a la vez asegurado y beneficiario; sin embargo, no siempre es así, pues en los seguros de vida suelen ser distintos y también en algunas ocasiones en los seguros de daños, cuando al tiempo que se protege el interés del dueño de un bien, se cubre el de su acreedor, relacionado con ese bien, en los casos en los que al acreedor se le sitúa como beneficiario. De modo que cuando aparecen estos personajes, debe considerárseles como sujetos negociales vinculados al contrato por ministerio de la ley y no simplemente terceros. El mito de la voluntad, más del pensamiento político que del jurídico, hace sentir aquí también su influencia. Es hora de replantearse el punto.

Bajo tal consideración, nos parece, es posible encontrar soluciones razonadas a los problemas de hermenéutica que generan las normas que tratan el tema. En efecto, el artículo 1041, ya citado, señala “las obligaciones que en este título se imponen al asegurado”, cuando muchas de tales obligaciones aparecen impuestas en la norma no al asegurado sino al tomador, como la del artículo 1058. Otra norma, el artículo 1077, impone al asegurado obligaciones que, en lógica corresponden al beneficiario, pues es este el reclamante. Si se considera que el asegurado no es parte, la mayoría de las normas resultan en el absurdo de imponer obligaciones a quien no es sujeto contractual. En cambio, si se considera que los tres son sujetos contractuales, el tomador porque participó en la celebración del contrato, el asegurado y el beneficiario por ministerio de la ley, todas las obligaciones impuestas por la ley a cualquiera de los tres se entenderán impuestas a todos o a cualquiera de ellos que esté en la situación de poder cumplirlas. Se aplicaría así el principio general de derecho que indica que donde existe una misma situación de hecho, impera una misma razón de derecho.

Además, la inmisión implica una nueva manera de ver los problemas de legitimación en la causa que se suelen plantear en algunos conflictos, pues cualquiera de los tres, al ser parte contractual, o sus causahabientes, estaría legitimado para reclamar de la aseguradora el cumplimiento de

sus obligaciones contractuales en favor del beneficiario o a reembolsar dineros que en favor del beneficiario hayan sido obligados a disponer, bien sea el asegurado, o sus herederos.

### **5.3 El caso del arrendamiento de locales comerciales**

En el arrendamiento de locales comerciales la ley otorga al propietario del bien una especial legitimación para exigir la restitución en ciertos casos, aunque no sea arrendador (artículos 518 y 520, ib.). Si bien la ley no lo dice, debe pensarse en que el propietario no arrendador estará obligado a cumplir obligaciones emanadas del contrato, en salvaguarda del principio de igualdad de las personas ante la ley, pues no tendría coherencia que pueda el arrendador aprovecharse del contrato sin soportar sus cargas.

Este derecho aparece consagrado en el artículo 518 del Código de Comercio, de acuerdo con el cual el arrendatario que haya ocupado por un término no inferior a dos años consecutivos un inmueble con el mismo establecimiento de comercio y ha sido cumplido, al vencimiento del contrato tendrá derecho a la renovación o prórroga del mismo. En este caso se necesita, como requisito, el consentimiento del arrendador. El legislador impone la continuidad del contrato como un mecanismo de preservación del negocio con el evidente propósito de proteger al comerciante que, en calidad de empresario, ha instalado un establecimiento de comercio y con ello se ha convertido en un factor generador de riqueza, de empleo, de prestación de servicios. El legislador ha reconocido la importancia del comerciante en la vida moderna y ha optado por protegerle. Pero este derecho se inhibe si se da alguna de las condiciones previstas en el mismo artículo, como que el arrendatario haya sido incumplido, o que el propietario del local lo necesite para su propia vivienda, para instalar un establecimiento de comercio suyo y distinto, o para repararlo o demolerlo y construir una obra nueva. En la primera hipótesis le basta al arrendador exigir la devolución del inmueble y, si fuere del caso, compeler al arrendatario a hacerlo mediante el proceso de restitución de inmueble arrendado.

Pero, si se trata de las demás hipótesis, el arrendador debe desahuciar al arrendatario en los términos del artículo 520 del Código de Comercio, es decir, con no menos de seis meses de antelación a la expiración del término pactado. La lectura de la norma hace surgir un interrogante, pues en este último artículo se indica que “el propietario” debe desahuciar al arrendatario en los casos indicados en los literales b y c, lo cual hace pensar a algunos que solamente el propietario-arrendador cuenta con este especial derecho que consagra la norma, de tal suerte que solo si reúne las dos condiciones estaría legitimado para hacer uso del mentado derecho. Si el propietario no es arrendador, no tendría posibilidad de inhibir el derecho a la renovación; si el arrendador no es propietario, igual resultado tendría.

Pero la jurisprudencia ha encontrado, con el apoyo de la literalidad de la norma, que el propietario, por el mero hecho de serlo, tiene el derecho que la norma le consagra. ¡Estamos de acuerdo! Pero si el propietario, que no es arrendador, pretende hacer valer el contrato de arrendamiento, para sacar provecho de la norma citada, ha de aceptar el contrato a completitud. Jamás tendría justificación que se le admitiera el beneficio de la norma, en la parte que le favorece, pero con la posibilidad de eludir las eventuales consecuencias que del contrato dimanen en su contra, tales como el pago de expensas necesarias u otros emolumentos.

#### **5.4 El caso de los denominados contratos colectivos**

En todos los contratos llamados colectivos sucede otro tanto, pues los efectos de los mismos se extienden a un conglomerado de personas definidas por su pertenencia a una comunidad, o a un grupo colectivo organizado por su voluntad de asociarse, como los sindicatos, o por imposición legal, como los acreedores en los procesos concursales, o los condueños en un condominio, sin que cada una de las personas que integran el conglomerado deban estipular, pues también los disidentes y los ausentes quedan obligados por el acuerdo. La dinámica de este tipo de negocios impone tal solución legislativa, pues de lo contrario serían negocios inviables, ya que bastaría que una persona estuviese en desacuerdo para impedir que la negociación se llevase a cabo.

La Ley 1116 de 2006<sup>7</sup>, que consagra el régimen de insolvencia empresarial, artículos 31 y siguientes, trae un ejemplo claro de la hipótesis, el acuerdo de reorganización, figura que viene siendo un negocio jurídico colectivo, en el cual se requiere apenas la aprobación de la mayoría absoluta de los acreedores, conformada de acuerdo con las reglas que la misma norma señala, para que lo estipulado obligue a todos los interesados. Otro ejemplo similar, es el acuerdo de reestructuración, regulado en los artículos 27 y siguientes de la Ley 550 de 1999<sup>8</sup>, hoy de aplicación restringida a las entidades territoriales, para el cual se necesita solo la mayoría absoluta de los votos admisibles, de acuerdo con las reglas establecidas por el artículo 29, ib., y lo pactado obliga a todos, en los términos establecidos en el artículo 34. De manera que, en los casos anteriores, los acreedores ausentes y disidentes resultan sujetos negociales, sin haber participado en la celebración del negocio.

A nuestro modo de ver ocurre otro tanto en los acuerdos colegiados de juntas directivas y asambleas, tanto de sociedades mercantiles como de todo tipo de sociedades civiles, siempre que el acto, por su contenido patrimonial, pueda calificarse de contrato, pues los asociados o corporados

7 Se puede consultar en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1674203>

8 Se puede consultar en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1662517>

ausentes o disidentes, quedarán obligados por el acuerdo. Así mismo, son sujetos negociales no celebrantes los condóminos ausentes o disidentes en la respectiva asamblea, de acuerdo con la Ley 675 de 2001<sup>9</sup>, artículo 37, inciso 3º.

### **5.5 En la ley de protección al consumidor**

La Ley 1480 de 2011<sup>10</sup> contiene nuestro actual Estatuto de Protección al Consumidor y, como era de esperarse, el mecanismo que denominamos *inmisión* surge con claridad, pues no de otra manera era posible brindar una protección que tuviese un nivel aceptable de efectividad. Así, los artículos 6 y 20 de la ley establecen la responsabilidad solidaria de productor y proveedor frente al consumidor, de tal suerte que aquel no podrá escudarse en que no celebró el contrato.

Por las mismas razones y bajo el mismo principio de protección, el artículo 19 de la ley ordena que

“cuando un miembro de la cadena de producción, distribución y comercialización, tenga conocimiento de que al menos un producto fabricado, importado o comercializado por él, tiene un defecto que ha producido o puede producir un evento adverso que atente contra la salud, la vida o la seguridad de las personas, deberá tomar las medidas correctivas frente a los productos no despachados y los puestos en circulación, y deberá informar el hecho dentro de los tres (3) días calendario siguientes a la autoridad que determine el Gobierno Nacional”.

Independientemente de quiénes hayan participado en el sorteo de contratos, la obligación de dar la información compete a todos y respecto de todos; y quien omita ese deber será responsable, junto con el productor, por los daños generados, de acuerdo con el parágrafo único de la misma disposición.

Para completar el cuadro proteccionista, el artículo 22 de la misma ley limita las causales de exoneración de responsabilidad para productores y proveedores a los casos de fuerza mayor o caso fortuito (como la imposibilidad técnica de descubrir el defecto), culpa exclusiva del consumidor, culpa exclusiva de un tercero, cuando el producto no había sido puesto en circulación (lo cual es una forma de culpa de un tercero) y cuando el defecto es atribuible a la cadena de manipulación, sin que el productor hubiese podido evitar la infracción de las normas sobre elaboración, rotulación o empaquetamiento a cargo de otros (que también es hipótesis de culpa de un tercero).

9 Se puede consultar en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1674203>

10 Se puede consultar en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1662517>

En nuestro sistema pueden detectarse más casos de intervención legislativa en el punto, pero los citados hasta aquí valen como ejemplos del fenómeno.

## **6. Inmisión creada por la jurisprudencia**

Como ya en otra obra lo hemos indicado (Bohórquez, 2016), la historia de la cultura jurídica de Occidente abarca cerca de veintiocho siglos y sólo en una mínima parte de ella, la que se conoce como la postmodernidad, ha tenido predominio el derecho codificado sobre el derecho de creación judicial. En la Revolución Francesa, razones políticas llevaron a los revolucionarios a vituperar a la labor de los jueces y a desconfiar de ella; pero no con el mismo énfasis en todo Occidente sino, especialmente, en los países seguidores de las líneas del derecho continental europeo, como Colombia, ya que en el derecho anglosajón el Derecho continuó siendo derecho judicial, aunque se narren ciertos episodios de desdén por el trabajo de los jueces.

Pero la confección de normas generales por parte de los jueces pareciera faena inherente a la condición humana, pues, no obstante la prohibición expresa de hacerlo, plasmada en las normas napoleónicas, tanto en Francia como en los países influenciados por el movimiento codificador, incluida Colombia, el fenómeno prosiguió, con menor resonancia, tal vez, pero sin pausa, pues ante la insuficiencia de las leyes y la imperatividad de tener que decidir, muchos casos debían pasar al reconocimiento del derecho reclamado por el demandante o al rechazo de los pedimentos, pero por razones de fondo, no por carencia de competencia o por silencio de la ley, motivo este último que a los jueces les está prohibido invocar, tanto en el Code (artículo 4), como en nuestro sistema.

Durante mucho tiempo, el discurso usual en la jurisprudencia colombiana pareciera rendir culto al principio de completitud de la ley escrita, inspirador del artículo 17 del Código Civil que le prohíbe al juez crear reglas de alcance general, al resolver los casos, al tiempo que el artículo 8 de la Ley 153 de 1887<sup>11</sup> prescribe que el juez no puede rehusar fallar so pretexto de oscuridad o insuficiencia de la ley. Las dos normas obligan a presumir que el sistema de reglas escritas es completo, sin lagunas, coherente, sin antinomias y sin ambigüedades, presunción admisible solamente bajo la concepción según la cual derecho y ley son equivalentes, pero que, en la práctica resulta de imposible aplicación, pues la falsedad de la premisa de la completitud del conjunto normativo escrito es manifiesta.

En la práctica, la jurisprudencia ha venido creando reglas concretas para solucionar vacíos, incoherencias, antinomias, en fin, toda suerte de

---

<sup>11</sup> Se puede consultar en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1792950>.

problemas que la ley ofrece, mal o bien, pero de manera permanente, por lo general imperceptible. Y la tarea se cumple, por lo general, sin decirlo; o bajo eufemismos tales como “el espíritu de la ley...” o “una interpretación sistemática...” o alguna otra expresión similar.

Ahora, el de la inmisión negocial no pareciera ser un tema jurisprudencial. Dado que se trata de establecer una carga sobre un sujeto que no ha participado en la celebración del contrato, parece natural que se predique como condición indispensable del fenómeno, que haya sido el legislador, por su ministerio, quien haya determinado la extensión de los efectos. Sin embargo, no se trata de una sanción y, entonces, no se otea una objeción seria para que la jurisprudencia, frente a ciertos conflictos y dadas las circunstancias en que las personas participaron en los hechos que les dieron origen, pueda extender los efectos de un contrato a personas que no lo celebraron. Así ocurrió en el caso de la sentencia del 11 de septiembre de 2002<sup>12</sup>, que puede señalarse como hito de una línea jurisprudencial en que la extensión de los efectos del contrato abarca a los subcontratistas que lo ejecutan. En la mencionada sentencia, la Corte determinó que el médico que realizó el procedimiento responde contractualmente aunque él mismo no haya sido celebrante del contrato, contra la opinión de los magistrados que salvaron el voto y que señalan los inconvenientes de predicar responsabilidad civil contractual de los dependientes de quien funge como patrono, sin norma que expresamente imponga la carga y, además, bajo la concepción de obligación solidaria. Este sentencia es fundadora de la línea, pero ni en ella, ni en alguna de las que le sucedieron la Corte otorga un nombre al fenómeno.

En la citada sentencia, la Corte mantuvo, pues no casó, la sentencia del Tribunal de Bogotá que condenó por responsabilidad civil contractual a un médico quien, no obstante haber intervenido quirúrgicamente al demandante, jamás celebró contrato con él; el paciente le fue asignado por la clínica, sin mediar convenio alguno entre el médico y el paciente, ni tampoco entre aquel y los familiares.

El contrato, se defendía el médico demandado, fue celebrado claramente entre el paciente y la clínica, no con él, por lo que en casación es este el principal argumento que esgrime contra la sentencia de segundo grado. En primera instancia habían sido absueltos tanto la persona jurídica demandada como el médico. El Tribunal revocó y condenó a ambos demandados por responsabilidad civil contractual, no obstante la defensa del médico. La Corte también determinó que el cirujano debía responder por el contrato celebrado con la clínica, dado que asumió la ejecución de las prestaciones a cargo de la contratante.

---

12 Expediente No. 6430. M.P. Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Se puede consultar en: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>.

La Corte cita abundante doctrina y jurisprudencia extranjeras para demostrar que en las tendencias más recientes, por “razones de equidad y de protección de la víctima” doctrina y jurisprudencia y, hasta cierto punto, la ley, atribuyen “a dicho tercero” (se refiere al ejecutor de la prestación de otro, en especial, el médico) una responsabilidad contractual.

La Corte argumenta:

*“si el objeto de la obligación es exactamente el mismo, razón por la que demanda un comportamiento uniforme, guiado por un mismo fin, cual es el cumplimiento de los deberes contractuales originalmente adquiridos, lógicamente se debe predicar una unidad de tratamiento jurídico en el ámbito de la responsabilidad para la clínica y el médico tratante, pues mientras que la primera responde por el incumplimiento del contrato que efectivamente celebró, el segundo lo hace como ejecutor fallido de idéntico objeto prestacional”.*

Pero, además, el Tribunal había impuesto a los demandados la condena como obligados solidarios. La Corte, en una clara labor creativa del Derecho, mantiene el criterio, con fundamento en el artículo 2344 del Código Civil, norma de la responsabilidad aquiliana, y afirma que ha de aplicarse tanto en aquella como en esta que es responsabilidad civil contractual, siempre que a la causación del daño concurren dos o más personas.

Los salvamentos de su voto enfilan su crítica por los caminos de la ausencia de norma. De un lado, señalan

*“no es posible, pues, en el marco de la responsabilidad contractual de las personas jurídicas decir que en ese ámbito responden simultáneamente tanto éstas como sus agentes, como si el hecho de éstos no fuera el modo en que aquéllas expresan sus actos y realizaciones”.*

con lo que, argumentan, el agente directo del daño responde por el hecho propio, extracontractualmente; pero, por el contrato ha de hacerlo quien lo celebró. De otro lado, denuncian que la tesis prohijada por la Corte en esta sentencia es

*“devastadora del principio de la relatividad de los contratos, de impredecible repercusión en muchas otras relaciones jurídicas distintas de la responsabilidad médica”.*

Precisamente por esto, anotamos ahora nosotros, sin denostar contra la sentencia, es ejemplo del fenómeno de la inmisión contractual, nuestro objeto de estudio.

Y, también, por falta de norma, quienes salvaron su voto critican la impuesta solidaridad, pues el artículo 2344, afirman, es una regla

exclusiva de la responsabilidad “por los delitos y las culpas”, como reza, precisamente, el Código, cuando en el caso, la responsabilidad predicable contra los demandados es para el uno extracontractual y para la otra, contractual, figuras con regímenes independientes.

Hasta la aparición de esta sentencia habíamos pensado que la imposición de una prestación o consecuencia contractual a personas no celebrantes del contrato es, normalmente, una prerrogativa del legislador, que de esa manera satisface objetivos muy importantes para una comunidad, como los de proteger a la parte débil en una relación, o propiciar alguna actividad económica que se juzga necesaria, o facilitar el comercio, o proteger al consumidor, en fin, todas ellas y muchas más, de seguro, plausibles. No nos parecía un tema que pudiese ser objeto de reglas creadas vía decisión judicial, dadas la excepcionalidad de la figura y la imposición de cargas que supone.

Sin embargo, no censuramos esta excepción construida por la jurisprudencia: la de los subcontratistas que, bajo ciertas circunstancias, podrían ser sujetos pasivos de reclamo contractual, con las consecuencias legales que de tal tratamiento se derivan, en razón de la “unidad de objeto prestacional y la relación existente de los codeudores entre sí y de éstos con el acreedor... ligadas a la identidad del interés lesionado y del daño producido”, como argumentó la Corte en la sentencia del 11 de septiembre de 2002 que venimos comentando. NO desconocemos los riesgos que este camino conlleva; pero, sin duda, implica una solución plausible en numerosos casos de conflictos en los cuales, quienes causaron el daño están ligados en la ejecución de un contrato, son, en buena medida, agentes del daño mismo, pero la víctima había de acudir, por fuerza del derecho tradicional, a ampararse en distintos regímenes legales, cuando los agentes participan en una actividad de ejecución de un contrato, pero algunos de ellos no fueron parte en la celebración del mismo. La solución, inicialmente solo legislativa ahora también de creación judicial, plantea una justiciera alternativa porque permite derivar responsabilidad contractual por extensión, amén que evita que, como en el pasado sucedía, que el responsable del daño reclame una excepción con visos de exagerado tecnicismo que, en realidad, apunta a la impunidad, pues si se le demanda por la vía extracontractual podría decir que no es el agente directo del daño; y si se le demanda por la vía contractual se defiende bajo la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, por no haber sido parte en el contrato.

Por este camino podrá el sistema jurídico buscar soluciones acordes con la realidad de las relaciones entre las personas, para definir responsabilidades en muchos casos de gran sensibilidad para la comunidad, tales como conflictos de protección de los derechos de los consumidores y sorites de figuras contractuales y negociales, en las que los causantes de un

daño no podrán escudarse en la ausencia de contrato, ni en la ausencia de hecho que le sea directamente atribuible, cuando para la realización de toda la actividad era indispensable la participación de varios sujetos, no solamente la del estricto partícipe de la relación negocial, como argumentamos, para defender esta línea jurisprudencial, en otro estudio nuestro previamente publicado (Bohórquez, 2016), en el que hemos demostrado que en nuestro sistema jurídico resulta legítima la función creadora del derecho, asumida por las altas cortes colombianas. Y, en lo que atañe a este tema, es, no solo legítima, sino indispensable, dado que hay muchos aspectos de las relaciones cotidianas entre los asociados en los que, precisamente por la supuesta ausencia de un vínculo contractual, las personas se quedan huérfanas de la protección que el sistema jurídico podría brindarles.

## CONCLUSIONES

Las relaciones negociales o contractuales, en el mundo jurídico de hoy, suelen ser bien complejas y el derecho ha de estar presto a brindar soluciones razonables y justicieras, sin abandonar la ortodoxia del derecho, pero sin caer en un excesivo e injustificado culto al formalismo.

Normalmente se ha aceptado que las relaciones contractuales solo son bilaterales y que, si se dan, involucran apenas a quienes participan de modo directo en la celebración del negocio; pero la vida de relación de los negociantes en los tiempos actuales nos ha mostrado con creces que son muchos los eventos en los que los contratos aparecen de orden multilateral, con reconocimiento del derecho, como pasa en los contratos de transporte, o en los de seguros, etc., pero que cada vez son más cotidianos, así no haya normas que reconozcan el fenómeno expresamente, dadas las necesidades de las personas, las distancias, las modalidades de prestación de servicios, de intercambio de productos, de formas de pago, y de otros factores que obligan a relaciones jurídicas cada vez más complejas, con intervención de muchos sujetos, con sorites de negocios que son inevitables.

Todo ello exige una respuesta del derecho que no puede ser la rígida y tradicional, según la cual, ante la ausencia de contrato directo entre las partes, no hay responsabilidad contractual, pues la relación contractual puede estar engastada en una cadena de negocios indispensable para que la relación se dé y, si bien unas veces se trata de negocios independientes, con sus propias responsabilidades, otras veces no lo son.

La iniciativa fue tomada por el legislador, en nuestro sistema jurídico, lo cual es apenas entendible, dada la herencia francesa que orienta gran parte de nuestras instituciones. Por razones de interés general, de interés público o social, o para proteger a una de las partes que podría estar en situación de debilidad, o para proteger derechos fundamentales, o para

amparar a personas que se hallan en notoria situación de desigualdad de facto, o para facilitar la dinámica que a cada contrato le es propia, o para estimular determinada actividad mercantil que juzga propicia para el buen suceso de los fines sociales del Estado, el legislador decidió entronizar preceptos en los que ciertas personas resultan siendo alcanzadas por los efectos contractuales a pesar de no haber intervenido en la celebración del negocio.

Al compás con la postura legislativa, es preciso reconocer que la jurisprudencia también está llamada a reconocer sujetos negociales inmitidos en los casos en los que fuere menester esa solución para proteger intereses que el sistema ha buscado amparar, en especial mediante fines y principios constitucionales, tal y como lo hizo la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 11 de septiembre de 2002<sup>13</sup>, citada como hito en este estudio. Por este sendero es posible encontrar soluciones más justicieras y acordes con nuestro sistema jurídico, tomado como un todo, pues el problema de la legitimación en la causa, por activa o por pasiva, mirado desde este ángulo, adquiere nuevas perspectivas.

Esta prospectiva es importante en actividades como la aseguradora, la de responsabilidad médica, la de protección a contratantes en sorites, cobijados o no por las reglas de protección a los consumidores, pues, por la inmisión, aquella persona que resulte vinculada al contrato por ministerio de la ley, no solo se le convierte en parte, sino que se le da legitimación, tanto por activa como por pasiva, relacionada con las prestaciones derivadas del contrato.

## BIBLIOGRAFÍA

- BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*, traducción de Martín Pérez, 2a. ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959.
- BOHÓRQUEZ ORDUZ, Antonio. *Principio de completitud y creación judicial del Derecho*. Bogotá, Externado, 2016.
- BOHÓRQUEZ ORDUZ, Antonio. *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano. Anotaciones para una teoría general*. Volumen 1. Quinta edición. Bogotá, Doctrina y Ley, 2019.
- HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las Obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las Obligaciones. El negocio jurídico*. Tomo II. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

---

13 Expediente No. 6430. M.P. Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Se puede consultar en: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos*, Bogotá, Temis, 1983.

VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Derecho privado romano*. Segunda edición. Medellín, Señal Editora, 2008.

VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Parte General y Personas*, T.I. Decimoctava edición. Bogotá, Temis, 2016.

## **JURISPRUDENCIA.**

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de mayo 19 de 1999. Expediente No. 4923. M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 11 de septiembre de 2002. Expediente No. 6430. M.P. Dr. José Fernando Ramírez Gómez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 04 de mayo de 2009. M.P. Dr. William Namén Vargas. Expediente No. 05001-3103-002-2002-00099.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 1 de julio de 2009. M.P. Dr. William Namén Vargas. Expediente No. 11001-3103-039-2000-00310.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 18 de diciembre de 2009. M.P. Dr. William Namén Vargas. Expediente No. 11001-3103-018-1999-00533-01.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 08 de agosto de 2011. M.P. Dr. Pedro Octavio Munar Cadena. Expediente No.2001 00778.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 28 de julio de 2005. Expediente 1999-00449-01. M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 13 de julio de 2007. Expediente 0381-2000 M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

## **LEGISLACIÓN**

COLOMBIA.

COLOMBIA. *Ley 153 de 1887*. Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. Diarios Oficiales Nos. 7.151 y 7.152, del 28 de agosto de 1887. Consultada por última vez el 20 de junio de 2015. Disponible en: [https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/ley\\_0153\\_1887.htm](https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/ley_0153_1887.htm).

COLOMBIA. *Ley 550 de 1999*. Por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones. Diario Oficial No. 43.836, de 30 de diciembre de 1999. Consultada por última vez el

21 de junio de 2015. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1662517>.

COLOMBIA. *Ley 675 de 2001*. Por medio de la cual se expide el régimen de propiedad horizontal. Diario Oficial No. 44.509, de 4 de agosto de 2001. Consultada por última vez el 21 de junio de 2015. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0675\\_2001.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0675_2001.html).

COLOMBIA. *Ley 1116 de 2006*. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 46.494 de 27 de diciembre de 2006. Consultada por última vez el 21 de junio de 2015. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1116\\_2006.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1116_2006.html).

COLOMBIA. *Ley 1480 de 2011*. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 48.220 de 12 de octubre de 2011. Consultada por última vez el 21 de junio de 2015. Disponible en: [https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/ley\\_1480\\_2011.htm](https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/ley_1480_2011.htm)

## **LOS IMPUESTOS DIRECTOS ENTRE 2000-2015: REFORMAS, CÁLCULO Y ANÁLISIS DE LA CARGA TRIBUTARIA (TET) EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS EMPRESAS MEDIANAS EN EL SECTOR MANUFACTURERO EN EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER**

Autor: Jorge Orlando Uribe Márquez<sup>1</sup> (Fundación Universitaria Iberoamericana, México)

Coautor: José Miguel Cermeño<sup>2</sup> (Universidad de San Carlos de Guatemala)

Recibido: mayo 18 del 2020

Aprobado: agosto 11 del 2020

### **RESUMEN:**

Los estudios de los efectos de la tributación sobre la mediana empresa no han sido realizados en clave regional y sectorial en Colombia, por lo que se hace necesario analizarlos en el periodo 2000-2015, a la luz de las reformas tributarias aprobadas. Se hace desde dos enfoques: la revisión crítica de la normativa tributaria y sus efectos en la mediana empresa, y el estudio de la Tasa Efectiva de Tributación (TET) en el impuesto sobre la renta para las empresas medianas en el sector manufacturero del Departamento de Santander. Se analizan los efectos de la tributación en sus diferentes reformas, teniendo en cuenta estas variables para evidenciar que la mediana empresa ha sido una de las más afectadas por la variabilidad de las normas, así como para poner de manifiesto la necesidad de estudios regionales que permitan comprender este problema en la dimensión territorial y sectorial.

---

1 Contador Público, Máster en Administración de Empresas, Candidato doctoral Derecho económico y de la empresa, Fundación Universitaria Iberoamericana (México).

2 Investigador independiente. Abogado y notario. Máster en Criminología, Máster en Relaciones Laborales y Diálogo Social. Doctor en Ciencias Penales, Universidad de San Carlos de Guatemala.

**Palabras clave:** Mediana Empresa; Santander; Tributación; Manufactura; Renta.

## **DIRECT TAXES BETWEEN 2000-2015: REFORMS, CALCULATING AND ANALYZING THE EFFECTIVE TAX RATE (ETR) ON MEDIUM-SIZED ENTERPRISES' INCOME TAXES IN THE MANUFACTURING SECTOR OF THE DEPARTMENT OF SANTANDER**

### **ABSTRACT:**

Studies on the effect of taxation on medium-sized enterprises have not been performed in regional and sectoral terms in Colombia, reason why it is necessary to analyze them in the 2000-2015 period in light of the tax reforms that have been approved. Two approaches have been taken: critically reviewing tax regulations and their effects on medium-sized enterprises and studying the Effective Tax Rate (ETR) on income taxes for medium-sized enterprises in the Department of Santander's manufacturing sector. The effects of taxation are analyzed in their different reforms, taking these variables into account to show that medium-sized enterprises have been among those most affected by the regulations' variability, as well as to demonstrate the need for regional studies that allow understanding this issue in a territorial and sectoral dimension.

**Keywords:** Medium-sized Enterprise; Santander; Taxation; Manufacturing; Income.

### **INTRODUCCIÓN**

Las reformas tributarias se concentran en aspectos robustos de carácter técnico que se detienen a evaluar y establecer las mejores decisiones para los individuos de manera particular o colectiva, que luego el Gobierno, como ente garante de los derechos de los ciudadanos y de las sociedades, está en el deber de distribuir de manera equitativa y justa, de modo que sus decisiones se vean reflejadas en beneficios colectivos. En una economía capitalista, el Estado desarrolla políticas y marcos legales para que por medio de la carga impositiva sea posible garantizar ingresos con los cuales suplir las necesidades de las personas y gastos del Estado. Los sistemas tributarios son el producto de coyunturas orientadas por la necesidad de aumentar el recaudo para cumplir los objetivos en distintas esferas (Jaimes y Fuentes, 2017).

Los resultados de la imposición, tanto directa como indirecta de tasas expresadas en impuestos, distorsionan el mercado que involucra a los diferentes actores de la economía, razón por la cual se consideraría que

un entorno justo y equitativo se lograría como lo afirma Bolaños (2013), que un gravamen tuviera la capacidad para generar una redistribución de los ingresos y su relación con el sistema económico; por lo anterior, se requiere reconocer los efectos de los impuestos, es decir, “(...) conocer el impacto de los impuestos sobre el consumo, los costos de producción ,a la inversión privada, el crecimiento económico y la distribución de la carga tributaria. A la vez es clave para la toma de decisiones de política tributaria” (Rincón y Delgado, 2017, p.1)

La disyuntiva de elección entre la imposición de carga tributaria, entre personas y empresas, ha sido un tema que en Colombia parece no tener fin, en tanto detractores como defensores de ambos lados consideran que deben ser exceptuados de la modificación o creación de nuevos impuestos. Es entre los sectores productivos de la economía donde se crean las grandes brechas de desigualdad, dado que las exenciones y otros tipos de beneficios tributarios terminan desincentivando la actividad productiva de unas industrias o sectores sobre otros. Encontrar el punto de equilibrio en temas tributarios no es tarea fácil; sin embargo, una opción de acercamiento y solución al problema es el análisis de las empresas como aquellas capaces de generar empleo y mantener activa la economía. En Colombia, dicho análisis puede hacerse puntualmente desde sectores y regiones específicos debido a que cada sector económico tiene particularidades únicas, puesto que el comportamiento económico, de desarrollo y oportunidad entre cada sector de la economía varía por razones de contexto como de marco jurídico tributario.

Estudiar detalladamente un sector debe su importancia a la capacidad de reconocer que es necesario una evaluación de cada tipo de empresa y contexto. Para este caso, el foco se pone sobre la mediana empresa como última fase en la escala de crecimiento de la Mipyme, específicamente aquellas pertenecientes al sector manufacturero en el departamento de Santander. Así mismo, la revisión bibliográfica permite evidenciar que existen estudios que abordan los impuestos en Colombia, especialmente desde el punto de vista económico, asociados a otros aspectos como competitividad, crecimiento de las empresas, generación de empleo, evasión con ciertos tintes de aproximación a los sectores económicos y de ubicación geográfica, pero ninguno recoge estas dos últimas características, es decir que los estudios regionales crucen las variables tamaño. En este sentido, el objetivo de este artículo es aportar al conocimiento detallado de los cambios principales de los impuestos directos entre el 2000 y 2015 en el sector manufacturero de la mediana empresa en Santander, y al mismo tiempo, conocer de manera particular el comportamiento de la carga tributaria del impuesto sobre la renta en las empresas de estas características en el periodo señalado.

De acuerdo con lo anterior, este estudio presenta una descripción analítica de los impuestos directos en Colombia desde el 2000 hasta el 2015, con el fin de contextualizar críticamente el desarrollo de las imposiciones tributarias en Colombia, en el caso particular de la mediana empresa. Posteriormente, realiza el cálculo y análisis de la Tasa Efectiva de Tributación (TET) del impuesto de renta entre el 2000 y 2015. La TET es el monto de impuestos pagado por una empresa como porcentaje de sus utilidades brutas, y que mide de forma directa el total de la carga tributaria impuesta por la regulación nacional a las firmas en proporción a las ganancias que obtienen por sus actividades. (Gómez y Steiner, 2003, p.14)

Se trata de una operación aritmética básica, definida como el total de impuesto de renta dividida entre el total de utilidades, aunque se trate de una herramienta sencilla, la inclusión de estas dos variables puede generar un acercamiento a la situación de carga de las empresas, en este caso en el impuesto a renta que históricamente grava de manera significativa a las empresas en Colombia.

## **2. Las reformas tributarias entre el 2000 y 2015: balances hacia la mediana empresa**

En Colombia, desde el año 2000 se han expedido 10 reformas tributarias<sup>3</sup>; esto indica que, en un periodo de once años, en promedio cada 13 meses se expidieron leyes que modificaron la carga tributaria en Colombia. No son pocos los casos en los que ley actual deja sin efectos a su predecesora, es decir, se derogan de manera parcial o total el contenido de los artículos conformantes, y muchas de las disposiciones ni siquiera llegan a cumplirse.

En estos procesos de cambio se han generado modificaciones en bases y porcentajes de aplicación, eliminación y creación de nuevos impuestos, tanto a personas naturales como jurídicas. Una interpretación correcta de la legislación y debida aplicación de estos impuestos se ha dificultado debido a la poca claridad en las mismas y a la presencia de un escenario de transición de la contabilidad a las normas internacionales. Estos impuestos, tanto directos como indirectos, han cambiado e incluso se han eliminado de un marco jurídico al otro; es decir, la mayoría de ellos han sido de carácter transitorio para mitigar o superar momentos difíciles para la economía. En cierta medida, dicha característica de temporalidad se justifica en tanto la economía es cambiante; no obstante, lo debatible es que estos cambios se realizan de forma muy recurrente dentro de distintos periodos de gobierno, e incluso en el transcurso de un mismo mandato (y por ende de una misma política económica), y en consecuencia, las empresas están en permanentes procesos de adecuación del tratamiento contable y financiero de los impuestos.

---

<sup>3</sup> Ley 633 de 2000, ley 788 del 2002, ley 863 de 2003, ley 1111 del 2006, ley 1370 de 2009, ley 1430 de 2010, ley 1607 de 2012, ley 1739 de 2014, ley 1819 de 2016 y ley 1943 de 2018

En Colombia se han hecho distintos estudios sobre los efectos de las reformas por periodos de tiempo, como el de Jaimes y Fuentes (2017) que aborda las seis reformas del periodo 2016-2016<sup>4</sup> y señala también la efectividad del cálculo de la TET para el estudio de la carga tributaria. Al analizar las reformas en su progresión de tiempo, afirman que no es necesario generar reformas tributarias estructurales y complicar el sistema tributario nacional con nuevos impuestos y tasas impositivas para mejorar los ingresos por este concepto a la nación, sino que se pueden generar cambios en bases gravables o se puede recurrir a estrategias anti-evasión. Adicionalmente, concluyen que las reformas tributarias en los últimos años han generado disminución en la carga tributaria para las empresas. Se logró este objetivo, pero para solventar dicha disminución se generó aumento significativo en la imposición a personas con menores ingresos, la cual se representa en mayor medida en la clase media. Finalmente, se encontró que el incremento en el recaudo tributario tiene efecto positivo en el PIB, frente a la inflación no tiene un efecto significativo y frente al desempleo se encontró que el incremento en el recaudo tributario genera efecto negativo en el desempleo. (Fuentes y Jaimes, 2017, p. 52)

Clavijo (2013) plantea algunas soluciones para la estructura fiscal colombiana entre el 2010 y 2020, el IVA, y el PIB, señalando que, para la época en la que se escribe el texto (2011), Colombia tenía un bajo recaudo tributario que bordeaba los 13 puntos del PIB frente a un promedio del 17% del PIB en América Latina. Dicho recaudo ha sido el resultado de 16 reformas tributarias entre 1990 y 2010. Clavijo propone analizar las transiciones entre gobiernos y políticas fiscales en clave de los desajustes y retos en materia de recaudo. Analiza el Impuesto al Patrimonio, el impuesto temporal del 2x1000, que pasó y se mantuvo como impuesto fijo del 4x1000, mostrando las maneras en las que el Acto Legislativo N° 19 de 2010, bajo el gobierno de Santos, tuvo que enfrentar los desbalances recibidos. En el mismo periodo, Parra (2011) concluye que el sistema tributario colombiano ha sido óptimo en la medida que es capaz de capturar las dinámicas de crecimiento económico, pues se evidencia un alza en los impuestos cuando la economía crece. Estas posturas evidencian una amplia disidencia en cuanto a la interpretación de los impuestos frente al desarrollo económico, frente al mismo sistema tributario y sus deficiencias heredadas, y frente al crecimiento de las empresas en cada sector. Es decir, según el lente desde donde se mire las conclusiones son diferentes y problemáticas frente al comportamiento de los impuestos.

La Comisión de Expertos para la Equidad y la Competitividad Tributaria de la - CEPAL (2015) realizó una aproximación a la tasa promedio

---

4 ley 1111 de 2006, ley 1370 de 2009, ley 1430 de 2010, ley 1607 de 2012, ley 1739 de 2014 y ley 1819 de 2016

de tributación de los sectores de la economía, de acuerdo con dos metodologías, Ávila (2015) y Salazar y Correa (2015) (citados en CEPAL, 2015, p.69). A partir de estos datos la CEPAL expone que las tasas se encontraron en un rango de 49% y 105% donde indican que estos datos son altos debido a que se encuentran empresas que declaran y tributan, es decir que no evaden, y por ende pagan sumas altas de impuestos; la dispersión de tasas dentro de la economía se debería a los diferentes beneficios para cada sector. En el otro caso, el rango se ubicó entre el 5,5% y el 43%, indicando que se aprecian los privilegios tributarios, evasión y subdeclaración de las utilidades, motivos por los cuales las tasas son bajas.

Es evidente que las diversas reformas han generado un panorama de inestabilidad e incertidumbre en la economía, en especial en el sector empresarial. Fedesarrollo (2002) concluye que las empresas prefieren pagar impuestos a los municipios que a la nación. Esto podría llevar a pensar que se prefiere que las decisiones de destinación de los recursos recaudados sean tomadas por autoridades locales y no nacionales. En este mismo estudio, los empresarios afirmaron que los parafiscales eran muy altos y debían disminuir entre un 20% y 40%.

Frente al impuesto de renta de las personas jurídicas hay que iniciar diciendo que se trata de un impuesto directo tradicional de carácter nacional, entendido como el pago sobre las utilidades generadas en el año. Ligado a este impuesto nace en el 2013 el CREE impuesto sobre la renta para la equidad en beneficio de los trabajadores, la generación de empleo y la inversión social, el impuesto al patrimonio establecido a partir del 2004, denominado a partir del 2015 hasta 2018 como impuesto a la riqueza, y de nuevo renombrado como impuesto al patrimonio desde el 2019 hasta el 2021.

Como lo indica la Comisión de Expertos para la Equidad y la Competitividad Tributaria (2015), el CREE en su momento generó hasta un 7% del PIB en recaudo, considerablemente relevante, pero con serias carencias en la aplicación de principios como la equidad horizontal y la progresividad vertical, concepto introducido con la Constitución de 1991. De manera central destaca el amplió desequilibrio de aplicación que recae de manera más fuerte en las personas jurídicas que en las personas naturales, y sumando a lo anterior, un desbalance notorio frente a las empresas con privilegios como las establecidas en las zonas francas, rentas líquidas y contratos de estabilidad jurídica, lo que ha devenido en la debilidad de la competitividad de las empresas; como recomendación, esta comisión recomendó la eliminación del impuesto a la renta, el CREE y el impuesto a la riqueza, y en reemplazo crear un impuesto único denominado impuesto a las utilidades empresariales que sería igual para todas las empresas y podría ubicarse entre un 30% y 35%.

La CEPAL (2017) indica que, de acuerdo con el trabajo de Alvarado y Londoño (2013), en Colombia el efecto distributivo del impuesto de renta es reducido a causa de una concentración del ingreso en una parte pequeña de la población y a la presencia de rentas exentas y deducciones. Ello contrasta con que para el mismo año, Ávila (2015) encontró que la carga tributaria para las empresas fue del 63% y del cual el 28% estaba representado por el impuesto a la renta y el CREE. Las diferencias sectoriales son pronunciadas, y que las tasas más altas son para aquellas más intensivas en el uso de mano de obra para la producción dentro de las que se encuentra la industria manufacturera.

El impuesto sobre la renta es la carga impositiva más antigua introducida en 1918 por Esteban Jaramillo que expresó que “el impuesto sobre la renta es el que mejor consulta los dictados de justicia distributiva” (Rodríguez 2015, p. 5). Al inicio del año 2000, como incentivo se introdujo un beneficio para aquellos contribuyentes que realizaron inversiones en desarrollo científico y tecnológico con una deducción hasta del 125% del valor invertido, teniendo en cuenta que dicha deducción no podía superar el 20% de la renta líquida (cumpliendo con ciertos requisitos exigidos por la ley). Se incluyó un descuento por donaciones equivalente al 60% realizadas a instituciones de educación superior u oficiales privadas reconocidas por el Ministerio de Educación Nacional. Con respecto a la renta presuntiva, se estableció que la renta líquida del contribuyente no podía ser menor al 6% de su patrimonio líquido.

Parra y Patiño (2010) analizan la evasión de los impuestos de renta e IVA en el periodo 2001-2009, pues implica un grave problema para el recaudo y un enorme reto para el control de los evasores. Los autores concluyen que, en la primera década del siglo XXI, la evasión en Colombia ha disminuido frente a los ingresos de los tributos de Renta e IVA, pasando de un 46,3% en 2001 a un 31.4% en 2009. En esta misma línea, Avila y Cruz (2015) estudian el periodo 2007-2012, en donde son evidentes las variaciones de la recaudación debido a los cambios normativos del sistema tributario, lo que reforzaría la idea anteriormente expuesta por Clavijo (2013) en relación con los desajustes y discontinuidades del sistema fiscal. A pesar de que se evidencian problemas con las metodologías para la medición, se observa que la evasión de las personas jurídicas es menor en comparación con las personas naturales. Para las jurídicas, utilizando el método de brechas tributarias (lo que se debe recaudar versus lo recaudado), se estima que en Colombia la evasión promedio del impuesto de renta para el periodo fue del 39%. Entre las causas, los autores se refieren a la complejidad de la legislación, la desconfianza en las instituciones, la corrupción y la alta concentración del ingreso.

Otro problema vinculado al impuesto de renta como parte de la erosión de la base del impuesto es la transferencia de recursos de un país al otro

con el objetivo de evadir el pago por concepto de este impuesto, prueba de ello son las estadísticas para América Latina que indican que en el 2015 mientras la evasión tributaria ascendía a un monto equivalente al 2,4% del PIB regional en el caso del IVA, esta representaba un 4,3% del PIB regional en el caso del ISR, lo que conjuntamente significó ese año un total aproximado de 340.000 millones de dólares. (CEPAL, 2018, P.61)

Frente a esta situación, los países han generado alianzas a través de la cooperación con organismos internacionales, en tanto se trata de un fenómeno que supera los esfuerzos nacionales, un ejemplo de ello es la transferencia de información fiscal, pues las empresas gozan de beneficios públicos en el país donde están, y no en el que tributan (Tibocha y López, 2007).

Para enfrentar el escenario anterior, el Estatuto Tributario adicionó un capítulo sobre Precios de Transferencia, que expresaba quiénes estaban obligados a determinar esta parte del impuesto, los métodos del precio o utilidad de las operaciones vinculadas, criterios de comparabilidad, costos y deducciones, y obligaba a los contribuyentes del impuesto sobre la renta a presentar una declaración informativa de las operaciones vinculadas a estos hechos económicos. Fue necesario debido a los cambios en la estructura de globalización de las empresas, y esto en ocasión a lo que la OCDE señaló posteriormente sobre “la adopción de legislación en materia de precios de transferencia que incorpore el principio de libre competencia puede contribuir a lograr este doble objetivo” (2011, p.2).

En el año 2002 se agregaron límites a los ingresos no constitutivos de renta<sup>5</sup> y de rentas exentas indicando un porcentaje del 70%, 50%, 20% y 0% desde el 2003 al 2006, respectivamente. Posteriormente, la ley 863 de 2003, estableció que, a partir del año 2004, los límites a los ingresos no constitutivos de renta<sup>6</sup> quedarían gravados en el 100%, que comparados con los del año 2002 se encuentra que seis de los nueve ingresos tratados en el Estatuto se vieron modificados para iniciar el año 2004, es decir se generaron límites del 50% y 20%, que finalmente no se aplicaron. En relación con los límites a las rentas exentas<sup>7</sup> a partir del 2004 quedaron gravadas con el 100% del impuesto sobre la renta, en este caso, todas las rentas exentas fueron modificadas y, por ende, no se cumplieron los límites porcentuales establecidos; si bien no se tratan de ingresos y rentas amplias, sí generaron expectativas respecto los ingresos y rentas que no harían parte del impuesto.

En Colombia, según Clavijo (2005), a partir del 2002 la temporalidad de la sobretasa desaparece y, además, afecta negativamente a las empresas que para su momento ya tenían una tasa del 35%; para el 2002 se contaba

5 artículos 36-1, 36-4, 37, 43, 44, 46, 54, 55 y 56 del Estatuto Tributario

6 artículos 36-4, 37, 43, 46, 54, 55 y 56 del Estatuto Tributario.

7 artículos 211 parágrafo 4o, 209, 216, 217, 219, 221 y 222 del Estatuto Tributario; los artículos 14 a 16 de la Ley 10 de 1991, 58 de la Ley 633 de 2000 y 235 de la Ley 685 de 2001, del Estatuto Tributario

con una tasa del 10% y 5%, para el 2003 y 2004, respectivamente, del impuesto neto de renta correspondiente a dicho año gravable. Sin embargo, para los años 2004, 2005 y 2006 esta se estableció en el 10% del impuesto, modificación también relevante teniendo en cuenta que para el año 2002 esta sobretasa era inicialmente del 10% y luego bajaría al 5% para el 2004, porcentaje que no presentó una disminución, sino por el contrario, un aumento de 5 puntos frente a lo proyectado en un periodo muy corto.

Estas variaciones del sistema tributario, y sumado a cambios continuos en los beneficios y/o exenciones, han generado un entorno de incertidumbre para las empresas. La CEPAL (2018) incita a los países a evaluar la pertinencia de la gran cantidad de tratamientos especiales y gastos tributarios en las sociedades, por lo que sugiere la elaboración de informes sólidos que permitan conocer los efectos de estas medidas. Además, los estudios podrían ser más favorables si se enfocan en los sectores y regiones que, dadas las características diversas en Colombia, generan que todas no se comporten igual ante decisiones tributarias generales.

Un ejemplo es lo ocurrido con la ley 1111 de 2006 que incluyó la deducción por inversión en activos fijos a partir del 1 de enero de 2007 del 40% del valor de las inversiones realizadas en *activos fijos reales productivos*, definido este último concepto por el Decreto 1766 de 2004 en su artículo 2 como “bienes tangibles que se adquieren para formar parte del patrimonio, participan de manera directa y permanente en la actividad productora de renta del contribuyente y se deprecian o amortizan fiscalmente”; esta definición es concreta, pero su delimitación tan restrictiva no permitió dejar por dentro activos fijos relacionados directamente con la producción, razón por la cual algunos sectores no se beneficiaron; más tarde, la ley 1430 de 2010, eliminó para el año gravable 2011 la deducción especial por inversión en activos fijos reales productivos.

En el año 2012, la ley 1607 creó el impuesto sobre la Renta para la Equidad CREE, que de acuerdo con el artículo 20 es el aporte con el que contribuyen las sociedades y personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios, en beneficio de los trabajadores, la generación de empleo, y la inversión social en los términos previstos en la presente ley.

La tarifa de este impuesto se estableció para el 2012 del 8% y del 9%, para los años 2013, 2014 y 2015, y su destinación específica, se centraba en la financiación de programas de inversión social prioritaria a beneficiar población usuaria más necesitada del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF.

Esta tasa para el 2016 y 2017 se estableció en el 9% y se destinaría a financiar el ICBF, el SENA, el sistema de seguridad social, programas

para la primera infancia e instituciones públicas de educación superior, créditos - becas del Icetex y mejoramiento de la calidad de la educación. Así mismo, se crea una sobretasa a este impuesto para los años 2015, 2016, 2017 y 2018 la cual no tendría una destinación especial; solo haría parte de los ingresos corrientes de la Nación. Frente a su propósito de solucionar o fortalecer a los trabajadores, como lo concluyó la ANIF (2014), no se presentaría un aumento del recaudo e incluso las empresas que usan capital humano calificado se verían perjudicadas al no poder deducir los parafiscales; esto de acuerdo con los resultados encontrados por Ayala (2014). Otros trabajos que involucran la generación de trabajo, como el realizado por Martínez (2018), concluyen, de acuerdo con estimaciones econométricas, que la incidencia del impuesto CREE sobre la tasa de ocupación es negativa.

Algunos aspectos de nuevo con la ley 1819 de 2016 presentaron cambios, el costo fiscal de activos adquiridos con posterioridad al 31 de diciembre de 2016 correspondió al precio de adquisición, más los costos directos en los que se incurrió para que el activo se encontrará disponible para su uso o venta. Para efectos del impuesto sobre la renta se presumió que la renta líquida no podía ser inferior al 3,5% del patrimonio líquido, y la tarifa general se estableció en un 33% para sociedades nacionales y sus asimiladas, los establecimientos permanentes de entidades del exterior y las personas jurídicas extrajeras o sin residencia, y para el año 2017 la tasa general fue del 34%.

En síntesis, este panorama de reformas tributarias ha dado como resultado estudios descriptivos y algunos cuantitativos desde la academia, asociaciones y organizaciones nacionales e internacionales, con un enfoque amplio que se dirigen en su mayoría con un sentido crítico a evaluar los resultados tangibles de las medidas adoptadas en materia tributaria frente a las ambiciones de los distintos periodos de gobierno que toman más fuerza ante la presencia de continuos cambios que ligados a recomendaciones de órganos superiores, necesidades transitorias de la economía y seguramente a experiencias previas del comportamiento de los impuestos.

### **3. La Tasa Efectiva de Tributación (TET) y la mediana empresa manufacturera en Santander**

La tasa efectiva de tributación TET ha sido entendida como una herramienta sencilla que permite conocer la carga tributaria a la que se enfrenta una empresa. Distintos autores la han usado para conocer el comportamiento de los impuestos en razón con las utilidades de la actividad económica. Autores como Gómez y Steiner (2015) calcularon la TET a partir de datos contables del 2012 y 2013 en Colombia, concluyendo que la tasa en general se ubicó en un rango del 52% al 59% respectivamente. La mediana empresa, al disponer de un patrimonio importante frente a sus

ingresos operacionales y una representativa cantidad de trabajadores, le generan montos de contribuciones sociales altos y por ende una TET sumamente altas.

Otro estudio de Fedesarrollo (2018) se basó en la metodología de Gómez y Steiner (2015) para calcular la TET en Bogotá, arrojando una TET promedio para el impuesto de renta del 29,7%; en la mediana empresa un promedio del 29,3%, y con respecto al sector manufacturero fue del 27,05%. A la fecha no se encuentran estudios que hayan analizado el caso de las empresas medianas manufactureras en el departamento de Santander que permitan revisar los efectos de la tributación en el desarrollo y crecimiento de las empresas, pues como es bien sabido, las condiciones geográficas, económicas, políticas, sociales y ambientales no son las mismas en los departamentos. Es necesario construir un análisis que aporte a la evidencia sobre la necesidad de un sistema tributario más equilibrado, donde las reglas se apliquen en función de las necesidades de cada sector.

Metodológicamente, a partir del trabajo de Gómez y Steiner (2015), se toman los datos de los estados financieros (balance general y estado de resultados) del Sistema de Información y Reporte Empresarial-SIREM del 2000 al 2015 en el departamento de Santander, para calcular la TET. Posteriormente, se realizó la clasificación del tamaño de las empresas de acuerdo con la ley 590 de 2000<sup>8</sup>, la ley 905 de 2004 y la ley 1450 de 2011<sup>9</sup>, y se seleccionaron las empresas medianas, teniendo como criterio el valor total de los activos. Con respecto a las actividades económicas se usó como guía la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las Actividades Económicas CIIU para los años 2000 al 2013 la versión 3 A.C. y para los años siguientes la versión 4 A.C. en atención a lo sugerido por la Superintendencia de Sociedades. Adicionalmente, se consideró el total del impuesto sobre la renta y el total de las utilidades netas antes de impuestos. El estudio toma una población compuesta por un total 2.807 reportes de empresas del sector manufacturero de Santander para el periodo comprendido entre el 2000 y 2015, de los cuales el 23% son empresas grandes, el 35% empresas medianas y el 42% empresas pequeñas.

De acuerdo con la gráfica N°1, las empresas medianas pertenecientes al sector manufacturero en el departamento de Santander que presentaron información a la Supersociedades en el periodo de estudio muestran una tendencia creciente, pasando en el año 2000 de nueve (9) firmas al 2015 a sesenta (60) firmas, en promedio un crecimiento del 36,4 %. El

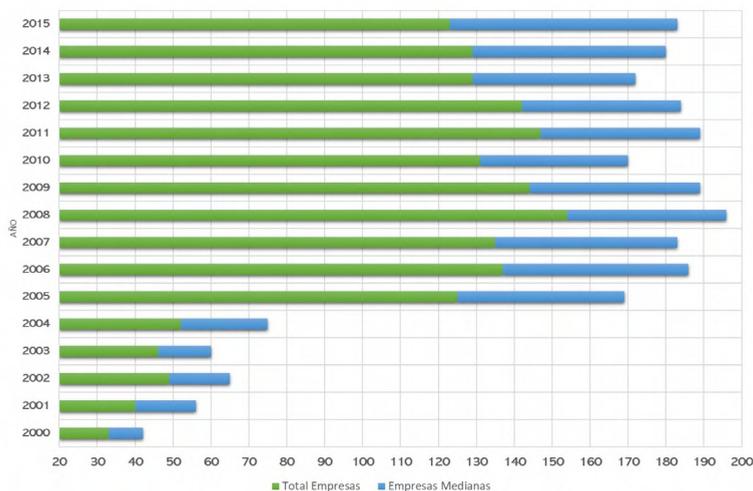
<sup>8</sup> Activos totales por valor entre cinco mil uno (5.001) y quince mil (15.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes

<sup>9</sup> Activos totales por valor entre cinco mil uno (5.001) y treinta mil (30.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

sector manufacturero en Santander sin discriminar por el tamaño de las empresas también aumentó con un crecimiento promedio del 107,2%.

### Gráfico Número 1.

Empresas medianas del sector manufacturero en el departamento de Santander

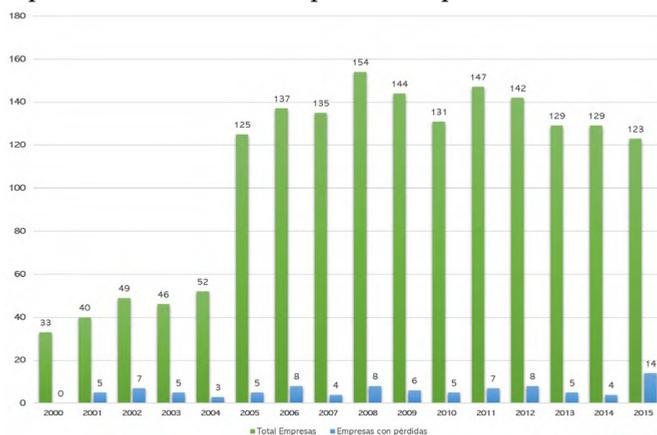


Fuente: SIREM 200-2015, cálculos propios.

De las empresas medianas del sector manufacturero en Santander se evidencia que, en promedio, entre el año 2000 y 2015, el 19% presentaron pérdidas como resultado final del ejercicio económico, siendo el más alto registrado en el 2002, cuando siete (7) de las dieciséis (16) firmas presentaron pérdidas.

### Gráfico 2.

Total, empresas frente al total empresas con pérdidas.



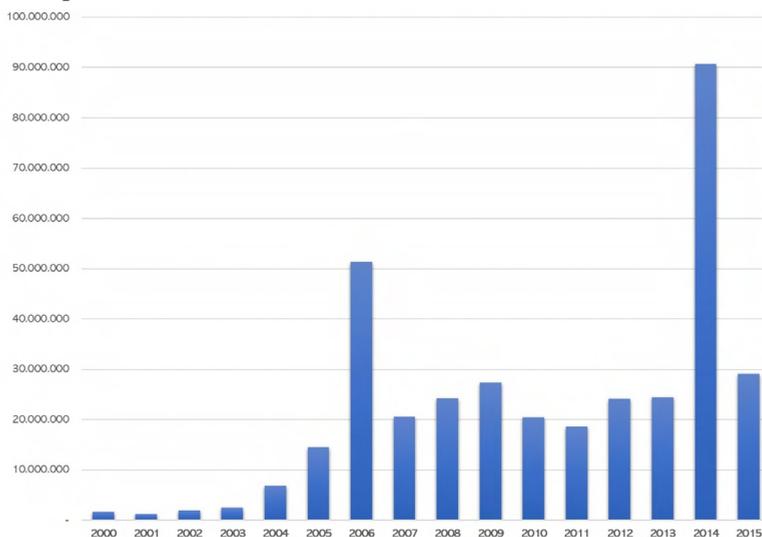
Fuente: SIREM 200-2015, cálculos propios.

Las empresas que registraron pérdidas en cada año no fueron consideradas para el cálculo de la Tasa Efectiva de Tributación TET, dado que la inclusión de estos datos altera los resultados. Aunque el porcentaje de empresas con pérdidas no es tan representativo, el último año (2015) muestra el nivel más alto alcanzado en comparación con los años anteriores, el cual resulta destacable. Del proceso de determinación de las variables de la TET de manera desagregada, como se muestra en la gráfica 3, las utilidades de las empresas medianas manufactureras en Santander no presentan un comportamiento uniforme, solo se aprecian dos picos en el 2006 y 2014, para este último año se registra de una parte, un número alto de firmas y segundo año de recaudo del impuesto CREE.

Ley 11 de 2006, ley 1430 de 2010, la primera del segundo periodo Uribe, la segunda del primer periodo Santos.

### Gráfico 3.

Utilidades empresas medianas manufactureras de Santander. Cifras en miles de pesos.



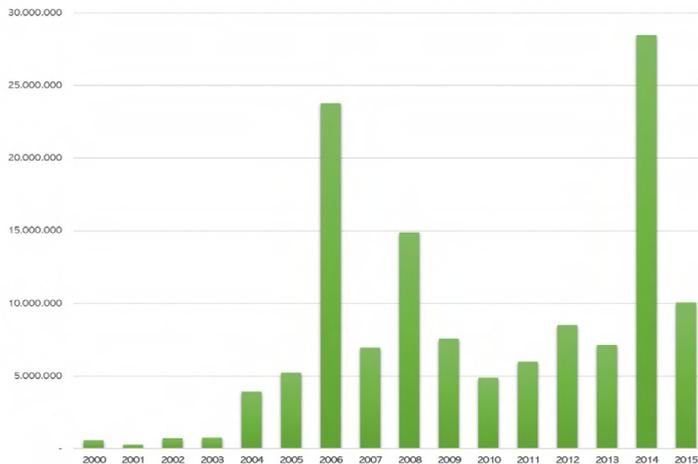
Fuente: SIREM 200-2015, cálculos propios.

De otra parte, el impuesto sobre la renta de las empresas entre el 2000 y el 2015, representados en la gráfica 4, muestra un comportamiento bastante similar al de las utilidades, en especial para los años 2006 y 2014. Sin embargo, la tendencia es menos uniforme debido a las modificaciones del impuesto en sus diferentes reformas tributarias que cambiaron las reglas de tributación y, por ende, no permiten una lectura homogénea. La amplia emisión y derogación de leyes hace que este tipo de comportamientos se presenten en casos en los que el Estado busca por medio de la tributación solventar los recursos que necesita. Debido a

estas variaciones de información, la TET comparada con las pequeñas y grandes empresas es de gran utilidad.

**Gráfico 4.**

Impuesto de renta empresas medianas manufactureras de Santander.  
Cifras en miles de pesos.



Fuente: SIREM 200-2015, cálculos propios.

Año	TET Sector	TET Empresas grandes	TET Empresas medianas	TET Empresas pequeñas
2000	22,8%*	21,3%	34,4%	32,2%
2001	23,4%*	23,3%	23,7%	38,0%
2002	19,4%*	18,3%	35,7%	45,3%
2003	34,6%*	35,3%	30,5%	26,7%
2004	17,6%*	11,5%	57,9%	46,0%
2005	25,6%*	22,6%	36,0%	28,5%
2006	35,5%*	8,2%	46,2%	39,0%
2007	28,5%*	27,2%	33,7%	30,7%
2008	24,8%*	11,1%	61,5%	25,6%
2009	25,3%*	21,1%	27,7%	32,8%
2010	25,2%*	15,9%	23,8%	31,1%
2011	34,5%	36,2%	32,0%	34,6%
2012	28,0%*	26,9%	35,2%	24,1%
2013	30,3%	30,5%	29,3%	29,8%
2014	32,5%	35,1%	31,4%	34,7%
2015	36,6%	37,6%	34,5%	33,2%

**Tabla No.1.** Tasas Efectivas de Tributación comparada, sector manufacturero Santander

Fuente: SIREM 200-2015, cálculos propios.

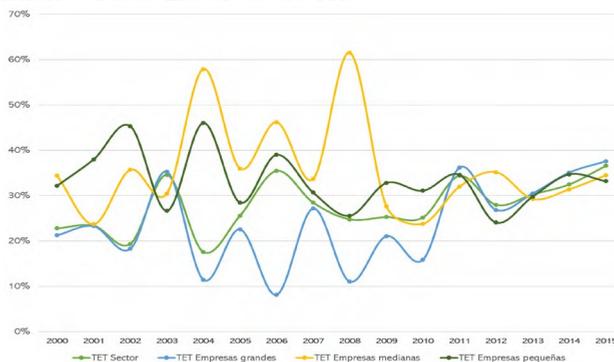
El sector manufacturero presentó una TET promedio del 27,8% para el periodo de estudio. Las empresas grandes presentaron las tasas más bajas que oscilaron entre un 8% y 37% con una tasa promedio del 33%, por lo que en este tipo de empresas se observó un comportamiento inestable, caracterizado por tasas que variaron fuertemente de un año al otro, en parte, debido a la inestabilidad del marco tributario. El movimiento de las tasas de las empresas pequeñas fue la más estable, y como resultado presentaron la TET promedio más baja con el 24%.

Las tasas más altas presentadas correspondieron a las empresas medianas. Como se observa, la tasa más alta se presentó en el año 2008 con un 61,4%, seguida en el año 2004 con un 57,9%, y como resultado en promedio, la carga impositiva fue del 36%: la más alta del sector manufacturero. La mediana empresa manufacturera en Santander ha cargado con el promedio de tributación más alto del sector, al tiempo que ha sido de las más perjudicadas comparativamente por las variaciones de marcos legales. Los ítems en negrita en la Tabla 1 muestran todos los años en que esta empresa fue la mayor contribuyente de las tres, y los años con asterisco (\*) señalan los años en los que la tributación de la mediana estuvo por encima del promedio del año. Como se evidencia, la carga impositiva de las empresas del caso de estudio es mucho mayores. También se observa un proceso de equilibrio en la carga de las tres clases de empresas entre los años 2013-2015, pues, de un lado, la tributación ha sido similar entre las empresas, y de otro lado, la de la mediana es menor que la del promedio.

Estos resultados muestran que el sector manufacturero en conjunto entre el 2000 y el 2015 presentó una tasa efectiva de tributación baja, pero dentro la clasificación del tamaño las empresas pequeñas son las que se encuentran más cerca a reflejar el estado tributario del sector. En segundo lugar, se encuentran las empresas grandes, y en último lugar las empresas medianas que generan preocupación, en tanto representan el 42% del sector y se encuentran muy por encima de la tributación del sector, especialmente con tasas desproporcionales en algunos años.

### Gráfico 5.

Comportamiento Tasas Efectivas de Trib.



Fuente: SIREM 200-2015, cálculos propios.

De acuerdo con la gráfica 5, al inicio del periodo, las empresas grandes eran las que presentaban las tasas más bajas y de forma paralela, aunque el comportamiento superior lo reporta la empresa mediana. Entre 2004 y 2010, las empresas grandes presentaron una disminución frente a la carga tributaria del sector, mientras que, para el mismo periodo, las empresas medianas se vieron enfrentadas a la carga tributaria más alta históricamente. A partir del año 2011, se observa que la diferencia entre las cargas tributarias de cada tamaño de las empresas se estrecha, lo que puede verse como un mejoramiento frente a la brecha del sector que para los años precedentes era más amplia y, por ende, más desigual. Esto es sin duda un comportamiento que encuentra explicación en los ajustes a las políticas tributarias que van saliendo año a año, pero al tiempo su desajuste es consecuencia de de la múltiple expedición de normas.

La tendencia de la carga tributaria, tanto en el sector como en los tamaños de las empresas, ha ido creciendo en los últimos cinco años, desde el 2013 con tasas cercanas al 30% y superiores. Solo en el año 2015, la TET de las empresas pequeñas presentó una leve disminución. En definitiva, podría decirse que los objetivos de las reformas han generado aumentos en la carga tributaria como opción para incrementar los ingresos del gobierno destinados a cubrir huecos fiscales o financiar programas prioritarios. Sobre los sujetos pasivos los impuestos recaen de manera desigual.

### **Algunas conclusiones: las normas tributarias y la mediana empresa**

En Colombia, la promulgación de reformas parciales y estructurales en materia tributaria han sido demasiadas si se tiene en cuenta su producción en cortos periodos de gobierno. Dichas reformas se han creado bajo criterios de necesidad de recursos, externalidades, fortalecimiento de las empresas y/o de las personas, entre otros; sin embargo, los periodos de aplicación de las leyes que se planean a partir de estudios de un nivel técnico avanzado no se han cumplido en su totalidad, lo que ha creado un escenario de cambios reiterativos que dificultan el proceso de acomodación de las empresas, en tanto estas no terminan de incluir o adaptar sus procesos cuando ya se están produciendo otros.

Como resultado de lo anterior, los sectores productivos del país se han mantenido en un escenario de incertidumbre ante eventuales cambios que los sitúa en dos puntos extremos, el de beneficio o pérdida, en tanto los puntos medios parecen ser un espacio de estabilidad un poco más difícil de encontrar. De acuerdo con la revisión de las leyes y las conclusiones de otros autores, un fenómeno ligado se relaciona con la creación excesiva de disposiciones en beneficios y exenciones generando brechas más amplias que no permite igualdad de oportunidades en los sectores, ni dentro de ellos. A su vez, la ausencia de fuertes medidas de control y penalización generan que la evasión se convierta en un problema adicional y, por ende, que el recaudo esperado no se cumpla.

El cruce de la TET para el sector y la región muestra que los dos periodos presidenciales de Álvaro Uribe presentaron las tributaciones más inestables y variables, y fueron los picos de la alta tributación de la mediana empresa y la baja de la gran empresa. A su vez, la mayor cantidad de años en los que la tributación de la mediana manufacturera estuvo por encima del promedio del año. En este periodo estuvieron la Ley 1111 de 2006 y la Ley 1370 de 2009. Para los años posteriores, la tributación se equilibra paulatinamente, que corresponde especialmente a los periodos de Juan Manuel Santos, en los cuales se profirió la Ley 1430 de 2010, del 29 de diciembre de 2010.

En términos descriptivos, el ejercicio de comparación de la normativa cada vez resulta más difícil de adelantar, debido al número de leyes que se han creado y reformulado que incluyen nuevos impuestos y métodos o procedimientos diferentes para la deducción de los impuestos, que como resultado ha ocasionado que el proceso de transición no sea óptimo en el sentido que las empresas no se encuentran establecidas en el mismo nivel de desarrollo. De otra parte, periodos cortos de aplicación de nuevos impuestos y de otras tasas anexas no permite disponer de una serie representativa de datos que posibiliten el análisis amplio y robusto de los efectos de estos tributos en la sociedad. De manera complementaria, se evidencia cómo las decisiones legislativas en materia jurídica afectan los estudios económicos sobre el sector, por lo que es pertinente una revisión crítica al marco jurídico de derecho tributario de las empresas, sus efectos en la economía y sus efectos en la medición a mediano plazo.

De su parte, el sector manufacturero en Santander presentó entre el 2000 y 2015 un crecimiento destacado respecto al número de firmas y sus utilidades, esto teniendo como fuente las empresas obligadas a reportar a la Supersociedades. La mediana empresa, a partir del 2005, muestra un mayor número de sociedades indicando que el 35% del sector para el periodo de estudio se encuentra representado por medianas empresas. Así mismo, las utilidades generadas para cada año guardan proporcionalidad, solo para el 2014<sup>10</sup> se aprecia un incremento muy superior a los demás años, pero al final, sus efectos respecto a la carga tributaria son equiparables.

De acuerdo con la tasa efectiva de tributación TET del sector manufacturero en Santander entre el 2000 y 2015, las empresas medianas son las que han enfrentado escenarios más volátiles, por tanto, puede decirse que en cierta medida las reformas tributarias en este caso relacionadas con el impuesto a la renta, probablemente, han generado efectos negativos en su crecimiento. Resulta inquietante que, a pesar de un escenario

---

10 Se debe tener en cuenta que las firmas presentes en un periodo no siempre se mantienen para los siguientes periodos, esto por tratarse de una obligación de reporte al SIREM y que se inicia el recaudo del impuesto CREE

de inestabilidad del sector manufacturero de las empresas medianas, estas han logrado mantenerse. Una de las hipótesis explicativas puede plantearse para el caso en que las empresas han optado por la afectación de otras variables para mitigar el riesgo de pérdida. Este sería un trabajo pendiente de realizar, en materia de empleo, formalidad u otros factores del crecimiento empresarial. También lo sería el estudio de la TET en la pequeña empresa.

En general, el sector manufacturero en Santander en el periodo comprendido entre el 2000 y 2014 se caracterizó por cargas tributarias desiguales entre las grandes, medianas y pequeñas empresas; solo para finales del 2015 se aprecia una tendencia a la estabilización de las cargas tributarias dentro del sector. Una conclusión plausible es que los efectos de las reformas tendieron a igualar las cargas impositivas para las empresas de distintos tamaños, aunque también tiene lugar la pregunta de la relación entre si la carga tributaria debería ser menor para los sectores y empresas en proceso de crecimiento frente a aquellas más establecidas. Sin embargo, debido a la carencia de datos para años posteriores al 2015, por no encontrarse para su consulta en el SIREM, los años de estudio no son aun suficientes para considerar esto como un efecto constante.

Estos resultados contribuyen a consolidar otra de las hipótesis iniciales sobre la carencia de estudios regionales y sectoriales que permitan la mejor comprensión, para este caso de estudio, de la mediana empresa manufacturera en Santander. Este estudio se propone como un aporte a esta mirada, así como al estudio de las relaciones entre la economía y el marco jurídico tributario, indisolubles en su análisis sectorial.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ávila, J., y Cruz, Á. (2015). *Colombia: Estimación de la Evasión del Impuesto de Renta de Personas Jurídicas 2007-2012*. Bogotá: DIAN: Subdirección de Gestión de Análisis Operacional
- Bolaños, J. (2013). Una aproximación a la evolución de los impuestos y la curva de LAFFER en Colombia (1990-2008). *Tendencias*, 11(1), 7-23. Recuperado a partir de <https://revistas.udenar.edu.co/index.php/rtend/article/view/590>
- Clavijo, S. (2005). *Tributación, equidad y eficiencia en Colombia: Guía para salir de un sistema tributario amalgamado*. Borradores de Economía, 41, 1-29.
- Clavijo, S. (2013). *Estructura Fiscal en Colombia y Ajustes Requeridos (2010-2020)*. Bogotá: Centro de Estudios Económicos.
- Clavijo, S., Vera, A., y Vera, N. (2014). *Elementos para una Reforma Tributaria Estructural*. Bogotá: ANIF.
- Comisión de Expertos para la Equidad y la Competitividad Tributaria. (2015). Informe final presentado al Ministro de Hacienda y Crédito Público. Bogotá: Fedesarrollo.

- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2017). *Tributación en Colombia: reformas, evasión y equidad*. Estudios y Perspectivas, 51.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Panorama Fiscal de América Latina y el Caribe, 2018 (LC/PUB.2018/4-P)*, Santiago, 2018.
- Decreto- Ley 1333 de 1986 Por el cual se expide el Código de Régimen Municipal. (14 de mayo de 1986). Diario Oficial No. 37.466. Colombia.
- Fuentes, J., y Jaimes, S. (2017). *Estudio de las reformas tributarias en Colombia y sus efectos sobre variables macroeconómicas*. (Tesis de pregrado). Universidad Católica de Colombia. Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas. Programa de Economía. Bogotá, Colombia.
- Fundación para la Educación Superior y el Desarrollo. (2018). *Tasa Ectivad e Tributación para Bogotá*. Bogotá: Fedesarrollo.
- Gómez, H. J., y Steiner, R. (2015). *La Reforma Tributaria y su impacto sobre la Tasa Efectiva de Tributación de las firmas en Colombia*. Coyuntura Económica: Investigación Económica y Social, 13-44.
- Ley 633 de 2000 Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se dictan disposiciones sobre el tratamiento a los fondos obligatorios para la vivienda de interés social y se introducen normas para fortalecer las finanzas de la Rama Judicial. (29 de diciembre de 2000). Diario Oficial No. 44.275. Colombia.
- Ley 788 del 2002 Por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial; y se dictan otras disposiciones. (27 de diciembre de 2002). Diario Oficial No. 45.046. Colombia.
- Ley 863 de 2003 Por la cual se establecen normas tributarias, aduaneras, fiscales y de control para estimular el crecimiento económico y el saneamiento de las finanzas públicas. (29 de diciembre de 2003). Diario Oficial No. 45.415. Colombia.
- Ley 1111 de 2006 Por la cual se modifica el estatuto tributario de los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (27 de diciembre de 2006). Diario Oficial No. 46.494. Colombia.
- Ley 1370 de 2009 Por la cual se adiciona parcialmente el estatuto tributario. (30 de diciembre de 2009). Diario Oficial No. 47.578. Colombia.
- Ley 1430 de 2010 Por medio de la cual se dictan normas tributarias de control y para la competitividad. (29 de diciembre de 2010). Diario Oficial No. 47.937. Colombia.
- Ley 1607 de 2012 Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones. (26 de diciembre de 2012). Diario Oficial No. 48.655. Colombia.

- Ley 1739 de 2014 Por medio de la cual se modifica el Estatuto Tributario, la Ley 1607 de 2012, se crean mecanismos de lucha contra la evasión y se dictan otras disposiciones. (23 de diciembre de 2014). Diario Oficial No. 49.374. Colombia.
- 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. (29 de diciembre de 2016). Diario Oficial No. 50.101. Colombia.
- Ley 1943 de 2018 Por la cual se expiden normas de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto general y se dictan otras disposiciones. (28 de diciembre de 2018). Diario Oficial No. 50.820. Colombia.
- Martínez, G. (2018). Incidencia tributaria CREE sobre la demanda de trabajo en Colombia (2006-2017) Análisis desde un modelo de Vector de Corrección Error (VEC). Bogotá. Obtenido de <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/15351/2018giovannimartinez.pdf?sequence=7&isAllowed=y>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE. (10 de 11 de 2011). Legislación en Materia de Precios de Transferencia-Propuesta de Enfoque. Obtenido de OECD Better Policies for Better Lives. <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/48275782.pdf>
- Parra, O., y Patiño, R. (2010). *Evasión de impuestos nacionales en Colombia. Años 2001-2009*. Revista Facultad de Ciencias Económicas, 18 (2), 177-198. DOI: <https://doi.org/10.18359/rfce.2279>
- Parra, T. (2011). *Colombia: estimación de un modelo VAR para el producto interno*. Revista civilizar de empresa y economía, 2 (4), 108-122. DOI: <https://doi.org/10.22518/2462909X.74>
- Rincón, H., y Delgado, M. E. (2018). *¿Cuánto tributan efectivamente el consumo, el trabajo y el capital en Colombia?* Borradores de Economía, 1041, 1-32.
- Rodríguez, J. A. (2015). *Impuesto sobre la Renta: dime cómo opera y te diré como se distribuye*. Documentos Escuela de Economía, 54, 2-34.
- Schomberger, J., y López, J. (2007). *La problemática actual de los paraísos fiscales*. Revista Colombiana de Derecho Internacional, 311-338.

## **PORTADA: RESEÑA DEL ARTISTA INVITADO EFRAÍN SALDAÑA Y DE SU OBRA**

Para este número de la revista Temas Socio- Jurídicos se escogió una muestra de la obra de Efraín Saldaña, artista santandereano. En la actualidad cuenta con una extensa obra de pinturas en óleo sobre lienzo. El maestro Efraín Saldaña imprime su alma y sello personal en cada obra, capaz de transmitir la esencia de cada obra a través de cada pincelada, trazo y colores utilizados en sus majestuosas obras. En esta edición presentamos a ustedes la obra titulada Pueblo Alegría, cuya técnica es óleo sobre lienzo, del año 2009.



# Revista

## Temas

# Socio-Jurídicos

FORMATO DE SUSCRIPCIÓN

Nombre / Name

Cédula / Identificación number

Dirección / City

Departamento / State

Código Postal / Zip Code

**País / Country**

**Teléfono / Phone Number**

**Profesión / Profession**

**Institución / Employer**

**Correo Electrónico / E-mail**

**Dirección de envío / Mailing Address**

Mayores informes  
Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAS  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
Avenida 42 N° 48 - 11 PBX (7) (57) 6436111 - 6436261  
Bucaramanga - Colombia  
temassj@unab.edu.co

Último ejemplar recibido/ Last issue mailed:  
Año/Year      Volumen/Volume      fecha/Date

EDITORIAL

Mauricio Rodríguez  
Mario Guevara Mendoza

DESAFÍOS DE LA JEP EN EL DERECHO DE REPARACIÓN Y JUSTICIA  
DE LAS VÍCTIMAS LGBTI.

Andrés Felipe Martín

LA SELECCIÓN OBJETIVA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL:  
UNA LIMITACIÓN AL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD  
DE LA TEORÍA GENERAL DEL NEGOCIO JURÍDICO

Carlos Fernando Amaya Rodríguez

LAS ADJUDICACIONES DE TIERRAS Y LA NULIDAD DE LOS ACTOS  
ADMINISTRATIVOS A LA LUZ DE LA LEY DE VÍCTIMAS Y RESTITUCIÓN  
DE TIERRAS Y SU JURISPRUDENCIA

Elisa Martín Peré

INMISIÓN NEGOCIAL FRENTE AL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD  
DE LOS CONTRATOS

Antonio Bohórquez Orduz

LOS IMPUESTOS DIRECTOS ENTRE 2000-2015: REFORMAS, CÁLCULO  
Y ANÁLISIS DE LA CARGA TRIBUTARIA (TET) EN EL IMPUESTO SOBRE  
LA RENTA DE LAS EMPRESAS MEDIANAS EN EL SECTOR MANUFACTURERO  
EN EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER

Jorge Orlando Uribe Márquez  
José Miguel Cermeño

PORTADA: RESEÑA DEL ARTISTA EFRAÍN SALDAÑA Y DE SU OBRA



Universidad Autónoma de Bucaramanga

*de puertas abiertas*

VIGILADA MINEDUCACIÓN

