



FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS POLÍTICAS

Universidad de **Nariño**



Samuel Jorge Delgado Martínez

Revista Científica
CODEX

Vol. 6 N° 10 Año 2020
ISSN: 2463-1558
ISSN-E: 2463-2031



Universidad de **Nariño**

FUNDADA EN 1904

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Revista Científica
CODEX

Volumen 6 N° 10 - 2020

ISSN: 2463-1558

ISSN-E: 2463-2031

Revista Científica CODEX

Volumen 6 N° 10 Año 2020

CARLOS SOLARTE PORTILLA
Rector Universidad de Nariño

MARTHA SOFÍA GONZÁLEZ INSUASTI
Vicerrectora Académica

DIRECTOR - EDITOR
LEONARDO A. ENRÍQUEZ MARTÍNEZ
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias
Políticas

**DIRECTOR CENTRO DE
INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS
SOCIOJURÍDICOS - CIESJU**
CRISTHIAN ALEXANDER PEREIRA OTERO

DIRECTORA GRUPO DEJURE
Derecho, Justicia y Región

ISABEL GOYES MORENO
Doctora en Ciencias de la Educación Universidad de Nariño- RudeColombia. Magister en Derecho Universidad Nacional, Magister en Dirección Universitaria Universidad de los Andes, Magister en Educación Universidad Pedagógica Nacional. Abogada y docente de tiempo completo de la Universidad de Nariño.

DIRECTOR GRUPO CEJA
Centro de Estudios Jurídicos Avanzados
OMAR ALFONSO CÁRDENAS CAYCEDO
Magíster en Derecho Comercial y Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia. Docente de la Universidad de Nariño.

COMITÉ EDITORIAL

MIEMBROS EXTERNOS:

EDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO
Magister en Derecho Comercial de la Universidad Externado. Doctor en Derecho Universidad Alfonso X el Sabio. Docente de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario.

DIEGO ARMANDO YAÑEZ MEZA
Abogado. Investigador, docente universitario en pregrado y posgrado, litigante en materia de Derecho Administrativo y Constitucional. Director de la Revista Academia & Derecho, indexada por Colciencias. Miembro activo del Instituto Colombiano de Derecho Procesal ICDP y el Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional CCDPC.

GABRIELA PRADO PRADO
Profesora de Derecho Económico de la Universidad de Atacama, experta en integración europea. Doctora en Derecho de la Universidad de Salamanca.

GAMAL MOHAMMAND ATSHAN RUBIANO
Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, Magister en Derecho Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derecho Financiero, Cambio y Bursátil; Derecho Procesal y Derecho Probatorio de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes.

MIEMBROS INTERNOS

JUAN CARLOS LAGOS MORA

Doctor en Ciencias de la Educación. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

MANUEL ANTONIO CORAL PABÓN

Magister en Derecho y candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Santo Tomás. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

OMAR ALFONSO CÁRDENAS CAYCEDO

Magíster en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Docente de la Universidad de Nariño.

COMITÉ CIENTÍFICO MIEMBROS EXTERNOS

GUSTAVO GARCÍA BRITO

Director del área de comercio exterior del Bufete Corral Rosales y Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar en Quito, Ecuador. Magister en Derecho Internacional Económico de la Universidad Andina Simón Bolívar. Ex secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

TERESA REYES ASPILLAGA

Título Profesional de Abogado, otorgado por la Iltma. Corte Suprema. Magister en Investigación en Educación por la Universidad Autónoma de Barcelona.

ROBERTO MOLINA PALACIOS

Docente de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

ALEXANDER SÁNCHEZ PÉREZ

Magistrado Auxiliar del Consejo de Estado, Docente de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho Público de la Universidad Paris II.

MONITORA

ISABEL RAMÍREZ VILLOTA

Estudiante de la Facultad de Derecho Universidad de Nariño.

APOYO

GRAFICOLOR PASTO SAS
SEBASTIÁN A. GARCÍA CAICEDO
AURA C. TORRES B.
JESICA DELGADO S.

FILIACIÓN INSTITUCIONAL

Universidad de Nariño

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Calle 18 Cr. 50. Ciudadela universitaria
Torobajo, Bloque D,
Facultad de Derecho

<http://derecho.udenar.edu.co>

email: derecho@udenar.edu.co

Página web revista:

<http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex>

email revista: rcodex@udenar.edu.co

Teléfono: (+57) 602 7315438

Vol. 6 N° 10. Año 2020

Portada

Homenaje al Maestro

SAMUEL JORGE DELGADO MARTÍNEZ

Fuente: <https://www.udenar.edu.co/1913-1915-samuel-jorge-delgado/>

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
GRUPO DE INVESTIGACIÓN - CEJA
CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS AVANZADOS
UNIVERSIDAD DE NARIÑO**

DEFINICIÓN DE LA REVISTA

La revista científica CODEX de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, es un medio de divulgación del conocimiento, la investigación, la proyección social y el saber jurídico y socio jurídico. Su objetivo esencial es la publicación de resultados de investigación, generando espacios de debate con un enfoque crítico social sobre temas de relevancia jurídica.

La revista se publica con una periodicidad declarada SEMESTRAL, con artículos presentados en español, inglés y francés. La revista CODEX se divulgará en físico y en versión electrónica.

ISSN: 2463 - 1558
ISSN-E: 2463 - 2031

Lugar de edición: San Juan de Pasto, Departamento de Nariño, República de Colombia.

ENTIDAD EDITORA

Universidad de Nariño
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Grupo CEJA - Centro de Estudios Jurídicos
Avanzados

Página web: www.udenar.edu.co
derecho.udenar.edu.co

VERSIÓN ELECTRÓNICA

<http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex>

**DIRECCIÓN POSTAL Y CORREO
ELECTRÓNICO**

Calle 18 Carrera 50, Universidad de Nariño, Ciudadela Universitaria Torobajo, Bloque D, Facultad de Derecho, de la ciudad de San Juan de Pasto, Departamento de Nariño, República de Colombia.

Correo electrónico:

rcodex@udenar.edu.co

Nota sobre las direcciones: La dirección postal y el correo electrónico corresponden al contacto de la administración de la revista, pudiendo dirigirse a éstas para efectos de solicitud de suscripciones, canjes, envío de trabajos, acciones de seguimiento, entre otras.

SISTEMA DE ARBITRAJE

Los artículos se someten al proceso de arbitraje con dos pares externos a la entidad editora, bajo el sistema de doble ciego. Los árbitros otorgan calificación numérica a los ítems exigidos y clasifican los más altos puntajes. Posteriormente el Comité Editorial revisa la calidad científica, la pertinencia del artículo y selecciona los artículos a publicar. El procedimiento se explica en el instructivo para autores.

BUENAS PRÁCTICAS EDITORIALES

La revista CODEX acoge los estándares internacionalmente aceptados en materia de publicación científica. Por lo tanto, la revista CODEX adopta en su proceso las directrices fijadas en la 2nd World Conference on Research Integrity realizada en Singapur, en julio de 2010. En consecuencia, recomienda a los autores su revisión.

Las directrices pueden consultarse en:
http://publicationethics.org/files/International%20standard_editors_for%20website_11_Nov_2011.pdf

CANJE/EXCHANGE/ÉCHANGE

Solicitamos canje. We request Exchange. Nous sollicitons échange.
Email: rcodex@udenar.edu.co y en la dirección postal.

CONTENIDO

EDITORIAL Homenaje a los grandes maestros de la Universidad de Nariño: Samuel Jorge Delgado Martínez	9
HABILIDADES FUNDACIONALES PARA UNA NUEVA GESTIÓN PÚBLICA LATINOAMERICANA EN EL SIGLO XXI	14
Luis Pazmiño, Carmen Elena Rodríguez	
MINERÍA ANCESTRAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	27
Daniel Lozano Villota, Daniela Stefanía Rodríguez	
ANÁLISIS DE LAS DECISIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO FRENTE AL DESARROLLO, APLICACIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR ELECTRÓNICO	53
Darío Fernando Martínez, Erika Pabón	
THE SATISFACTION OF INDIRECT PUBLIC INTEREST IN THE INDUSTRIAL AND COMMERCIAL ACTIVITIES OF THE STATE	90
Jairo Cabrera Pantoja	
LAS REFORMAS AL RÉGIMEN DE COMPETENCIA PARA EL INGRESO DE COLOMBIA A LA OCDE: 2008-2018.....	113
Laura Catherine Ibarra	
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL PRECEDENTE DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN EL CAMPO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA	125
Andrea Melissa Andrade, María Elena Caicedo Yela	
ÍNDICE DE AUTORES.....	158
COMITÉ DE ARBITRAJE CIENTÍFICO PARA ESTE NÚMERO.....	159
MIEMBROS EXTERNOS	159
MIEMBROS INTERNOS.....	159
INSTRUCCIONES PARA AUTORES.....	160
SUSCRIPCIÓN VERSIÓN ELECTRÓNICA.....	168
CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA.....	169

EDITORIAL

Homenaje a los grandes maestros de la Universidad de Nariño: SAMUEL JORGE DELGADO MARTÍNEZ

En esta editorial invito al lector a que juntos viajemos en el tiempo. Prepárese.

Estimado lector, hemos traspasado las leyes de la física, déjeme contarle que corre el año de 1914: Colombia se encuentra en la mitad de la hegemonía conservadora, en Europa estallaba la primera guerra mundial – a la cual se llamó Gran Guerra porque no estaba en los planes que vendría una segunda -, la mayor parte de los países no tenían energía eléctrica, ni vehículos automotores. El mundo en 1914 no imagina que en el siglo que empieza cursarán barbaries como las del fascismo italiano o el nazismo alemán, tampoco que en ese mismo siglo nacerá y se disolverá la Unión Soviética –también con sus graves atropellos- y que, al final del siglo, la revolución tecnológica lo cambiaría todo para siempre.

Es 1914, es Pasto, el caballo es un medio de transporte común y el Departamento de Nariño está recién fundado –lleva 10 años de creación–. La Universidad de Nariño no es la imponente Institución que será en el siglo XXI es más, tiene grandes dificultades: los diputados conservadores de la Asamblea han proferido una cuestionable ordenanza por medio de la cual han decidido entregar la Universidad de Nariño a la Compañía de Jesús, de larga tradición en nuestra región como formadora académica. Se ha tejido un ataque feroz y directo a la naciente Universidad de Nariño que pretende someterla a la vigilancia y doctrina de la Iglesia Católica, pese a que se trata de una Institución pública. Eran otros tiempos, era otra dinámica, era otra Iglesia y otra Asamblea, era otra sociedad y otras las maneras de pensar.

A veces el tren de la historia pasa imparable por las manos de una persona, existen raros y extraordinarios momentos en los que una sola persona tiene la capacidad de tomar decisiones que cambiarán el curso de los acontecimientos.

Es 1914 y el tren de la historia va a pasar por las manos de Samuel Jorge Delgado Martínez por segunda vez –ya veremos cuándo fue la primera–, él conoce la sensación que produce su paso, lo reconoce, no es ningún novato en inscribir su nombre en la historia de Nariño. El doctor Samuel Jorge Delgado Martínez, en ese preciso instante es el rector de la Universidad de Nariño y profesor de la Facultad de Derecho y se acaba de enterar de la ordenanza de la asamblea que entrega la única universidad de la región

a la Compañía de Jesús. Él es el rector en cuya guardia la Universidad recibe el primer golpe a su autonomía. Había que luchar, había que evitarlo.

Miro la pintura que engalana la portada de esta edición de la Revista Codex e invito al lector a apreciarla detenidamente e imaginar al ser humano, al jurista, al rector cargando con la responsabilidad de defender la Universidad del ataque en 1914. Una posibilidad es la de dar un paso al costado, darse por vencido, permitir el sometimiento como manso buey que acepta el yugo en silencio, si así hubiera actuado la Universidad de Nariño no sería lo que hoy es, no seríamos profesores ni estudiantes de esta magna Institución e incluso esta revista y el homenaje que hoy se le rinde al ex rector, tampoco existiría. Samuel Jorge Delgado no era así, sabe identificar la historia palpitando en sus manos –como antes había pasado– y decidió optar por la otra posibilidad: luchar en defensa de la Universidad de Nariño.

Samuel Jorge Delgado decidió enarbolar las banderas del inconformismo y canalizarlas a través de una acción judicial, como avezado jurista presentó una demanda en contra de la ordenanza de la Asamblea ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño, para ello argumentó que la misma viola la Ley 39 de 1903 que establece que solo el Presidente de la República puede reglamentar la Universidad por tratarse de un establecimiento autónomo de educación pública con bienes y rentas propias. El rector Delgado inició así una larga tradición surcada por las distintas épocas y generaciones de profesores de la Facultad de Derecho de resguardar a la Universidad en su integridad jurídica a través de la orientación, la asesoría, e incluso la acción ante la rama judicial del poder público.

El Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño falló a favor de la Universidad y acogió las pretensiones presentadas por el jurista. Samuel Jorge Delgado al conocer la decisión, muy seguramente, sintió esa inexplicable sensación que tenemos los abogados cuando se decide a favor de nuestra causa y de seguro experimentó -además- la tranquilidad del deber cumplido con su región y con las futuras generaciones, había vencido, pero con él la Universidad de Nariño garantizaba su autonomía universitaria.

Volvamos al presente.

Han pasado más de cien años desde aquél lejano 1914, tiempo en el cual sucedieron las dos guerras mundiales, el crack financiero de 1929, la guerra fría, Alemania dividida y vuelta a unir, el proyecto de la Unión Europea, estallaré el polvorín de Sarajevo, explotará la violencia partidista y política en Colombia, la riqueza se volcará a las compañías tecnológicas y la Universidad continuará con vida y con autonomía hasta ahora. Desde estas líneas no podemos más que rendir un homenaje y lanzar un agradecimiento profundo al rector Delgado: él fue uno más de aquella larga cadena

de esfuerzos humanos que, desde 1904, han construido la Universidad de Nariño que conocemos hoy. Un rector que defendió la autonomía universitaria y que hoy seguimos defendiendo desde diferentes frentes y el jurídico, por supuesto, es uno de ellos.

Aún en los tiempos que transcurren la Universidad ha tenido que defender su autonomía universitaria en los estrados judiciales, nuestros jueces –muchos de ellos hijos ilustres de esta Casa de Estudios– han entendido la importancia que esto significa para el mundo político y académico que es la Universidad de Nariño. Una larga travesía que inició en ese 1914.

Samuel Jorge Delgado Martínez inscribió su nombre en la historia por librar y ganar la primera pelea por la defensa de la autonomía universitaria de la Universidad de Nariño; pero, como dije líneas atrás, esa no fue la primera vez que la historia pasaba por entre las manos de Samuel Jorge Delgado: invito al lector que volvamos a viajar en tiempo y nos traslademos a 1904.

Invito nuevamente al lector a mirar la portada de esta revista, ese caballero distinguido casi victoriano, es el partícipe de otro hecho increíble en 1904. Gracias a la lucha de hombres como don Julián Bucheli se logró que el congreso apruebe la Ley 1 de 1904 que crea el Departamento de Nariño separándolo del tradicional Departamento del Cauca, sin embargo surgió un nuevo obstáculo: el presidente Marroquín está de salida y es sabido por todos que el nuevo presidente, el general Rafael Reyes, no impondrá su firma para que la Ley entre en vigencia; es 6 de agosto, es 1904, al día siguiente –el 7 de agosto– tomará posesión el general Reyes, es Samuel Jorge Delgado conduciendo de nuevo el tren de la historia; él es el secretario del presidente Marroquín y a altas horas de la noche de ese 6 de agosto de 1904 debe gestionar la firma del presidente y convencerlo de sancionar la Ley, no hay otra oportunidad, con Reyes el proyecto fracasaría. Al día siguiente –7 de agosto de 1904– tomó posesión el general Rafael Reyes pero la fuerza histórica de los pueblos es mayor que la de los hombres que pretenden detenerla: la Ley estaba sancionada, el Departamento de Nariño había nacido y Samuel Jorge Delgado había inscrito su nombre para siempre en la historia local.

Regresemos al acelerado siglo XXI y hagamos la pregunta ¿Quién era Samuel Jorge Delgado?, ese hombre que inscribió su nombre en la historia del Departamento de Nariño y de la Universidad de Nariño, las dos instituciones públicas más grandes de la región.

El maestro que en estas líneas homenajeamos fue discípulo de Miguel Antonio Caro –el famoso autor de la Constitución de 1886–, secretario de Gobierno del presidente Marroquín, consejero de estado y por supuesto,

rector de la Universidad de Nariño¹. Fue también senador de la República y en ejercicio de tal labor tramitó la Ley 65 del 6 de noviembre de 1912 que pretendía la construcción del tan anhelado sueño de la línea férrea que uniría el océano Pacífico y el Putumayo pasando por Pasto desde donde se uniría a su vez con la línea entre Cali y Buenaventura, un proyecto futurista que habría cambiado la realidad económica de la región pero que lamentablemente –como muchas cosas en Colombia– no se materializó por el cambio del gobierno y el advenimiento de la primera guerra mundial².

En su vida familiar se casó con la señora Inés Padilla de Delgado, oriunda de Vélez, Santander, de ese matrimonio nacieron varios hijos, entre ellos la señora Inés Delgado Padilla quien estudió pintura en Bruselas y tuvo la oportunidad de aprender del célebre pintor Marcel Hess. La hija en mención se casó a su vez con el famoso pintor colombiano Ricardo Gómez Campusano. El rector Delgado también tuvo un lado empresarial: fundó la empresa de harina Molino Dagua S.A. en Dagua, Valle del Cauca.

Permítame el lector, para terminar este viaje a los inicios de la lucha por la autonomía universitaria de la Universidad de Nariño, acudir al célebre historiador Gerardo León Guerrero³ quien tuvo acceso a la demanda que presentó el rector Delgado para defender la Universidad de Nariño, y en un artículo científico transcribió algunos apartes; quiero culminar este editorial cediendo la palabra al Dr. Samuel Jorge Delgado y pedirle que nos imparta cátedra de Derecho desde 1914:

la Asamblea, violó clara y abiertamente el precepto constitucional cuando se dedicó a reglamentar un establecimiento que el Departamento nunca había costeado

(...)

La Asamblea quiere disponer de la Universidad como una cosa de su exclusiva pertenencia, siendo así que el Departamento carece de todo derecho sobre la Universidad⁴.

Samuel Jorge Delgado, a quien podría recordarse por lograr la firma del presidente Marroquín en la Ley que creó el Departamento de Nariño, o por su carrera política como senador, o su vida como empresario, pero que aquí se le recuerda y rinde homenaje como el profesor de Derecho y rector que decidió un día presentar una demanda en defensa de la autonomía de

1. Vicente Pérez Silva, San Juan de Pasto. Disponible en línea, URL: <https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-226/san-juan-de-pasto>
2. Rosa Isabel Zarama Rincón, Historia del Ferrocarril de Nariño. Revista Tendencias Vol. 17 número 1 2016. Disponible en línea: <https://revistas.udenar.edu.co/index.php/rtend/article/view/2617>
3. Gerardo León Guerrero Vinuesa, Del colegio provincial a la Universidad de Nariño 1827-1904. En: Memorias: Cátedra Ignacio Rodríguez Guerrero. Universidad de Nariño, 2007. Disponible en línea: <https://ceilat.udenar.edu.co/wp-content/uploads/2011/05/CATEDRA-IGNACIO.pdf>
4. *Ibidem*.

la Universidad de Nariño y con ello dio inicio a una lucha que se mantiene hasta hoy.

Nunca más la Asamblea intentará entregar la Universidad de Nariño a la Iglesia y ese pulso histórico llevará a que más generaciones sigan –y sigamos– defendiendo a la única universidad pública del Departamento de Nariño. La Facultad de Derecho sigue presta a defender con todas las armas que entrega la razón y el ordenamiento jurídico al Alma Mater, cuando –de tiempo en tiempo– algún sector canalla pretende enfilear esa deleznable idea de menoscabar la autonomía universitaria. Hasta ahora la victoria ha sido de la Universidad.

Digamos, para concluir, que Samuel Jorge Delgado Martínez no actuó en vano en ese 1914, de esos leños son estos fuegos.

Omar Alfonso Cárdenas Caycedo

Profesor de Planta TC

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Nariño

HABILIDADES FUNDACIONALES PARA UNA NUEVA GESTIÓN PÚBLICA LATINOAMERICANA EN EL SIGLO XXI*

Luis Pazmiño¹, Carmen Elena Rodríguez²

Fecha de recepción: 31 de marzo de 2020

Fecha de aceptación: 15 de mayo de 2020

Referencia: PAZMIÑO, Luis. RODRÍGUEZ, Carmen Elena, (2020). *Habilidades fundacionales para una nueva gestión pública Latinoamericana en el siglo XXI*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 6. Núm. 10. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

RESUMEN: En Latinoamérica aún se sigue formando a las nuevas generaciones con los sistemas educativos de siglos pasados caracterizados sobre todo por el desarrollo de las habilidades cognitivas, pero descuidando el fomento de las habilidades transversales o fundacionales, tan necesarias para enfrentar los variados y múltiples cambios que suceden en el siglo XXI originados por la revolución tecnológica, las crisis migratorias, el calentamiento global, entre otros.

Esta situación genera una brecha entre lo que el mercado laboral demanda y lo que la educación vigente oferta. La administración pública no ha sido ajena a los efectos negativos de este impacto. Es necesario urgentemente

* Este artículo se ha realizado en el marco del VI encuentro binacional de investigaciones “Las Competencias Laborales en la Nueva Gestión Pública” los días 28 y 29 de noviembre de 2019 en la Escuela Superior de Administración Pública –Sede territorial Nariño– Alto Putumayo.

1. Zootecnista Universidad de Nariño, Normalista, becario del Diplomado en Gestión del Cambio Climático Territorial por la Gobernación del Departamento de Nariño - Universidad Cooperativa de Colombia y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), ha trabajado con ONG del orden local, nacional e internacional, entidades públicas y privadas como consultor, asesor, asistente técnico en proyectos agroempresariales, desarrollo comunitario, desarrollo empresarial, investigaciones socio-económicas y agroecológicas, capacitador de comunidades afrodescendientes, indígenas, campesinas rurales y personas vulnerables urbanas. Profesional Independiente, Perito Auxiliar de Justicia de los Juzgados y Tribunales de la Rama Judicial de Pasto y Tribunal de Arbitramento Cámara de Comercio Pasto.
2. Abogada Universidad de Nariño, Especialista en Instituciones Jurídico Familiares Universidad Nacional de Colombia, Diploma de Estudios Avanzados Departamento de Derecho Constitucional Universidad Complutense de Madrid, España, Estudiante becaria Master Estudios sobre la Ciencia, la Tecnología y la Innovación Universidad de Salamanca, España. Docente investigadora Universidad Cesmag, grupo de investigación DIDS Derecho Innovación y Desarrollo Social.

formar en habilidades transversales, como el trabajo en equipo, resolución de problemas, comunicación efectiva, creatividad, perseverancia, resiliencia, etc. y promover la construcción de mentalidades de crecimiento que impulsen una nueva administración pública en el siglo actual.

Palabras clave: Habilidades fundacionales, Habilidades transversales, Mentalidad, Mindset, Administración pública, Educación siglo XXI, Latinoamérica.

ABSTRACT: In Latin America, new generations are still being trained with the educational systems of past centuries characterized above all by the development of cognitive skills, but neglecting the development of transversal or foundational skills, so necessary to face the varied and multiple changes that occur in the 21st century originated by the technological revolution, migratory crises, global warming, among others.

This situation creates a gap between what the labor market demands and what current education offers. The public administration has not been oblivious to the negative effects of this impact. It is urgently necessary to train in transversal skills, such as teamwork, problem solving, effective communication, creativity, perseverance, resilience, etc. and promote the construction of growth mentalities that drive a new public administration in the current century.

Keywords: Foundational skills, Transversal skills, Mindset, Public administration, XXI century education, Latin America.

METODOLOGÍA

La descripción de las habilidades fundacionales o transversales se desarrolla dentro del marco teórico del informe del Banco Interamericano de Desarrollo BID denominado “El futuro ya está aquí. Habilidades transversales en América Latina y el Caribe en el siglo XXI” presentado en el año 2019, así como también la contribución de otros autores que ya con anticipación han venido señalando la urgencia de incorporar estas habilidades en los sistemas de educación y formación de los países latinoamericanos.

Igualmente, se expone a manera de testimonio personal, una experiencia exitosa para la autodepuración en la administración pública, cuyos resultados favorables se debieron en gran parte a las habilidades transversales de un equipo de trabajo.

INTRODUCCIÓN

Los avances tecnológicos y las transformaciones del mundo actual están modificando el mundo laboral, algunos empleos han desaparecido y se

han creado nuevas actividades laborales que ni siquiera existían en el currículo universitario, y están por verse nuevas ocupaciones y nuevas modalidades de empleo.

La automatización y la inteligencia artificial son apenas un par de piezas de un enorme rompecabezas que incluye nanotecnologías, neurociencias, almacenamiento de energía, robótica, ingeniería genética y biotecnología. Lo que importa es que semejantes progresos solo beneficiarán a quienes sean capaces de innovar y adaptarse. (Cajiao, 2019, s.p.)

¿Están preparados los sistemas educativos de Latinoamérica para enfrentar estos desafíos?, lamentablemente no, en pleno siglo XXI, la educación aún sigue utilizando metodologías y contenidos de siglos pasados. Los vacíos de formación, le quitan competitividad a los estudiantes a la hora de enfrentar los retos que traen los constantes cambios de este siglo.

Por eso se hace necesario dotar a los estudiantes de habilidades transversales o fundacionales que les permitan afrontar estos retos y promover mentalidades adecuadas (*mindset*) para el desarrollo y el progreso de los países latinoamericanos, ya que la ausencia de formación en estas habilidades y las mentalidades descalibradas han conformado un caldo de cultivo para acentuar las brechas de desigualdad socio-económica, la violencia y sobre todo la corrupción en la administración pública.

En este trabajo se exploran los conceptos básicos sobre habilidades transversales, mentalidad de crecimiento, su gran necesidad en la educación de América Latina, las graves implicaciones de su ausencia en nuestros sistemas educativos frente a una nueva administración, el papel de la tecnología en la formación y capacitación continua de habilidades fundacionales en las nuevas generaciones para finalizar con la exposición de un testimonio sobre un caso real de autodepuración institucional apoyado en las habilidades transversales.

Al final esperamos contribuir a la promoción de estos conceptos en los sistemas educativos de nuestro país Colombia y a enriquecer el debate sobre las necesidades de actualización urgentes de las nuevas generaciones ante las demandas de los mercados laborales en el siglo XXI.

MARCO TEÓRICO

1. LAS HABILIDADES FUNDACIONALES COMO PILARES DE DESARROLLO

“El siglo XXI no va a suceder en el futuro: está pasando hoy. Los cambios acelerados en términos tecnológicos, migratorios, demográficos y climáticos están reconfigurando el orden social, económico y político” (Mateo, et al, 2019).

Oppenheimer (2014) afirma: “Estamos en un periodo de transformación radical” (s.p.); drones, impresoras 3D, autos sin conductor, materiales autosaneables, internet de las cosas, big data, inteligencia artificial, robótica, nanotecnología, exploración espacial, ciber medicina etc., son algunos de los elementos representativos que evidencian la presencia actual de la revolución tecnológica. Lo que afectará la estabilidad laboral, inicialmente de aquellas personas cuyos trabajos son susceptibles de automatización y posteriormente, debido al desarrollo de la inteligencia artificial, la estabilidad de los trabajadores especializados.

Por lo anterior, las personas tendrán que cambiar de trabajo muchas veces en su vida y estarán obligadas a reinventarse constantemente para adaptarse a los nuevos cambios del mercado laboral (Mateo, 2019).

Conforme se va transformando el mundo, nacen nuevas demandas de educación y formación en todo nivel y en todos los ámbitos de la vida humana. Por lo tanto, para Latinoamérica es fundamental contar con una masa crítica de mentes creativas respaldada por buenos sistemas educativos, si se quiere entrar en esa revolución tecnológica aprovechando su potencial y todo el talento humano a favor de generar bienestar y mejor nivel de vida.

Sin embargo, la generación actual, ha tenido que afrontar los grandes cambios que trae el siglo XXI, tan solo con una educación tradicional, en la que se hace demasiado énfasis en las habilidades cognitivas, descuidando el desarrollo de habilidades no cognitivas. Este hecho ha generado vacíos de formación en los jóvenes que les impide afrontar con destreza y tranquilidad los desafíos planteados por el cambiante mundo actual. “De cómo se formen en este entorno dinámico dependerá que estos cambios se transformen en oportunidades que puedan capitalizarse de forma efectiva para transformar positivamente a los países y a la región en su conjunto” (Mateo, 2019, p. 14).

Por tanto, explica Mateo (2019), es necesario dotar a las personas de unas “habilidades transversales o fundacionales” (s.p.), que les permita vincularse al campo laboral, garantizar su bienestar general a lo largo de la vida y enfrentar los nuevos desafíos globales que plantea el siglo XXI tales como la revolución digital, el cambio climático, la diversidad y el envejecimiento de la población. ¿Y cuáles son estas habilidades fundacionales?, para la autora son: las habilidades digitales, trabajo en equipo, comunicación efectiva, creatividad, pensamiento crítico, resolución de problemas, capacidad de aprender, perseverancia, resiliencia, tolerancia, empatía, autocontrol, autorregulación, motivación, aprendizaje y afán de superación, el no rendirse y seguir intentando, creatividad, pasión, entre otros.

No pocos de estos conceptos conocidos hoy como *habilidades transversales o fundacionales*, fueron ya estudiados y promovidos a lo largo de la historia de la humanidad bajo los títulos de *virtudes, cualidades, valores, principios*, etc., tanto por religiones, filosofías, movimientos místicos, sabidurías ancestrales, ética etc., y hoy, bajo la categoría de “habilidades”, las ciencias del comportamiento humano, quieren destacar la directa relación que tienen con la voluntad y la decisión del ser humano.

Habilidades como la tolerancia y la perseverancia, por ejemplo, necesitan de la voluntad consciente y la libre decisión para ser ejercidas en uno o más de uno, o en todos los ámbitos de la vida de un individuo. Igualmente, es así para ser ejercidas en una o en más de una o en todas las situaciones de la vida cotidiana de un individuo.

Los principios o valores, se constituyen en un estandarte de defensa ante una situación crítica, por ejemplo: en la controversia científica los principios como la honestidad, la participación ciudadana, la verdad, el respeto a la libertad de expresión, la transparencia, la cortesía hacia el oponente, el respeto a la deliberación, se constituyen en verdaderas fortalezas como defensa ante las persecuciones, ataques, información falsa que se suele utilizar en el conflicto. Los principios o valores de cada persona promoverán la confianza ciudadana y los actos basados en principios validarán la postura que esa persona defiende en la controversia (Martin, 2014, p. 420).

Estas habilidades son fundacionales porque se constituyen en pilares del desarrollo del mundo actual para afrontar los desafíos del siglo XXI. La educación tradicional se ha centrado en las habilidades cognitivas, como la lectoescritura, las matemáticas, los conocimientos específicos de cada área, las habilidades digitales y el pensamiento crítico, dejando de lado las habilidades transversales, creando una brecha entre lo que el mercado laboral necesita y lo que encuentra, pues éste está cambiando en un ritmo más acelerado que la educación.

Según el informe del Banco Interamericano de Desarrollo [BID] (2019), algunas instituciones en América Latina han generado estrategias para fomentar el desarrollo de estas habilidades transversales: o bien en espacios académicos extracurriculares o bien a través de sistemas de educación mixtos mediante asignaturas complementarias que fomenten las capacidades digitales, cívicas o de ciudadanía, musicales, deportivas y de emprendimiento. Hoy se investiga sobre “estrategias para potenciar el impacto de estos programas y el desarrollo de estas habilidades, generando cambios en el comportamiento” (BID, 2019, p. 30), ya que este tema ha ido cobrando mayor importancia en la política pública de los últimos años.

Es aquí donde juega un papel decisivo el concepto de mentalidad o *mindset*, que es el conjunto de ideas y convicciones que conforman la visión general de la vida que tiene cada persona, el cual será un factor crucial para alcanzar el éxito laboral y bienestar futuro.

2. EL MINDSET, LAS MENTALIDADES FIJAS Y DE CRECIMIENTO EN EL DESARROLLO HUMANO.

Carol Dweck, profesora de psicología de la Universidad de Stanford, señala que existen dos mentalidades: una mentalidad fija la que se da cuando las personas creen que sus habilidades básicas son limitadas, no hay más desarrollo y una mentalidad de crecimiento que se da cuando las personas consideran que sus habilidades pueden mejorar a través del entrenamiento, el aprendizaje y los buenos maestros.

Todas las personas tienen estas dos mentalidades, a veces fija, en otras oportunidades de crecimiento, para la profesora Dweck es necesario formar personas que no teman los desafíos y la incertidumbre, que tengan una mentalidad de crecimiento, mucho más cuando no se sabe cuáles van a ser los trabajos en los que tendrán que desempeñarse a futuro. “Es muy importante enseñar a nuestros hijos y a nuestros estudiantes a que disfruten con los retos, a que aprendan a desenvolverse ante los desafíos y que tengan resiliencia frente a los obstáculos” (BBVA, 2018, s.p.).

Dweck, indica que hay que enseñar a los niños a que intenten, y si no logran conseguir su proyecto, no se desanimen, sino que entiendan que, con tiempo, esfuerzo, aprendizaje y colaboración podrán conseguirlo a futuro, ella explica que hay que sacar a los hijos y estudiantes de ese espacio en donde se juzgan a sí mismos por cometer errores y hay que llevarlos al *proceso de aprendizaje y descubrimiento* en este caso los desafíos serán interesantes y no amenazantes. Por esta misma línea, Oppenheimer (2014), en su libro *Crear o Morir*, realiza entrevistas a varios innovadores que tienen como punto en común el reconocer que para llegar hasta donde han llegado pasaron por el fracaso y permite concluir que el error es un eslabón hacia el éxito y también una herramienta de aprendizaje.

La mentalidad, tanto individual como colectiva, depende de la tradición cultural, la educación recibida en el seno de la familia y las circunstancias sociales e históricas de cada época. En algunos casos, la forma de pensar de un individuo puede estar relacionada con su herencia genética. (Navarro, 2017, s.p.)

Por lo tanto, el financiamiento de la investigación y el desarrollo de programas que promuevan mentalidades positivas, colmadas de habilidades fundacionales, necesariamente debe involucrar presupuestos públicos para mejorar la productividad de los países latino americanos y elevar los niveles de satisfacción vital en sus comunidades.

En este sentido, el sector privado ha tomado siempre la iniciativa, pero buscando desarrollar primordialmente aquellas habilidades técnicas específicas y algunas habilidades transversales necesarias para cada actividad productiva en cada sector.

Por ello hoy en día, se plantea, cada vez con mayor fuerza, la propuesta de financiar estos ejercicios con la participación tanto de fondos públicos como privados, lo cual exige una rica comunicación de alta calidad entre gobierno, sector empleador, la academia y organizaciones representativas de la fuerza laboral.

Actualmente, en América Latina y el Caribe, muchas personas financian de manera individual y con recursos propios este tipo de formación en habilidades fundacionales para elevar su nivel de empleabilidad. Igualmente, desde el sector privado se han lanzado emprendimientos de educación alternativa que ofrecen esa formación, con énfasis en habilidades transversales, que demanda el sector empleador y que no ha encontrado en la educación tradicional, cabe anotar que los autores o gestores de dichos emprendimientos son, en la mayoría de los casos, los mismos empleadores o personas muy allegadas a ellos que han descifrado este problema.

Mateo (2019) señala que “Nuestros esquemas mentales van a determinar nuestras motivaciones y expectativas y en qué medida pensamos que somos capaces de cambiar y crecer, no solo a escala individual, sino también colectiva” (s.p.). Por tanto, es la mentalidad bien estructurada la que impulsa a los individuos a superar múltiples barreras como las de origen socio económico o racial, fracasos anteriores, brechas de desigualdad y de oportunidades, entre otras.

Un estudio de la consultora McKinsey Global Institute (2017) muestra que la mentalidad o el *mindset* de los estudiantes puede ser más importante que su origen socioeconómico a la hora de definir su futuro. Una vez más se verifica la necesidad de que sea el sistema educativo quien contribuya de manera significativa a construir la mentalidad adecuada (o *mindset*), de tal manera que se pueda influenciar positivamente sobre las generaciones, pues el valor transformacional, propio de los sistemas educativos y de formación, es la principal herramienta que tiene Latinoamérica para vislumbrar un desarrollo humano sostenible.

El futuro del trabajo ha llegado y nos pide cambios importantes. En pocos años hemos pasado de un contexto en el que estudiábamos para trabajar toda la vida en la misma ocupación, a un escenario en el que el aprendizaje y el trabajo ocurren de manera continua, de formas diversas. Nos hemos convertido en consumidores y productores de conocimiento. Cuanto antes procesemos este cambio de mentalidad, antes podremos adaptarnos a lo que viene y aprovechar todas las oportunidades que el futuro nos brinda. (Amaral, Novella y Rucci, 2019, s.p.)

3. LA CONTRIBUCIÓN DE LA TECNOLOGÍA EN EL DESARROLLO DE HABILIDADES TRANSVERSALES

La realidad actual de la postmodernidad ha sido descrita por el sociólogo polaco británico Bautman (2016) como *modernidad líquida*, aunque desde una postura un poco pesimista, pues cuestiona la volatilidad de todo, la ambigüedad en las relaciones humanas debido al uso de la tecnología (redes sociales, Facebook, WhatsApp), en donde el espacio y el tiempo son irrelevantes, pues se puede estar simultáneamente en diferentes lugares y comunicarse con varias personas al mismo tiempo, aparece lo instantáneo, esto se proyecta a las relaciones afectivas, sociales y laborales. En el ámbito laboral, hay inestabilidad en el empleo, los trabajadores deben ser flexibles y adaptativos al cambio, una persona entra a una empresa, pero no sabe por cuánto tiempo va a trabajar en ella.

Hasta este punto se ha mencionado la tecnología para indicar la amenaza de desplazamiento de mano de obra automatizable, sin embargo, la otra cara de la moneda es que esta se convierte en una real y efectiva herramienta de solución para empezar a llenar los vacíos de formación en habilidades transversales. Según Mateo (2019) entre las posibles ventajas que implica usar las TIC para tal fin se destacan:

1. Cualquier persona, en cualquier momento y en cualquier lugar, con tan solo un dispositivo electrónico y acceso a internet, puede desarrollar un aprendizaje efectivo, a su ritmo, valiéndose de programas de formación en habilidades fundacionales, especialmente diseñados para alcanzar mayor cobertura poblacional y geográfica, asegurando una oferta de formación continua.

Permite identificar y pronosticar las habilidades demandadas por los mercados laborales; cómo están cambiando las ocupaciones; qué nuevas tareas están apareciendo (en ocupaciones actuales o nuevas), que impliquen el uso de nuevas habilidades y cuán transferibles son determinadas habilidades. También permite hacer un seguimiento del aprendizaje y las trayectorias laborales a lo largo del tiempo". (Mateo, 2019, p. 31)

2. Al bajar los costos de los programas, la tecnología hace más accesible la formación en habilidades transversales para la población de escasos recursos económicos.
3. Al combinar nuevas prácticas pedagógicas y metodológicas con la tecnología se podrá mejorar y diversificar el aprendizaje incorporando nuevas habilidades (p. ej. digitales); personalizar a través de los sistemas de aprendizaje adaptado; incorporar nuevos recursos didácticos: fablabs (laboratorios de fabricación digital), realidad virtual, realidad aumentada o inteligencia artificial; complementar prácticas pedagógicas existentes con nuevas herramientas para estimular el aprendizaje

y la motivación intrínseca de los estudiantes: videojuegos utilizando gamificación; aprendizaje basado en proyectos (project based); aprendizaje basado en la experiencia; enseñanza reflexiva o basada en la indagación (inquiry based learning), genius hour... etc.

4. La tecnología ya está en capacidad de permitir al individuo la acreditación y la certificación de sus habilidades transversales para que las comunique y monetice en el mercado laboral a través de plataformas con identidades digitales en las que se vaya dejando huella del talento que cada individuo va desarrollando. Estas plataformas permiten no solo ofrecer herramientas de autoconocimiento, sino implementar a bajo costo instrumentos de medición que no se basen en información auto reportada, sino en pruebas que fuerzan a poner en práctica esas habilidades utilizando por ejemplo videojuegos o simulaciones.
5. La tecnología también permite racionalizar y generar la información acerca de *aprender sobre cómo aprendemos*; las combinaciones de diversas modalidades de instrucción (presencial, en línea, híbrida...) con diferentes practicas pedagógicas que generan mayores ganancias en aprendizaje dependiendo del perfil del estudiante. Las plataformas permiten generar información masiva (big data) sobre cómo aprende la gente; con qué tipo de programas se motivan más; qué necesita el mercado laboral; cómo darle información personalizada al individuo sobre sus habilidades, qué habilidades son las que debería tener (porque son fundacionales) y, sin embargo, no tiene; cuáles son los mejores proveedores de esas habilidades (para que no malgaste su tiempo y su dinero) y cómo desarrollar una trayectoria profesional y de crecimiento y aprendizaje.

4. LAS HABILIDADES TRANSVERSALES CONTRIBUYEN EN LA AUTO DEPURACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Al consolidarse en una mentalidad apropiada y bien calibrada, las habilidades fundacionales brindan a los individuos las capacidades necesarias para vencer variados obstáculos e impedimentos que atenten contra su desarrollo laboral y bienestar personal; no obstante, y teniendo en cuenta que el ser humano es por naturaleza un ser social que siempre está inserto interactuando en colectividades, esta mentalidad tiende a unirse para trabajar en asocio con otras de la misma o parecida calidad generando un *efecto dominó*.

Hablamos de una sinergia, un trabajo en equipo, una afinidad y compromiso por el logro de los objetivos propuestos en las colectividades donde se involucran, por ello se encuentran ejercidas colaborativamente en muchas organizaciones públicas y privadas donde se cumplen algunas condiciones que propician su manifestación colectiva. Esa energía social

es la que hoy en día se está invocando, coordinando y poniendo en marcha en infinidad de procesos sociales en donde las comunidades conscientes de su problemática buscan y empiezan a implementar sus propias soluciones.

Sin embargo, siempre habrá un antagonismo entre bien común y el interés particular, por ello las sociedades han desarrollado diferentes mecanismos de equilibrio, aunque la conducta delictiva acecha para romper ese delicado equilibrio en nuestras sociedades.

Hoy en Colombia, se hace más escándalo por los casos de corrupción que por aquellos casos en los que se lograron los objetivos propuestos por la administración sin una corrupción evidente, pero lo que necesitamos urgentemente en el país es la confección de unas metodologías que permitan conocer, estudiar y enaltecer aquellas intervenciones de autodepuración en las instituciones públicas.

Se habla de metodologías porque más que publicidad y/o reconocimientos, lo que se necesita es una racionalización objetiva de casos exitosos en los cuales a través del ejercicio de habilidades fundacionales se pudieron derrotar y erradicar verdaderos focos de corrupción.

A continuación, presentamos brevemente y de manera general un testimonio real en donde se puede resaltar el valioso rol que desempeñan las habilidades transversales para llevar a cabo con éxito una intervención de autodepuración en la administración de un establecimiento carcelario.

4.1. Corrupción vs. Habilidades fundacionales: una experiencia exitosa

En siete años de trabajo como subdirectora y luego como directora de las Cárceles de hombres y mujeres de la ciudad de Pasto, Nariño (2001-2008), pude constatar que a través de la administración pública se puede conseguir bienestar y beneficio en favor de la población en general y en especial de poblaciones vulnerables, en este caso de los privados de la libertad.

El trabajo en una Cárcel, permite conocer a nivel micro la problemática de Colombia, pues existen privados de la libertad pertenecientes a grupos paramilitares, guerrilleros, delincuencia común, narcotráfico, funcionarios públicos, personas de diferentes estratos sociales, condiciones económicas, niveles de educación y detenidos por diferentes delitos.

La constitución nacional de 1991 ha consagrado una serie de principios, entre los cuales se menciona que Colombia es un Estado social de derecho, democrático y participativo, con respeto de la dignidad humana y la prevalencia del interés general. Servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los derechos y deberes son fines de Estado y las autoridades de la República están instituidas para

proteger a las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de 1991).

Todos estos propósitos vienen a concretarse en una buena administración, a través de las personas que están llamadas a participar de la administración pública y fundamentalmente de aquellas que van a tomar decisiones que afectarán al resto de la población.

Si las personas que ocupan cargos directivos de las entidades públicas, cuyas decisiones van a afectar a una comunidad, desconocen los fines constitucionales de la administración pública, haciendo prevalecer su desmedido interés particular, sobre el interés general al que representan, todo este bagaje normativo, políticas públicas y objetivos institucionales queda en letra muerta, perjudicando a las personas a quien esa normatividad pretendía beneficiar.

El trabajo en el Inpec, fue una muy buena escuela, puedo decir con satisfacción que hice parte de un equipo de trabajo que en su momento tenía como propósito sanear la Cárcel de Varones de Pasto, pues una deficiente administración aunada a brotes de corrupción, había puesto en riesgo la seguridad e integridad del personal interno (personas privadas de la libertad y funcionarios de la entidad) y también del personal externo (abogados, usuarios y personal de apoyo), por lo que se hacía necesario una inmediata intervención.

La corrupción administrativa, como su nombre lo indica es una plaga que corroe todo, daña las instituciones y si se presenta en las personas que deben liderar la administración es un mal referente, pues estas conductas podrían replicarse en el resto de los funcionarios, porque permea todos los niveles, obstaculizando el trabajo de las personas que quieren laborar honestamente.

En este proceso, largo y complejo, vale la pena destacar el trabajo en equipo liderado a nivel local y apoyado por las directivas del orden nacional y regional del Inpec, pues desde la Dirección General del Inpec se estructuró el *Plan Estratégico de recuperación del Sur*, lo que propició y articuló la sinergia necesaria en todas las instancias y en el personal participante.

Lo interesante de esta intervención la constituyeron dos premisas: la primera fue la participación comprometida, y el sentido de pertenencia de funcionarios clave en la Dirección General en Bogotá y en la Dirección Regional Occidente en Santiago de Cali. La segunda premisa fue el voto de confianza y la comunicación efectiva que desarrollaron estos directivos del

orden nacional y regional hacia las estrategias propuestas desde el orden local para ejecutar ese plan.

Y como en todo, cuando se trata de implementar cambios, también fui objeto de amenazas contra mi vida. Pero ni esas amenazas y ni siquiera el atentado contra el comandante de Vigilancia (Un capitán del Inpec de larga y reconocida trayectoria), quien pese a los impactos de bala y que milagrosamente se salvó y se levantó para seguir trabajando por su institución, me hizo desistir de continuar con la misión encomendada.

La clave del éxito de esta intervención se debió al trabajo en equipo, producto de una relación horizontal entre la Subdirección de la Cárcel, algunos cuadros de mando, determinados dragoneantes de vigilancia y un reducido grupo de personal administrativo comprometidos con la autodepuración institucional que manejaron con absoluta reserva, confidencialidad, prudencia, autocontrol y perseverancia la situación crítica.

Me retiré de la institución porque consideré que el objetivo de mi misión se había logrado. El ambiente laboral mejoró ostensiblemente para todos, lo que redundaría en beneficio de las personas privadas de la libertad. Era el año 2008, habían transcurrido ya siete años y completaba mis 33 años de edad. Estaba lista para explorar otras oportunidades laborales y continuar proyectando mi vida profesional.

10 años después de mi retiro, he regresado a la Cárcel de Pasto ejerciendo como docente investigadora de una universidad, y es grato recibir la acogida, respeto y cariño de las personas que trabajaron conmigo en el pasado y que aún laboran en el establecimiento, especialmente aquellos funcionarios que conocí entonces como dragoneantes y que ahora, ya como tenientes, ejercen su administración con transparencia y esmero conservando la misma línea directriz que tanto nos costó establecer en aquellos tiempos: la protección, el respeto y la promoción de la vida humana.

CONCLUSIONES

Las llamadas habilidades fundacionales o transversales ya fueron reflexionadas por la humanidad a partir de la ética, la filosofía, la religión desde otros enfoques. Lo cierto es que siempre han sido ejercidas por personas, grupos, comunidades, sociedades y civilizaciones, han sido determinantes para vencer las crisis y dificultades que se han presentado a lo largo de la historia.

Estos atributos son importantes porque identifican al ser humano y cobran mayor relevancia ante un mundo cambiante como el actual y ante el avance de la automatización por la revolución tecnológica, son los rasgos humanos más valorados que tienen que ser potencializados, promovidos y ejercidos.

El dolor y la preocupación que producen el deterioro ambiental, la desigualdad socioeconómica, la segregación y la persecución, o la guerra no es un privilegio de las máquinas, ni de los adelantos tecnológicos, sino de los seres humanos que se niegan a dejar de ser humanos en medio de una sociedad vertiginosamente cambiante y que luchan por entregar a las futuras generaciones un mundo mejor.

REFERENCIAS

- Amaral, N., Novella, R., & Rucci, G. (2019). Habilidades transversales para los jóvenes del siglo XXI. Recuperado de <https://blogs.iadb.org/trabajo/es/habilidades-transversales-para-los-jovenes-del-siglo-xxi/>
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Bautman, Z. (2016). *La modernidad líquida*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- BBVA (2018). *V. Completa. "Es importante que nuestros hijos aprendan con mentalidad de crecimiento". Carol Dweck*. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=cBYMq_gPULc
- Cajiao, F. (14 de diciembre de 2019). Así será la educación en 2030, según expertos. *El Tiempo*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/vida/educacion/las-redes-de-la-educacion-443816>
- Martin, B. (2014). *What is a scientific controversy*. Sparsnäs: Irene Publishing.
- Mateo, M. (2019). *El futuro ya está aquí*. Banco Interamericano de Desarrollo.
- Mateo, M., Rucci, G., Amaral, N., Arias, E., Becerra Luna, L., Bustelo, M., ... Vezza, E. (2019). *El futuro ya está aquí. Habilidades transversales en América Latina y el Caribe en el siglo XXI*. Banco Interamericano de Desarrollo BID.
- McKinsey Global Institute (2017). *A future the work: automation, employment, and productivity*. McKinsey and Company. Recuperado de https://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/Featured%20Insights/Digital%20Disruption/Harnessing%20automation%20for%20a%20future%20that%20works/MGI-A-future-that-works_Executive-summary.ashx
- Navarro, J. (Enero de 2017). *Definición ABC*. Recuperado de <https://www.definicion-abc.com/social/mentalidad.php>
- Oppenheimer, A. (2014). *Crear o morir. La esperanza de Latinoamérica y las cinco claves de la innovación*. Bogotá: Debate.

MINERÍA ANCESTRAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Daniel Lozano Villota¹, Daniela Stefanía Rodríguez²

Fecha de recepción: 27 de enero de 2020

Fecha de aceptación: 2 de marzo de 2020

Referencia: LOZANO, Daniel. RODRÍGUEZ, Daniela (2020). *Minería ancestral en el ordenamiento jurídico colombiano*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 6. Núm. 10. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

RESUMEN: En el censo minero del año 2011 se evidenció que 1.248 mineros del país eran indígenas (Ministerio de Minas y Energías, 2012)³; dicha cifra visibilizó la existencia de una forma de minería realizada por esta población que requiere hasta la actualidad de especial protección para garantizar su desarrollo, nos referimos a la minería ancestral. Sin embargo, su regulación es inexistente y la necesidad que los grupos indígenas tienen de practicarla para lograr así desarrollarse desde su perspectiva cultural e incluso espiritual nos obliga a preguntarnos sobre la viabilidad de regular esta actividad en el ordenamiento jurídico colombiano.

El interrogante planteado lleva a que en la presente investigación se retomen tratados internacionales, un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, normatividad extranjera, la decisión 774 del 2012 de la Comunidad Andina de Naciones y doctrina, desde un método crítico-analítico y posteriormente de abstracción-concreción para extraer de ello dos de los tres ejes centrales de este artículo: la autodeterminación de los pueblos, y la propiedad colectiva. Estos ejes en conjunto con la normatividad colombiana permitirán concluir que es viable regular el tercer gran pilar de esta investigación: la minería ancestral; ello debido a que ya se encuentran desarrolladas de alguna forma sus bases jurídicas.

1. Abogado, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

2. Abogada, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

3. Para más información consultar Censo Minero Departamental 2010- 2011 disponible en: <https://www.minminas.gov.co/censominero>

Palabras clave: Minería ancestral, territorio colectivo, propiedad sobre el territorio colectivo, derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas.

ABSTRACT: The 2011 mining census showed that 1,248 miners from the country were indigenous (Ministry of Mines and Energy, 2012); this number made visible the existence of a kind of mining carried out by this population that actually requires special protection to ensure its development, we refer to ancestral mining. However, its regulation is non-existent and the need for indigenous groups to practice it in order to develop their cultural view and even spiritual perspective forces us to question about the viability of regulating this activity in the Colombian legal order.

The question raised leads this investigation to the return to international treaties, a report by the Inter-American Commission on Human Rights, foreign regulation, decision 774 of 2012 of the Andean Community and doctrine, using a critical-analytical and subsequent method of abstraction-concreteness to extract from it two of the three central axes of this article: the self-determination of peoples, and collective property.

These axes in conjunction with Colombian regulations will conclude that it is feasible to regulate the third major pillar of this research: ancestral mining; because their legal bases are already developed in some way.

Key words: Ancestral mining, collective territory, ownership of collective territory, right to self-determination of indigenous peoples.

INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA

Según los datos aportados por el Ministerio de Minas en 2011, en el último censo minero del cual se tiene registro, en Colombia, sólo el 16% de los 1.248 mineros indígenas del país trabajan con título minero. Lo que se traduce en un alto porcentaje de informalidad que se debe en gran medida a la escasez de una normatividad especial que regule la actividad minera realizada por estas comunidades en su territorio colectivo, causándoles problemas sociales y económicos, los cuales siguen ocurriendo a pesar de contar con el derecho de prelación para la concesión de títulos mineros sobre los yacimientos y depósitos de estos mismos ubicados en una zona minera indígena [Ley 685, 2001, art.124].

Para abordar el problema descrito, la investigación usará la metodología de revisión documental apoyada en tres metodologías jurídicas que a continuación se mencionan: descripción-análisis-síntesis, se realizará un análisis desde la jurisprudencia y doctrina nacional e internacional para poder determinar el contenido de los derechos fundamentales de autodeterminación, territorio colectivo y propiedad sobre el territorio y sus curso, y como su contenido justifica la obligación del Estado de regular la minería ancestral en nuestro ordenamiento jurídico colombiano; de igual

manera se usará el método de abstracción-concreción, para decantar los objetos jurídicos que componen el concepto de minería ancestral a nivel internacional con el propósito de descubrir las posibles regulaciones que puedan existir sobre tal actividad y en este orden se determinará si las mismas son aplicables y convenientes para el objeto de la investigación, por lo tanto se llevará a cabo el mismo estudio a nivel nacional frente a la minería tradicional debido a su reconocimiento en nuestro ordenamiento y su posición como antecedente para la regulación del tipo de minería que es objeto principal de estudio en el presente artículo; por último, mediante el método deductivo se estudiarán las ventajas y desventajas que la normatividad colombiana ofrece para las comunidades indígenas que soportan en sus territorios la explotación minera para concluir con el planteamiento del camino lógico de implementación de la regulación de la minería ancestral en nuestro ordenamiento jurídico.

1. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLEMA

La minería desarrollada por grupos indígenas se lleva a cabo en el territorio de los mismos fundamentándose en una visión de desarrollo económico orientada por su cosmovisión ancestral, siendo por lo tanto parte del patrimonio cultural de estas comunidades. Es por esto que cualquier interferencia externa que genera conflictos territoriales y patrimoniales genera respuestas como las que Arias (como fue citada en Ospina y Ramírez, 2016) manifiesta, donde:

(...) los agentes comunitarios también han generado discursos y estrategias de resistencia desde abajo en defensa del territorio, el patrimonio cultural y la visión de desarrollo local basada en la minería tradicional, (...). (p. 14)

Conflictos que se convierten en un campo de batalla donde se plantean estrategias de conservación, subversión y cada actor tiene derechos diferentes que no han logrado una coexistencia armónica. Los pronunciamientos sobre este tema no han sido limitados, incluso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión) ha emitido informes en los cuales habla del derecho de propiedad y explotación de los pueblos indígenas sobre sus territorios. Efectivamente, una de las formas en que la Comisión (2009) se refiere a la propiedad en estos casos, es a través de la de dimensión colectiva de la propiedad territorial que se refiere a:

Conexión particular entre los pueblos indígenas, las tierras y recursos que han ocupado y usado tradicionalmente cuya preservación es fundamental para la realización de los Derechos Humanos de los pueblos indígenas en términos más generales y por lo tanto amerita medidas especiales de protección. (p. 26)

Consecuencialmente, junto con el análisis de la dimensión colectiva en la propiedad territorial que la Comisión ha realizado se puede establecer que los pueblos indígenas también son propietarios por el uso y posesión

tradicionales de las tierras y los recursos sin necesidad del reconocimiento oficial del Estado.

Sin duda alguna la Comisión ha realizado una labor muy importante al dar parámetros para establecer la propiedad territorial en el ámbito de comunidades indígenas, ya que la misma es una base fundamental para reconocer sus derechos sobre zonas que utilizan para la explotación y por lo tanto, impulsa al Estado a legislar frente a temas que trasgredan dicha propiedad territorial indígena, abriendo la posibilidad a la delimitación legal del concepto materia de estudio en esta investigación.

Evidentemente centrar la atención en esta problemática se vuelve fundamental, y más cuando las comunidades indígenas realizan explotación minera a pequeña escala para su manutención la cual lamentablemente se lleva a cabo de forma clandestina al no contar con el apoyo necesario que les permita, por ejemplo, tener que cumplir requisitos diferentes para la práctica de esa actividad, y no los establecidos actualmente ya que se encuentran fuera de la capacidad de estos grupos (Güinza, 2013, p. 109-117).

Es importante entonces proceder con un recuento normativo que permita establecer la conexión existente entre el derecho de propiedad territorial con el derecho a la autodeterminación de los pueblos, pues es evidente que el primero depende del segundo y viceversa; es así que este entendimiento daría paso a la regulación de la minería ancestral que en atención a los conceptos mencionados se torna necesaria.

2. PANORAMA INTERNACIONAL, “DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y MINERÍA”

Entre los instrumentos internacionales más importantes que tratan el tema de las comunidades indígenas y su derecho a la tierra, encontramos el Convenio 169 de la OIT incorporado en el ordenamiento interno por el artículo 93 constitucional y la ley 21 de 1991, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas a la que Colombia se ha adherido actualmente indicando su apoyo a la declaración, y por último se encuentra la Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016 donde Colombia acompañó la aprobación de tal declaración.

El Convenio 169 opta por una acción coordinada para la protección de derechos de los pueblos indígenas y tribales, aplicando la consulta y la participación de estos pueblos en la administración, uso y conservación de sus territorios y recursos naturales (C169, 1989), cristalizando en el derecho internacional el reconocimiento de los pueblos indígenas sobre el derecho a la autodeterminación como un derecho fundamental que se expresa principalmente por medio de la consulta, pero no reconoce ningún derecho de propiedad sobre los territorios indígenas que permitiría realizar efectivamente la autodeterminación, menos aún otorga algún derecho especial en el tema de explotación minera en territorios indígenas.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), consagra en la integridad de su cuerpo normativo el derecho de autodeterminación de los pueblos relacionado con su condición política y de desarrollo económico, mencionando entre otros el derecho a la tierra, a sus territorios y recursos tradicionalmente poseídos, ocupados o utilizados⁴, además de la participación de estas comunidades en las decisiones y proyectos que los afecten; sin embargo al igual que el Convenio 169 no reconoce derecho de propiedad.

Para ejercer plenamente sus derechos, las comunidades indígenas requieren de la materialización de la autodeterminación, derecho que como menciona Ferrajoli (como se citó en Lascarro y Figuera, 2015) comprende dos aspectos “a) “autodeterminación interna”, que consiste en el derecho de los pueblos a “decidir libremente su estatuto político en el plano del derecho interno”; b) “la autodeterminación externa”. (p. 69).

Según Ferrajoli (2006) la autonomía externa consiste en “una autonomía local en el máximo número de funciones públicas integrada por el derecho a disponer de las propias riquezas y recursos naturales y a no ser privados de los propios medios de subsistencia” (p. 118). En ese sentido el instrumento que contempla la autodeterminación externa, es la Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas (2016) que señala el derecho a la autodeterminación como un pilar fundamental de la declaración y se destaca la libre determinación política y de desarrollo económico, social y cultural (Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2016). Su artículo sexto plantea la importancia de los derechos colectivos, dando la obligación a los Estados de reconocer y respetar, el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos.

Adicionalmente recalca en el artículo vigésimo quinto sobre derechos sociales, económicos y de propiedad, que los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido, contemplando el derecho de los pueblos a controlar sus tierras y recursos en razón de la propiedad tradicional con la obligación para el Estado de asegurar el reconocimiento y protección de esos territorios. En otras palabras se refiere al derecho de propiedad sobre los territorios indígenas, concepto del cual se desprende la razón inicial que justifica la necesidad de regular el concepto de minería ancestral partiendo de la idea que al ser los indígenas dueños de determinadas tierras son ellos quienes de forma libre deben determinar el destino de las mismas.

En temas de minería actualmente la decisión 774 de la CAN, que aplica a Colombia en virtud de los principios de aplicación directa y preeminencia del ordenamiento comunitario, trata específicamente el tema de

4. Para más información consultar los artículos 3, 5, 18, 20, 25 y 26 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

minería con la finalidad de enfrentar la minería ilegal, optimizar el control y la vigilancia de la extracción minera, e impone a los Estados la obligación de formalizar la minería de pequeña escala, artesanal o tradicional, según los contextos sociales de cada Estado (Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, decisión 774, 2012). La obligación ha sido cumplida por Colombia en los planes de desarrollo nacional, sin embargo, no se ha cumplido con la finalidad de la norma como lo afirma la interpretación prejudicial 575-IP-2015.

La decisión 774 tiene la finalidad de enfrentar de manera integral la minería ilegal y sus actividades conexas, optimizar el control y vigilancia de todo tipo de transacción que resulte de esta actividad ilegal y desarrollar acciones de cooperación que contribuyan a la formalización minera, fomentando la responsabilidad social y ambiental de los países miembros de la(sic) comunidad andina, además, establece las medidas de prevención y control que cada país miembro debe adoptar para combatir los efectos de la minería ilegal y evitar el desarrollo de esta actividad; es decir, aquellas medidas legislativas administrativas y operativas necesarias para garantizar la prevención y control de la minería ilegal (TJCA, 2015, p. 16).

En otras palabras, la importancia de la regulación minera y la necesidad de sus diversas clasificaciones no radica solamente en los derechos otorgados, sino en las obligaciones adquiridas que son imposibles de delimitar si los mineros laboran sin títulos mineros, creando no sólo conflictos legales sino ambientales y sociales, incumpléndose así uno de los objetivos centrales de la decisión 774 del TJCA sobre la responsabilidad social y ambiental, pues el objetivo de esta disposición es garantizar que las pequeñas minerías cumplan los requisitos que aseguren la protección ambiental, a la salud y a la vida de la población y no que se los exonere de los daños causados por lo que no se puede desconocer la actividad minera practicada por grupos indígenas.

3. DERECHO COMPARADO: TERRITORIO, AUTODETERMINACIÓN Y MINERÍA INDÍGENA

El cono sur de América, se caracteriza por la presencia de diversos grupos indígenas que han desarrollado prácticas ancestrales a lo largo de su historia, bajo este entendido se ha decidido estudiar la normatividad nacional referente a la autodeterminación de los pueblos indígenas y la propiedad que los mismos ejercen sobre sus territorios; resulta necesario aclarar que si bien se considerará la normatividad existente sobre los dos pilares mencionados, se realizará un estudio necesario frente a las Constituciones y códigos mineros de los países de los que se hablará en este capítulo con el fin de conocer si los pilares fundamentales que se estudian en la presente investigación tienen origen en aquellas normas, pues estas dos codificaciones también han sido consideradas en el análisis de nuestro país y sólo con ellas se podría hacer una comparación efectiva.

Para seleccionar los Estados en los que se analizará el objeto de la investigación se tomarán dos ejes puntuales: el primero obedece a una relación de orígenes históricos comunes de las comunidades indígenas, por lo cual se tomará como muestra a los países que se encuentran actualmente en el territorio que alguna vez ocupó el imperio incaico, es decir de Colombia, Ecuador, Perú, Chile, Bolivia y Argentina contemplando su demografía actual de comunidades indígenas y como segundo eje se tomarán los resultados de 2017 sobre crecimiento de exportaciones minerales en dichos países para obtener muestras representativas sobre el conflicto y solo serán objeto de estudio los países que superen el 8% de crecimiento en este ítem.

Se procederá a la selección de los países a estudiar para realizar el paralelo con la situación colombiana, bajo la relación del siguiente cuadro:

Tabla 1.

Población indígena y exportación de minerales

País	Población indígena en el territorio nacional	Porcentaje de población indígena frente al total de población nacional	Crecimiento en exportaciones de minerales
Ecuador	224.300 ⁵	1.64%	16%
Perú	299.218 ⁶	1.3%	25%
Chile	2.185.792 ⁷	9.9%	13%
Bolivia	2.790.263 ⁸	41%	9%
Argentina	955.032⁹	2.38%	2%

* La información que contiene la anterior tabla, se realizó en atención a los censos nacionales de población indígena y al informe presentado en 2018 por el Banco Interamericano de Desarrollo¹⁰.

En atención a los anteriores datos, los países objeto de estudio serán Ecuador, Perú, Chile y Bolivia.

5. Para más información ver territorio indígena y gobernanza, disponible en <http://www.territorioindigenaygobernanza.com/ecuador.html>
6. Para más información ver Perú: La población de las comunidades indígenas de la amazonia. Disponible en <http://proyectos.inei.gob.pe/web/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0001/Indice.htm>
7. Para más información ver Censo: un 9.9 de la población se declara mapuche disponible en <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2018/05/04/904969/Censo-Un-99-de-la-poblacion-se-declara-mapuche-y-tamana-de-la-familia-se-reduce-de-44-a-31-miembros-en-36-anos.html>
8. Para más información ver indígenas: quien gana quien pierde, disponible en <https://www.cedib.org/wp-content/uploads/2013/08/Tabla-Poblacion-Indigena1.pdf>
9. Para más información ver el censo nacional de población, hogares y viviendas 2010 cuadro P44, disponible en https://www.indec.gov.ar/censos_total_pais.asp?id_tema_1=2&id_tema_2=41&id_tema_3=135&t=3&s=0&c=2010
10. Para más información consultar Estimaciones de las tendencias comerciales: América Latina y el Caribe, edición 2018, BID, disponible en <https://publications.iadb.org/es/publicacion/17339/estimaciones-de-las-tendencias-comerciales-de-america-latina-y-el-caribe-edicion>

3.1. Perú

La Constitución peruana reconoce la autonomía de las comunidades campesinas y nativas para ejercer jurisdicción en su territorio, mientras no se vulnere los derechos fundamentales de las personas (art. 149), y reconoce a las comunidades nativas, la autonomía en su organización, el derecho a la propiedad colectiva, la existencia y personería jurídica (art 89) en la Constitución (Congreso Constituyente Democrático, Constitución Política del Perú de 1993, arts. 149 y 89).

En cuanto a la propiedad colectiva, se debe mencionar La Declaración Conjunta de Intención (DCI), suscrita en 2014 durante la Cumbre sobre el Clima de Naciones Unidas que plantea como uno de sus objetivos “Contribuir al desarrollo sostenible de los sectores agrícolas, forestales y mineros del Perú”; dicha declaración en su segunda fase de aplicación, la fase de transformación, contempla “4) Incrementar en por lo menos 5 millones de hectáreas la regularización de tierras indígenas, específicamente comunidades nativas (la suma de demarcación más el otorgamiento del título/derecho)” (Ministerio d. A., 2017).

A partir de la DCI se han creado diferentes instituciones como lo afirma Espinosa (2016)

En el caso de Loreto se creó el Instituto Regional de Comunidades Nativas (Ircon), y en el de Ucayali fue el Instituto Regional de Desarrollo de las Comunidades Nativas (Irdecon). En ambos casos se trataba de instancias “técnicas” para la coordinación e implementación de determinadas políticas públicas principalmente la titulación de las comunidades nativas, la entrega de documentos de identidad (DNI), etc. (p. 5)

El reconocimiento a la propiedad de tierras indígenas se ve conectado con el ejercicio del derecho de libre determinación, el reconocimiento de la personería jurídica de los pueblos indígenas y la titularidad del territorio integral del pueblo originario incluyendo los recursos naturales que se encuentren dentro de este, pues

el derecho de propiedad es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y sus productos y darle destino y condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley. (Como se citó en la Sentencia del Segundo Juzgado Civil, sede central, 2017, p. 9)

El pronunciamiento anterior se apega al Convenio 169 de la OIT y por lo tanto termina ordenando gestionar la demarcación y delimitación de las tierras que ancestralmente pertenecen a la Federación de la Nacionalidad Achuar del Perú, con miras a que cuando se realice una exploración y

explotación de los recursos naturales se tenga una adecuada perspectiva de la realidad sin vulnerar sus derechos fundamentales (Segundo Juzgado Civil, sede central, 2017).

Pese a todo lo anterior, en el código minero se establece la propiedad inalienable e Imprescriptible del Estado frente a todos los recursos minerales, además sólo se menciona como pequeña minería, la minería artesanal y pequeña minería; la primera realizada por métodos de extracción manual y la segunda catalogada así según la capacidad de extracción (Decreto legislativo 1040, 2008). En el código de minería no hay mención alguna sobre la minería tradicional y tampoco se establece trato diferencial o especial sobre la explotación minera realizada por grupos o miembros de comunidades indígenas (Decreto Supremo 014-1992-EM, 1992).

3.2. Chile

Constitucionalmente no hay reconocimiento expreso a la multiculturalidad, ni a la existencia de los pueblos indígenas, esto sucede porque no se concibe un Estado con más de una nación y a pesar de ello, hay un reconocimiento tácito gracias al artículo 5 constitucional que incorpora los tratados, declaraciones y estándares internacionales de derechos humanos (Henríquez, 2018).

El reconocimiento expreso a las comunidades indígenas, se realizó a través de la ley 19.253 o ley indígena, pero no reconoce sus derechos fundamentales como la autodeterminación. Sin embargo se reconoce la titularidad de tierras indígenas para su uso y goce; así hay cuatro presupuestos de titulación¹¹:

1. Aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión
2. Aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades mapuches, aimaras, rapa nui o pascuenses, atacameñas, quechuas, collas, kawashkar y yámana, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas que crea esta ley, a solicitud de las respectivas comunidades o indígenas titulares de la propiedad
3. Aquellas que, proviniendo de los títulos y modos referidos en los números precedentes, se declaren a futuro pertenecientes en propiedad a personas o comunidades indígenas por los Tribunales de Justicia
4. Aquellas que indígenas o sus comunidades reciban a título gratuito del Estado (Ley indígena 19253, 1993)

11. Para más información consultar el artículo 12 de la ley indígena 19.253, disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30620>

A pesar de ser los indígenas titulares de sus tierras la exploración y explotación minera se sigue realizando con la consulta previa como un mero requisito, mas no un obstáculo para la práctica de la mega minería por lo cual se ha optado por el compromiso de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas para los nuevos proyectos. Frente a este problema se han propuesto las buenas prácticas, que se sustentan en el dialogo de compañías mineras y comunidades indígenas, planteando

El deber de respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorio, o con ambos, según los casos que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. (subsecretaría de minería, 2014).

Si bien existen las buenas prácticas en Chile el país más desarrollado en minería en Sudamérica, no se encuentra en su normatividad minera referencia alguna a miembros o comunidades indígenas, y aclara que el Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, sin mencionar el conflicto entre los títulos indígenas sobre territorios con vocación minera. Además en las clasificaciones de minería no se encuentra referencia alguna a la minería tradicional, sino que se habla de pequeña minería y minería artesanal las cuales se diferencian únicamente en la capacidad de extracción y número de dependientes para realizar labores mineras (Ley 18248, 1983).

3.3. Bolivia

En Bolivia existe el reconocimiento de los derechos para los pueblos indígenas originarios campesinos desde la misma Constitución Política otorgando expresamente derechos como la autodeterminación y la propiedad colectiva del territorio; en efecto el último derecho en mención se refleja en estipulaciones como en la de la titulación colectiva de tierras y territorios (art. 30, numeral 6); en el reconocimiento de la propiedad colectiva y comunitaria como indivisible, imprescriptible, inembargable (art. 394 inc. 3); o en la que reconoce la integralidad del territorio indígena originario campesino que incluye, entre otras cosas, el uso y aprovechamiento exclusivo de recursos naturales renovables en los términos que la ley lo determine, el derecho a la consulta previa e informada y la posibilidad de participar en los beneficios por la explotación de recursos naturales no renovables que se encuentran en estos territorios, así como la posibilidad de administrarse bajo sus propias normas (art. 403 numeral 1).

La autodeterminación por su parte, se garantiza en tanto existe un reconocimiento del dominio ancestral de estos pueblos sobre sus territorios (art. 2), y se reconoce de forma expresa en el artículo 30 numeral 4 de la Constitución al consagrar el derecho de autodeterminación y territoriali-

dad que además permite a los pueblos indígenas originarios campesinos autogobernarse (art. 289) (Asamblea Constituyente, Constitución Política del Estado de 2009).

A pesar de las garantías nombradas y las demás existentes en la Constitución boliviana, se encuentran como contraste a las mismas los artículos 30.15 y 349 I de esa carta magna, pues denotan la obligación existente de realizar consulta previa cuando uno de los motivos es la explotación de recursos no renovables y mencionan que es el Estado el encargado de dirigir lo atinente a la administración de dichos recursos; por lo tanto se puede concluir frente a la Constitución boliviana que si bien el reconocimiento de los derechos de autodeterminación y propiedad colectiva territorial se extiende a lo largo del texto constitucional, son limitados por el Estado cuando se trata de recursos no renovables que se encuentran dentro del territorio colectivo.

Ahora bien, en la ley de minería y metalurgia no existe ninguna disposición especial que se refiera a la exclusividad de la explotación minera por parte de los pueblos indígenas originarios campesinos, por el contrario, el extenso reconocimiento que la Constitución realiza a la autodeterminación y propiedad colectiva territorial parece verse limitada cuando la mencionada ley estipula “el derecho al ejercicio de las actividades mineras otorgadas por el Estado, constituye un derecho distinto e independiente del derecho de la propiedad de la tierra”(Ley 535, 2014, art. 20). Esta ley carece en igual medida de cualquier clasificación similar a la minería tradicional, o ancestral, con la salvedad de la minería chica (art. 33) que es realizada de forma manual, mecanizada y semi-mecanizada por operadores mineros titulares de derechos en determinada área minera especial dentro de la minería y regidos por los tipos societarios o empresariales del código de comercio. En consecuencia, la minería chica es similar a la minería tradicional sólo en el método de extracción manual, pero no hace distinción en razón de sujetos que realizan la actividad, así no se encuentra en Bolivia un ejemplo que pueda ser aplicado a Colombia para la regulación de la minería ancestral.

3.4. Ecuador

En contraste con la Constitución boliviana, la Constitución ecuatoriana no contiene un extenso articulado que reconozca los derechos de los pueblos indígenas, sino que los mismos son enunciados de manera taxativa en el artículo 84 del capítulo de derechos colectivos de esta Constitución, algunos de ellos son:

1. Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública.

2. Mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita conforme a la ley.
3. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente (...) (Asamblea Constituyente, Constitución Política de 2008, art. 84).

En el artículo citado se pueden ver reflejados los derechos de autodeterminación y propiedad colectiva territorial, sin embargo es fácil evidenciar que en materia minera el derecho de autodeterminación posee límites similares a los existentes en los demás países analizados debido a que este derecho no les permite disponer de la explotación de recursos no renovables aunque establece el derecho de adelantar la respectiva consulta previa cuando se toman decisiones sobre la materia que les puedan causar afectaciones.

Para referirse al análisis de la normatividad ecuatoriana en materia minera es necesario remitirse a la ley 45 del año 2009 que regula el tema en cuestión; en este punto se puede decir que a diferencia de la normatividad boliviana, la ley de minería del Ecuador sí contempla una clasificación de los diferentes tipos de actividad minera que se practican en su territorio nacional: “La artesanal o de subsistencia, la pequeña minería, la mediana minería y la minería a gran escala. Clasificación que se da de acuerdo a los niveles de producción diarios que puede tener una mina” (Banco Central de Ecuador, 2016).

Como se puede observar, la clasificación existente en la ley ecuatoriana obedece a factores económicos más no sociales y mucho menos étnicos, careciendo de una regulación especial que permita la explotación de recursos por parte de comunidades indígenas que consideran para ello su cosmovisión; la carencia de la consideración de ese factor y la escasa regulación o protección de los derechos de pueblos indígenas en las normas analizadas permite concluir que no existen parámetros que puedan aplicarse en nuestro ordenamiento nacional para regular la minería ancestral.

4. REGULACIÓN COLOMBIANA SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS, TERRITORIO, AUTODETERMINACIÓN Y MINERÍA

El derecho a la autodeterminación de los pueblos no sólo ha sido motivo de expedición normativa a nivel internacional sino también a nivel interno, desde la misma Constitución hasta normas de inferior jerarquía. En primer lugar, el artículo 93 de la Constitución otorga a los tratados de carácter internacional ratificados por Colombia rango constitucional (Constitución Política, 1991), fijando la base de una tendencia interpretativa en los pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto a problemas que

involucran el derecho en cuestión, permitiendo creer en la posibilidad de una regulación más estricta; en este caso frente a la minería ancestral.

Por otra parte, el artículo primero de la Constitución Política define a nuestro Estado como democrático, participativo y pluralista (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de 1991); postulados que son necesarios para aplicar y entender la autodeterminación de los pueblos y la importancia que la misma tiene en las prácticas económicas tradicionales de producción que se desarrollan en los territorios de las comunidades indígenas, los cuales están llenos de un significado trascendental para dichas culturas. Esta afirmación se refuerza con el artículo 330 de nuestra carta magna debido a que el mismo se refiere a la organización y las funciones de los territorios indígenas, al mismo tiempo su párrafo estipula que “la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas (...)” (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de 1991), es decir que se reconocen las tradiciones y actividades económicas y sociales de los pueblos indígenas cuando se pretende realizar la explotación de recursos naturales dentro de sus territorios.

Una actividad económica propia de las comunidades indígenas es la minería realizada con prácticas extractivas ancestrales, esta actividad es parte de su cultura y por lo tanto necesita especial protección para cumplir con los mandatos constitucionales.

Para determinar la viabilidad de la regulación del concepto de minería ancestral en el ordenamiento nacional se debe estudiar el concepto de autodeterminación de los pueblos; éste ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha contemplado el derecho al territorio colectivo y la propiedad del mismo como elementos de la autodeterminación. Sobre este aspecto la sentencia T-188 de 1993 adquiere vital importancia debido a que marca el inicio del reconocimiento del territorio, al mencionar que aquel se encuentra contemplado en el Convenio 169 de la OIT y que el territorio colectivo es un derecho fundamental que va desde el asentamiento físico en determinado territorio y se extiende hasta los lugares cultural y espiritualmente relevantes fuera de los resguardos, sin el cual la identidad cultural y la autonomía, solo pasan a ser reconocimientos formales (Corte Constitucional, Sentencia T-188-93).

Existe por lo tanto un primer acercamiento del Estado mediante una de sus altas cortes al reconocimiento de territorios especiales o diferentes a los demás que se encuentran en el territorio nacional; reconocimiento que automáticamente se amplía a la realidad cultural única de los pueblos indígenas y como consecuencia afirma la autonomía de los mismos.

Posteriormente, la Corte Constitucional avanza en el estudio de la autodeterminación de los pueblos indígenas construyendo la tesis de que el reconocimiento de un territorio colectivo implica de igual manera la existencia de una propiedad colectiva cuyo título se determina por la posesión ancestral que las comunidades indígenas han ejercido sobre el territorio. Se evidencia de esta manera una posición jurídica que determina que las comunidades indígenas poseen derechos sobre los territorios que han ocupado ancestralmente inclusive si el Estado no los reconoce de una forma oficial denotando la prevalencia y respeto de las decisiones y actividades que las mencionadas comunidades llevan a cabo en sus territorios colectivos cuyos atributos “se derivan de ese continuum entre cultura, autonomía y territorio¹²” (Corte Constitucional, Sentencia T-282-11) y por lo tanto se habla de titularidad sobre los mismos, pero solamente de una forma figurativa.

Cuando la Corte reconoce la titularidad mencionada, establece de igual manera la obligación que tiene el Estado frente a las comunidades indígenas y sus territorios colectivos, esta obligación se refiere a la protección de esos territorios pero también a la protección de usos y costumbres que dentro de ellos se desarrollan por parte de los indígenas para cumplir su concepción de buen vivir.

La protección que el Estado debe brindar al territorio de las comunidades indígenas así como a las costumbres que en éste se llevan a cabo se evidencia más cuando la Corte reitera en su sentencia T-005 de 2016 la conexión existente entre las comunidades y los territorios que poseen al decir: “la existencia física de los pueblos étnicos tiene una relación importante con el lugar en donde se asientan pues es en este donde se desarrolla y expresa su identidad y cultura, de donde también surge el derecho a la tierra y al territorio” (Corte Constitucional, Sentencia T-005-16).

Es evidente que en los pronunciamientos de la Corte Constitucional que se han mencionado, existe el reconocimiento de la propiedad colectiva sobre el territorio colectivo que implica el reconocimiento de la cultura, territorio y autonomía de las comunidades indígenas que solo se puede entender en su totalidad cuando de manera conjunta se reconoce y protege el territorio con los usos y costumbres que dentro de él se desarrollan, obligando al Estado a adoptar medidas para su verdadera prevalencia y protección. Un claro ejemplo de esto es la sentencia C-389 de 2016, que realiza un exhorto al congreso para regular el concepto y la práctica de la minería ancestral como la desarrollada por comunidades indígenas, basándose en sus costumbres (Corte Constitucional, sentencia C-389-16).

12. La Corte Constitucional se ha pronunciado de manera similar en las sentencias T-698 de 2011 y T-235 de 2011.

El Estado colombiano, al reconocer el derecho de autodeterminación de los pueblos con relación a la minería no limita la interpretación de su contenido a los tratados internacionales y a las providencias mencionadas, por lo tanto existe en nuestro ordenamiento jurídico determinada normativa que se pronuncia frente a la minería y considera las decisiones de las comunidades indígenas respecto de las medidas que les afectan, aunque en ninguna norma se hable del concepto de minería ancestral.

Una de las normas mineras es la ley 685 de 2001, que hace referencia en su título XIV a los grupos étnicos y otorga prerrogativas a los mismos frente a temas mineros. Una de estas ventajas es la del artículo 124 que habla sobre el derecho de prelación de los grupos indígenas referente a que estos grupos tienen preferencia sobre la adquisición de concesiones sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en su territorio. Este mismo Código de Minas prevé en su artículo 121 la protección de la integridad cultural de estas comunidades y en el segundo inciso del artículo 122 garantiza la participación de las comunidades indígenas en las discusiones sobre exploración y explotación que los particulares propongan llevar a cabo en territorios pertenecientes a estas comunidades (Congreso de la República, Ley 685 de 2001).

En inicio la lectura del capítulo XIV de la ley en mención daría a entender que el Estado colombiano cumple cabalmente con los deberes consagrados en los convenios y tratados internacionales ratificados así como con los pronunciamientos que la Corte Constitucional ha expedido sobre el tema en diversas ocasiones, sin embargo la ley sólo permanece en un plano meramente formal y la participación y prelación indígena que menciona no garantiza la verdadera protección de la integridad cultural como parece ser su objetivo (Congreso de la República, Ley 685 de 2001, art. 121). A pesar de que el Código de Minas se encuentra vigente desde el año 2001, las inconformidades que han existido entre las comunidades indígenas y el gobierno al verse afectadas las primeras por las decisiones del poder ejecutivo así como por la falta de regulaciones que debería expedir el legislativo, siguen siendo visibles en años recientes; ejemplo de esta problemática es la protesta que tuvo lugar en los municipios de Segovia y Remedios en el norte de Antioquia en julio del año 2017. La protesta tiene como una de sus causas la declaración de Gran Colombia Gold en la que “desconocen que en esas poblaciones hay minería ancestral” (Colombia Informa, 2017). Sumado a lo anterior se encuentra la expedición del decreto 1102 de 2017 en el que se definen diferentes tipos de minería pero no se define la minería ancestral y busca “ordenar el bloqueo de cuentas de los comercializadores de oro que no estén legalizados, lo que impide la compra de metales a los pequeños mineros o a los mineros ancestrales lo cual menoscaba su derecho al trabajo” (Congreso de la República, Ley 685 de 2001).

Sin duda alguna este ejemplo demuestra la insuficiencia del Código de Minas al no proteger formas específicas de minería que hacen parte de la integridad cultural indígena ocasionando la persecución y desprotección de los pequeños mineros que realizan esta actividad económica sin poder cumplir las exigencias establecidas para considerar su actividad como legal¹³, exigencias que se encuentran estipuladas en el ordenamiento jurídico colombiano y comprenden el programa de trabajos y obras, el estudio de impacto ambiental, desarrollo de planos entre otros que son imposibles de cumplir, debido a la falta de apoyo técnico y de recursos.

No es sino hasta la resolución 90719 de 2014 del Ministerio de Minas y Energía donde se puede notar una verdadera posibilidad de regulación de esta actividad económica propia de las comunidades indígenas, debido a que la misma pone en conocimiento del gobierno una realidad social que requiere de control cuando en esta se da “el reconocimiento de la informalidad minera que existe en el país y el cómo los sujetos que se dedican a la pequeña y mediana minería han trabajado sin el respectivo título minero y sin las posibilidades reales de protección” (González, 2015, p. 148).

El Plan Nacional de Desarrollo *Paz, Equidad, Educación 2014-2018* tiene como quinto objetivo la consolidación del desarrollo minero-energético para la región; pero no se menciona la minería ancestral, y en la mayoría de los puntos contenidos en este objetivo se hace escasa mención a la minería tradicional aunque la misma aparece reconocida, de la misma forma se habla del fomento de los diferentes tipos de minería y la ayuda económica que los mismos deben recibir por parte del Estado para conseguir una igualdad en las condiciones de competitividad, pero solo al llegar al literal f) de este objetivo que hace alusión a “acciones transversales”, de donde se puede extraer la base que da viabilidad a la regulación de la minería ancestral entendiendo que esta actividad no se lee de forma explícita en este Plan Nacional de Desarrollo, pero en el mismo se lee que existen diferentes posibilidades para solucionar las controversias que se puedan generar con las comunidades a causa de la actividad minera en su territorio, manifiesta el plan ante esta situación que

Es fundamental seguir fortaleciendo el diálogo intercultural, informado, transparente y que reconozca la humanidad del otro, conducido por el Estado, acudiendo a los diferentes conceptos de tiempo que tienen las partes, pero sin llegar a ser indefinido. Este debe ser, entendiendo como un proceso que incluye, pero no se limita a la consulta previa. (Departamento Nacional de Planeación, 2015, p. 247)

13. Para más información revisar los artículos 84, 85, 271, 272 del Código de Minas; Ley 926 de 2004, y el Decreto 1073 de 2015.

Si bien el citado aparte del Plan Nacional de Desarrollo hace referencia al diálogo con las comunidades en el proceso del desarrollo de la actividad minero energética, se puede considerar el mismo como una puerta a la regulación buscada, pues reconoce en la discusión con las comunidades interesadas el derecho a la autodeterminación y no limita el diálogo a la simple consulta previa dando vía libre a otro tipo de soluciones como la planteada en esta investigación.

Actualmente el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 *Pacto por Colombia, pacto por la equidad*, establece preceptos concretos sobre la formalización minera, los cuales no reconocen la minería ancestral pero podrían servir como base para la regulación propuesta en este trabajo en cuanto a los requisitos diferenciales para adquisición de concesiones mineras, términos de referencia diferenciales para el estudio de impacto ambiental, el acompañamiento técnico y la fiscalización diferencial, dirigidos a los mineros a pequeña escala, beneficiarios de devolución de área y comunidades étnicas (Congreso de la República, Ley 1955 de 2019, art. 326). Hay que resaltar que los requisitos diferenciales no se definen, pero sientan una base legal para regular los mismos.

El PND 2018-2022 incorpora el valor del canon superficiario a pagar en caso de explotación minera adelantada por comunidades étnicas en zonas mineras declaradas, por lo tanto, se debe resaltar que existen normas que establecen una diferenciación cuando la actividad minera es desarrollada en diferentes niveles y por comunidades concretas. (Congreso de la República, Ley 1955 de 2019).

En cuanto a la formalización de los diferentes tipos de minería, el PND 2018-2022 define los parámetros para reconocer la existencia de la minería de subsistencia, así como los requisitos para que la misma sea inscrita en el municipio respectivo. Lo anterior permite concluir la existencia de la posible regulación de la minería ancestral considerando que desde el mismo Plan Nacional de Desarrollo se han establecido parámetros diferenciales claros para ciertos tipos de mineros y clases de minería¹⁴.

5. CONFRONTACIÓN, REGULACIÓN COLOMBIANA DE MINERÍA INDÍGENA Y DERECHO COMPARADO

El reconocimiento de la autodeterminación de los pueblos indígenas y la propiedad sobre el territorio colectivo son derechos que de manera general se reconocen en los países sudamericanos analizados. Sin embargo, en cada país existen determinadas particularidades frente a la forma en la que se realiza tal reconocimiento y sus implicaciones en minería indígena.

14. Para más información revisar los artículos 326 y 327 del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 "Pacto por Colombia, pacto por la equidad" Ley 1955 de 2019.

En el caso de Perú el reconocimiento de los derechos mencionados implica el reconocer la personería jurídica de las comunidades nativas (Constitución Política de 1993, artículo 89), lo que permite la regularización de las tierras pertenecientes a estas comunidades (Ministerio d. A., 2018). Pero a pesar de que la propiedad sobre estos territorios implica el disfrute de lo que la tierra produce y la decisión de cómo disponer de la misma y sus recursos (como se citó en la sentencia del Segundo Juzgado Civil, sede central, 2017, p. 9), existe un límite para la disposición de recursos pues el Código minero peruano parece dejar atrás las prerrogativas mencionadas al considerar al Estado como propietario de los recursos minerales y no dar prevalencia o en su defecto oportunidad a una clasificación de minería enfocada a la actividad minera realizada por las comunidades nativas.

El caso chileno es mucho más preocupante, debido a que no existe reconocimiento constitucional de las comunidades indígenas y el derecho de autodeterminación, en lo relacionado a la propiedad sobre el territorio (Ley 19.253), se debe precisar que es un reconocimiento que no conlleva la facultad de disposición del territorio y sus recursos, pues en sus territorios, titulados o no, se realizan prácticas de explotación económica por agentes externos a la comunidad con o sin su consentimiento.

Frente a temas mineros, es el Estado quien tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas (Congreso Nacional, Ley 18248 de 1983). Y en el código minero no se contempla ninguna clasificación especial de minería que considere las características especiales de la actividad minera desarrollada por grupos étnicos.

Por su parte, Bolivia y Ecuador contienen un desarrollo constitucional explícito sobre los derechos de los pueblos indígenas, pero los derechos a la autodeterminación y la propiedad del territorio colectivo se ven limitados por el desarrollo normativo minero.

Bolivia cuenta con titulación de tierras a las comunidades indígenas con uso y aprovechamiento exclusivo de sus recursos pero la ley de minería y metalurgia afirma que el ejercicio de la actividad minera administrada por el Estado, es independiente del derecho de propiedad de la tierra, sin establecer una clasificación especial basada en estándares diferenciadores en razón de cultura, tradición o derechos de propiedad de los pueblos indígenas originarios campesinos sobre sus tierras y recursos.

Ecuador contempla el derecho al territorio colectivo, propiedad sobre el mismo y sus recursos, pero frente al último, su límite está en los recursos no renovables como lo son los recursos minerales. Tampoco en esta legislación hay oportunidad o reconocimiento de minería indígena, pues el Código de Minería ecuatoriano evidencia las clasificaciones mineras según las cantidades de minerales que se pueden extraer, más no según el factor

cultural o ancestral que esté presente en esta actividad económica cuando es llevada a cabo por comunidades indígenas.

En el caso colombiano, aparte del bloque de constitucionalidad, se contempla la integridad cultural de los pueblos indígenas y su respeto al momento de realizar actividades de explotación de recursos en territorios indígenas, también se vislumbra la autodeterminación de los pueblos, lo anterior desde la óptica constitucional, pero no existe el reconocimiento constitucional de propiedad del territorio colectivo y sus recursos de manera formal, pues las menciones sobre el tema que la Corte Constitucional ha realizado son construcciones doctrinales sobre el contenido del derecho al territorio colectivo. Si bien estos dos últimos han sido objeto de pronunciamiento por la corte interamericana de derechos humanos, bajo el entendido de estar incluidos en el derecho de autodeterminación, en Colombia no existen pronunciamientos en ese sentido.

Lo anterior, nos da a entender que Colombia se encontraría en una situación intermedia entre Chile y los demás países debido a que, si bien consagra algunos de los derechos bajo estudio, carece de contenidos sobre el derecho al territorio colectivo y sus recursos. Por lo tanto, es necesario afirmar que a nuestro país le hace falta adoptar una posición concreta frente a la titularización de tierras indígenas, y de esta manera crear normas específicas sobre las condiciones y formas de realizar dicho procedimiento.

En lo que a la minería en territorios indígenas se refiere, no se encuentra regulación significativa en ninguno de los países estudiados, ya que el hecho de reservar la explotación minera al Estado parece ser una circunstancia generalizada y por lo tanto no influye ningún reconocimiento frente a los derechos indígenas, ni frente a sus territorios y recursos. A pesar de ello, cabe hacer una salvedad en este punto, ya que Colombia parece tener una mayor protección a nivel normativo infra constitucional, pues en la ley 685 de 2001 se otorga una prevalencia para la concesión minera a los pueblos indígenas frente a exploración y explotación que se lleve a cabo en su territorio; de igual manera los estándares en el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 *Paz, equidad, educación* son más avanzados en tanto reconocen un tipo particular de minería; es decir la minería artesanal, tomando como base el desarrollo que determinados grupos étnicos han hecho de la actividad minera desde hace mucho tiempo atrás para su sustento, pero no diferencia tipos de comunidades étnicas y hasta el momento solo existe un exhorto de la Corte Constitucional para realizar dicha diferenciación. Por su parte el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 *Pacto por Colombia, pacto por la equidad*, abarca un nuevo tipo de minería al establecer las características de la minería de subsistencia y también fija parámetros específicos para la formalización minera, los cuales podrían servir de base para la regulación de la minería ancestral, sin embargo cabe

aclarar que al igual que las demás normas analizadas, este Plan Nacional de Desarrollo no reconoce la existencia de la minería ancestral.

De esta manera se concluye que salvo la titulación de los territorios colectivos realizada en otros países, no se ha encontrado un desarrollo o institución jurídica que sirva para trasplantar al ordenamiento jurídico colombiano con el fin de regular la minería ancestral. Por lo tanto, se considera que la búsqueda de la viabilidad de la regulación de la minería ancestral, puede encontrar bases más sólidas en la normatividad interna.

5.1. Minería ancestral en Colombia: un camino posible

Como hemos visto en la presente investigación la discusión sobre derechos de pueblos indígenas implica el reconocimiento de prerrogativas básicas como son la autodeterminación y la propiedad del territorio colectivo en el entendido que es dentro del mismo donde se pueden llevar a cabo prácticas culturales y ancestrales propias de las comunidades indígenas; la importancia de los derechos mencionados es reconocida por Graham y Friederichs (2012) cuando anotan que: “(...) hay un triángulo de derechos que son relevantes para una discusión más amplia sobre la intersección de derechos indígenas y medio ambiente: estos son autodeterminación, cultura y territorio” (p. 3). Al mismo tiempo los mencionados autores manifiestan que: “(...) la autodeterminación se vincula con nociones de supervivencia cultural, desarrollo económico, libertades políticas y otros derechos humanos básicos” (p. 4). Con base en lo anterior y en el análisis realizado en esta investigación es lógico afirmar que la autodeterminación solo se puede ver materializada al relacionarla con el reconocimiento de la propiedad sobre el territorio colectivo y la garantía del desarrollo de la cultura y tradiciones indígenas; estos derechos a su vez se pueden manifestar de diferentes formas como por ejemplo en actividades de carácter económico desarrolladas de manera ancestral por dichas comunidades, este es el caso de la minería ancestral, cuyos componentes y viabilidad de regulación han sido estudiados y se concretarán en este capítulo.

La minería ancestral consiste en la disposición de recursos no renovables presentes en territorios indígenas y es una práctica económica realizada por individuos pertenecientes a comunidades indígenas, también hace parte de las reivindicaciones del derecho de propiedad de los territorios colectivos y la disposición de sus recursos, y por lo tanto integra los llamados *derechos bioculturales* que según Bavikatte y Bennett (2015)

conectan a las comunidades con sus tierras y recursos naturales a través de sus sistemas de tenencia, pero estos derechos no son simples reclamaciones de propiedad, sino que se basan en la historia de administración que han ejercido las comunidades para cuidar sus tierras y recursos; por lo tanto se

puede hablar de propiedad integral por posesión y administración ancestral. (s.p.).

A pesar de las importantes implicaciones que la minería ancestral contiene en Colombia no existe regulación de esta actividad económica ni un esquema jurídico que permita su fácil reivindicación, por lo tanto se hace necesario regular la misma partiendo de dos aspectos fundamentales:

- I. Regulación del concepto de minería ancestral
- II. Titularidad del territorio colectivo y sus recursos

5.1.1. El concepto de minería ancestral

Como se ha observado a lo largo de la presente investigación, este concepto guarda una estrecha relación con derechos de carácter fundamental cuya titularidad corresponde a los pueblos indígenas, es por lo anterior que atendiendo a la necesidad de desarrollar estos derechos de manera directa se requiere una modificación sustancial al código minero colombiano donde se implemente el concepto en cuestión. Al momento de proceder con la regulación antes mencionada, es importante considerar que la práctica de este tipo de minería implica disponer de los recursos naturales que se encuentran en los territorios colectivos y administrar los mismos, es por esto que dicha ley deberá contemplar:

1. Los parámetros para que la minería realizada sea considerada minería ancestral, como realizar la actividad de extracción de forma manual y por miembros de las comunidades indígenas, excluir el uso de químicos industriales para la extracción de minerales, no contemplar la mega minería y que la comunidad cuente con una historia de extracción de minerales o recursos no renovables obtenidos del subsuelo;
2. Características y obligaciones que deben cumplir estos mineros para que se puedan considerar titulares del derecho y realizar esta práctica;
3. Establecer como única forma de minería permitida en territorios indígenas, la minería ancestral.
4. Autoridad ante la que deben responder los mineros indígenas en caso de una mala práctica de la minería ancestral.

El último punto no supone una suplantación de las especiales características del derecho indígena, sino la tesis de establecer zonas grises entre el derecho mayor y el derecho nacional donde debe ser obligatoria la conexión entre las dos jurisdicciones pues se habla de implicaciones directas que no afectan solo a la comunidad indígena, sino que las malas prácticas amparadas bajo la minería ancestral pueden decantar en perjuicios a comunidades enteras que no pertenezcan a la comunidad indígena, su implicación directa con el derecho al medio ambiente sano no permite

sectorizar la responsabilidad en una jurisdicción aislada en razón al sujeto activo, sino que la responsabilidad deberá ser contemplada en razón a los afectados.

5.1.2. Titularidad del territorio colectivo y sus recursos

Según el análisis realizado, la manera más expedita de reconocer la titularidad del territorio colectivo es la vía jurisprudencial mediante la aplicación de la interpretación que la comisión interamericana de derechos humanos realiza, bajo el entendido de que la dimensión colectiva del territorio se relaciona inescindiblemente con la propiedad del mismo, de igual forma no se puede desconocer precedentes exitosos de titulación como el de Perú, sin embargo la titulación de tierras por esta vía al considerar como fundamentales los derechos al territorio colectivo, la propiedad del mismo y sus recursos puede acarrear serios problemas con el resto de la ciudadanía ante el temor de conflictos con predios de particulares que alguna vez fueron de las comunidades indígenas, ante esta situación como dijo Gilbert (2016) respecto de la teoría de restitución de tierras para comunidades indígenas: La solución idónea para estos conflictos de temores infundados, consiste en llevar a cabo un diálogo justo entre los pueblos indígenas y el resto de la población, con la consecuente modificación de las relaciones entre Estado y pueblos indígenas, pues se plantea que el Estado ya no es el único actor que determina el uso de las tierras y los recursos no renovables.

Para hacer realidad los planteamientos anteriores se requiere del uso de sentencias de diálogo significativo bien estructuradas y con definiciones concretas de los puntos de partida y los objetivos; así los puntos de partida serían los supuestos afirmativos de la propiedad integral de territorios colectivos indígenas en razón de la administración ancestral del territorio y sus recursos, aceptando que dentro de los recursos de los territorios indígenas se encuentran los recursos renovables y los no renovables que se hallan en el subsuelo, por lo tanto no se podría seguir contemplando al Estado como único titular de todo el subsuelo colombiano y sus recursos minerales.

Los objetivos de estas sentencias se centrarían en la titulación y demarcación de los territorios colectivos indígenas para realizar la administración y disposición del territorio y sus recursos; estos tienen una esfera interna y externa: la esfera interna deberá desarrollarse bajo los parámetros de tenencia de la comunidad, y la esfera externa se desarrollará en atención a los efectos de título de propiedad civil para los ciudadanos que no ostenten la calidad de indígenas.

Dicho lo anterior, las sentencias de diálogo significativo deberán contar con tres partes: la primera consistente en una declaración de propiedad de los territorios colectivos, sus recursos, el subsuelo y sus minerales; la

segunda necesariamente deberá ordenar un diálogo significativo entre el Estado, las comunidades indígenas, pues “el desarrollo industrial impacta la vida de la gente, en particular de los pueblos indígenas” (Lertzman D. & Vredenburg H., 2005, p. 240) y los particulares afectados por la demarcación de los territorios y revocaciones de concesiones de explotación de recursos no renovables dentro de los territorios indígenas, a fin de establecer quien posee mejor derecho en la demarcación de los territorios y llegar a un acuerdo para cesar la explotación de recursos naturales no renovables por parte de terceros que no ostenten la calidad de indígenas; es por esto que los diálogos se deben cumplir con las características establecidas por Gargarella (2015), quien manifiesta que al tratarse de decisiones públicas, deberán ser tomadas después de un proceso de discusión colectiva y que se debe incluir a todos los afectados; y la tercera parte consistirá en la implementación de medios de seguimiento a las decisiones tomadas en la sentencia.

CONCLUSIONES

El análisis realizado en la presente investigación permitió establecer en inicio que las bases normativas internacionales reconocen ampliamente el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas y derecho de propiedad sobre el territorio colectivo, además dichas bases han sido reconocidas en Colombia mediante su desarrollo jurisprudencial¹⁵, permitiendo la existencia de un sustento normativo interno suficiente que viabilice la regulación de la minería ancestral. A pesar de ello, Colombia carece de una norma que regule de forma concreta el reconocimiento del derecho a la propiedad del territorio colectivo, esencial para el posterior reconocimiento de la minería ancestral.

Continuando con la regulación de la minería ancestral, la misma se considera necesaria por las condiciones especiales de este tipo de minería, el reconocimiento normativo del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas y la propiedad sobre el territorio colectivo; pero se subraya de igual manera que la misma puede tener consecuencias negativas en caso de ser practicada de forma errónea y por lo tanto se deben establecer parámetros claros frente a sus características, los sujetos que son titulares de este derecho, la forma en que se debe practicar y las consecuencias de su mala praxis ya que estas pueden afectar los recursos renovables y no renovables de interés general y a las personas ajenas a las comunidades indígenas.

15. Aunque a nivel legal también existe el reconocimiento del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas como se pudo evidenciar en capítulos anteriores, aunque aún de forma insuficiente para poder regular la minería ancestral.

Considerando la protección brindada por el derecho a estas comunidades indígenas y por lo tanto a su cultura y la forma en como esta se expresa¹⁶, así como la normativa nacional e internacional que se pronuncia sobre la materia, los parámetros establecidos en el último capítulo de la presente investigación y simultáneamente la afectación que el reconocimiento planteado puede causar a terceros; se considera que la regulación de la minería ancestral se convierte en un punto necesario a tratar y cuenta con la viabilidad suficiente.

REFERENCIAS

- Asamblea Constituyente (2008). Constitución de la República del Ecuador. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6716.pdf>.
- Asamblea Constituyente (2009). Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf.
- Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (2007, 13 de septiembre). Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Recuperado de <https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/declaracion-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas.html>
- Asamblea Legislativa Plurinacional (2014, 28 de mayo). Ley 535 de 2014 “Ley de Minería y Metalurgia”. Recuperado de https://cedib.org/post_type_leyes/ley-535-de-mineria-y-metalurgia-promulgada-28-05-2014/.
- Asamblea Nacional Constituyente (1991). Constitución Política de Colombia. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.
- Banco Central del Ecuador (2016). Reporte de minería. Recuperado de <https://contenido.bce.fin.ec/documentos/Estadisticas/Hidrocarburos/ReporteMinero072016.pdf>.
- Bavikatte, K. & Bennett, T. (2015). Community stewardship: The foundation of biocultural rights. *Journal of Human Rights and the Environment*, 6 (1), pp. 7-29.
- Chile. Congreso Nacional (1983, 14 de octubre). Ley 18248 “Código de Minería. Diario Oficial: 1983-10-83. Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29668>.
- Chile. Congreso Nacional (1993, 5 de octubre). Ley indígena 19253 “Por la cual se establecen normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Diario Oficial: 1993-10-05. Santiago de Chile.

16. Desarrollando distintas actividades dentro de su territorio y continuando con la administración ancestral de sus recursos, entre otras formas ya expresadas.

- Colombia. Congreso de la República (2001, 15 de agosto). Ley 685 de 2001 “Por la cual se expide el Código de Minas”. Bogotá.
- Colombia. Congreso de la República (2019, 25 de mayo). Ley 1955 de 2019 “Por medio de la cual se dicta el Plan Nacional de Desarrollo “Pacto por Colombia, pacto por la equidad”. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional (1993, 12 de mayo). Sentencia T-188, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional (2011, 12 de abril). Sentencia T-282, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional (2016, 19 de enero). Sentencia T-005, M.P. Jorge Iván Palacio. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional (2016, 27 de julio). Sentencia C-389, M.P. María Victoria Calle Correa. Bogotá.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009). Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Informe de la CIDH). Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>.
- Comunidad Andina de Naciones (2012, 30 de junio). Decisión 774. Recuperado de: https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/decision_744.pdf
- Comunidad Andina de Naciones. Tribunal de justicia (2017, 17 de febrero) Interpretación prejudicial 575-IP-2015, M.P. Hugo Ramiro Gómez Apac. Quito.
- Congreso Constituyente Democrático (1993). Constitución Política del Perú. Recuperado de: https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf.
- Departamento Nacional de Planeación (2015). Plan Nacional de Desarrollo todos por un nuevo país “Paz, Equidad, Educación”. Recuperado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/PND%202014-2018%20Tomo%201%20internet.pdf>
- Editora Antioquia (21 de julio 2017). Mineros de Segovia y Remedios en Antioquia, salen a paro por incumplimientos del gobierno. Colombia Informa. Recuperado de <http://www.colombiainforma.info/mineros-de-segovia-y-remedios-en-antioquia-salen-a-paro-por-incumplimientos-del-gobierno/>.
- Espinosa, O. (2016). Gobiernos Subnacionales y Pueblos Indígenas en la Amazonía Peruana. Cuaderno de Trabajo, 5 (33).
- Ferrajoli, L. (2006). Sobre los Derechos Fundamentales. Cuestiones constitucionales. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (15), pp. 118-124. DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2006.15.5772> ISSN: 1405-9193.
- Gargarella, R. (2015). Deliberative democracy, dialogic justice and the promise of social and economic rights, pp. 105-120. DOI: <https://doi.org/10.4324/9781315867687>
- Gilbert, J. (2016). Indigenous people’s land rights under international law: From victims to actors. *Hoteli Publishing*, p. 170.

- González, P. (2015). Retos de la actividad minera en Colombia. *Advocatus*, 12 (24), pp. 141-155.
- Graham, L. & Friederichs, N. (2011). Yale Human Rights and Environmet Dialogues Spring 2011 Report. Indigenous people, Human Rights, and the Environment. Recuperado de: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1979745.
- Günza, L. (2013). La pequeña minería en Colombia: Una actividad no tan pequeña. *DYNA*, 80 (181), pp. 109-117.
- Henríquez, M. (2018). Desafíos en autonomía y reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. *Estudios Públicos*, (149), pp. 297-310.
- La Asamblea General (2016, 14 de junio). Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>.
- Lascarro, A. & Figuera, S. (2015). Derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista Uniandes*, (53), pp. 65-76. DOI: <http://dx.doi.org/10.7440/res53.2015.05>.
- Lertzman, D & Vrendenburg, H. (2005). Indigenous Peoples, Resource Extraction and Sustainable Development: An Ethical Approach. *Journal of Business Ethics*, 56, pp. 239-254. DOI: 10.1007/s10551-004-3528-8.
- Ministerio De Minas y Energías (2012). Perfil socioeconómico de los mineros colombianos. Censo minero departamental 2010-2011. Recuperado de <https://www.minenergia.gov.co/censominero>.
- Ministerio de Minería gobierno de Chile (2014). Empresas Mineras y Pueblos Indígenas en Chile: Buenas prácticas para la construcción de relaciones de beneficio mutuo. Recuperado de: <http://www.minmineria.gob.cl/media/2014/05/>.
- Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (1989, 27 de junio). Convenio 169 “Sobre pueblos indígenas y tribales”. Ginebra, 76ª reunión CIT.
- Ospina, E. & Ramírez, J. (2016). Análisis de la responsabilidad del Estado frente a la problemática socio jurídica de la explotación minera en Marmato (Tesis de pregrado). Universidad de Manizales, Manizales, Caldas.
- Perú. Congreso de la República (2008, 25 de junio) Decreto legislativo No. 1040 de 2008.
- Perú. Ministerio de Ambiente (2017). Declaración Conjunta de Intención (DCI) entre el gobierno de la República del Perú, el gobierno del reino de Noruega y el gobierno de la República Federal de Alemania. Recuperado de: <http://www.bosques.gob.pe/declaracion-conjunta-de-intencion>.
- Perú. Presidencia de la República (1992, 04 de junio). Decreto Supremo No. 014-92-EM “Ordenado de la Ley General de Minería”. Recuperado de <https://vlex.com.pe/vid/texto-unico-ordenado-ley-732026365>.
- Perú. Segundo Juzgado Civil, Sede central (2017, 20 de diciembre). Acción de Amparo. Expediente: 00394-2015-0-1903-JR-CI-02, Juez: Sergio Antonio del Águila Salinas. Lima.

ANÁLISIS DE LAS DECISIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO FRENTE AL DESARROLLO, APLICACIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR ELECTRÓNICO

Darío Fernando Martínez¹, Erika Pabón²

Fecha de recepción: 29 de enero de 2020

Fecha de aceptación: 17 de marzo de 2020

Referencia: MARTÍNEZ, Darío. PABÓN, Erika (2020). *Análisis de las decisiones de la Superintendencia de Industria y Comercio frente al desarrollo, aplicación y protección de los derechos del consumidor electrónico*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 6. Núm. 10. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

RESUMEN: Muchas de las operaciones económicas de consumo se realizan mediante plataformas electrónicas, requiriendo aparatos normativos que permitan una efectiva protección de los derechos del consumidor electrónico. En Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), es la entidad encargada de mantener el buen funcionamiento del mercado a través de la protección de los derechos del consumidor, por lo anterior y frente a una realidad en la cual las relaciones comerciales del mundo digital aventajan la regulación existente, se debe establecer si la SIC ha desarrollado reglas de interpretación, que permitan garantizar la protección de los derechos del consumidor electrónico, además de analizar si estos, se están aplicando adecuadamente para garantizar una efectiva defensa de los usuarios frente al incumplimiento de las promesas ofertadas por las empresas en los medios digitales, puesto que estas, adquieren responsabilidades de cara a las expectativas alcanzadas por el usuario.

1. Abogado, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

2. Abogada, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

Palabras clave: Comercio electrónico, consumidor electrónico, decisión jurisdiccional, derechos del consumidor electrónico.

ABSTRACT: Many of the economic operations of consumption are carried out through electronic platforms, requiring regulatory devices that allow effective protection of the rights of the electronic consumer. In Colombia, the Superintendence of Industry and Commerce (SIC), is the entity responsible for maintaining the proper functioning of the market through the protection of consumer rights, for the above and against a reality in which the commercial relations of the Digital world outperform existing regulation, it must be established if the SIC has developed rules of interpretation, which allow to guarantee the protection of the rights of the electronic consumer, in addition to analyzing if these, are being properly applied to guarantee effective protection of users against to the breach of the promises offered by the companies in the digital media, since these, acquire responsibilities facing the expectations reached by the user.

Key words: E-commerce, consumer electronic, decision jurisdiccional, electronic consumer rights.

INTRODUCCIÓN

Las empresas tradicionales encuentran en internet un novedoso medio de distribución y mercadeo de productos y servicios, siendo así, que este se ha convertido en una herramienta para lograr mayor interactividad en la relación entre empresas y consumidores. El comercio electrónico (e-commerce) se ha convertido en uno de los mecanismos más tradicionales³, al punto que la Cámara Colombiana de Comercio Electrónico (CCCE) señaló que las prácticas del consumidor a la hora de adquirir bienes y servicios en línea, así como los niveles de confianza y apropiación del e-commerce son un incentivo importante para que este se convierta en uno de los sectores que aporta al producto interno bruto del país⁴ y del cual se espera un crecimiento constante en su participación.

De acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE] la composición del comercio electrónico se ha mantenido constante a lo largo del siglo XXI con una principal participación en

3. El 80% de los internautas en Colombia consulta o compara en línea las características y precios de los productos que desea adquirir. Igualmente, la CCCE reveló que del total de internautas encuestados, 19% compra y paga directamente en línea; mientras que en 17% de las ocasiones, los compradores prefieren hacer el pedido de su producto en los portales en línea y pagar una vez recibe el producto en su casa u oficina.
4. A partir de un estudio realizado por la CCCE el e-commerce representa el 1.5% del producto interno bruto nacional, y es una industria que tiene la potencialidad de crecimiento, dadas las dinámicas de comportamiento del consumidor que está migrando a los ambientes digitales para consultar información sobre productos o servicios de su interés o adquirirlos a través de compras online.

las ventas generales, en tal sentido, se presenta un incremento en los consumidores de tipo electrónico que exigen una protección de sus derechos consagrados en las normas estatales (OECD, 2017). Frente a este escenario, se hace indispensable establecer si el Estado, a través de la SIC, vela por el ejercicio de preservación de los derechos a los que debería acceder cualquier consumidor.

1. COMERCIO ELECTRÓNICO, MODALIDADES DE RELACIONES COMERCIALES Y CONSUMIDOR ELECTRÓNICO

1.1. Comercio electrónico y modalidades de relaciones comerciales

La tendiente movilización de información mediante las redes de comunicación electrónica y el creciente desarrollo tecnológico son los causantes de que en el mercado se acorte la distancia entre consumidor y oferente, se agilice la relación contractual y se genere una creciente en el consumo mediante canales de comunicación electrónica (Maldonado, 2015). En este sentido, Arnott & Bridgewater (2000) refiere que:

The marketing opportunities offered by this marketplace digital are widely acknowledged as immense. Marketers can now engage customers, on a global scale, in real-time, two way interactions. This type of interaction favours increased understanding of customers and adaptation of the marketing offer to their specific needs and wants⁵. (s.p.)

Por tanto, las plataformas digitales constituyen herramientas de marketing que pueden usarse por las compañías para promover sus marcas y poder llegar a sus clientes de una manera más eficiente⁶ (Collin, 2003).

Al hablar de e-commerce, Ohene-Djan (2008) expresa, que es solamente “a commercial modality that seeks to streamline existing business relationships between people who are distant through the use of internet technologies”⁷ (p. 8), por tanto, se hace necesario que se disminuya la incertidumbre jurídica derivada de la forma como se desarrolla dicha modalidad. Por otro lado, también se conoce bajo la denominación de comercio electrónico, al basto conjunto de actividades con finalidad mercantil que

5. Traducción Libre de Autor: Las oportunidades de marketing que ofrece este mercado digital son ampliamente reconocidas. Los especialistas en marketing ahora pueden involucrar a los clientes, a escala global, en interacciones bidireccionales en tiempo real. Este tipo de interacción favorece una mayor comprensión de los clientes y la adaptación de la oferta de marketing a sus necesidades y deseos específicos.
6. En el libro *Marketing. Estrategias de mercadotecnia para promover su marca en internet*, Simon Collin manifiesta que: existen muchos beneficios con el surgimiento del comercio electrónico entre los cuales se puede detallar la realización de campañas de investigación, análisis de nuevos mercados de exportación, establecer grupos de enfoque, posicionamientos de marca y sobre todo poner a disposición del cliente variación de productos para satisfacción de necesidades. (Collin, 2003, p. 1)
7. Traducción libre de autor: “una modalidad mercantil que busca agilizar las relaciones comerciales existentes entre personas que se encuentran distantes mediante el uso de tecnologías de internet”.

se desarrollan mediante el uso de sistemas de procesamiento de datos y de comunicaciones, sin que exista un contrato físico directo entre quien oferta un bien o servicio y quien lo demanda; la denominación no solo cubre actos comerciales directos como la compraventa o el alquiler, sino también acciones preparatorias o conexas como la publicidad o mercadeo (Mille, 2019).

En el comercio electrónico se pueden distinguir diferentes modalidades de relaciones comerciales como las B2B, *business to business*, que traducida al español significa, comerciante a comerciante, fundamentada bajo el principio de buena fe y la confianza comercial; en segundo lugar, se encuentran las relaciones C2C, *consumer to consumer*, en donde quienes interactúan tienen la misma calidad de consumidores finales; también las relaciones B2G, *business to government*, es decir, empresario a gobierno; y por último, las relaciones comerciales B2C *business to consumer*, es decir, comerciante y consumidor final, que es la relación comercial más sensible por el tipo de intervinientes en consecuencia a la asimetría que existe entre ellos, y por tal motivo requiere de mayor protección (Rincón E. C., 2002).

1.1.1. Consumidor electrónico

Para que la SIC propenda por la protección de los derechos del consumidor, es necesario determinar a quien se le da este estatus, por tanto, se realiza la conceptualización de consumidor, con el fin de determinar las circunstancias en las cuales este puede exigir las garantías de la protección de sus derechos. Así, por ejemplo, en el derecho francés, consumidor es aquel que contrata para satisfacer sus necesidades personales, es decir el “no profesional que es consumidor final frente a un contratante profesional” (Villalba, 2009, p. 320), se evidencia entonces, que el oferente en la relación de consumo, posee un grado de superioridad frente al consumidor, lo cual lo pone en ventaja por ser el dueño del implemento objeto de comercio.

En la normatividad colombiana, la Ley 1480 de 2011 define al consumidor como:

Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario. (Congreso de la República, Ley 1480 de 2011, art. 5)

Una vez desarrollado el concepto legal de consumidor, se debe definir el de consumidor electrónico, al respecto Burgos (2003) sostiene que “consumidor de Internet, es aquel sujeto destinatario final de bienes y servicios, que adquiera o utilice cualquier forma de contratación o intercambio de información, basado en medios electrónicos sobre Internet” (p. 265). Con base en este concepto, se puede determinar que en gran parte, se asimila a la definición general de consumidor, pero a esta habría que añadirle que, las relaciones de consumo electrónicas se realizan desde la formación del consentimiento hasta la ejecución del contrato, a través de medios digitalizados y a distancia.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (2017) que trata acerca de la protección de los consumidores en el e-commerce señala que “Information asymmetry is more prominent in e-commerce due to the nature of the Internet and complexity of terms and conditions to which consumers may not always have timely access. Therefore, consumers are more vulnerable online to misleading and deceptive conduct” (p. 5)⁸. Debido a estas características especiales, Peña (2001), afirma que “se requiere que los usuarios de las sociedades de la información, al igual que los usuarios tradicionales, sean protegidos en sus expectativas de conformidad con los bienes y servicios virtuales que adquieren” (p. 26). Por tanto, se requiere de esfuerzos tanto públicos como privados, para trabajar en la preservación de la seguridad en redes informáticas y en la efectiva protección de las relaciones de consumo electrónicas.

2. NORMATIVIDAD EN E-COMMERCE, RELACIONES DE CONSUMO ELECTRÓNICO Y ENTIDAD A CARGO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR ELECTRÓNICO EN COLOMBIA

2.1. Normatividad en e-commerce y relaciones de consumo electrónico

La realidad actual frente al comercio electrónico, implica la necesidad de que la normatividad nacional e internacional propenda por generar una regulación que responda al progresivo desarrollo de las relaciones contrac-

8. Traducción libre de autor: “La asimetría de la información es más marcada en el comercio electrónico, debido a la naturaleza de Internet y la complejidad de las condiciones, de las que los consumidores no siempre pueden tomar conocimiento oportunamente. Por consiguiente, en la Web, los consumidores están más expuestos al riesgo de ser víctimas de conductas engañosas y fraudulentas”.

tuales⁹, por tanto, se afirma que “la llamada globalización está acompañada no solo de una transformación gradual de la estructura política y económica, sino también, de una transformación de los aparatos de producción normativa” (Cortez, 2007, s.p.); es así, que se requiere aparatos normativos eficientes mediante los cuales se proteja al consumidor a la hora de realizar sus compras por medios digitalizados.

A nivel nacional, la primera referencia sobre derechos del consumidor que se extienden al consumidor electrónico, se encuentra en el artículo 78^o de la Constitución Política de Colombia¹⁰, disposición que constituye el punto de partida para posteriores desarrollos normativos mediante leyes y actos administrativos de las autoridades competentes. Es a través de la ley 527 de 1999 y su decreto reglamentario 1747 de 2000, que se intentó adecuar el ordenamiento interno a las tendencias jurídicas internacionales de que trata la Ley Modelo de Comercio Electrónico elaborada por The United Nations Commission on International Trade Law (Uncitral), en cuyo texto original reseña que:

The purpose of the Model Law is to offer national legislators a set of internationally acceptable rules as to how a number of such legal obstacles may be removed, and how a more secure legal environment may be created for what has become known as e-commerce¹¹.

La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante Resolución 51/62 de 1996, aprobó la Ley Modelo y recomendó su aplicación, con el fin de dar agilidad a las relaciones jurídicas entre particulares a través de la eliminación de obstáculos jurídicos, como se establece en el artículo 5^o de la Guía de Incorporación de esta Ley (Uncitral, 1999).

9. Desde la década de los 90 el comercio electrónico ha tenido un gran crecimiento lo cual ha llevado a los estados a realizar determinados intentos por legislar y regular tal actividad.

No obstante, lo anterior se han visto cortos en dicho intento debido a la complejidad que representa llegar a un acuerdo en cómo manejar la legislación del comercio electrónico ya que las posiciones de los diferentes países no son neutrales, sino que toman una posición cada uno de su propia tradición jurídica y prácticas de los comerciantes. (Álvarez y Mejía, 2012, s.p.)

10. Constitución Política. Artículo 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos. (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de 1991, art. 78)

11. Traducción libre de autor: “La finalidad de la Ley Modelo es la de ofrecer al legislador nacional un conjunto de reglas aceptables en el ámbito internacional que le permitan eliminar algunos de esos obstáculos jurídicos con miras a crear un marco jurídico que permita un desarrollo más seguro de las vías electrónicas de negociación designadas por el nombre de comercio electrónico”.

A nivel nacional, se encuentra la Ley 1480 de 2011, más conocida como Estatuto del consumidor, la que desarrolla preceptos constitucionales al establecer en el artículo 3º un catálogo de derechos del consumidor de manera enunciativa; en consecuencia, esta norma es importante en materia de protección de los derechos del consumidor en todas sus modalidades, debido a que, se encarga de regular en extenso la problemática de las relaciones de consumo B2C. Si bien la Ley 1480 de 2011 no fue la primera en referirse a la amplia gama derechos, deberes y mecanismos del consumidor, sí es la primera y más representativa a la hora de hablar de derechos, deberes y mecanismos referentes a derechos del consumidor electrónico.

En el numeral 16 del artículo 5º del Estatuto del consumidor se define las ventas a distancia¹², reconociendo a los medios electrónicos como una manera de practicar el comercio; de igual forma, el artículo 48¹³, reconoce a los contratos efectuados a través de plataformas digitales como modelos especiales de contratación; pero es principalmente a partir del Capítulo VI del Estatuto del Consumidor, que se estipula un acápite especial para el amparo del consumidor electrónico, que se denomina *Protección al Consumidor Electrónico*, en cuyo artículo 49º define comercio electrónico¹⁴ y seguidamente, se indican las pautas y reglas aplicables en favor del consumidor en el e-commerce.

La Corte Constitucional en sentencia C-1141 de 2000 manifestó que los derechos del consumidor tienen un carácter poliédrico, lo cual implica que incorporan pretensiones, intereses y situaciones de orden sustancial, de orden procesal y de orden participativo; siendo así, que los derechos del consumidor, incluidos los demandantes electrónicos, no deben ser observados de manera reduccionista sino como un todo en el cual caben consumidores, productores, comerciantes, exportadores, autoridades competentes y demás agentes que tengan algún grado de participación en el mercado. Lo anterior, debe comportar entonces, el necesario examen de las situaciones que rodean el desenvolvimiento del proceso productivo, que constituyen la base de la protección constitucional, con el fin de producir

-
12. Artículo 5 de la Ley 1480 de 2011 (...) 16. Ventas a distancia: Son las realizadas sin que el consumidor tenga contacto directo con el producto que adquiere, que se dan por medios, tales como correo, teléfono, catálogo o vía comercio electrónico. (...)
 13. Artículo 48 de la Ley 1480 de 2011. Contratos Especiales. En los contratos celebrados a distancia, telefónicamente, por medios electrónicos o similares, el productor deberá dejar prueba de la aceptación del adherente a las condiciones generales.
 14. Artículo 49. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10, inciso b) de la Ley 527 de 1999, se entenderá por comercio electrónico la realización de actos, negocios u operaciones mercantiles concertados a través del intercambio de mensajes de datos telemáticamente cursados entre proveedores y los consumidores para la comercialización de productos y servicios.

normas que contrarresten la desigualdad de las relaciones que el mercado presume y sobre todo, que permitan a la SIC con las competencias jurisdiccionales otorgadas, realizar una verdadera protección del consumidor (Corte Constitucional, Sentencia C – 973 de 2002).

2.2. Entidad a cargo de los derechos del consumidor electrónico

Es importante identificar la entidad sobre la cual recae la responsabilidad de protección de los derechos del consumidor electrónico, más aún, cuando es evidente la tendiente movilización y crecimiento de las relaciones de consumo bajo e-commerce; es por eso, que a la SIC se le ha encomendado diferentes facultades como la administrativa, sancionatoria y jurisdiccional, que gozan de reconocimiento técnico y especializado en la materia. Como lo afirma Rojas (2007) “From the beginning of e-commerce it became clear that the applications of the legal rules of traditional commerce would be applicable to commercial transactions concluded by means of electronic technologies” (p. 535)¹⁵.

Es importante señalar el reconocimiento que se otorga a los contratos electrónicos, el cual tiene origen en la Ley Modelo de la Uncitral sobre Comercio Electrónico, mediante esta se desarrolla el principio de equivalencia funcional por el que se otorga reconocimiento jurídico a los mensajes de datos¹⁶ para que puedan materializar operaciones electrónicas, y de esta manera, sean equiparables a un contrato físico¹⁷. En el artículo 5° de la Ley modelo se hace referencia bajo el título *Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos* en los siguientes términos, “no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información, por la sola razón, de que este en forma de mensaje de datos” (Uncitral, 1999, s.p.); de ahí que la SIC ostente la función de protección de los derechos del consumidor en cualquiera de sus modalidades. En Colombia, para hablar de la facultad jurisdiccional de la SIC frente a los derechos del consumidor y del consumidor electrónico, se debe partir del artículo 116° de la Constitución

15. Traducción de autor: “Desde el inicio del comercio electrónico se hizo patente que las aplicaciones de las reglas jurídicas del comercio tradicional serían aplicables a las transacciones de tipo comercial concluidas por medio de tecnologías electrónicas”

16. Artículo 2, Definiciones de la Ley Modelo de CENUDMI sobre Comercio Electrónico: a) Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el telefax (...)

17. Dentro de la Ley Modelo se determina la función básica de cada uno de los requisitos de forma de un documento, con miras a determinar los criterios que deben ser cumplidos por un mensaje de datos para que este tenga un reconocimiento legal equivalente al de un documento de papel y que de esta manera pueda desempeñar idéntica función. Es claro, que al momento de realizar una compra en tiendas on line opera un contrato expresado en mensaje de datos, mientras que, en la compra con una tienda física, opera un contrato expresado en un documento de papel; sin embargo, independientemente de la modalidad de contrato que materialice la operación de consumo, por el mismo principio de equivalencia funcional, los contratos son plenamente válidos y generan consecuencias jurídicas para las partes.

Política, que señala que determinadas autoridades administrativas están autorizadas para cumplir funciones jurisdiccionales¹⁸, entre ellas la SIC, la cual es la encargada de ejercer esta función, junto con los jueces de la República; y en tal sentido, es que la Ley 1564 del 2012 desarrolla la función jurisdiccional de la SIC de manera taxativa¹⁹.

3. DESARROLLO, APLICACIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR ELECTRÓNICO EN LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR LA SIC

3.1. Derecho de Garantía en el marco de las decisiones de la SIC

3.1.1. Reconocimiento de la garantía como derecho en las sentencias de la SIC a diferencia de los derechos enumerados en el artículo 3º de la Ley 1480 de 2011.

Respecto a la garantía, esta se menciona dentro del numeral 5 del artículo 5º de la Ley 1480 de 2011, este acápite, la desarrolla como una obligación a cargo del productor y/o proveedor de responder de manera temporal, con el fin de cumplir los parámetros de idoneidad, calidad y seguridad del bien o servicio prestado; por otro lado, en el numeral 1 del artículo ibídem, se define la calidad, como “La condición en que un producto cumple con las características inherentes y las atribuidas por la información que se suministre sobre él” (Congreso de la República, Ley 1480 de 2011, art. 5); con base en estos planteamientos, se habla de dos conceptos diferentes, ya que la calidad es uno de los parámetros que debe ser cumplido a cabalidad por el bien o servicio ofrecido en el mercado, en tanto la garantía, se da como un respaldo a la inobservancia de los parámetros mencionados.

La garantía se entiende pactada desde el inicio de la etapa contractual y puede ser exigible dentro del término que se determine en la ley, por tanto, el consumidor electrónico tiene derecho a la entrega del bien adquirido en el plazo pactado, o en el caso de prestación de servicios, que estos sean de calidad; pero si no es así, tendrá derecho a que se le realice la devolución del precio pagado por el producto o servicio, aspecto contenido dentro de la garantía. Todos los bienes y servicios que se ofrecen en

18. Constitución Política, Artículo 116. (...) Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. (...) (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de 1991, art. 116).

19. Código General del Proceso bajo la Ley 1564 de 2012. Artículo 24. Ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas. Las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas: La Superintendencia de Industria y Comercio en los procesos que versen sobre: a) Violación a los derechos de los consumidores establecidos en el Estatuto del consumidor b) Violación a las normas relativas a la competencia desleal.” (Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, art. 24).

el mercado, deben contener una garantía que respalde el cumplimiento de los parámetros de calidad e idoneidad esperados (SIC, sentencia No. 427863 de 2017).

En sentencia N° 11041 del 3 de abril de 2018 emitida por la SIC, donde el accionante es Javier Olimpo Jiménez Duque en contra de Almacenes Éxito S.A, se decide sobre la efectividad de la garantía de un producto, en esa decisión la SIC menciona que la demandada vulnera los derechos del consumidor en relación a la efectividad de la garantía señalando que:

Existe un incumplimiento contractual atribuible en absoluta medida al extremo pasivo, desplegando una deficiente conducta por parte del accionado, quien como se demostró, cumplió con la entrega del bien, sin embargo, la calidad e idoneidad no satisficieron las necesidades del consumidor, toda vez, que al destapar el producto evidenció que este tenía un golpe. En el marco de la obligación de garantía, los consumidores tienen derecho a obtener la reparación totalmente gratuita del bien cuando éste presente fallas y en el caso de repetirse, podrá tener a su elección una reparación, la devolución total o parcial del precio pagado o el cambio del bien por otro de la misma especie, similares especificaciones o condiciones técnicas. (efectividad de la garantía). (SIC, sentencia No. 11041 de 2018)

En consecuencia, se puede evidenciar que la garantía legal además de ser una obligación, puede ser considerada como un derecho autónomo, si bien dentro de las decisiones de la SIC no se menciona como un derecho de manera taxativa, se puede entenderlo como tal. Esta misma postura se reafirma a partir del año 2018, en sentencias 17451, 17829, 19222, 19825, 22349 y siguientes²⁰.

3.1.2. Reglas y subreglas aplicables en las sentencias emitidas por la SIC con referencia al derecho de garantía

El derecho a la garantía ha sido referenciado en varias decisiones de la SIC; en las sentencias 0002834 del 2 junio de 2016, la 00006811 del 24 de julio de 2017 y la del radicado 18- 9576 (00007194) del 31 de mayo de 2018 la SIC estableció que “existe una garantía mínima de calidad e idoneidad de un bien o servicio, que comprende la entrega o la realización oportuna del servicio contratado”, es decir, la garantía comporta la posibilidad del disfrute del servicio y satisfacción de la necesidad, iniciando desde el mismo día de la realización del contrato. En las decisiones referidas, la SIC aclaró

20. Sentencia No. 226659 del 30 de mayo 2018, sentencia No. 17926 del 06 de noviembre de 2018, sentencia No. 186059 del 21 de noviembre de 2018, sentencia No. 199982 del 11 de diciembre de 2018, sentencia No 200241 del 11 de diciembre de 2018, sentencia No. 183396 18 de julio de 2018, sentencia No. 183299 del 15 de febrero de 2019, sentencia No. 183605 del 12 de febrero de 2019, sentencia No. 185073 del 28 de febrero de 2019, sentencia No. 185854 de 11 de enero de 2019.

que cuando se trata de la adquisición de un servicio, como es la compra de boletas para un concierto y posteriormente el oferente cancela el evento de manera unilateral y programa nueva fecha, el vendedor está vulnerando el derecho de garantía surgiendo como única posibilidad el reembolso de los dineros pagados, sin que el prestador del servicio le pueda exigir al consumidor, aceptar la nueva fecha del concierto ya que se estaría tratando de un contrato totalmente diferente.

En la sentencia No. 00007310 (6170) del 2 de agosto de 2017, se estudió el caso en el cual la parte actora adquirió vía *online* cuatro llantas Michelin, posteriormente, es informada vía telefónica que se le reintegraría el dinero pagado por las llantas, debido a que éstas no estaban disponibles para entrega. La SIC estableció que en el caso mencionado, se efectuó una desatención al deber de entrega de la mercancía por parte de la sociedad, ya que la obligación de garantía mínima de idoneidad, comprende el deber en cabeza del proveedor y productor de entregar el producto en los términos y condiciones pactados desde el momento mismo en que se realizó el contrato²¹.

La entidad determina que los términos de entrega se incluyen dentro de la garantía que se ofrece al consumidor; mediante sentencias como la 00007732 (31886) del 14 de agosto de 2016, 00008845 (41093) del 14 de septiembre de 2017 y 00009237 (16234) del 22 de septiembre de 2018 estipuló que la garantía mínima de calidad e idoneidad de un bien o servicio, no solamente se suscribe a la calidad del objeto vendido o del servicio prestado, sino también al cumplimiento de los términos y condiciones pactados, desde el momento mismo en que se realizó el contrato. Por tal razón, los términos de entrega deben ser cumplidos por el productor y oferente, pues en caso contrario se vulnera los derechos del consumidor, más aún, si el extremo demandado no acredita la existencia de una causal de exoneración de responsabilidad²².

Ahora bien, frente a las causales de exoneración de responsabilidad, la SIC ha señalado que la oferente del servicio o producto, no puede acudir a cualquier tipo de inconveniente para justificar su incumplimiento; en las sentencias 00008782 del 13 de septiembre de 2017, 00010934 (28417) del 1 de noviembre de 2017 y 18- 17451 (00006132) del 2 de mayo de 2018,

21. De igual forma, en la sentencia 00009109 (41154) del 20 de septiembre de 2017 00012019 (45219) del 24 de noviembre de 2018, la SIC determinó que se vulnera el derecho a la garantía cuando el proveedor o productor no comunica al consumidor, antes de perfeccionar la compra, que el producto no está disponible para entrega y consecuentemente incumple con los términos y condiciones pactados inicialmente, entre ellas las fechas estipuladas para la entrega efectiva del producto.

22. Decisiones como la 00009232 (15142) del 22 de septiembre de 2017 00011151 (39922) del 7 de noviembre de 2017 18- 226659 (00007126) del 30 de mayo de 2018 replican esta posición de la SIC.

la parte demandada incumplió con la entrega del producto argumentado, que no se encontraba listo el pedido solicitado en la plataforma web, ya que no contaban con las existencias suficientes, exigiendo además a los consumidores ampliar el término de entrega. En dichas decisiones, la SIC determinó, que la garantía cubre la oportunidad en la entrega del bien, por tanto, cualquier tipo de dilación constituye una violación a los intereses del consumidor; en cuyo caso, le asiste al oferente la obligación de realizar el reembolso del dinero pagado de forma inmediata. La entidad entonces, logra establecer una regla en las decisiones referenciadas y es que el oferente de las tiendas *online*, debe tener la seguridad de que los productos ofrecidos en las plataformas estén listos para ser entregados, pues si no existe una entrega efectiva de los productos en las fechas señaladas, no se colman las expectativas, ni se satisface la necesidad del cliente, vulnerando así, el derecho a la garantía²³.

En las sentencias 00008843 (38152) del 14 de septiembre de 2017 y 00008050 (13704) del 23 de agosto de 2018, se analiza casos en los cuales, la demandada incumple con las condiciones de entrega ofrecidas en la publicidad de la página web. Los casos referenciados, se generan porque el producto adquirido no llegó a la dirección del demandante, sino que el oferente, solamente concentró la mercancía en la oficina central de la empresa de distribución, a pesar de que la tienda *online* ofrecía la entrega del producto directamente en la “puerta de la casa del consumidor” (SIC, 2017; 2018).

Estos casos, le permitieron a la SIC ordenar de manera inmediata el reembolso del dinero pagado, como consecuencia de la vulneración del derecho a la garantía, argumentando que el producto adquirido por la parte demandante no fue entregado a la pasiva en los términos pactados en el contrato, ya que existió un incumplimiento sobre las condiciones de entrega ofertadas a través de su publicidad en internet, las cuales eran vinculantes para las partes²⁴.

Las sentencias 17-427863 (00003585) del 12 de marzo de 2018 y la 00004299 del 01 de abril de 2019 replica las decisiones de la SIC, al estudiar casos en los cuales la parte pasiva incumplía con la publicidad de la página web, ya que el vendedor en el primer caso sostenía que la entrega

23. En la decisión No. 17-420360 (00005699) del 23 de abril de 2018, la SIC sostiene la misma posición al concluir que al realizarse una compra a través de las plataformas digitales, se suscribe un contrato entre el oferente y el consumidor, conllevando a que el incumplimiento de los términos de entrega genere la obligación en cabeza del vendedor de realizar la devolución del precio pagado.

24. La sentencia 18-17829 (00006075) del 30 abril de 2018, retoma esta decisión señalando que en aquellos casos en los cuales, el oferente no cumple con la fecha de entrega vulnera el derecho a la garantía del consumidor electrónico.

de los productos se haría dentro de las 48 a 72 horas posteriores a la compra, mientras que en el segundo caso, la tienda *online*, informaba que la entrega se realizaría en 5 días hábiles siguiente al pago, términos que no se respetaron en ninguno de los casos. Las empresas pasivas, escudaban el incumplimiento manifestando que en ningún momento se pactó fecha para la entrega de la mercancía, ya que por hecho de un tercero, erróneamente la página web había presentado periodos de entrega, que notoriamente eran imposibles de cumplir.

La SIC en las sentencias referenciadas anteriormente, sostuvo que en los supuestos fácticos presentados, existió una oferta en donde se señalaron condiciones de tiempo, modo y lugar, que no pueden ser modificadas con posterioridad a que el consumidor conozca de las mismas, pues de ser así, se configuraría en un incumplimiento de la oferta. Por lo anterior, la entidad determinó que la parte accionada al incumplir con los periodos de entrega publicitados en las tiendas *online*, incurrió en infracción a las normas sobre información y el derecho de garantía, consecuentemente, le asiste el deber de realizar la devolución del dinero pagado por el consumidor.

La sentencia con radicado número 17-419716 (00006063) del 30 de abril de 2018 estudió el caso en el cual se realizaba compra de tiquetes aéreos a través del sitio web de la pasiva, el cual informaba que por compras superiores a 1.000.000 se otorgaría un bono de 300.000 en la próxima compra, y un bono de 400.000 mediante adquisición por aplicación; no obstante, cuando la parte actora realizó una nueva compra en la que pretendía hacer efectivo el bono ganado, el oferente incumplió con la entrega de los bonos. Aquí se evidencian que por el derecho a la garantía, al productor le asiste la obligación de cumplir los términos pactados los cuales incluyen las promociones u ofertas que realiza el vendedor con su publicidad, debido a que el cliente compra el bien, conociendo todos los aspectos ofertados en la tienda *online*, en tal sentido, cuando el oferente no cumple con las ofertas y promociones, desconoce los términos del contrato y termina vulnerando los derechos del consumidor electrónico, el cual válidamente, puede reclamar la reversión de la operación electrónica de pago.

La SIC ha sido clara en establecer, que el derecho a la garantía no permite el cambio en las características de los productos o servicios que inicialmente se contrata; se encuentran decisiones como la 00007786 (27714) del 15 de agosto de 2017, en la que la entidad determinó que existió vulneración al derecho de garantía, debido a que el oferente entregó el producto en un color diferente al que el consumidor señaló en la plataforma web; la sentencia 00008615 (22637) del 06 de septiembre de 2017 declaró la

vulneración al derecho de garantía, porque el sujeto pasivo, entregó un casco en una marca diferente a la que señaló el consumidor en la orden de compra y la sentencia con radicado número 17-420137 (00005580) del 20 de abril de 2018 retoma esta posición, al presentar el caso en el cual la demandada incumplió con este derecho, ya que el vendedor incumplió con la fecha de entrega del equipo adquirido y posteriormente, realizó la entrega de un producto diferente.

La ratio de las decisiones mencionadas, señalan, que al ser el productor o proveedor los obligados de responder por los presupuestos de la garantía legal, el consumidor tiene derecho a exigir que se le preste el servicio o producto en las condiciones originalmente pactadas. La entidad aclara entonces, que el consumidor electrónico no puede ser obligado a recibir un servicio o producto diferente al que se contrató en la plataforma web, abarcando inclusive la referencia y características como color, clase, material, tamaño, talla, etcétera²⁵.

Ahora bien, el comercio electrónico ha reconocido la diferencia que existe entre el productor y proveedor en la cadena de consumo, permitiendo que las plataformas web acudan a tal diferencia para escudar su incumplimiento en la entrega, pues aluden que al sostener una u otra calidad no son obligados a responder por los términos de entrega. Estos argumentos fueron estudiados por la SIC en sentencias con radicado número 17-427259 (00003442) del 08 de marzo de 2018 y 18-17451 (00006132) del 2 de mayo de 2019, las cuales concluyen que si bien existe una diferencia entre productor y proveedor en la cadena de consumo, la obligación de responder por los presupuestos de la garantía legal es solidaria, en tal sentido, el consumidor puede acudir a cualquiera de los dos, ya sea de manera separada o de forma conjunta, con el fin de elevar reclamaciones sobre la calidad, idoneidad, seguridad, buen estado y funcionamiento de los productos y servicios.

La SIC de igual forma, ha desarrollado decisiones con las cuales se pretende proteger los derechos del consumidor electrónico, en la adquisición de tiquetes aéreos a través de plataformas digitales, encontrando sentencias como la 00003431 del 08 de marzo de 2017, 17-418803 (00003466) del 08 de marzo de 2018 y 17-423537 (00003283) del 06 de marzo de 2019, casos en los cuales los vuelos fueron cancelados de forma unilateral por el sujeto pasivo. En estos casos, la SIC determinó que las prestadoras del

25. Esta posición se sostiene en la decisión 00006133 del 02 de mayo de 2018 en la que se indica que la demandada no cumplió con las condiciones del contrato, toda vez que el usuario solicitaba un atornillador inalámbrico con 15 puntas, sin embargo, la entrega efectiva se realizó de un atornillador inalámbrico con 14 puntas, vulnerando el derecho a la garantía ya que el artículo que le enviaron no correspondía al escogido en la página,

servicio vulneraron el derecho de garantía, toda vez que se configuró el incumplimiento de la accionada, como quiera que no prestó el servicio objeto de la litis.

Las sentencias 17-420222 (00004589) del 03 de abril de 2018 y 17-426775 (00004909) del 11 de abril de 2018 mencionan casos específicos, como el vuelo que fue cancelado y reprogramado dos veces, provocando que el consumidor no pueda disfrutar de la noche de hospedaje en el hotel que había sido contratado. Las decisiones evidenciaron que existió un incumplimiento del accionado respecto a la prestación de los servicios contratados, pues señala que la garantía mínima también versa sobre el cumplimiento de los términos en los cuales se adquirió el servicio, cláusulas que incluyen las fechas para las cuales se programan los vuelos, en tal sentido, como no existió un hecho de fuerza mayor y caso fortuito, que justifique el incumplimiento, sobreviene un incumplimiento contractual atribuible en absoluta medida al extremo pasivo, declarando la vulneración de los derechos del consumidor y ordenando a las prestadoras del servicio, a reembolsar el dinero que pagaron los consumidores por el servicio de hospedaje en sus respectivos destinos.

En esta misma línea, en sentencias con radicado número 17- 424363 (00005354) del 18 de abril de 2018, y 17-417514 (00005581) del 20 de abril de 2018, la SIC determinó que inclusive la cancelación de tiquetes surgidos con ocasión del paro de pilotos de aerolíneas, conlleva a la vulneración de los derechos del consumidor, entre los que se encuentra el derecho de la garantía. En la misma sentencia 17-426280 (00004674) del 05 de abril de 2018, la SIC realizó una recopilación de lo señalado en anteriores pronunciamientos, de forma contundente determina, que cuando la aerolínea cancela los vuelos o inclusive modifica las fechas de viaje como consecuencia del paro de pilotos, se vulnera las condiciones pactadas al momento en que se realizó la adquisición de los tiquetes en la plataforma web, consecuentemente el productor, vendedor y/o prestador del servicio, deben responder de manera solidaria por los supuestos de la garantía legal y otros posibles gastos derivados de la cancelación o reajuste de fechas, como son la pérdida de días de hospedaje²⁶.

En esta exploración del derecho a la garantía en la prestación de servicios y adquisición de productos, se puede extraer las siguientes reglas:

26. Las decisiones 17-426942 (00004656), (00004673) del 05 de abril de 2018, 17-417132 (00007854) del 19 de junio de 2018, 00008161 del 25 de junio de 2018, 17- 430559 (00004243) del 03 de julio de 2018 y 17-417485 (00009262) del 25 de julio de 2018 retoman esta decisión al determinar que situaciones como el PARO DE PILOTOS no constituyen una causal de exoneración de responsabilidad.

- 

La calidad en la cual actúa el oferente no exime de la responsabilidad que se deriva de la garantía legal, es decir, el consumidor puede elevar reclamación directa bien sea al productor o proveedor, para que respondan solidariamente por los presupuestos de calidad e idoneidad de los productos o servicios.
- 

La garantía de un producto o servicio, comporta las ofertas de precios, cantidad y demás técnicas de publicidad anunciados por los oferentes en las tiendas online.
- 

Cuando la tienda online permite al consumidor señalar características específicas del producto o servicio, como por ejemplo, color, talla, tamaño, calidad, peso, material, textura, uso etc, estos parámetros seleccionados por el consumidor, se convierten en criterios de estricto cumplimiento por parte del oferente, en caso contrario se vulnera el derecho a la garantía del bien.
- 

La fechas y formas de entrega, publicitadas en las páginas web en las cuales los productores ofertan sus productos, se convierten en parámetros incluidos en la garantía legal del bien o servicio, en caso de incumplirse existe una violación de los derechos del consumidor.
- 

La garantía legal puede ejercerse cuando el producto entregado, evidencia deterioro, daño o cambio en las características con las cuales se aprobó la transacción bancaria.
- 

En el caso de servicios de tiquetes aéreos, las aerolíneas deberán reembolsar el dinero pagado por el consumidor, cuando este así lo desee, siempre y cuando el cambio de la fecha de vuelo o retraso del mismo, no obedezca a una causa de fuerza mayor y caso fortuito, en suma, que no se configure una causal de exoneración de responsabilidad, aclarando que la decisión unilateral de la aerolínea y paro de pilotos no configuran tales causales.
- 

Si se configura el anterior numeral, las aerolíneas deben responder por el reembolso de dinero de los vuelos y pago de pérdidas adicionales, que se ocasionen al consumidor con ocasión de la violación del derecho de garantía; por ejemplo el costo de los días reservados en un hotel.

3.2. Derecho de retracto en el marco de las decisiones de la SIC

3.2.1. *Reconocimiento del retracto como derecho en las sentencias de la SIC a diferencias de los derechos enumerados en el artículo 3 de la Ley 1480 de 2011.*

En la Ley 1480 de 2011 se menciona el derecho de retracto en numeral 4 del artículo 46°, aduciendo que es un deber especial del productor y/o proveedor, seguidamente en el artículo 47° de la misma norma se hace refe-

rencia a los términos y condiciones para ejercerlo²⁷, no obstante, dentro del Estatuto del consumidor no se da una definición de lo que es el derecho de retracto y a pesar de que es nombrado como derecho en varios apartes de la norma, este no se encuentra reconocido dentro de los derechos del artículo 3° de la Ley. En contraposición a lo anterior, en sentencia número 2617 de julio de 2017, la SIC se encarga de dar un acercamiento a la definición del derecho de retracto en los siguientes términos:

El derecho de retracto puede ser entendido como el derecho del consumidor, a recibir bienes y servicios acordes con las condiciones ofrecidas y replantear su decisión de compra, cuando su consentimiento se vio determinado por las condiciones en las que se le abordó para concretar el negocio. Es así como el marco del derecho de retracto se habilita al consumidor para modificar su decisión de compra, siempre y cuando se ejercite el derecho dentro de la oportunidad contemplada. (SIC, Sentencia No. 2617 de 2017)

Por tanto, el derecho al retracto respalda la decisión del consumidor de replantear su decisión de compra frente a un bien o servicio, cuando éste no cumpla con las características descritas por el oferente.

3.2.2. Reglas y subreglas aplicables en las sentencias emitidas por la SIC con referencia al derecho de retracto.

La SIC en marco de desarrollo del derecho de retracto estipula diferentes reglas; es así como en sentencia 00008177 del 30 de agosto de 2016, estudió el caso en el que la actora realizó la adquisición de tiquetes aéreos a través de la página web Servicios *online*, posteriormente logró demostrar el envío de correos electrónicos, a las direcciones *despegar.com* y *reservas.com*, solicitando el ejercicio del derecho al retracto. En dicha decisión, la SIC estableció que el derecho al retracto debe ejercerse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la suscripción del contrato, aclarando además, que este derecho puede ejercerse a través de correos electrónicos enviados a la prestadora del servicio, cuando dichas direcciones electrónicas se encuentran publicadas en la página oficial de la oferente.

Esta postura fue reiterada en sentencia 18-9316 (00007132) del 27 de agosto de 2018, la cual sostiene el término de cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de compra del servicio objeto del reclamo, estipulando además que dicho derecho válidamente puede ejercerse a través del correo electrónico publicado por la oferente en la misma plataforma en la que se realizó la adquisición del producto o servicio, en tal sentido, la SIC aclara

27. Artículo 47 de la Ley 1480 de 2011 En venta de tiempos compartidos o ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia, que por su naturaleza no deban consumirse o no hayan comenzado a ejecutarse antes de cinco (5) días, se entenderá pactado el derecho de retracto por parte del consumidor. En el evento en que se haga uso de la facultad de retracto, se resolverá el contrato y se deberá reintegrar el dinero que el consumidor hubiese pagado. (Ley 1480 de 2011, art. 47)

que frente a esta forma de ejercer el derecho de retracto no es dable negarse, guardar silencio, condicionar la devolución del dinero o presionar al consumidor para aceptar el bien adquirido, la única acción una vez ejercido el derecho, es la devolución del dinero cancelado a título de precio por el bien o servicio adquirido; consecuentemente, la entidad declara que la demandada vulneró el derecho de retracto al desconocer la solicitud realizada a través de correo electrónico por parte de la actora.

Con la sentencia 00008033 del 23 de agosto de 2017 y la 00006797 del 22 de mayo de 2018, la SIC retoma aspectos del derecho al retracto en aquellos casos en los cuales se adquiere un servicio o producto a través de páginas on-line para su posterior prestación o entrega; señalando, que el ejercicio de este derecho es legalmente oportuno, si se ejerce dentro de los cinco (5) días hábiles contados a partir de la fecha en la cual se efectuó la compra o en la que se entregó el bien adquirido, puesto que, se debe garantizar el derecho a que el consumidor pueda replantear su decisión de compra, cuando su consentimiento se vio determinado por las condiciones en las que se le abordó para concretar el negocio y éstas evidentemente cambian con la entrega del producto.

En las sentencias 18-6690 (00007137) del 30 de mayo de 2018 y 18-4254 (00007847) del 19 de Junio de 2018, se evidencia un avance en el desarrollo del derecho al retracto, señalando que en los casos en los cuales las plataformas web ofrecen productos que por su naturaleza no deban consumirse o que no hayan comenzado a ejecutarse antes de cinco (5) días, se entenderá pactado de manera implícita el derecho de retracto, y en los casos en los cuales el consumidor electrónico haga uso de este derecho, se resolverá el contrato, provocando que exista la restitución de prestaciones mutuas como bien lo advierte la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SC11287 del 17 de agosto de 2016; sin embargo, la SIC estipuló en esta decisión que al tratarse de compra de tiquetes aéreos, la devolución de dineros excluye los respectivos montos de tasa, impuestos y contribuciones.

Frente al término general de cinco (5) días para ejercer el retracto, la SIC determina que se aplica de igual forma en la adquisición de hospedajes a través de páginas web, estipulando en la sentencia 18-12504 (00009378) del 27 de julio de 2018 que el término son días hábiles siguientes a la fecha en la que se realizó la reserva del hospedaje. No obstante, esta postura fue tratada nuevamente en la decisión 18-7506 (00010771) del 27 de agosto de 2018, en la cual la SIC determinó que cuando los oferentes informan las condiciones y términos de dicha reserva, al disponer en la página web la aplicación de políticas como por ejemplo las de booking.com, se presupone que el consumidor, hizo la lectura de dichas políticas, antes de perfeccionar la transacción comercial.

En la decisión referida, la SIC entonces, vislumbra que las políticas mencionadas ponen de presente un acápite de cancelación de reservas, las cuales se deberán tener en cuenta para el ejercicio del derecho al retracto por parte del consumidor; la entidad argumenta que dentro del ejercicio de este derecho, se contemplan los términos pactados por las partes y que son conocidos por el consumidor, puesto que este derecho tiene estrecha relación con el deber legal de información que tiene el consumidor. Consecuentemente, en la decisión se negó las pretensiones de la demandante concluyendo, que no se vulneró el derecho al retracto, porque el consumidor no se informó de forma anticipada sobre los términos de cancelación que regían la relación contractual.

En sentencia 00006613 del 17 de julio de 2017 y 18-7046 (00007196) del 31 de mayo de 2018 la SIC hace uso del Reglamento Aeronáutico Colombiano (en adelante RAC) modificado por la resolución 1375 del 11 de junio del 2015, para establecer el ejercicio del derecho al retracto en aquellos casos en los que se realiza compra de tiquetes a través de páginas web; en la decisión citada la SIC establece que el retracto se podrá hacer dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la compra, pero en todo caso, el derecho al retracto se deberá hacer con una anticipación de ocho (8) días hábiles en aquellos casos en los cuales se trate de vuelos nacionales y quince (15) en internacionales (Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, RAC 3, 2018).

Además, la SIC aclara que la única acción que procede luego de haberse ejercitado el derecho de retracto es la devolución del dinero; estableciendo en el caso concreto la obligación para el agente de la aerolínea de reembolsar el dinero en un plazo máximo de treinta (30) días²⁸, pues la SIC sostiene:

Las ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia deben ser objeto de especial supervisión y por ende deben contar con pautas claras y expresas para su ejecución, pues de lo contrario, el marco del derecho de retracto habilita al consumidor para modificar su decisión de compra, siempre que se ejercite dentro de la oportunidad contemplada. (SIC, sentencia No. 6613 de 2017; sentencia No. 7046 de 2018)

Esta postura es retomada nuevamente por la SIC en la decisión 00002835 del 11 de marzo de 2019, en la cual se determinó que en caso de tiquetes aéreos, el retracto solamente podrá ser ejercido con anterioridad

28. Esta posición, se sostiene por parte de la SIC en decisiones como la 00006613 del 17 de julio de 2017; en la 000011149 (39842) del 7 de noviembre de 2017; en la 17- 428179 (00004910) del 11 de abril de 2018. De igual forma la sentencia 00012478 del 01 de octubre de 2018 estipuló que el Retracto podrá ejercer dentro de las 48 horas corrientes siguientes a la operación de la compra, además que este retracto podrá ejercerse 8 días calendario a la prestación del servicio en viajes nacionales y 15 días en viajes internacionales y la retención autorizada podrá ser de 60.000 y 50 USD respectivamente

igual a ocho (8) días para operaciones nacionales y quince (15) días para internacionales; sin embargo, la entidad en esta sentencia aclaró que el término se refiere a días calendario, los cuales deben ser contados entre el momento de su ejercicio oportuno y la fecha prevista para el inicio de la prestación del servicio.

En la decisión 00007161 (8441) del 31 de julio de 2017, la SIC estudio un caso en el cual la actora adquirió dos boletas para el evento *Cirque du soleil* a través de plataformas digitales, sin embargo, al momento del Show le fueron asignadas unas sillas diferentes a las pagadas en la página web, por lo cual la consumidora reclamó la devolución del dinero, obteniendo una respuesta negativa por parte de la organización. En esta decisión la SIC fue clara en señalar que en aquellos casos en los cuales se utilizan métodos no convencionales para la venta de servicios, existen condiciones que son pactadas con la confirmación de la compra en la página web, estas condiciones deben ser garantizadas por la oferente al momento en el que se realiza la prestación del servicio, en caso contrario, se efectúa un incumplimiento²⁹ y de manera inmediata, surge la oportunidad de realizar la debida reclamación a la sociedad para ejercer el derecho de retracto y con ello se realice el reembolso del dinero pagado.

Esta condición del reembolso de dinero se sostiene en la decisión 00007847 del 19 de junio de 2018 al estipular que se puede ejercer el derecho al retracto cuando la prestación del servicio objeto de la litis, haya sido cancelado sin previo aviso y sin justificación alguna como es en el caso de vuelos aéreos.

El pago de los productos o servicios adquiridos en el comercio electrónico, comúnmente se realiza con tarjetas de crédito generando en muchos casos el doble cargo en la compra; en tal sentido la SIC en decisiones como la 18-6626 (00008795) del 13 de julio de 2018 en marco del derecho al retracto estipuló que la reversión del pago se da cuando las ventas de bienes se realicen mediante mecanismos de comercio electrónico, tales como internet, PSE y/o call center y/o cualquier otro mecanismo de tele venta o tienda virtual y se haya utilizado para realizar el pago una tarjeta de crédito, débito o cualquier otro instrumento de pago electrónico.

En estas decisiones, la SIC concluye que los participantes del proceso de pago deberán reversar los pagos que solicite el consumidor cuando sea objeto de fraude, o corresponda a una operación no solicitada, o el producto adquirido no sea recibido, o el producto/servicio entregado no corres-

29. Esta postura se sostiene por la SIC en la decisión número 00007370 (12789) del 3 de agosto de 2017 y en la 00007647 (20045) del 11 de agosto de 2017, en las cuales se ordenó a Despegar Colombia S.A.S y a Booking Com Colombia S.A.S a devolver el dinero correspondiente a un paquete turístico adquirido por no haberse realizado la reserva en el hotel anunciado en la página WEB, argumentando que, al cambiarse las condiciones inicialmente pactadas, el consumidor puede ejercer el Retracto.

ponda a lo solicitado o sea defectuosos, tal como sucede en el cambio de sillas para un show o en la cancelación de tiquetes aéreos.

De igual forma, la SIC ha sido clara en señalar que el cambio de fecha en la prestación del servicio conlleva a que el Consumidor pueda ejercer el derecho de retracto, como se refiere en la sentencia 18- 9576 (00007194) del 31 de mayo de 2018 en la cual el demandante mediante la página web Grupo tuticket.com y Colombia S.A.S adquirió cinco boletas para un concierto en la ciudad de Medellín. Posteriormente, el demandante recibe un correo electrónico de la prestadora del servicio informándole que el evento había sido aplazado; en este caso la SIC determinó que no cabe duda del incumplimiento de la parte demandada en la realización del evento surgida del cambio de la fecha inicialmente indicada, situación que derivó en una primera vulneración de los derechos del consumidor.

Se concluye entonces, que la SIC a través de las sentencias emitidas en el marco del ejercicio del derecho al retracto, se permite referenciar lo siguiente:



El derecho al retracto, se entiende pactado de manera implícita en las compras realizadas a través de tiendas on-line, por la naturaleza misma del comercio electrónico.



El término general para ejercer el derecho al retracto es cinco (5) días contados a partir del momento en que se realiza la compra en la página web. Si el oferente no cumple con las condiciones anunciadas el término para ejercer el derecho al retracto se contabilizará a partir de la fecha en la que efectivamente se entregó el producto o servicio.



Cuando el oferente dispone de una dirección email en la tienda on-line, el consumidor puede ejercer el derecho al retracto a través del correo electrónico publicado en la página de web.



Una vez, el consumidor haga ejercicio del derecho al retracto, el oferente debe proceder a realizar la devolución del dinero cancelado a título de precio por el bien o servicio adquirido, exceptuando los valores de tasas, impuestos y contribuciones, en el caso de que se trate de adquisición de servicios aéreos.



En los casos en que se adquiere servicios como hospedaje, para ejercer el derecho al retracto, el consumidor deberá tener en cuenta los términos y condiciones pactados, ya que al aprobar la transacción de compra, el consumidor acepta las políticas que el oferente publica en la página web de la tienda on-line, siempre y cuando, no se traten de cláusulas abusivas o que desconozcan los derechos fundamentales, ya que las políticas anunciadas presupone la relación del derecho al retracto con el deber de información que tiene el consumidor.



Cuando se realiza la compra de tiquetes aéreos, el derecho al retracto será reglamentado por el Reglamento Aeronáutico Colombiano, el cual expresa que debe ejercerse dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la compra, pero en todo caso, el derecho al retracto se deberá hacer con una anticipación de ocho (8) días hábiles en aquellos casos en los cuales se trate de vuelos nacionales y quince (15) en internacionales.



Si las condiciones pactadas en la adquisición del servicio o producto cambian con la entrega, el consumidor tiene el derecho a ejercer el derecho al retracto, siempre y cuando, su ejercicio sea de manera oportuna.

3.3. Derecho a la información en el marco de las decisiones de la SIC

3.3.1. Reglas y subreglas aplicables en las sentencias emitidas por la SIC con referencia al derecho de información

La SIC ha desarrollado el deber y derecho de información en sentencias como la 00008046 (16051) del 23 de agosto de 2017, en la cual la parte actora señalaba que, el 13 de abril de 2016 adquirió a través de la página web del anunciante un paquete turístico, en el que se anunció que con la cancelación de la prestación del servicio, se procedería a reembolsar el dinero pagado. El 2 de mayo de 2016, la demandante se comunicó con la pasiva para cancelar el paquete de viaje; el extremo pasivo registró la cancelación el día 22 de junio de 2016 y posteriormente efectuó el reembolso por concepto de hospedaje, más no reembolsó a la parte activa el dinero correspondiente a los vuelos a Cartagena.

En la decisión mencionada, la SIC señaló:

La obligación de informar, en términos generales, supone la existencia de una relación de consumo en virtud de la cual un consumidor adquiere un bien o servicio a un productor y/o proveedor, determinado por las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la página web respecto del mismo. En consecuencia, el bien o servicio deberá ajustarse a las características de uso y funcionamiento anunciadas, so pena de resultar el productor o proveedor responsables de todo daño que sea consecuencia de una inadecuada o insuficiente información. (SIC, sentencia No. 16051 de 2017)

Teniendo en cuenta estas consideraciones, la SIC concluye que el vendedor tiene una obligación derivada del anuncio que se encontraba en la página web, por tanto, con ocasión de la cancelación ejercida por el consumidor dentro del término establecido, el oferente debió realizar el reembolso total del dinero pagado.

Esta posición se retoma en la sentencia 00008857 del 14 de septiembre de 2017 en donde la SIC determina que la actitud renuente del oferente de cumplir con lo anunciado en la tienda on-line, conlleva, a la vulneración del derecho a la información, ya que el consumidor a través de la página

web, se informa de las características del bien o servicio que adquiere para satisfacer una necesidad.

La decisión 00010465 (27) del 20 de octubre de 2017 estudia el caso del portal www.mercadolibre.com.co, el cual ofrece un medio de pago llamado *MercadoPago*, cuya promesa de venta es la seguridad, garantía y la inmediatez en la acreditación del pago, tal como se evidencia en la publicidad del sitio web, sin embargo, la actora constató que este sitio no está en capacidad de cumplir con su promesa de venta, debido a que descuenta el dinero del consumidor, sin que se realice la acreditación inmediata de dicho descuento.

Por los supuestos fácticos mencionados, la SIC determinó que por el derecho a la información el bien o servicio debe ajustarse a las características de uso y funcionamiento anunciadas en los sitios *online*, en tal sentido, si el oferente no cumple con las características de la promesa de venta estaría vulnerando los derechos del consumidor.

La SIC también analizó el caso en el cual la parte demandada a través de su tienda *online* ofreció un ps4 con un control nuevo más el juego *The last of us* remasterizado, por la suma de ciento veintiocho mil novecientos pesos (\$128.900). El consumidor una vez realizó el pago, fue informado por el vendedor que el valor del pedido era de dos millones de pesos (\$2.000.000) y que habían incurrido en un error al ofertarlo por un valor inferior en la página web. La entidad expide la sentencia 00011541 (9130) del 15 de noviembre de 2017, determinando que la oferta presentada por la pasiva en la página web debe ser respetada, por lo que ésta no estaba en la posibilidad de cancelar el pedido realizado por el demandante, pues de lo contrario estaría vulnerando el derecho a la información.

Frente a la compra de tiquetes aéreos, la SIC también ha desarrollado el derecho a la información encontrándose decisiones como la 17- 429468 (00004722) del 05 de abril de 2018, la 17- 426909 (00006163) del 02 de mayo de 2018 y la decisión 00004030 del 29 de marzo de 2019, en las cuales los consumidores realizaron adquisiciones del servicio a través de páginas web y una vez realizaron el pago, fueron informados que los mismos habían sido rechazados, por lo anterior, las partes actoras adquirieron unos nuevos tiquetes bajo la misma ruta, sin embargo los accionantes posteriormente se percatan que las aerolíneas realizaron los dos cobros.

En los anteriores casos, la SIC determinó que los demandantes no recibieron información clara, veraz, suficiente, comprensible y precisa, ya que los consumidores realizaron una segunda compra, teniendo en cuenta que las páginas web respectivas frente a la primera adquisición no informaron la aceptación de compra y el cobro de los dineros respectivos. De esta situación, se deriva una violación a los derechos del consumidor, porque

al oferente del mercado electrónico, le asiste la obligación de informar la aceptación de la compra y el posterior descuento del dinero de la cuenta del consumidor y al existir ausencia de estas acciones, la SIC concluyó, que las demandadas vulneraron los derechos del consumidor.

La decisión 18-7113 (00006213) del 03 de mayo de 2018 abordó el tema de cobro de tarifas en la compra de tiquetes aéreos a través de plataformas web, en la sentencia mencionada la parte actora adquirió unos tiquetes aéreos a través de internet y el 11 de junio de 2017 estando a punto de abordar el avión, una funcionaria de la aerolínea le informó que debía cancelar una suma adicional al precio pagado por el servicio, correspondiente a un impuesto por abordar el avión.

La SIC señaló que la aerolínea vulneró el derecho a la información del consumidor, debido a que este derecho pretende que los consumidores cuenten con criterios de juicio suficientes que le permitan elegir entre la variedad de los bienes y servicios que se le ofrece en el mercado y así, adoptar decisiones de consumo razonables. En tal sentido, al momento de realizar la compra de los tiquetes en la plataforma de internet, el oferente debió suministrar la información completa acerca del precio total que el consumidor pagaría para hacer efectiva la prestación del servicio, por tanto, una vez el consumidor realiza el pago del precio establecido en la plataforma, el prestador del servicio no puede elevar el costo del mismo, ni tampoco sustraerse de cumplir con las obligaciones y condiciones contratadas.

La SIC mediante la decisión 00015549 del 11 de diciembre de 2018 estudió aquellos casos en los cuales los consumidores adquieren productos a través de plataformas web y posteriormente, son comunicados telefónicamente por parte del vendedor, para informales que el producto no se encuentra disponible en la marca o referencia solicitada.

En estos casos la entidad señala que es claro el incumplimiento del deber de información cuando los proveedores o vendedores después de realizar el pago por parte del consumidor, le informan que el producto adquirido no está disponible, a pesar de que le ofrezcan la misma clase de producto en otra marca o calidad. Por tanto, una vez el consumidor no acepte el cambio del bien adquirido por uno diferente al ofrecido por el vendedor o productor, surge de manera inmediata el derecho a que se produzca la devolución del dinero pagado, para garantizar el derecho a la garantía y el derecho a la información.

Se concluye entonces, que la SIC ha desarrollado el derecho a la información estipulando diversas reglas de acuerdo a los casos presentados, dejando de claro las siguientes:



Debido a la existencia del derecho a la información, el oferente es el responsable de la publicación del producto en internet, por tanto, está obligado a cumplir con la condiciones, términos, precios y calidad que en dichas plataformas ofrece, en caso contrario vulnera este derecho, permitiendo que el consumidor acuda ante la SIC para ser protegido.



En el marco del deber de información que le asiste a las partes en una relación de consumo, el vendedor debe brindar información acerca de todas las obligaciones que configuran la adquisición de un producto en una página web, en tal sentido, una vez se perfecciona la compra con la transacción bancaria, el vendedor no puede incrementar el precio o cambiar la calidad y características del bien.



Las páginas web de las tiendas on-line, constituyen el medio idóneo por el cual el consumidor se informa de las características del bien o servicio que adquiere, por tanto, estos sitios electrónicos deben presentar una información clara, veraz y completa, de tal forma que el usuario realice un acercamiento real al producto que va a adquirir.



Las ofertas presentadas por las tiendas on-line, se convierten en una obligación para los proveedores, ya que el consumidor adquiere los productos o servicios, con las características específicas anunciadas.

4. RECOMENDACIONES PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR ELECTRÓNICO

4.1. Derecho a la garantía

El derecho a la garantía en España, ha tenido especial atención, al punto de desarrollar una regulación particular a través del Real Decreto Legislativo 1/2007 (RDL 1/2007), expedido el 16 de noviembre de 2007, el cual parte de un eje primordial que es el Principio de Conformidad; dicho principio presentado en el artículo primero de la norma precitada, señala “la exigibilidad de lo ofertado y publicitado de acuerdo con su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad” (Ministerio de la Presidencia, Real Decreto Legislativo 1 de 2007), a partir de este principio, el legislativo desarrolló reglas claras y precisas en la aplicación del derecho a la garantía, alejado de cualquier ambigüedad que permite al consumidor ejercer de forma clara este derecho.

El RDL 1/2007 en su artículo 119 estipula que al ejercer el derecho a la garantía, el consumidor puede elegir entre la reparación o la sustitución del producto defectuoso, tal cual se aplica en el derecho colombiano; sin embargo, el mismo artículo español señala de manera clara que la reparación o sustitución del producto, estará a cargo del vendedor cubriendo “(...) los gastos de envío, mano de obra y materiales de reparación” (Ministerio de la Presidencia, Real Decreto Legislativo 1 de 2007). Si el legislativo

colombiano adopta de manera taxativa los gastos expresados en el RDL, evitará que los vendedores en el comercio electrónico excusen su incumplimiento en la ambigüedad de la norma.

Por otro lado, surge la necesidad de que en Colombia el legislativo amplíe el plazo de la garantía legal, más aun cuando la SIC señala que el producto entregado por el vendedor debe cumplir con la “referencia y características específicas como son color, clase, material, tamaño, calidad, talla, uso” (SIC, Sentencia 00006133 del 02 de mayo de 2018), determinación que se justifica por lo siguiente: el RDL 1/2007 establece que el término que cubre la garantía es de 2 años contados desde el momento en que se entrega el bien, señalando además en el artículo 123, que la acción para reclamar el cumplimiento de la garantía legal es de 3 años.

Se puede evidenciar entonces, que la regulación española tiene un plazo mayor para el ejercicio de la garantía legal que en Colombia corresponde tan solo a 1 año; la amplitud en el periodo permitirá que el consumidor no solamente verifique que el producto se encuentre en perfectas condiciones, sino, que le suministrará al consumidor, el tiempo suficiente para que se haga una idea de que si lo que compró se ajusta a lo que deseaba adquirir, ideal imaginario que se formó a través de lo ofertado y publicitado en la página web.

Por otro lado, el artículo 123 inciso 1 del RDL 1/2007 señala además que:

(...) Salvo prueba en contrario, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en los seis meses posteriores a la entrega del producto, sea éste nuevo o de segunda mano, ya existían cuando la cosa se entregó, excepto cuando esta presunción sea incompatible con la naturaleza del producto o la índole de la falta de conformidad. (Ministerio de la Presidencia, Real Decreto Legislativo 1 de 2007)

El derecho español estipula entonces, una presunción *iuris tantum* la cual implica que si aparece algún defecto o falta de conformidad en el producto, ya sea nuevo o de segunda mano, entre la fecha de entrega del producto y los seis meses siguientes, se supone que éstos ya existían cuando se entregó al consumidor de origen el producto, y es el vendedor quien debe probar que tal situación no fue así.

Por tanto, si el legislador colombiano, adopta dicha presunción, la SIC dentro de sus decisiones la podrá aplicar, permitiendo así mayor protección y desarrollo de los principios que rige el derecho del consumo, ya que se estaría originando la inversión de la carga de la prueba en favor del consumidor, quien se supone es la parte débil en la relación del consumo; además, con dicha decisión el estado reconocerá que en las adquisiciones realizadas a través de páginas web, existe mayor grado de dificultad para

probar las características específicas con las cuales el consumidor adquirió el producto, de esta forma se evitará que el consumidor asuma responsabilidad por productos defectuosos, cuando desconoce de manera técnica y científica los elementos constitutivos del producto, el cual fue fabricado por el vendedor.

En conclusión, el reconocimiento de la presunción y la amplitud del periodo de garantía desarrollados por el derecho Español, permitirá que la SIC ejerza mayor control sobre el mercado y consecuentemente, se genere mejoras en la protección del consumidor, ya que para acudir a dicha entidad en el ejercicio del derecho a la garantía, el consumidor solamente deberá acreditar la fecha y la existencia de la relación de consumo a través de la factura, sin aportar mayor prueba sobre el defecto de un producto que no conoce y no diseñó.

4.2. Derecho al retracto

En el ejercicio del derecho de retracto la ley de protección al consumidor en Colombia y la SIC podrían llegar a ser más efectivas, aplicando herramientas como las del derecho español en el RDL, cuyo artículo 76 establece que:

Cuando el consumidor y usuario haya ejercido el derecho de desistimiento, el empresario estará obligado a *devolver las sumas abonadas por el consumidor y usuario sin retención de gastos*. La devolución de estas sumas deberá efectuarse lo antes posible y, en cualquier caso, en el plazo máximo de 30 días desde el desistimiento. Transcurrido dicho plazo sin que el consumidor y usuario haya recuperado la suma adeudada, *tendrá derecho a reclamarla duplicada, sin perjuicio de que además se le indemnicen los daños y perjuicios que se le hayan causado en lo que excedan de dicha cantidad. Corresponde al empresario la carga de la prueba sobre el cumplimiento del plazo.* (Ministerio de la Presidencia, Real Decreto Legislativo 1 de 2007). (Cursiva fuera del texto original)

Como se observa en los apartes subrayados en la norma, se establece, primero, una devolución total del precio pagado por el producto y/o servicio, lo cual favorecería plenamente al consumidor, contrario a lo que se aplica en el ejercicio del derecho de retracto en la compra de tiquetes aéreos en Colombia³⁰; y segundo, se establecen sanciones, como es la de reclamar la suma duplicada, cuando no se realice la devolución de lo pagado en el término establecido, habiéndose ejercitado el retracto.

30. En esta interpretación no habría lugar a retenciones por tasas, impuestos y contribuciones como se establece en el Reglamento Aeronáutico Colombiano, partiendo de la idea de que el retracto se hizo de manera oportuna por lo que la aerolínea debería devolver el dinero pagado por el tiquete aéreo de forma íntegra, sin lugar a retenciones por ningún concepto.

De tener presente estos dos aspectos en las sentencias que emite la SIC y de incluirlo en el Estatuto del Consumidor, se lograría que el derecho de retracto se ejerza de manera eficiente, ya que con esto se pretende disminuir la dilación del productor y/o proveedor al momento de realizar la devolución del dinero al consumidor. Como es conocido, en las decisiones de la SIC se aplica el artículo 58, numeral 11, en donde se fijan multas a favor de la SIC y no a favor del consumidor electrónico como sujeto de derechos, pues si se observa de manera objetiva, es a favor del usuario electrónico que deberían destinarse dichos pagos, pues fue él quien sufragó la compra y quien de forma prioritaria debería acceder a beneficios con base a sanciones impuestas al productor y/o proveedor incumplido.

En el ejercicio del derecho de retracto, la SIC debería de poner más atención con respecto a las aerolíneas que operan en el territorio Colombiano, en la mayoría de los casos cuando los usuarios electrónicos realizan el ejercicio de su derecho, se observa falta de eficacia de esta figura, en cuanto a que la aerolínea no responde a la solicitud, o si bien estas responden favorablemente al consumidor, no realizan el reembolso del dinero en los treinta (30) días calendario a partir del retracto³¹; por la repetición de las empresas en la vulneración de este derecho, es que se deberían implementar sanciones ejemplares en el caso en que las aerolíneas sean renuentes en esta conducta.

Puntualmente, en lo que tiene que ver con el derecho de retracto en la compra de tiquetes aéreos, se observa la aplicación de una norma especial que es el RAC³² en lugar de lo establecido frente a este derecho en el Estatuto del consumidor. Lo cierto, es que lo preceptuado en la norma de la Aeronáutica Civil no debe ser menos garantista a los derechos de los usuarios que lo establecido en el mismo Estatuto, pues el consumidor, al ser la parte débil del contrato debe ser protegido en cualquier escenario comercial. Con respecto a lo anterior, se recomienda que se tome como término para realizar el retracto en la compra de tiquetes aéreos, el mismo del artículo 47 de la Ley 1480 de 2011, es decir, establecer un término único de cinco (5) días para ejercer el retracto en todo tipo de servicios.

31. Artículo 47, Ley 1480 de 2011.

(...) El proveedor deberá devolverle en dinero al consumidor todas las sumas pagadas sin que proceda a hacer descuentos o retenciones por concepto alguno. En todo caso la devolución del dinero al consumidor no podrá exceder de treinta (30) días calendario desde el momento en que ejerció el derecho. (Congreso de la República, Ley 1480 de 2011).

32. RAC 3. Literal, 3.10.1.8.2. Retracto en caso de ventas efectuadas a través de métodos no tradicionales o a distancia a que se refiere el Decreto 1499 de 2014. (...) (a) Podrá ser ejercido, a través de cualquier canal de atención del vendedor, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas corrientes siguientes a la operación de compra. b) Solo podrá ser ejercido con una anterioridad igual o mayor a ocho (8) días calendario entre el momento de su ejercicio oportuno y la fecha prevista para el inicio del vuelo para operaciones nacionales. En caso de operaciones internacionales, el término será igual o mayor a quince (15) días calendario. (...)

Por otro lado, se debe brindar toda la información concerniente al derecho de retracto en la página donde se adquiere los servicios aéreos, además, debería integrarse al momento de expedirse el tiquete, bien sea en el documento en papel o en la base de datos que sea incorporado; muchas veces el pasajero desconoce de este derecho, y también desconoce de su funcionamiento por la misma complejidad al momento de tratar distintos requisitos, primero, al tratarse de un término especial para ejercerlo; y segundo, la anterioridad con la que se debe presentar el retracto del servicio, en el caso de diferenciar entre trayectos nacionales e internacionales.³³ El propósito principal es que el usuario pueda acceder a un término más favorable al momento de realizar el derecho de retracto, como es el término general establecido en el artículo 47º del Estatuto y también que se le brinde la información necesaria al momento de ejercer el retracto, es que tenga el derecho a que se le proporcione un remedio inmediato con el fin de evitar un posible vicio del consentimiento derivado de la adquisición de un bien que no satisfaga sus necesidades como consumidor.

4.3. Derecho a la Información

En el derecho de información le es dable a todas las relaciones de consumo electrónico y está relacionado en muchas ocasiones a las ofertas puestas en las páginas web de los productores y/o proveedores, en ocasiones estas crean falsas expectativas en el usuario mediante la publicación de ofertas engañosas. Se puede determinar que en el Estatuto del Consumidor se hace claridad frente a la definición de lo que es oferta y a los términos y condiciones para acceder a ella, sin embargo, la información suministrada sobre este tema puede tornarse confusa, al momento de que el usuario desea acceder a una oferta que encontró en una página web, como es el caso de un precio más favorable en la compra de un producto o servicio, y posteriormente el oferente se excusa aduciendo que hubo un error humano y que la oferta no puede sostenerse. En estos casos, el consumidor debería acceder en primer lugar a una pretensión principal, que es el cumplimiento de lo pactado, es decir, que el bien o servicio le sea entregado o ejecutado en las condiciones estipuladas, y conforme la información suministrada al momento de la oferta; también dentro de la sentencias de la SIC se deben establecer otras reglas, otras alternativas, porque, ¿qué pasa cuando el productor o proveedor ya no cuenta con el objeto ofertado o se encuentra en imposibilidad de cumplir con el servicio?, en ese caso, como pretensiones subsidiarias estarían, aceptar otro bien o servicio con similares características al que se había demandado inicialmente; o la rescisión del contrato, en donde haya restitución del precio pagado, y además, debería aplicarse una penalidad por perjuicios, correspondiente al pago de la diferencia del

33. *Ibidem*

precio por el que el bien o servicio fue ofertado inicialmente y el valor que se pretende cobrar con posterioridad a que se haya tomado la oferta; lo anterior, con el objetivo de que las empresas sean responsables al momento de ofertar un bien o servicio en el mercado, y no creen falsas expectativas en el consumidor.

El derecho a la información debe ser estudiado por la SIC, desde el mismo momento en que los usuarios elevan la reclamación al productor y /o proveedor, ya que en esos casos estos hacen caso omiso a las peticiones realizadas por el usuario; es constante el desconocimiento de las solicitudes elevadas a través de correo electrónico puesto a disposición por la oferente, en el 10% de los casos el oferente guarda silencio, en lugar de emitir una respuesta a las reclamaciones elevadas, bien sea frente a la efectividad de la garantía de un producto o servicio, o en el momento de ejercer el derecho de retracto por parte del consumidor. Si en el término otorgado por la norma, el oferente no genera ninguna clase de respuesta a la solicitud radicada, el Estatuto del Consumidor debería contar con herramientas que faculten a la SIC para sancionar monetariamente a la empresa que omita su deber de brindar información y respuestas oportunas; esta alternativa podría cobrar gran relevancia debido a que el oferente generaría respuestas rápidas a las inquietudes de sus usuarios. Se debe tener en cuenta que muchos de los casos que trata la SIC son de mínima cuantía y podrían ser solucionados de forma más ágil por las mismas empresas, sin tener que pasar a otras instancias.

A nivel interno, la SIC debería crear un organismo que se encargue de realizar estadísticas para determinar qué empresas están vulnerando los derechos del consumidor electrónico, determinar cuáles derechos están siendo vulnerados e identificar si por parte de estas empresas hay una conducta repetitiva en dicha violación. El objetivo, es que mediante este organismo se logre investigar e inspeccionar la renuencia de los infractores, determinar medidas como llamados de atención a las empresas infractoras, realizar recomendaciones para prevenir conductas que atenten contra el consumidor electrónico; después de surtidos los llamados de atención y las recomendaciones para el mejoramiento, debería de existir una etapa de vigilancia en donde se inspeccione la no renuencia en las conductas infractoras y la aplicación de las recomendaciones surtidas por dicha entidad; y en el caso de que las empresas sigan infringiendo los derechos del consumidor electrónico a pesar de ser advertidas, se debería implementar por parte de esta nueva entidad, medidas ejemplares a las empresas que de manera constante están vulnerando los derechos de los consumidores electrónicos.

Se puede plantear que en las sentencias donde se decide acerca de la vulneración de los derechos a la efectividad de la garantía y el derecho de

retracto, también se podría hablar de la violación del derecho a la información, teniendo en cuenta que, de manera repetitiva, no se está brindando una respuesta oportuna a las peticiones elevadas por el consumidor, por lo que se debería decidir conforme a la vulneración de dos derechos dentro de las sentencias acerca del tema. El derecho a estar informado no sólo comporta que el consumidor tenga conocimiento acerca de los mecanismos de protección de sus derechos y formas de ejercerlos, sino que al momento de que los haga efectivos se le mantenga informado de cuál es el trámite interno de su petición a instancias de la empresa a la que se dirigió.

REFERENCIAS

- Álvarez, J. F., y Mejía, A. (2012). Problemas de la regulación actual en materia de Comercio Electrónico, Armonización y Firmas digitales. *Journal International Law*, 50.
- Arnott, D.C., & Bridgewater, S. (2000). *Internet, Interaction and Implications for Marketing*. Warwick Business School: University of Warwick
- Burgos, A. P. (2003). *Los Contratos con el consumidor en internet*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cámara Colombiana de Comercio Electrónico [CCCE]. (2019). *El 19 por ciento de los internautas colombianos compra y paga sus productos o servicios en línea*. Recuperado de <https://www.ccce.org.co/noticias/-internautas-colombianos-compra-y-paga-sus-productos-servicios-online>
- Collin, S. (2003). *Marketing. Estrategias de mercadotecnia para promover su marca en internet*. México: Mcgraw-Hill Interamericana.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Legis. S.A.
- Colombia. Corte Constitucional. (2002, 21 de diciembre). Sentencia C-973, M.P. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional. (2000, 11 de agosto). Sentencia C-1141, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá.
- Cortez, E. (2007). *Fluidez y certeza del Derecho. ¿Hacia un sistema abierto de fuentes?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Colombia. Congreso de la República de Colombia. (2011, 12 de octubre). Ley 1480 de 2011 “Por la cual se expide el Estatuto del Consumidor”. Recuperado de

<http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/Juridica/ley%201480%20de%2012%20de%20octubre%20de%202011.pdf>

Colombia. Congreso de la República (2012, 12 de Julio). Ley 1564 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso”. Recuperado de http://defensoria.gov.co/public/Normograma%202013_html/Normas/Ley_1564_2012.pdf

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC.] (2016, 02 de junio). Sentencia No. 0002834. Bogotá.

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC.] (2016, 14 de agosto). Sentencia No. 00007732 (31886). Bogotá.

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC.] (2016, 30 de agosto). Sentencia No. 00008177. Bogotá.

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC.] (2017, 08 de marzo). Sentencia No. 00003431. Bogotá.

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC.] (2017, 12 de marzo). Sentencia No. 427863. Bogotá.

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC.] (2017, 17 de julio). Sentencia No. 00006613. Bogotá.

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC.] (2017, 24 de julio). Sentencia No. 00006811. Bogotá.

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC.] (2017, 31 de julio). Sentencia No. 00007161 (8441). Bogotá.

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2017, 02 de agosto). Sentencia No. 00007310 (6170). Bogotá.

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2017, 03 de agosto). Sentencia No. 00007370 (12789). Bogotá.

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2017, 11 de agosto). Sentencia No. 00007647 (20045). Bogotá.

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2017, 15 de agosto). Sentencia No. 00007786 (27714). Bogotá.

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2017, 23 de agosto). Sentencia No. 00008033. Bogotá.

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2017, 23 de agosto). Sentencia No. 16051 (00008046). Bogotá.

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2017, 06 de septiembre). Sentencia No. 00008615 (22637). Bogotá.

Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2017, 13 de Septiembre). Sentencia No. 00008782. Bogotá.

- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2017, 14 de Septiembre). Sentencia No. 00008845 (41093). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2017, 14 de Septiembre). Sentencia No. 00008843 (38152). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2017, 14 de Septiembre). Sentencia No. 00008857. Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2017, 20 de Septiembre). Sentencia No. 00009109 (41154). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2017, 22 de Septiembre). Sentencia No. 00009232 (15142). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2017, 20 de Octubre). Sentencia No. 00010465. Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2017, 01 de Noviembre). Sentencia No. 00010934 (28417). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2017, 07 de Noviembre). Sentencia No. 00011151 (39922). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2017, 07 de Noviembre). Sentencia No. 00011149 (39842). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2017, 15 de Noviembre). Sentencia No. 00011541 (9130). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 08 de Marzo). Sentencia No. 17-427259 (00003442). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 08 de Marzo). Sentencia No. 17-418803 (00003446). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 12 de Marzo). Sentencia No. 17-427863 (00003585). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 03 de Abril). Sentencia No. 11041. Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 03 de Abril). Sentencia No. 17-420222 (00004589). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 05 de Abril). Sentencia No. 17-426280 (00004674). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 05 de Abril). Sentencia No. 17-426942 (00004656). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 05 de Abril). Sentencia No. 00004673. Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 05 de Abril). Sentencia No. 17-429468 (00004722). Bogotá.

- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 11 de Abril). Sentencia No. 17-426775 (00004909). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 11 de Abril). Sentencia No. 17-428179. Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 18 de Abril). Sentencia No. 17-424363 (00005354). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 20 de Abril). Sentencia No. 17-420137 (00005580). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 20 de Abril). Sentencia No. 17-417514. Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 23 de Abril). Sentencia No. 17-420360 (00005699). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 30 de Abril). Sentencia No. 17-419716 (00006063). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 30 de Abril). Sentencia No. 18-17829 (00006075). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 02 de Mayo). Sentencia No. 18-17451 (00006132). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 02 de Mayo). Sentencia No. 00006133. Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 02 de Mayo). Sentencia No. 17-426909 (00006163). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 03 de Mayo). Sentencia No. 18-7113 (00006213). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 22 de Mayo). Sentencia No. 00006797. Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 30 de Mayo). Sentencia No. 226659. Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 30 de Mayo). Sentencia No. 18-226659 (00007126). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 30 de Mayo). Sentencia No. 18-6690 (00007137). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 31 de Mayo). Sentencia No. 18-9575 (00007195). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 31 de Mayo de 2018). Sentencia No. 18-7046. Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 31 de Mayo). Sentencia No. 18-9676. Bogotá.

- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 19 de Junio). Sentencia No. 17-417132 (00007854). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 19 de Junio). Sentencia No. 18-4254. Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 19 de Junio). Sentencia No. 00007847. Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 25 de Junio). Sentencia No. 00008161. Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 03 de Julio). Sentencia No. 17-430559 (00004243). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 13 de Julio). Sentencia No. 18-6626 (00008795). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 18 de Julio). Sentencia No. 183396. Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 25 de Julio). Sentencia No. 17-417485 (00009262). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 27 de Julio). Sentencia No. 18-12504 (00009378). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 23 de Agosto). Sentencia No. 00008050 (13704). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 27 de Agosto). Sentencia No. 18-9316 (00007132). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 27 de Agosto). Sentencia No. 18-7506 (00010771). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 22 de Septiembre). Sentencia No. 00009237 (16234). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 01 de Octubre). Sentencia No. 00012478. Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 06 de Noviembre). Sentencia No. 17926. Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 21 de Noviembre). Sentencia No. 186059. Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 24 de Noviembre). Sentencia No. 00012019 (45219). Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 11 de Diciembre). Sentencia No. 199982. Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 11 de Diciembre). Sentencia No. 200241. Bogotá.

- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2018, 11 de Diciembre). Sentencia No. 00015549. Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2019, 11 de Enero). Sentencia No. 185854. Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2019, 12 de Febrero). Sentencia No. 183605. Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2019, 15 de Febrero). Sentencia No. 183299. Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC.] (2019, 28 de Febrero). Sentencia No. 185073. Bogotá. D.C.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2019, 06 de Marzo). Sentencia No. 17-423537. Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2019, 29 de Marzo). Sentencia No. 00004030. Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2019, 01 de Abril). Sentencia No. 00004299. Bogotá.
- Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio [SIC]. (2019, 02 de Mayo). Sentencia No. 18-17451 (00006132). Bogotá.
- Maldonado, S. (2015). Contratos Electrónicos Internacionales con el Consumidor; Jurisdicción Competente y Ley Aplicable. *Derecho Informático REDI*, pp. 50-56.
- Mille, A. (19 de Agosto de 2019). *Defensa del consumidor en la contratación electrónica, en las obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Ohene-Djan, J. (2008). *Electronic Commerce*. London: Goldsmiyhs University of London.
- Organización de las Naciones Unidas (1996). Ley Modelo de la CenuDMI Sobre Comercio Electrónico. Nueva York. Recuperado de https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce
- OECD (2017). *Digital Economy Papers*. Recuperado de [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/ICCP/IE/IIS\(2012\)1/FINAL&docLanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/ICCP/IE/IIS(2012)1/FINAL&docLanguage=en).
- Peña, D. V. (2001). *La sociedad Informática y la Ley de la Tecnología de la informática y las telecomunicaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- España. Ministerio de la Presidencia (2007, 16 de noviembre). Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Real Decreto Legislativo [1/2007].
- Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (2018, 7 de abril). Reglamento Aeronáutico de Colombia. RAC 3. Literal 3.10.1.8.2. Retracto en caso de ventas efectuadas a través de métodos no tradicionales o a distancia a que se refiere el

Decreto 1499 de 2014. Recuperado de <http://www.aerocivil.gov.co/normatividad/RAC/RAC%20%203%20-%20Actividades%20A%C3%A9reas%20Civiles.pdf>

- Rincón, E. C. (2002). *Comercio Electrónico y de Internet*. Bogotá: Legis Editores S.A.
- Rincón, E. C. (2015). *Internet, Comercio Electrónico y Telecomunicaciones*. Bogotá: Legis Editores S.A.
- Rojas, V. M. (2007). *The Uniform Electronic Transaction Act in United States of America*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM.
- United Nations Conference on Trade and Development (2017, 24 de abril) *Consumer protection in electronic commerce*. New York: United Nations.
- United Nations Commission on International Trade Law - UNCITRAL (1999). *Model law on Electronic Commerce whit Guide to Enactment 1996 whit additional article 5 bis as adopted in 1998*. Nueva York: United Nations.
- Villalba, J. C. (2009). *La noción de consumidor en el derecho colombiano*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

THE SATISFACTION OF INDIRECT PUBLIC INTEREST IN THE INDUSTRIAL AND COMMERCIAL ACTIVITIES OF THE STATE

Jairo Cabrera Pantoja¹

Fecha de recepción: 28 de abril de 2020

Fecha de aceptación: 20 de junio de 2020

Referencia: CABRERA, Jairo, (2020). *The satisfaction of indirect public interest in the industrial and commercial activities of the State*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol.6. Núm. 10. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

ABSTRACT: The State has become what is currently known as a Social Rule of Law that is based on the protection and fulfillment of the public interest. However, when analyzing the role of the State, we observe that it does not always act under the postulates of empire or power, since, in specific cases, it is limited to regulations specific to the law that governs the individuals. Then, we find a legal phenomenon called voluntary submission of the administration to the private law, where the latter acts in uniform conditions for the individuals in the fulfillment of the purpose for which it was created. Thus, a new form of administrative activity is created through the industrial and commercial role of the State that finds its aim framed in the satisfaction of an indirect public interest, since the State, through these institutions, does not generate the direct collective satisfaction of its partners, but it seeks the collection of resources that can be transferred so that the State complies with its purposes.

Keywords: Intervention, indirect public interest, submission to private law, industrial and commercial activity of the State.

1. Abogado, Master en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia, Master en Derecho Ambiental y Doctor en Derecho de la Università Degli Studi de Palermo Italia. Docente titular de la Universidad Católica de Colombia. Docente de posgrado de la Universidad de Nariño, del Cauca, Surcolombiana y Libre de Colombia,

RESUMEN: El Estado ha evolucionado en lo que hoy conocemos como Estado Social de Derecho fundado en la protección y satisfacción del interés general. Sin embargo, al analizar el papel que éste cumple en función del servicio a la comunidad observamos que no siempre el Estado actúa bajo los postulados de imperio o dominio, puesto que en ciertos casos específicos se circunscribe a regulaciones propias del derecho que rige a los particulares. Encontramos entonces, un fenómeno jurídico denominado sumisión voluntaria de la Administración al derecho privado, donde éste último actúa en condiciones uniformes a los particulares en el cumplimiento del objeto para el cual fue creado. Así pues, nace una nueva forma de desarrollar la actividad administrativa a través del rol industrial y comercial del Estado que encuentra su fin enmarcado en la satisfacción de un interés general indirecto, pues el Estado a través de estos organismos no genera la satisfacción colectiva directa de sus asociados, pero si busca la captación de recursos que al final pueden ser trasladados para que el Estado cumpla con los fines que éste se ha propuesto.

Palabras claves: Intervención, Interés General Indirecto, sumisión al derecho privado, Actividad industrial y comercial del Estado.

INTRODUCTION

The relationship profile between public power and economy has historically preserved a variety of common factors, both external and internal, that have facilitated their joined evolution throughout the years.

The reference of the Economic Constitution, which emerges from a purely formal perspective, with the necessary contents to assess and interpret the choice of the intended economic system, is quite meaningful for the understanding of the public power-economy relationship.

Thus, the relationship between law and economy adopts two levels of interpretation. The first one is the abstract level, where rules assume a neutral role as a tool at the service of the system. While the second one is the concrete level, where rules can lose their impartiality (Miele, 1956, p. 5-6) in accordance with the political system that appropriates them. This means that, at a theoretical level, it is possible to show the impartiality of rules in relation to economy, in the sense that economy does not condition the functioning of rules; still, it must be observed that rules are subordinate and at the service of the political system.

The State has evolved in what we now know as the Social Rule of Law, based on the protection and satisfaction of the general interest. However, when analyzing its role in terms of service to the community, we observe that the State does not always act under the postulates of empire or power, since it is limited to regulations characteristic of the law that governs indi-

viduals in certain specific cases. Hence, we find a legal phenomenon called the voluntary submission of the administration to private law, where the latter acts under uniform conditions for individuals in fulfilling the purpose for which it was created.

Consequently, a new way of developing administrative activity is born, which is framed in the satisfaction of an indirect public interest, since the State, through these institutions, does not generate the direct collective satisfaction of its associates, but it seeks the collection of resources that can be transferred so that the State complies with its purposes.

This type of activities are developed by the alleged State Industrial and Commercial Companies (henceforth, EICEs, in its Spanish acronym), which acquired a predominant value thanks to the change in the new conception of the State in the middle of the twentieth century, in which economic affairs can be intervened to achieve greater economic, social and political equality and equity. With that in mind, the birth of EICEs originated in the constitutional guarantees of free enterprise and private initiative, in which interventionism allows the State to assume the general direction of the economy under the principles of rationalization and economic planning. In this line of thought, the administration, in its industrial and commercial role, sets aside its supremacy, becoming one more actor in the economic development of our society, submitting to private law.

That being said, this reflection article analyzes that type of submission, classified as *voluntary*, of the administration to private law, but that, in the position of State authority, still retains some acts of *power* that generate a regime of inequality compared to other economic actors. Therefore, it is necessary to analyze and question the legislative treatment granted to this type of entities, which arise from a regulatory mix between public and private law. For this reason, we will analyze the legal, doctrinal and normative support of this submission to private law and the cause for maintaining the prerogatives of public law.

1. THE INDUSTRIAL AND COMMERCIAL ACTIVITY OF THE STATE AS A MEANS OF ECONOMIC INTERVENTION

The interventionist State of the twentieth century had its dogmatic and structural evolution, being empowered “to direct the public powers in order to correct the problems that the economic system alone cannot solve, both efficiency and distributive equity” (Cidoncha, 2006, p. 113). This implies that intervention is aimed at obtaining real equality in the constitutional order;

this way, public intervention in general and the objective of equality in particular constitute a fourth defining element of the economic system inherent to the essential content of the three defining elements of the economic sys-

tem of the Constitution (private property, free enterprise and market) (Cidoncha, 2006, p. 115).

As a result, the State attains a leading role for the regulation and management of economic affairs, where it can also become a direct actor by becoming an enterprise.

The creation of EICEs was justified in the first half of the twentieth century in the growing need to “intervene the economy, for public and social interest, in order to guarantee the efficient and low-cost service provision, price stability and the supply of collective needs” (Penagos, 1998, p. 625).

The Council of State, Consultation and Civil Services Office, in a concept from November 24, 1972, established that

these entities constitute one of the means of intervention by the State. This is how in these companies, to be at their level, the State acts as the State, but it advocates certain activities, which, in the past, were considered to be particular of private companies (Council of State, 1972, s.p.).

Thus, the State becomes an agent of social change and economic transformation, which requires a functioning bureaucratic apparatus; however, through the EICEs, the State becomes an agent of the accumulation of capital and direct actor in production, distribution and financing, as an inherent result of State intervention. In its entrepreneurial role, the State has undergone an internal change in its administrative structure as a consequence of its intervention in economic affairs, abandoning its neutral position in said process.

On that basis, the terms of the relationship are given between the intervening public power, and the individual and freedom, whose reciprocal conservation is protected by administrative law, which, in the face of the impact of economic intervention, updates its legal institutions. It should be noted that the technical value of traditional institutions has not disappeared; what has occurred is “a transformation in the contents, where it can be affirmed that the formal scheme remains intact.” (Garrido, 1962, p. 12).

These transformations facilitated an advance and enhancement of administrative law as it became the guarantor of such activities, but leaving their execution to private law, to which it has voluntarily submitted. To this end, independence, in certain aspects of the industrial and commercial relations of the State concerning individuals, was diminished, while maintaining its control in the application of exorbitances in favor of State entities that carry out commercial and business activities.

Law then, is no longer facing the freedom of primitive industry and commerce, as understood in the nineteenth century, since the current Social State of Law is a guardian not only of legality but also of new freedom, which is manifested in the socio-economic sphere and demands a creative intervention from the State.

To achieve this new type of freedom in the economic and social sphere, the State should not be predetermined to the abolition of certain traditional freedoms that were supported in the economic sphere, since this refers, especially, to the freedom of industry and commerce, which has undergone a whole process of transformation by subjecting itself to the limits imposed by the police power. The disappearance of the boundary defined between public and private activity leads to the disappearance of primitive freedom and the establishment of a guided freedom.

Consequently, freedom is linked to the political and social regime on which it depends and to the extension of the limits of the economic public order, hence making it limited. “The regulation of industrial activity is a State duty, but the prohibition of an industry without legitimate reasons for it evidences an exorbitant power of the administration” (Dromi, 1985, p. 510). Yet, such exorbitance is not established for the State as an industrial actor, but simply for its role as general controller of the economy. Nevertheless, when the State acts as a private individual, a series of obstacles arise that allow us to understand the true industrial role, for which it is necessary to analyze its activity and therefore the legal regime that corresponds to it.

2. THE PRINCIPLES OF SOVEREIGNTY AND SPECIALTY IN THE LEGAL REGIME OF THE DECENTRALIZED BUSINESS STATE

Legal persons in public law, within their administrative actions, seek the adequate management of legal and economic relations with other legal or natural, public or private persons. However, public legal persons belonging to the State have privileges over individuals. Thus, the action by which the administration exercises its rights is called *ex officio action*, which can be confused with direct action. Likewise, “Hauriou (...) considers that royalty rights are not sufficient to characterize an administrative regime, but it is characterized for the special power by which royalty rights are exercised and managed” (Álvarez-Gendín, s.f., p. 400). On the other hand, in the field of private law, people can act for themselves, but if they lose one of their rights, they must go to the judge to recover it, while the administration can make decisions without resorting to the respective jurisdictions.

Nonetheless, the State does not act as a centralized whole, but rather resorts to the phenomenon of administrative decentralization, by means of which it manages to distribute public powers among different

administrative entities acting as legal persons, limited by an area of territorial or functional competence.

From a dynamic point of view, this phenomenon, from which the State transfers functions, can be understood as a shift of competence from direct to indirect administration of the State. This maintains its objectives and purposes, understanding that its implementation is entrusted to other entities that have certain autonomy, and with general competence (regional scope) or special competence (specific matters) (Dromi, 1985, p. 434).

Administrative decentralization arises as the need of the State to intervene in specific, local, or regional contexts that justify the phenomenon at a territorial or functional level. The curious aspect about the phenomenon is that the decentralized entities carry out their tasks with certain autonomy and hierarchical independence from the central government, despite sharing goals and objectives. This is justified in the specialization of functions and in the need to relax hierarchical links between the central government and decentralized entities.

Decentralization is maintained through two concepts: (i) Transfer of powers from the State to another legal person under public law, and (ii) protection over acts or over people. From this double conceptualization, three variants can be understood:

- A) Minimal decentralization (deconcentration): There is a limited transfer of powers, coupled with strong control by the central body.
- B) Medium or normal decentralization: Broad transfer of powers, with great control by the higher body.
- C) Maximum decentralization: Total transfer of powers from one institution to another, with a minimum of control.

Minimal decentralization is not an authentic decentralization, but refers to a phenomenon that perfectly derives from a centralized system. For this reason, it has been called deconcentration. Decentralization, in turn, offers two modalities: (i) Territorial, which implies a spatial, constituent, regional or local scope, and (ii) functional, which is decentralized by virtue of a group of functions and services. There is also a third form of decentralization called “by collaboration, foundational or corporate”. This refers to public utility establishments, corporations or consortia; functions that, despite not being part of the State or subordinated with hierarchy and dependency, actively contribute to the functions and purposes of the State.

Territorial administrative decentralization entails the transfer of functions and competencies to legal entities governed by public law that exercise them within a limited spatial scope (region, locality, etc.), as in local authorities such as municipalities, which are even considered the most

evolved form of this kind of decentralization. These entities carry out tasks that are characteristic of the State, where this does neither lose ownership nor all management functions.

Administrative decentralization has implied a political problem, since its exercise leads to movements of political autonomy, regionalism, municipalism and provincialization.

For its part, institutional administrative decentralization (or by functions) is not limited to a territorial scope, but to the exercise of specific functions of a technical and independent nature. The problems of political autonomy are not generated here, since the reason for decentralization is the satisfaction of a service or function. It is worth mentioning, regarding institutional administrative decentralization, “that French doctrine has called entities ‘public establishments’, while Italian doctrine prefers to call them ‘parastatal institutions’” (Dromi, 1985, p. 440).

Institutionally decentralized entities, due to the specific functions they perform, are located outside the hierarchical structure of the central administration; but it should be noted that their independence does not remove them from the control of their acts.

Within decentralized administrative entities, there is a varied classification, (e.g. administrative State entities with general competence: this refers to municipalities, departments, special districts, etc.; or administrative State entities with special competence: those who provide a service or a group of certain services, whose functionality is purely administrative, thus being different from the EICEs). However, for the purpose at hand, State companies have been subdivided by the doctrine, especially by Dromi (1985), like this:

- A) State Partnerships: created under the regime of private law, basically corporations, and their shares are held by the State.
- B) State Companies: Entities that carry out a commercial or industrial activity, and are subject to a mixed regime: public and private law.

Public companies have certain fundamental characteristics: (i) entirely State-owned (where they differ from mixed economy companies), (ii) they do not adopt the forms of private society as state partnerships, (iii) they have legal status, (iv) they are engaged in a certain economic activity, and (v) they are subjected to a mixed regime of regulation between private and public law.

Secondly, there are non-State public entities, which are subdivided into two: (i) with State participation, and (ii) without State participation.

Within the non-State public entities with State participation are the mixed-economy partnerships: participation of public and private capital.

When it pursues public purposes (public services), it constitutes a non-State public entity; on the other hand, when it carries out purely economic and industrial activities, they are configured as a private entity. Non-State public entities without State participation are public corporations and non-State public functions or institutions.

It is necessary to remember that Colombian legislation determines that the industrial development of the State occurs due to its intervention in economy. In this regard, Law 489 of 1998 states that these are: “bodies created by law or authorized by it, which carry out activities of an industrial or commercial nature and economic management in accordance with the rules of private law” (Law 489, 1998). However, legislators reserve certain activities that deserve attention from public law, since the rule foresees some exceptions. For instance, those that are carried out for the fulfillment of the administrative functions that the law has entrusted to them are administrative acts, that is to say, the acts or facts that the companies or mixed-economy partnerships carry out to fulfill the purposes of the law are governed by public law (Penagos, 1988, p. 625). As it can be seen, the legal regime of the EICEs is not entirely limited to the sphere of common law (civil or commercial), but it rather contains manifestations of public law.

It is observed that the State does not leave its EICEs at the chance of private law, but tries to reserve some acts by applying a special regime to them. This reserve is made by virtue of the principle of sovereignty, with which it seeks to develop the general interest that should inspire all its actions.

The difference with private law is that it is based on principles such as contractual freedom and free competition, where the interest of people (natural or legal) is the increase in capital, earnings and private profit. Such a regime is not entirely in accordance with the State’s intention to achieve general benefits, hence allowing the EICEs to be governed by private law to guarantee their competitiveness, or even their existence in the markets, as it removes certain acts from public law to protect that “general interest”. In this sense, the Council of State has stated that the prerogatives and benefits that the law recognizes to the EICEs and to the mixed-economy partnerships are specific, for which it is necessary to study each company in particular. The EICEs have benefits or provisions typical of public law, which are not within the normal scope of private law. Their purpose must be understood as the performance of State intervention in the economy, as well as the provision of its own services, with its characteristics of: (i) continuity, (ii) generality, (iii) regularity and (iv) equality (Penagos, 1988, p. 629).

The EICEs have determining elements that differentiate them and facilitate their identification:

- A) Legal status, as they are subjects of rights and obligations. It should be noted that the ability to enjoy these rights also arises, since, in a strictly procedural sense, these rights attribute them the capacity to be a party. Therefore, an EICE can be, in itself, a party to a dispute, e.g. as plaintiff or defendant.
- B) Administrative autonomy, in order to fulfill the functions determined by law or its statutes.
- C) Independent capital, totally constituted with goods or common public funds, the products from them, or the yield of taxes, rates or contributions of special destination (Article 6, Decree 1050 of 1968).

However, it should be clarified that, although the EICEs enjoy administrative autonomy, this should be understood as the power to order the service or activity independently from other public bodies; but said autonomy does not remove them from the protection control, nor from strict compliance with the law or rule that created them, and their statutes. It can be concluded that administrative autonomy does not reach the point of allocating EICEs assets or resources for purposes or destinations different from those contemplated in the law or its statutes. As it was seen, the EICEs are not removed from the protection control that the State can exercise, but there is no hierarchical relationship, since we are facing a typical case of decentralization by services.

This is because, although the protection control must be exercised, it would not be logical for the EICEs not to exercise their functions autonomously and to depend on other entities, since (i) decentralization by services would not become a reality, and (ii) their decisions and administrative functioning would become slow, incapable of reacting to abrupt changes in the market, which would make it impossible for them to compete with the private sector. Hence, it is stated that the legal appearance of the EICEs is corporate, but different from those entirely subjected to private law.

Administrative autonomy must be combined with the financial autonomy of the EICEs, which is understood as the power to determine the use of the economic resources assigned by law. Without the exercise of financial autonomy, administrative autonomy does not exist in practice, since the lack of autonomous management over assets would mean that the EICEs would see their ability to distribute expenses and react quickly to the market diminished, and would lead them to their extinction².

2. "It should be noted, regarding the capital of the EICEs, that it is considered independent, that is, that assets are not part of the common funds, and may well consist of tangible or intangible goods" (Penagos, 1988, p. 629).

Other principle that underpins the EICEs is the principle of specialty, which is understood as the prohibition of carrying out activities that do not satisfy the objectives indicated in the law, and that neglect the functions assigned in the law and statutes.

By virtue of the principle of sovereignty and the principle of company specialty, the EICEs are linked to public law. These are legal entities governed by public law, linked to the administration, but destined to carry out industrial and commercial activities in which they are subject to the regime of private law. Therefore, the EICEs have a double legal manifestation: (i) governed by public law and (ii) governed by private law³. Therefore, it is worth distinguishing:

- A) The acts and facts that they carry out for the development of their commercial and industrial activities are subject to the rules of private law.
- B) The acts and facts that they carry out in fulfillment of administrative functions, for the fulfillment of the aims indicated by the law, are administrative in nature, governed by public law.
- C) Their assets and funds are of a public nature, and their management must conform to legal precepts.
- D) People who provide their services in EICEs fall into two categories:
 - a) Official workers, bound by an employment contract.
 - b) Public servants, linked by a general, objective and regulatory relationship; as deduced from the provisions of Decree 3135 of 1968, article 5, subsection 2; and Decree 1848 of 1969, articles 1 and 2; regulations of the former article 91, Law 489 of 1998⁴.

3. In this regard, it should not be forgotten that, for example, article 2 of Law 80 of 1993 includes as part of the public entities to the EICE, to which the rules and principles with respect to public procurement will be applied (Republic's Congress, Law 80 of 1993, art. 2, literal a). Likewise, in article 93 of Law 489 of 1998, it is stated:

The acts issued by the industrial and commercial companies of the State for the development of their own, industrial or commercial activity or economic management will be subject to the provisions of Private Law. The contracts that they enter into to fulfill their purpose will be subject to the provisions of the General Contracting Statute of state entities. (Republic's Congress, Law 489 of 1998)

In Article 14 of Law 1150 of 2007, modified by Article 93 of Law 1474 of 2011, it is argued that:

The Industrial and Commercial Companies of the State (...) will be subject to the General Contracting Statute of the Public Administration, with the exception of those that carry out commercial activities in competition with the private and / or public sector, national or international or in regulated markets, if applicable. in which they will be governed by the legal and regulatory provisions applicable to their economic and commercial activities, without prejudice to the provisions of article 13 of this law. Science and technology contracts are excepted, which will be governed by Law 29 of 1990 and existing regulatory provisions. (Republic's Congress, Law 1150 of 2007)

4. The positions of president, director, or manager of decentralized entities, both national and territorial, may be appointed by the legislator as positions of free appointment and removal, as they involve the formulation of policies within the respective entity. These jobs constitute one of the cases in which, with clear reasons, the law can introduce exceptions to the general principle, where jobs in State organs and entities are of a tenure nature (Constitutional Court, Sentence C-599-00)

Finally, it should not be forgotten that, in activities of the EICEs, despite not seeking exorbitant profits (such as in the private sector), a good administration must strive to achieve a correct investment of resources, and thus generate dividends in its development. Sometimes, the doctrine tends to limit the charge of fees, in the case of monopolistic services, without degenerating into exorbitant economic returns. It has been accepted that, in monopolistic situations, companies can bear natural losses, if social needs demand it (Penagos, 1988, p. 638).

3. THE INDIRECT ADMINISTRATIVE FUNCTION OF THE INDUSTRIAL AND COMMERCIAL STATE

The position that determines the existence of public administration as a correlative to the institutional aims pursued by the State for its citizens has been unanimous. Modern administrative law and the institutions it regulates and creates must aim for the materialization of the common welfare, which has the Political Constitution as its superior normative framework, a fundamental rule that distributes the competencies of public power and imposes on them a common denominator, general interest.

The development of this concept can have various configurations that can be abstract, as the plea for a principle, or concrete, which are reduced to produce particular effects in an institution assigning tasks, benefits or restrictions regardless of its essence, that is, it is a constitutional requirement that can be invoked before the State or the citizens. The importance of the teleological aspect of administration and the commitment of its management to the achievement of constitutional objectives invade the entire orbit of this aspect of public power to such an extent that “if this were not the case, we would not be really and materially facing phenomena of that nature. There is only public administration where the object and purpose of the organs and public activities are justified and developed in response to the needs of the population” (Santofimio, 2003, p. 35).

“The submission of public administration to the law and the consequent justification of its behavior, no longer from conditions of supremacy and power (*puissance*), but to social and solidarity purposes” (Montaña, 2005, p. 134) imposed a new perspective that internalizes the social and democratic sense, giving rise to the appearance of the concept of “public service” as a legitimizing factor of State action. In this vision, the State is an executor of popular will and articulates all its efforts to achieve general welfare and gives rulers specific tasks and optimal legal tools –administrative law– that differ from common law because they have a social essence.

Indeed, the provision of public services has traditionally been an activity of the State that required the creation of a special regulatory body with different principles and bases to those that support the common or-

der; as well as the creation of a specialized jurisdiction to deal with disputes arising from the provision of services, all stemming from the general interest that fills the State with material content. French administrative law, of great influence in Colombia, indicates with Jean Rivero the chain of relationship between general interest, the provision of public services in the solution of collective needs and the responsibility attributable to their execution to a certain public authority. Despite this, the positioning of the concept during evolution has not been much less passive, it has been subjected to the changing tides of economy and politics in order to adjust to the new social practices.

This is how the exercise of public service is pluralized and nuanced allowing individuals the provision or incursion of the State in the activities of private subjects in what has been known as the crisis of the concept of public service. This variation, which has been shown as the adaptability of the administration, carries with it the theoretical basis of general interest to justify the modification of the term⁵ that is now incompatible with its first manifestations as a central element of the administrative function of the State and its right⁶; which leads us to

(...) a strict conception of public services which, based on these considerations, abandons its initial claims, but which, closely related to the general interest pursued by the actions of the public administration, constitutes a very important and definitive part of these. (Montaña, 2005, p. 154)

Affirmation that Professor Montaña acknowledges, in spite of the deficiency of the State to determine an object of study of administrative law, since invoking the protection of collective interest, the State has decided to create mixed legal regimes where both public and private law concur to be applied in the commercial activities that it develops.

The exclusiveness of the provision of public services at the head of the State has been lost, so it is free to participate in the activities carried out by

5. The reasons that have motivated the crisis of the notion of public service

(...) are the birth of a sector considered of public services that obeys to strict economic budgets (...), the resulting insertion of rules belonging to common law to regulate these and other situations related to the concept (...), the appearance of the individual as a provider of public services (...), the reappearance of different means of management other than direct provision and concession. (Montaña, 2005, p. 152)

6. Professor Alberto Montaña Plata (2005) points out that

the construction of the notion of public service corresponds to Duggit who conceptualizes the state as an organization and cooperation of public services in open criticism to the *puissance publique*. It follows that the activity of public power and the object of study of administrative law are public services as they are exclusively provided by the State. Duggit's vision was later complemented by followers such as L. Rolland who, using the jurisprudential precedents of the French administrative courts, constructed a principle-based legislation for the purpose of determining which actions of the State are presented in the form of public service. The doctrinal statements were those of continuity, adaptability and equality. Later, other authors such as M Hariou, De Laubadere and Latouneire introduced other concepts such as morality, gratuitousness, proportionality and neutrality. (p. 152-153)

individuals or to allow them to enter the administration of these services by opening a two-way traffic gate.

Then, there is a tension between the subjective, all public services are provided by the State, and objective, public services are those that develop general interest, conceptions of public service that is resolved in favor of the latter⁷. At the same time, it poses an obstacle, according to the work of Alberto Montaña Plata, since it considers that the activities that procure a profit for the public administration do not seek a benefit for the general interest, since this economic vocation only benefits administrative management: “in the case of economic administrative activity, a teleological connotation oriented towards the public cannot be verified, and consequently, we do not consider it appropriate to refer to it in the framework of an effective exercise of administrative function” (Montaña, 2005, p. 213); hence, leaving this activity exempt from the exercise of public powers.

In other words, the EICEs, under a subjective criterion, acquire the name of *administrative* entities; however, when these types of activities are carried out, there is no real exercise of administrative function, since this satisfies public interest, which is not susceptible “to be developed through the exercise of functions of a legislative and judicial nature” (Montaña, 2005, p. 209), let alone commercial or industrial.

From the aforementioned, we could summarize the following. Although it is true that the administrative function for jurisprudence

is one of the functions of public power, that is, a kind of public function, so that the public function is general and the administrative function is specific, insofar as it is part of the executive function, so that its first characteristic is that of being inherent to the power of the State, just as the other classic public functions: the legislative and the jurisdictional, corresponding to the three branches in what constitutes the traditional tripartite division of public power, as established in Article 113 of the Political Constitution. (Council of State, 2007, s.p.)

But which, in the case of the EICEs, is not clear if they are framed within this function, because if it is categorically accepted that they do not carry out administrative functions, they would not have the possibility of exercising certain public powers, but as can be seen nowadays, they carry out commercial and industrial activities without losing some public powers granted by law.

7. In this regard, Professor Montaña (2005) affirms that

the subjective conception, in its original inspiration, considers public services as those that are ‘provided’ or ‘carried out’ by the public administration. This simple consideration (...) includes those that are provided in a similar or identical way to individuals (public, industrial or commercial services in French law). (p. 164).

On multiple occasions, the Council of State has differentiated the concept of administrative function and public service. For example, in a sentence issued on August 5, 1999, it stated that the public function should be understood as

the one that participates in any case of power of the State and is always of a legal nature; on the other hand, it defines public services as activities of a material and technical nature that in many of their manifestations do not use public power. (Council of State, 2001, s.p.)

Having said that, the industrial activity of the State is neither an administrative function as such nor a public service, but it belongs to the executive branch of public power and, in accordance with the law, it is feasible to exercise public prerogatives that are conventional of the entities that fulfill this function. Thus, if they do not perform an administrative function as such, why do legislators grant such prerogatives?

In this event, legislators, via Law 80 of 1993, empower the EICES to use exorbitant clauses in their contracts, clearly constituting the development of public powers, which does not have a very clear support, since the corporate State, as we have already mentioned, does not fulfill an administrative function⁸ as such. However, let us go a bit into identifying the purpose of the industrial and commercial State and the justification of acts of power and control in its action.

5. THE PURPOSE OF THE INDUSTRIAL AND COMMERCIAL STATE

The commercial status of State companies is derived from the systematic analysis of article 85, Law 489 of 1998, which expressly recognizes this characteristic, in accordance with article 10 of the Commercial Code. From the comparison of these two rules, the following considerations can be made.

Far from any theoretical discussion about the objective and/or subjective criteria that define a merchant as a legal person, which can be summed up in the paradoxical phrase “a merchant is the one who carries out acts of commerce, and acts of commerce are those carried out by a merchant” the elements offered by the Code can be taken to specify, not without some difficulties, the essence of the EICES.

8. In addition to the above, the aforementioned author explains that public services are a category of State activity that do not imply the exercise of authority, develop general interest and are the responsibility of the public administration, although they do not provide them directly. This definition removes the foundations behind the exorbitant clauses that industrial and commercial companies can exercise in their contractual activity and that, without a doubt, constitute a form of authoritative unilateral imposition; however, as seen in the multiply cited work of Alberto Montaña Plata, service providers can issue acts of power as an exception that confirms the rule. Nonetheless, the importance of this position, due to its excellent dogmatic argument, will not be explored because, as it is stated, the EICES do not provide public services properly speaking and understood from a strictly objective point of view.

According to the aforementioned article 10, a merchant is the subject who professionally deals with activities that the law considers commercial even when they are carried out through a third party. Article 20 of the Commercial Code, when listing commercial activities, partly solves the problem; not so the requirement of professionalism that is demanded. In an attempt to clarify the meaning of the word *professional*, the dictionary has been used, from which it can be deduced that it is about people who usually work in a field of knowledge and derive their livelihood from it, in other words, they do it for payment. Now, in the case of legal persons, the activity they carry out can be easily verified by observing their corporate purpose, but with regard to legal persons governed by public law, the General Plan for Public Accounting (PGCP, in its Spanish acronym) says in its Conceptual Framework 1.1: “The institutions that perform government functions do not pursue profit, but there are market functions such as EICEs..., where prices are set following the free game of supply and demand”. (s.p.)

Regardless of whether they pursue profit or not, since the law does not mention it as a characteristic of the merchant, the EICEs are true market agents for containing in their corporate purpose the task of carrying out activities of this type expecting a compensation for it. The Council of State says, in a ruling from March 14, 2002,

(...) the regime applicable to public companies belonging to the decentralized sector is the same as the EICEs, from which it appears that their corporate purpose necessarily identifies with that of these companies, such as carrying out industrial and/or commercial activities with a clear profit motive. (s.p.)

And in a later concept clarifies that “although the purpose of the EICEs focuses on the welfare of the community, such entities become true competitive agents in the market” (Council of State, 2002, s.p.) for which –says the High Court– they require a support that depends precisely on the profits received as a result of the marketing policies they adopt, being only a percentage of surpluses that generate the call to be transferred to the Treasury in order to meet the objectives set by the National Council for Economic and Social Policy (CONPES, in its Spanish acronym). Thus, precisely, according to the methodology implemented by the National Planning Department, the liquidation of financial surpluses should seek the reintegration of resources to the National Treasury to meet the multiple spending needs without harming the operation and strengthening of these entities (Council of State, 2002).

Then, it is clear that the commercial nature of any company does not affect the destination of resources that may well increase the public budget or enrich the assets of those who exercise it. In any case, there is an obli-

gation to seek the strengthening and efficiency of the EICEs, for which part of the resources must be reinvested in the entity⁹.

Although the EICEs generate a profit for their own patrimony, they also make appropriations of those resources at the head of the administration to which they belong, increasing the public treasury; which is beyond the object of commercial companies because their purpose is to compete in market conditions to obtain profits, that is, they do not seek to generate a general primary welfare but an economic benefit, and therefore cannot be considered as public-service-providing entities nor located in order to satisfy the direct general interest.

Thus, the legal and political elements that specify the reason for the existence of contractual privileges for the EICEs must be located, having as a reference the constitutional framework outlined above that imposes the need to find a foundation on the principle of general interest in the acts of the administration, and theorize about it.

6. THE PUBLIC PREROGATIVES IN THE INDUSTRIAL AND COMMERCIAL REGIME OF THE STATE

As a starting point, it is stated that the protection of the general interest can be direct or indirect. Through the first means, acts are carried out with the obvious purpose of satisfying collective needs and protecting their interests. This is where most of the administration's activities are located because they invoke the aforementioned principle to produce destined legal effects to solve the problems of a social, cultural, economic nature, among others, that occupy budgetary investments manifestly destined to the commercial or industrial activity of the State. It is easy to determine that said activity does not seek the satisfaction of the general interest, also called direct, but it seeks to indirectly benefit those ends, with the resources obtained from its business activity, which could be called *indirect promotion theory* of the general interest or *public interest*.

9. Decree 111 of 1996, article 97:

The financial surpluses of non-corporate national State industrial and commercial companies are property of the Nation. The CONPES will determine the amount that will be part of the capital resources of the national budget, set the date of its allocation in the Directorate of the National Treasury and will assign, at least, 20% to the company that has generated said surplus. The profits of the State industrial and commercial companies and of the mixed-economy companies at a national level are owned by the Nation in the amount that corresponds to the national state entities for their participation in the capital of the company. The CONPES will issue instructions to the representatives of the Nation and its entities at the shareholders' meetings on the profits that will be capitalized or reserved and those that will be distributed to the shareholders as dividends. The CONPES, when adopting the determinations provided in this article, will take into account the concept of the legal representative regarding the applications of the allocation of financial surpluses and profits, as the case may be, on the entity's programs and projects. This concept is not mandatory for the CONPES, which may adopt the decisions provided in this article even in its absence (Law 38 of 1989, article 26; Law 179 of 1994, article 55, subsection 9 and 11; Law 225 of 1995, article 6).

The considerations of the Council of State can shed light on the matter by consulting the concept no. 2110 of February 7, 2002, Council of State, Consultation and Civil Service Office, March 14, 2002. The previous references get strong ideological support in the concept of Dr. Enrique Gaviria Gutiérrez for Confecámaras on August 30, 1996.

Apparently, the concepts of general interest and public interest are synonyms, both meanings indicating the existence of some goods or collective legal, political and economic circumstances under treatment¹⁰. This phenomenon has been consolidated in the Colombian tradition, although it should be noted that there are some different specificities among these concepts.

The *public* particle of the principle that defines the sum of individual interests of a society submitted to the administration must change in its content and not refer to the social abstraction of these claims in order to address the official nature of the State institution. In other words, *public* does not indicate the presence of the citizens in general, but of the public administration, for which reason it could be said that the public interest is absorbed by the general interest, that is, the former is more specific.

The constitution of pure official claims must hint at its own foundation in the general interest without confusing it, since guaranteeing the interests that the State –represented by its entities– can legitimately have to safeguard its management and stability, hence protecting its associates. It should not be understood that this has made the State an end in itself because it is not a common feature but, on the contrary, exceptional.

In any case, the recognition of a capacity to reserve power for its own benefit cannot be seen as unconstitutional because this expresses a claim for institutional maintenance that is in the general interest, which is why it is called *indirect* general interest. The secrecy of military operations, the imprescriptibility of public goods, the presumption of legality of acts until proven otherwise, the investment of the public treasury in financial movements in currencies stronger than the local one and the imposition of taxes on heritage, goods and services are means that demonstrate the existence of public interests on the maintenance of national order and independence, monetary strengthening, valuation of public actions, and the enrichment of the treasury, all unquestionably legitimate claims that provide the survival of the institutionally, which, in turn, works for the fulfillment of constitutional purposes, that is, the full satisfaction of the general interest.

Thus, for the protection of public heritage, fully invested in the creation of the EICEs, the State presents itself as a contractual advantage with

10. Professor Orlando Santofimio Gamboa (2003) affirms that

from the point of view of its finalistic and expressive nature of common interests, in the Colombian case, the constituent has grammatically used terms with similar ideas in the pertinent regulations. For this reason, we consider that in our environment it is indistinct to speak of general, public or community interest. Likewise, its purposes can be found in many of the expressions that the constituent uses in the Constitution to refer to the teleological purposes or commitments of the State. (p. 369)

the capacity to terminate, interpret, modify, unilaterally sanction and even declare expiration of contractual texts in which it appears as a part.

In the same way that the delegation of powers is justified for individuals who provide public services, those who venture into this area to obtain a profit just as the EICEs enter the private sector for the same reason, obtaining powers to issue acts of power in behalf of the entity to guarantee the continuity and strengthening of the service basing and justifying its power in its “public interest” limited to a general interest. However, since it is a form of display of power in which the State reserves special competencies to protect its management, this attitude must be included within the supreme framework that subjects power to the law and its principles, and for this it requires that such acts establish legitimate purposes and use reasonable and proportional means.

Legitimacy requires that ends with legal and political support can be found. In this case, they are the protection of the investment of public assets in the companies, against contractual unforeseen events that may break the balance against public entities and avoid the enrichment of the contractor at the expense of public investment that would not otherwise occur, all without the need to report a dispute in the jurisdictional branch and be subjected to a long process.

The protection of the economic strain of public assets through contractual prerogatives is the measure that gives greater immediacy to administrative action in the protection of their investment. In the case of exceptional contractual prerogatives, the concept operates as a means of safeguarding administrative management to tackle the effects of eventual economic losses on state-owned companies that seek to enrich the treasury through participation in the market.

In this order, although the exceptional clauses that regulate the hiring of public commercial companies propose a prerogative, they cannot be used as a means of promoting trade so as to promote superiority in the game of demand and supply, since they are powers that are exercised considering certain factual assumptions and cannot be used arbitrarily. Therefore, it can be validly concluded that they are adequate prescriptions for the purpose they pursue and proportional to the freedom of free procurement that it restricts, which is why the inclusion of these clauses is no longer considered part of the exorbitant action of the State in the way of the *puissance publique*, but an excepted way of acting in contrast to the general rule of collective interest.

To speak of public interests is to deal with a specific category that is immersed in a broader one, general interest. This is because the first endorses the maintenance and development of the administration in its pro-

vision, while the second tries to preserve not only the existence and function of the administration, but also the existence of the State and therefore the development of its ends that are of general interest because everyone is involved in its purpose.

Consequently, “for a public prerogative to be adequate to the Constitution, it is necessary that it exists to fulfill a constitutionally legitimate purpose and that it is useful, necessary and proportionate to said purpose” (Constitutional Court, Sentence C-539-99). In any case, there are always additional control mechanisms that guarantee the submission of any act to the mandates of the Constitution, which may include the due administrative process, administrative judges and actions for nullity and liability.

Finally, it must be said that the content of general interest is not defined by a finished concept. From its metaphysical background origins¹¹¹ to its current definition, it has been modified by incessant intersections of political-legal trends that, in the absence of legislative precision, have evolved thanks to the intervention of judges and the theorists of public law. In the words of Marta Franch Saguer, quoting the pronouncements of the French Council of State, “general interest is a concept often invoked and poorly defined” (Franch Saguer, s.f., p. 134).

Meanwhile, the elements that this study describes so far allow the legislator to fill the aforementioned areas of uncertainty according to their political reason, as long as they do not constitute an excessive abuse of power.

CONCLUSIONS

We have seen how the State, under a new conceptual and dogmatic structure, radically transformed the economy. The State’s intervention in it not only generated the possibility of being the general director of economic affairs to correct and solve the problems that the system –given its connotation– by itself cannot do, but also made it one more actor, stripped of certain privileges and aimed at obtaining a benefit in the public interest through the actions of the so-called EICEs. It was also verified that their appearance is due to the constitutional restructuring that the 1968 reform

11. The idea of general interest is born as a substitute for the notion of common good of religious and moral content. This concept was born in French law in the eighteenth century with a double meaning, the first one that considered it as the sum of all private interests and the second that understood it as a divine mission entrusted to the State. Christianity created a concept of the common good that was objective and spiritual based on adherence to the law that was understood as the way to seek the just and the good, mandatory in that regard. The decline of absolutism led by the French Revolution introduced changes to the concept of general interest as a way to reconcile the opposing interests that exist in any pluralistic society. Power no longer emanates from the divine but from the democratic pact that expresses the popular will through the law, an instrument that positions generality over personal interests. According to Rousseau’s theory, men do not have the ability to understand each other on their own initiative and that is why they need to agree on the creation of a superior being that imposes social order according to popular mandates. The notion was complemented by the need to weigh it against the fundamental individual rights that are predominant in current constitutional organizations.

implemented in our legal system, which caused direct consequences in the new way of acting of the administration.

The tendency of the State is evident as a new public actor regulated by private law and involved in industrial and commercial affairs on equal terms with other production companies, as an agent of capital accumulation; appearing as a direct leader in production, distribution and financing, as an inherent effect of State intervention.

Along these lines, the administration must use the means specified in private law to satisfy industrial or commercial interests, since it establishes greater dynamism when fulfilling the objective developed by the EICEs. This way, for convenient reasons, we are talking about voluntary submission to private law with the corresponding voluntary resignation of the administration to its position of supremacy, since the agility and dynamism of private law has no point of comparison to public law, facilitating the fulfillment of the business or commercial object of State entities. In other words, the administration's submission to private law, and therefore the abdication of its power and supremacy, may not only be voluntary, but also necessary to entirely fulfill the purpose of the EICEs.

Nevertheless, despite the fact that the administration's submission to private law is not only voluntary but also necessary, it should be noted that legislators may establish a legal regime at their discretion, to regulate matters concerning EICEs in accordance with its wide legislative self-configuration capacity. For example, for the role of the corporate State, legislators could totally exclude the application of the contractual statute or, on the contrary, give full application of it in their economic affairs. However, a mixed regime was established, sheltered strongly by private law, but without forgetting the granting of public powers in its contractual acts through the ability to make use of exceptional clauses typical of public procurement.

Likewise, through the EICEs, the State intends to carry out economic activities by virtue of a public purpose, which legitimately seeks to guarantee the satisfaction of the general interest of all its associates. This is achieved with the attainment of resources generated by its own industrial or commercial activity that allow it to consolidate, stabilize, protect and contribute to the management carried out within the purposes set by the State. In any case, the recognition of a capacity to reserve power for its own benefit cannot be seen as unconstitutional because this expresses a claim to institutional maintenance that is in the general interest, for this reason the creation of the EICEs is sustained by the objective of developing an "indirect" general interest.

Therefore, public prerogatives are justified insofar as they are the ideal and effective mechanism for the fulfillment of a legitimate, useful, necessary and proportionate constitutional purpose, as in this case of the EIC-Es for the benefit of general interest (through a public interest or indirect general interest).

REFERENCES

- Alvarez-Gendin, S. (s.f.). *Tratado General de Derecho Administrativo*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial.
- Alessi Renato (1960). *Instituciones de Derecho Administrativo* (Traducción de la 3era edición italiana por Buenaventura Pelisee Prats, Tomo II). Barcelona: Bosch Casa Editorial.
- Bielsa Rafael (1950). *Estudios de Derecho Público, Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Casetta Elio (2004). *Manuale di Diritto Amministrativo. Nona edizione*. Milano: Giuffrè Editore.
- Cidoncha, A. (2006). *La Libertad de Empresa: Serie Derechos fundamentales y libertades públicas*. Navarra: Instituto de Estudios Económicos.
- Colombia. Congress of the Republic (1998). *Law of 489 "Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones"*. Bogotá.
- Council of State (1972). *Concept from November 24 of 1972*. Consultation and Civil Services Office.
- Council of State (2001, 26 of July). *Record no. 25000-23-24-000-2001-0178-01(ACU-356)*. Judicial Office, third section. Bogotá.
- Council of State (2002, 14 of March). *Reporting adviser Susana Montes de Echeverri*. Consultation and Civil Service Office. Bogotá.
- Council of State (2007, 01 of November). *Record no. 25000-23-24-000-2000-00772-01*. Judicial Office, first section. Bogotá.
- Dromi, J. R. (1985). *Derecho administrativo económico*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma.
- Franch Saguer, M. (s.f.). *El interés público: La ética pública del derecho administrativo*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona.

- Garrido Falla, F. (1962). *La transformación del régimen administrativo*. Madrid: s. Edit., IEP
- Hoffman Haso (s.f.) *Filosofía del Derecho y del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Miele G. (1956). Il problema dell'adeguamento della norma giuridica al fatto economico. *Bari: Rivista Diritto dell'economia*.
- Montaña Plata, A. (2005). *El Concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Penagos, G. (1988). *Curso de Derecho Administrativo, Parte General, Segunda Edición*. Bogotá: Ediciones Librerías Profesional.
- Santofimio Gamboa, J. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Younes Moreno, Diego (1998). *Reformas del Estado y de la Administración Pública en el Siglo XX*. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública -ESAP-.

JURISPRUDENCE

- Colombia. Congreso de la República (1993, 28 de octubre). *Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#2
- Colombia. Congreso de la República (1998, 28 de diciembre). *Ley 489 de 1998 “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.”*. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=186>
- Colombia. Congreso de la República (2007, 16 de julio). *Ley 1150 de 2007 “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.”* Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html#14
- Colombia. Consejo de Estado (2001, 26 de julio). Sentencia No. 25000-23-24-000-2001-0178-01(ACU-356). Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2007, 01 de noviembre). Sentencia No. 25000-23-24-000-2000-00772-01. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional (1995, 07 de septiembre). Sentencia C-398, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá.

- Colombia. Corte Constitucional (1997, 23 de octubre). Sentencia C-535, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional (1999, 10 de marzo). Sentencia SU- 1579, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional (1999, 28 de junio). Sentencia C-539, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional (2000, 22 de mayo). Sentencia C-1442, M.P. Cristina Pardo Schlesinger. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional (2000, 24 de mayo). Sentencia C-599, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional (2000, 21 de junio). Sentencia C-727, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional (2001, 13 de junio). Sentencia C- 616, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional (2002, 22 de mayo). Sentencia C-389, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional (2002, 08 de agosto). Sentencia C-615, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia (1983, 29 de septiembre). Sentencia de septiembre 29 de 1983. Bogotá.

LAS REFORMAS AL RÉGIMEN DE COMPETENCIA PARA EL INGRESO DE COLOMBIA A LA OCDE: 2008-2018

Laura Catherine Ibarra¹

Fecha de recepción: 31 de mayo de 2020

Fecha de aceptación: 9 de julio de 2020

Referencia: IBARRA, Laura (2020). *Las reformas al régimen de competencia para el ingreso de Colombia a la OCDE: 2008-2018*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol.6. Núm. 10. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

RESUMEN: El proceso de adhesión de Colombia a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) comenzó en el año 2008 con una serie de recomendaciones que debían ser adoptadas por el país, entre ellas, la modificación del Régimen de Competencia en algunas de sus normas e instituciones bajo el esquema de la política económica neoliberal como parte del proyecto de liberalización de los mercados, circulación de capitales, abolición de restricciones estatales para la inversión extranjera y sobre todo la salvaguardia de los mercados como garantía de seguridad jurídica para quienes pretenden concurrir al mercado colombiano. Finalmente, todo este proceso culminaría en el año 2018 con la inclusión de Colombia como miembro de este organismo internacional, siendo el tercer país latinoamericano en ingresar al grupo de los llamados “países ricos” junto con México (1994) y Chile (2010).

Palabras clave: Constitución, neoliberalismo, libre mercado, régimen de competencia.

1. Abogada de la Universidad de Nariño, especialista en Derecho de la Competencia y Protección al Consumidor de la Universidad Sergio Arboleda, estudiante de Maestría en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia – Sede Bogotá. Correo institucional: libarra@unal.edu.co.

ABSTRACT: The process of joining Colombia to the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) began in 2008 with a series of recommendations that should be adopted by the country, including the modification of the Competition Law in some of its norms and institutions under the neoliberal economic policy scheme as part of the project of market liberalization, capital circulation, abolition of state restrictions for foreign investment and especially the safeguarding of markets as a guarantee of legal security for those who intend to attend to the Colombian market. Finally, this whole process would culminate in 2018 with the inclusion of Colombia as a member of this international organization, being the third Latin American country to join the group of so-called “rich countries” along with Mexico (1994) and Chile (2010).

Keywords: Constitution, neoliberalism, free market, competition law.

INTRODUCCIÓN

El presente texto hace parte del trabajo de grado titulado “El papel de la Constitución Política de 1991 en la formación del Régimen de Competencia en Colombia” para optar al título de Magister en Derecho en la Universidad Nacional de Colombia.

Aquí, se pretenden establecer cuáles y en qué consistieron las principales reformas introducidas al Régimen de Competencia a la luz de la política económica neoliberal para lograr la adhesión de Colombia a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE].

Para ello, se parte de la base de que en el marco de la globalización, la idea de *desarrollo* obedece a un interés hegemónico de los llamados países del primer mundo, que en la realidad se presenta como un determinismo hacía lo económico, aunque indique su pretensión en abarcar el *desarrollo social*, en aras de introducir a todas las economías nacionales dentro del sistema capitalista como parte del Nuevo Orden Mundial (Sach, 1990).

Teniendo clara esa situación, la pretensión de este texto es mostrar que el sistema jurídico colombiano permite adaptar las normas e instituciones a las recomendaciones emitidas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE] como quiera que el proyecto político económico neoliberal se encuentra inserto en el espíritu mismo de la Constitución Política de 1991, con lo cual se posibilitan las condiciones para lograr la liberalización de los mercados, la circulación de capitales, la abolición de restricciones estatales para la inversión extranjera y sobre todo la salvaguardia de los mercados.

1. EL ROL DE LAS INSTITUCIONES EN EL MARCO DEL PROYECTO NEOLIBERAL EN COLOMBIA

El proyecto neoliberal en Colombia, así como en el resto del mundo, se tuvo que apoyar en una serie de instituciones, como quiera que estas actúan como agentes de las reformas económicas (Babb y Kentikelenis, 2018).

Al respecto, Kalmanovitz (2001) explica que el cambio institucional fue la base para que la Ciencia Económica avizorara a la acumulación de capital como el resultado de un ámbito social de libertad económica y política aunque amparada por el principio de seguridad jurídica. En ese sentido, la institucionalidad se tornó importante en la medida en que con ella se podía lograr la profundización del mercado, la especialización del trabajo y una mayor productividad.

Sin embargo, es importante aclarar que el uso de la palabra *instituciones* entendida por Kalmanovitz, obedece a la definición dada por North (1991), según el cual, las *instituciones* son restricciones para limitar las interacciones políticas, económicas y sociales, y entiende que estas pueden ser informales, como las sanciones, costumbres, tradiciones, y formales como las constituciones, las leyes, y el derecho de propiedad.

Lo anterior, dio origen a lo que se denominó como *neoinstitucionalismo económico*, corriente que entiende que

El papel fundamental de las instituciones, [...] es contribuir a reducir la incertidumbre en procesos de intercambios impersonales, con la prevaencia de códigos de conducta y de normas que adquieren carácter vinculante para los agentes intervinientes, contractualmente vinculados, y bajo una vigilancia para velar por su comportamiento a cargo, en última instancia, de una institución única por excelencia, con potestades diferentes a las demás instituciones: el Estado.

En efecto, el Estado goza del derecho exclusivo de fijar y cambiar normas y reglas de juego que rigen la organización del sistema en su conjunto. (Garay, 2013, p. 17).

Entonces, como quiera que es el Estado el encargado de fijar y cambiar las normas y reglas de juego, el contexto socio histórico en el cual se dio la implementación de la Constitución de 1991 fue un factor clave para el reforzamiento de la política económica neoliberal (Estada, 2004a), puesto que, si con la Constitución de 1886 se permitió la hegemonía política de los empresarios colombianos –en especial en las zonas de Antioquía– (Kalmanovitz, 2001), con la Constitución de 1991 se permitió la legalización del proceso de apertura y se facilitó la imposición de las medidas de corte neoliberal que obedecían a presiones de instituciones internacionales aunque revestidas por procedimientos democráticos (Martínez-Álvarez, 2015).

Así pues, tanto el Banco Mundial como el Fondo Monetario Internacional y el Departamento del Tesoro de Estados Unidos apelaron a un discurso de *desarrollo* junto con la formación de funcionarios que obedecieran a los patrones cambiantes de dominación y hegemonía (Dezalay y Garth, 2002), y aunque, como bien lo explica Gabriel Misas Arango (2002), los economistas neoliberales que llevaron a cabo el proceso de apertura en Colombia niegan que las reformas introducidas tuvieran un carácter neoliberal, bajo la idea de que a lo largo de los años noventa

i) se ha incrementado apreciablemente la participación del Estado dentro del PIB; ii) los gastos sociales han aumentado su participación dentro del presupuesto nacional y iii) la economía –según algunos observadores- sigue siendo altamente reglamentada, lo cual no se hubiera dado si las reformas, por ellos efectuadas, hubieran tenido un carácter neoliberal. (p. 281)

Resulta necesario entender que las reformas introducidas en Colombia en los años 90 obedecen a la conjunción de dos perspectivas, la primera, referida a la visión neoliberal de la economía y señalada en el Consenso de Washington: apertura comercial, apertura de la cuenta de capitales, profundización financiera y demás, y la segunda, referida al ideario social demócrata: ampliación de derechos sociales y democracia participativa y que quedarían insertas en la Constitución Política de 1991 (Misas, 2002).

Así mismo, no hay que olvidar que el neoliberalismo como concepción política, económica, social y cultural, aparece como teoría y como política general (transversal), pero debido a su excesivo énfasis en el individualismo y en las posibilidades regulatorias del “libre mercado” ha conducido a una especie de reduccionismo (determinismo) económico que pretende subsumir la totalidad de las relaciones sociales a la lógica del mercado (Estrada, 2004b).

De allí que la necesidad de una fundamentación legal para lograr la competencia efectiva forjada a la luz de la Sociedad Mont Pelerin y los *Free Market (FMS) Studies* (Van Horn y Nick-Khah, 2018) se viera acogida en la Constitución Política de 1991 y en las normas que desarrollan al derecho de la competencia, pues para la consolidación del modelo neoliberal en Colombia se requirieron de tres aspectos determinantes: (i) la conformación de bloques económicos; (ii) la creación de instituciones que fomenten la orientación de la política económica defensora de la libertad de mercado y la competencia y; (iii) la asimetría en la aplicación del modelo (Mora, 2016).

2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA

La Constitución Política de 1991 marcó un hito en la historia colombiana, no solo porque implicó la transformación jurídico-política del país hacia

un modelo de Estado Constitucional y Democrático de Derecho, sino además porque en el texto constitucional se reconocieron una serie de derechos fundamentales en favor de los ciudadanos y se le otorgó a la Corte Constitucional, como máximo tribunal constitucional, la función de velar por la integridad y la supremacía de la Carta (Velasco y Vladimir, 2015, pp. 54-61).

El texto constitucional colombiano ha sido catalogado como uno de aquellos que hacen parte de las corrientes neoconstitucionalistas surgidas después de la segunda posguerra, ello, principalmente, por: a) su carácter más rígido; b) su fuerza normativa vinculante, c) su aplicación directa; y d) su amplio catálogo de derechos fundamentales, entendidos como axiomas o valores (Aldunate, 2010).

Sin embargo, la Constitución Política de 1991 trae consigo una tensión entre el Estado Social y Democrático de Derecho y el neoliberalismo como proyecto político-económico, ya que si bien en la parte dogmática de la Carta se definió al país como un Estado democrático, participativo y pluralista, en su parte económica –conocida como Constitución Económica– la consagración de derechos como la libre iniciativa privada, la libre competencia y la libertad de empresa sentaron las bases para la apertura económica bajo los principios del modelo económico neoliberal del Consenso de Washington de 1989 (Díaz, 2009).

En esa medida, el proyecto político neoliberal “siendo esencialmente autoritario, apareció revestido con el procedimiento democrático, pues los procesos de reforma han ocurrido atendiendo las “reglas de juego” de la llamada democracia liberal” (Estrada, 2004a, p. 70). Así pues, en Colombia se logró lo que en palabras de Morowski (2013) sería “la reconstrucción y redistribución del Estado como agencia central que fabrica activamente subjetividades, las relaciones sociales y las representaciones colectivas adecuadas para hacer real y consecuente la ficción de los mercados” (p. 83).

Entonces, gracias a la transformación constitucional e institucional acaecida entre 1990 y 1991, la libre competencia en Colombia encuentra su fundamento en la Constitución Política de 1991 como (i) derecho colectivo (artículo 88 Superior); (ii) como derecho económico (artículo 333 Superior) y; (iii) como principio constitucional enmarcado en lo que la Corte Constitucional denominó como Economía Social de Mercado, bajo el entendido de que la libre competencia debe armonizarse con los fines sociales del Estado colombiano (Alarcón, 2017).

En desarrollo del artículo 333 Superior, el Régimen de Competencia colombiano se adaptó a las necesidades del libre mercado, reforzando tanto sus normas (Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y posteriormente,

la Ley 1340 de 2009) como sus instituciones (Superintendencia de Industria y Comercio), para especificar las restricciones que se presentan dentro del mercado, incluyendo las barreras de entrada y los controles gubernamentales para lograr moderar sus imperfecciones (Van Horn y Nick-Khah, 2018).

De conformidad con lo anterior, la faz progresista de la Constitución Política de 1991 se muestra como el instrumento necesario para catalizar el modelo económico neoliberal aunque con mínimas resistencias en su interior, en una dinámica de negociación que los sectores progresistas que participaron en la Asamblea Nacional Constituyente creyeron inclinar a su favor, pero que en realidad permitió la ambientación institucional de un esquema de exclusión neoliberal convalidado en la Carta, motivo último por el cual, si bien en Colombia se habla de un Estado Social, tal Estado social no tiene condiciones de posibilidad, al igual que la democracia participativa sin participación y una Economía Social de Mercado que obedece a un esquema económico neoliberal, homogéneo, hegemónico y eficaz, que subordina todo tipo de acción al sistema económico (Mejía, 2003, p. 116).

3. ANÁLISIS DE CASO: AJUSTES AL RÉGIMEN DE COMPETENCIA COLOMBIANO A PARTIR DE LAS RECOMENDACIONES DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO [OCDE]

Los inicios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE] se remontan a 1960, año en el cual un grupo de países deciden firmar una Convención con el fin de promover una serie de políticas encaminadas a (i) propender por alcanzar un crecimiento económico sustentable que permita mantener un estándar de vida en los países miembros a partir de un financiamiento estable que contribuya al desarrollo de la economía mundial; (ii) contribuir a la expansión económica de los países miembros y de los países no miembros en proceso de desarrollo económico y; (iii) contribuir a la expansión del mercado mundial multilateral (OECD, 2009). Su predecesora fue la Organización para la Cooperación Económica Europea creada en 1948 para supervisar los recursos entregados por Estados Unidos a través del Plan Marshall y financiado por el Banco Internacional -hoy Banco Mundial- (Valencia, 2013).

En lo que respecta al proceso de adhesión de Colombia a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE], se tiene que en el año 2008 comienzan los primeros acercamientos entre el país y este organismo internacional, ello por: (i) la participación en el programa de evaluación internacional a estudiantes –pruebas PISA– y; (ii) la participación del país en el Centro de Desarrollo [DEV], cuya finalidad es realizar investigaciones, intercambiar información y recoger experiencias entre los

países miembros y los países invitados –no miembros o *partners*– (Mora, 2016).

En el año 2009, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE] expidió un documento en el que analizaban tanto las normas del Régimen de Competencia, compuestas principalmente por la Constitución Nacional, la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992, como los actos administrativos emanados por la Superintendencia de Industria y Comercio a través de su Delegatura para la Protección de la Competencia, de lo cual concluyó que el régimen era flexible, las normas deficientes en diversos temas y no se contaban con los suficientes recursos para su correcto funcionamiento. Así mismo, argumentó que la Ley 1340 de 2009, recién aprobada para ese entonces, corregía algunas de esas falencias, pero muchas otras quedaban por fuera, motivo por el cual se requería más legislación acorde a las nuevas necesidades en materia de competencia. Pese a esos problemas, este organismo exaltó el estatus constitucional otorgado a la competencia, con lo cual, a su juicio, se les facilitaba a las autoridades aplicar las normas (OCDE, 2009).

En este punto, es necesario precisar que la Ley 1340 de 2009 se adoptó en el marco de los acercamientos y primeras relaciones entre Colombia y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE], con el fin de endurecer el régimen y, concretamente, para acoger una serie de recomendaciones entregadas por este organismo internacional para modificar el Régimen de Competencia, a saber: (i) designar a la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad única en materia de competencia; (ii) aumentar el monto de las sanciones a agentes del mercado que incurrieran en prácticas anticompetitivas; (iii) introducir el programa de delación, esto es, permitir el acceso al programa de beneficios por colaboración a aquellas empresas que hubiesen participado en la comisión de conductas anticompetitivas y que se encontraran en disposición de aportar pruebas que le permitieran a la Superintendencia de Industria y Comercio sancionar a otros participantes; (iv) crear el esquema de abogacía de la competencia, esto es, la obligación en cabeza de otras autoridades de regulación de solicitar concepto previo a la Superintendencia de Industria y Comercio cuando se pretendieran expedir proyectos de regulación que pudieran afectar la libre competencia (Álvarez-Correa, 2015).

En el año 2012, la Corte Constitucional realizó un control de constitucionalidad a la Ley 1479 de 2011, por medio de la cual se aprueba la *Decisión del Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE], que establece un centro de desarrollo de la organización*, adoptada por el Consejo en su vigésima novena reunión, en París, el 23 de octubre de 1962, y el “Acuerdo mediante Canje de Notas entre el Gobierno de Colombia y la Secretaría General de la Organización para la

Cooperación y el Desarrollo Económico - OCDE, para la vinculación de Colombia como miembro del Centro de Desarrollo de la OCDE”, concluido el 24 de julio de 2008.

En el marco de este control, la Corte Constitucional entendió que

La integración económica que se ha de procurar con otras naciones no entra en contradicción con las finalidades buscadas por el Centro que, precisamente, buscan aplicar los conocimientos y las experiencias acumulados por otros países en el proceso de su desarrollo a países que, como Colombia, todavía deben superar obstáculos para lograr un crecimiento económico adecuado, lo cual redundaría en beneficio de la integración latinoamericana y del Caribe postulada en los artículos 9 y 227 de la Carta, por cuanto los países de esta región tienden a compartir una situación semejante en el estadio de desarrollo económico. (Corte Constitucional, 2012)

Así pues, todo el proceso de adhesión fue percibido por el Alto Tribunal como parte del vínculo entre Estados y organizaciones internacionales en el marco de las relaciones de cooperación y apertura de los mercados, por lo que decidió declarar exequible las normas objeto de revisión y dio vía libre para continuar con el proceso de adhesión de Colombia a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE].

Para el año 2013, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE] emitió una hoja de ruta para que Colombia pudiera entrar a ser un país miembro de esta organización y un listado de criterios que se debían adoptar para tal fin, entre ellos: (i) ajustar la política fiscal; (ii) mantener la tasa de cambio determinada por el mercado y solo intervenir para compensar los movimientos erráticos de la tasa de cambio; (iii) reducir los costos laborales; (iv) evitar el aumento del salario mínimo por encima de la inflación de precios; (v) promover la apertura comercial; (vi) desarrollar políticas de protección al consumidor (vi) introducir estrategias de gobierno corporativo a través de códigos de buenas prácticas; entre otros (OECD, 2013).

En el año 2015, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE] nuevamente emitió una serie de políticas prioritarias para el desarrollo inclusivo de Colombia, las cuales serían introducidas en el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 del expresidente Juan Manuel Santos, y entre las cuales se encontraban: (i) fomentar la competitividad y el crecimiento; (ii) fomentar la innovación y el emprendimiento; (iii) mejorar las políticas referentes a las nuevas Tecnologías de Información y Comunicación -TIC-; (iv) fomentar programas de gobernanza; (v) adelantar una reforma tributaria para mejorar la sostenibilidad de las finanzas públicas; entre otros (OECD, 2015).

Finalmente, en el año 2018 Colombia entró a formar parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE], siendo el tercer país latinoamericano en ingresar al grupo de los llamados “países ricos” junto con México (1994) y Chile (2010) (Zerda, 2018). Sin embargo, este proceso deja muchas dudas debido no solo a la fragilidad de Colombia en muchos temas, en especial en materia políticas sociales, pues el crecimiento de indicadores económicos no necesariamente implica que haya un mejoramiento de la calidad de vida para la mayoría de la población y, en ese sentido, la idea de *libertad económica* puede ser simplemente la *libertad de ser pobre*, pues la excesiva concentración en la salvaguardia de los mercados y en el reduccionismo económico de la vida moderna son los principales causantes de las prácticas exclusionarias que ahondan la desigualdad social no solo en Colombia sino en el mundo entero (Datos y Connell, 2018). De igual manera, las oposiciones a esta adhesión apuntan al hecho de que la soberanía económica del país estaría limitada por la visión de esta organización, cuya consecuencia más cercana es la profundización del modelo de desarrollo neoliberal (Zerda, 2018).

CONCLUSIONES

A partir del análisis realizado es posible entender que: la libre competencia sienta sus bases en la oposición a la teoría económica clásica del “dejar hacer, dejar pasar” propuesta por Adam Smith, con el consecuente reconocimiento de que los mercados son imperfectos, por lo que el nuevo papel del Estado es regulador y tendiente a corregir las imperfecciones que puedan llegar a reducir la libre competencia.

Como quiera que el proyecto político-económico neoliberal se encuentra inserto en la Constitución Política de 1991, fue posible sentar los criterios fundamentales que conforman al Régimen de Competencia a fin de proteger el mercado nacional, así como incluir las modificaciones necesarias para atender a los cambios del orden económico mundial.

El proceso de adhesión del país a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE] llevó a realizar un ajuste del Régimen de Competencia acogiendo las políticas de promoción y protección de la competencia referenciadas por esta organización. De allí que, desde los primeros acercamientos en el año 2008 y hasta la fecha, Colombia haya iniciado un proceso de modificación del Régimen para endurecer las multas e incluir programas como los beneficios por colaboración y abogacía de la competencia, además de reforzar las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad única en materia de Competencia, todo lo cual culminó con la expedición de la Ley 1340 de 2009 y un sinnúmero de programas y estudios de mercado para intentar unificar y armonizar las decisiones que en materia de regulación del mercado posee

el Estado colombiano. Sin embargo y debido a las recomendaciones de la OCDE para Colombia es previsible que el régimen se vuelva a modificar para endurecer un poco más las conductas y las sanciones contra los infractores.

REFERENCIAS

- Alarcón, A. (2017). *Economía social de mercado y libre competencia* (tesis doctoral). Universitat de Valencia, Valencia, España. Recuperado de <http://mobiroderic.uv.es/handle/10550/59119&ved=2ahUKEwihlPyxpanjAh>
- Aldunate, E. (2010). Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo. *Revista de Derecho*, (23), pp. 79-102.
- Álvarez-Correa, C. (2015). *Exposición de motivos: Proyecto de Ley “por el cual se introducen modificaciones al régimen de protección de la competencia, a las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, y se dictan otras disposiciones”*. Recuperado de https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/EXPOSICION_DE_MOTIVOS.pdf
- Babb, S. y Kentikelenis, A. (2018). International Financial Institutions as Agents of the Neoliberalism. En Cahill, D., Cooper, M., Konings, M., y Primrose, D. (Ed.). *The SAGE Handbook of Neoliberalism* (pp. 16-27). Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington D.C., Melbourne: SAGE.
- Colombia. Corte Constitucional (2012, 06 de junio). Sentencia C-417, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá.
- Dados, N. y Connell, R. (2018). Neoliberalism in World Perspective: Southern Origins and Southern Dynamics. En Cahill, D., Cooper, M., Konings, M., y Primrose, D. (Ed.), *The SAGE Handbook of Neoliberalism* (pp. 16-27). Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington D.C., Melbourne: SAGE.
- Dezalay, Y. y Garth, B. (2002). *La internacionalización de las luchas por el poder: La competencia entre abogados y economistas por transformar los Estados latinoamericanos*. Bogotá: Colección En Clave del Sur, ILSA.
- Díaz, J. (2009). Estado Social de Derecho y neoliberalismo en Colombia: Estudio del cambio social a finales del siglo XX. *Revista de Antropología y sociología Virajes*, (11), pp. 205-228.
- Estrada, J. (2004a). *Construcción del Modelo Neoliberal en Colombia 1970-2004*. Colombia: Editorial Gente Nueva.

- Estrada J. (2004b). Sobre la metamorfosis del proyecto político económico neoliberal. *Espacio Crítico*. Recuperado de http://www.espaciocritico.com/sites/all/files/articles/a0145_je-a22.pdf
- Garay, L. J. (2013). Economía ecológica, ecología política y justicia ambiental, y neo-institucionalismo: Algunas aproximaciones para el análisis de problemáticas alrededor de la explotación de recursos naturales no renovables. En: Contraloría General de la República. *Minería en Colombia: Institucionalidad y territorio, paradojas y conflictos* (pp. 11-26). Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.
- Kalmanovitz, S. (2001). *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*. Bogotá, Colombia: Editorial Norma.
- Losing, N. (2002). Estado de Derecho, seguridad y desarrollo económico. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (6), pp. 273-297.
- Martínez-Álvarez, J. J. (2015). Impacto de las reformas económicas neoliberales en Colombia desde 1990. *Revista In Vestigium Ire*, 8(5), pp. 78-91.
- Mejía, O. (2003). Teoría Crítica, Estado autoritario y sociedad global. La heterodoxia Marxista y el reto de la globalización. En: Estrada, J. *Marx Vive: dominación, crisis y resistencias en el nuevo orden capitalista* (pp. 95-126). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Mirowski, P. (2013). La doctrina del bloqueo del shock. *Nunca dejes que una crisis te gane la partida ¿Cómo ha conseguido el neoliberalismo, responsable de la crisis, salir indemne de la misma*, Cap. 2 (pp. 49-127). Barcelona: Planeta.
- Misas, G. (2002). *La ruptura de los 90: Del gradualismo al colapso*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Mora, D. (2016). *¿Neoliberalismo 3.0? Análisis de la hoja de ruta para el ingreso de Colombia a la OCDE y su influencia en el articulado del PND 2014-2018: Todos por un nuevo país "Paz, equidad, educación"* (tesis de pregrado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.
- North, D. C. (1991). Institutions. *The Journal of Economics Perspectives*. 5(1) pp. 1-97.
- Organization for Economic Co-Operation and Development [OECD]. (2009). *Country Studies: Colombia - Peer Review of Competition Law and Policy*. Recuperado de <https://www.oecd.org/daf/competition/44110853.pdf>
- Organization for Economic Co-Operation and Development [OECD]. (2013). *Roadmap for the Accesion of Colombia to the OECD Convention (Adopted by Council at its 1285th session on 19 September 2013)*. Recuperado de [https://one.oecd.org/document/C\(2013\)110/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/C(2013)110/FINAL/en/pdf)
- Organization for Economic Co-Operation and Development [OECD]. (2015). *Serie "Mejores Políticas": Colombia Políticas Prioritarias para un Desarrollo Inclusivo*. Recuperado de <https://www.oecd.org/about/publishing/colombia-politicas-prioritarias-para-un-desarrollo-inclusivo.pdf>

- Sachs, W. (1990). The Archaeology of the Development Idea. *Inter Culture*, 4 (23), pp. 2-38.
- Valencia, M. (2013). El ingreso de Colombia a la OCDE: Consolidando el desastre neoliberal. *Deslinde*. Recuperado de <https://deslinde.co/el-ingreso-de-colombia-a-la-ocde-consolidando-el-desastre-neoliberal/>
- Van Horn, R. y Nik-Khah, E. (2018). Planning the “Free” market: The Genesis and Rise of Chicago Neoliberalism. En Cahill, D., Cooper, M., Konings, M., y Primrose, D. (Ed.), *The SAGE Handbook of Neoliberalism* (pp. 98-112). Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington D.C., Melbourne: SAGE.
- Velasco, N. y Vladimir, J. (2015). Teoría del derecho, Neoconstitucionalismo y modelo de Estado Constitucional en el contexto colombiano. *NOVUM JUS*, 9, pp. 49-73.
- Zerda, A. (2018). El ingreso de Colombia a la OCDE: oportunidad o riesgo. *UN Periódico Digital*. Recuperado de <http://unperiodico.unal.edu.co/pages/detail/el-ingreso-de-colombia-a-la-ocde-oportunidad-o-riesgo>

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL PRECEDENTE DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN EL CAMPO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA *

Andrea Melissa Andrade¹, María Elena Caicedo Yela²

Fecha de recepción: 3 de abril de 2020

Fecha de aceptación: 23 de junio de 2020

Referencia: ANDRADE, Melissa. CAICEDO María Elena (2020). *Análisis jurisprudencial del precedente del Consejo de Estado sobre la pérdida de la oportunidad en el campo de la responsabilidad médica*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 6. Núm. 10. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

RESUMEN: La *pérdida de oportunidad* o *pérdida de chance* (*perte d'une chance*), es una figura de origen extranjero, que ha sido adoptada en nuestro ordenamiento jurídico a nivel jurisprudencial. En este artículo analizaremos específicamente la línea trazada por el Consejo de Estado cuando aplica esta figura en los casos de falla médica, y el carácter que se da a la misma. Partiremos de la responsabilidad médica en Colombia, su concepto y los elementos para su estructuración, luego abordaremos el origen de la figura de la pérdida de oportunidad, así como la construcción conceptual y alcance de dicha figura, desde los extremos que abanderan el debate sobre su naturaleza jurídica: como daño autónomo y como herramienta de facilitación probatoria.

* Artículo presentado en mayor extensión como Trabajo de Grado para optar el título de Magister en Derecho Administrativo en la Universidad del Cauca.

1. Abogada titulada de la Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Nariño. Especialista en Instituciones Jurídico-Procesales de la Universidad Nacional y Magister en Derecho Administrativo de la Universidad del Cauca.
2. Abogada titulada de la Universidad Cooperativa de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Nariño y Magister en Derecho Administrativo de la Universidad del Cauca.

Por último, haremos un análisis de varias sentencias que ha proferido el Consejo de Estado en materia de pérdida de oportunidad por falla médica, para trazar la línea jurisprudencial que es la que permitirá dar respuesta a la pregunta planteada en este artículo. Esto, teniendo en cuenta que es cada vez más frecuente el uso de esta figura en procesos por falla médica contra la administración; por lo que resulta de gran importancia verificar si es aplicada con unanimidad de criterio por los operadores judiciales, en pro del principio de seguridad jurídica y derecho a la igualdad de los usuarios de la administración de justicia.

Palabras claves: Pérdida de oportunidad, falla médica, daño autónomo, facilitación probatoria, causalidad.

ABSTRACT: The loss of opportunity of loss of chance (*perte d'une chance*), it is a figure of foreign origin, which has been adopted in our legal jurisprudential level. In this article, we will analyze then, the line drawn by the state council regarding the application of this figure in cases of medical failure, and the character or treatment that has been given to it in this field. For this, we will start from the perspective of medical responsibility in Colombia its concept and the elements for its structuring, and then address the origin of the lost opportunity, its conceptual construction and scope from the extremes that will lead the debate on its juridical nature: On one hand, as autonomous damage and on the other, as evidence facilitation tool. Finally, we will make an analysis of the main sentences issued by the Council of State regarding the loss of opportunity due the medical failure, to draw the jurisprudential line that will allow the answer to the question posed in this article. The importance of this issue is that the use of this is increasingly common in processes due to medical failure against the administration; therefore, it is of great importance to verify whether or not it is applied unanimously by judicial operators, in favor of the principle of legal certainty, and the right to equality of the users of the administration of justice.

Key words: Loss of opportunity, medical failure, autonomous damage, evidentiary facilitation, causations.

INTRODUCCIÓN:

Con la Carta Política de 1991, se elevó a rango constitucional la función resarcitoria del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables a causa de la acción u omisión de sus agentes o autoridades públicas, bajo la premisa consagrada en artículo 90 de esta norma superior, siendo la ac-

ción de Reparación Directa (Ley 1437, 2011, art. 140)³, el medio de control legal idóneo para acceder a la administración de justicia a efectos de que se declare responsable administrativa y patrimonialmente al Estado y se indemnice a las víctimas por los daños antijurídicos sufridos.

En este contexto, una de las modalidades por la que más frecuentemente se condena al Estado, es la responsabilidad derivada de la prestación del servicio de salud o responsabilidad médica, que se ha mantenido en permanente desarrollo y evolución en el tratamiento de la jurisprudencia del Consejo de Estado, desde el título de imputación, que por regla general se focaliza en la falla de servicio, –la cual ha sido encasillada por regla general como una responsabilidad de orden subjetivo–, pasando por el daño, el nexo de causalidad y la cuantía o monto de indemnización, para citar unos ejemplos.

Siendo que el derecho administrativo en materia de responsabilidad estatal ha sido eminentemente de desarrollo jurisprudencial; su evolución ha sido influenciada por figuras y conceptos extranjeros que se han ido adaptando a nuestro ordenamiento de acuerdo a nuestra problemática social, cultural, económica y política.

Una de las figuras de creación jurisprudencial e influencia extranjera es precisamente, la denominada *pérdida de oportunidad o pérdida de chance* (*perte d'une chance*), la cual merece un particular análisis desde la perspectiva de su naturaleza jurídica, concepción e indemnización en el ámbito de la responsabilidad médica o de prestación del servicio público de salud en Colombia, pues, según la doctrina puede tener varias acepciones; una de ellas consiste en atribuirle el carácter de daño autónomo que debe ser reconocido y por ende, indemnizado cuando se configura, otra, según la cual, la pérdida de oportunidad, no puede ubicarse como un daño sino como una herramienta para resolver problemas de causalidad o probabilidad causal, y finalmente una mixta, según la cual, esta figura se ubica en los dos extremos, es decir, sirve tanto para establecer la certeza del daño, como para determinar el nexo causal a través de una causalidad real y no hipotética.

En cualquiera de estos casos y en relación con la falla en el servicio médico o de salud, se presentan dificultades prácticas para determinar tanto el grado e intensidad del daño causado frente a la expectativa probable de curación o supervivencia del paciente, como respecto a la propia certeza sobre el nexo de causalidad de la misma con la acción u omisión del

3. Estatuida en Colombia a partir de la Ley 167 de 1941 (Art. 68 y concordantes), posteriormente en el Decreto 01 de 1984 CCA (art. 86) y actualmente en la Ley 1437 de 2011 - CPACA (art. 140).

agente estatal y por ende, en la ponderación de tal concepto a la hora de establecer la respectiva indemnización.

De forma concomitante con este panorama doctrinal, cabe señalar que la determinación y aplicación de la pérdida de la oportunidad, no ha sido pacífica en la Jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo, de ahí que su estudio resulta relevante para el derecho de daños en materia de la responsabilidad médica en Colombia, por lo que con el presente trabajo, pretendemos reconocer la naturaleza jurídica de la pérdida de oportunidad en este ámbito, a la par con los criterios que el Consejo de Estado ha venido aplicando para establecer su tipología y configuración, cuando resuelve demandas por responsabilidad médica, esto es, si su postura ha sido darle el tratamiento de daño autónomo o por el contrario, de herramienta de facilitación probatoria para establecer el nexo de causalidad o si existe una postura intermedia u otra diferente que aplique la Alta Corporación, además cuál de ellas es la posición predominante e igualmente cómo influye ese criterio en la cuantificación de la indemnización ante una eventual condena.

Para lograr el objetivo, abordaremos la temática en tres capítulos. El primero, partiendo de una introducción general de la responsabilidad médica en Colombia, su concepto y los elementos para su estructuración, con el fin de explorar la conceptualización del nexo de causalidad y del daño, en cuyas categorías, reside la controversia de ubicación jurisprudencial de la pérdida de oportunidad.

En el segundo capítulo, haremos referencia al origen de la figura de la pérdida de oportunidad, seguidamente se analizará la construcción conceptual y alcance de dicha figura, desde los extremos que abanderan el debate sobre su naturaleza jurídica, que consideramos son el eje de nuestro trabajo, el primero, sobre la pérdida de la oportunidad como herramienta de facilitación probatoria y la segundo como daño autónomo.

Por último, en el tercer capítulo, haremos un análisis de las más emblemáticas sentencias que ha proferido el Consejo de Estado en materia de pérdida de oportunidad, desde el año 1999, en el que según los archivos físicos de la Relatoría de este Alto Tribunal, parte en Colombia la evocación de esta figura, para trazar hacia adelante la línea jurisprudencial marcada durante casi 20 años sobre la misma, citando los pronunciamientos más relevantes que constituyen hitos y establecen posturas a favor de la pérdida de oportunidad como daño autónomo o como una herramienta de facilitación probatoria, resaltando un pronunciamiento del año 2017, donde identificamos la sentencia arquimédica, que es la que permitirá dar respuesta

a la pregunta planteada en este trabajo, para conocer cuál es la posición dominante en el Consejo de Estado sobre la aplicación de esta figura.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

¿Cuál es el precedente trazado por el Consejo de Estado en materia de tratamiento de la figura de la pérdida de la oportunidad en los eventos de responsabilidad médica, como daño autónomo o como herramienta para establecer el nexo de causalidad?

1. RESPONSABILIDAD MÉDICA Y LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

El estudio de la pérdida de oportunidad (*perte d'une chance*) en el campo de la salud, permite valorar como se verá más adelante, las implicaciones a nivel de la responsabilidad estatal y las consecuencias indemnizatorias de aquella conducta médica negligente, tardía o constitutiva de falla que si bien no produjo el resultado final “muerte o lesiones del paciente” le restó la oportunidad de sobrevivir o de recuperarse.

No obstante, se reafirma que el tratamiento de esta figura no ha sido pacífico en la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo, pues, ha resultado controversial, a la hora de definir la responsabilidad del Estado y establecer indemnizaciones a su cargo por este concepto, en tanto, para unos autores su aplicación se finca en el daño, mientras que para otros en el plano de la causalidad, de ahí que es importante examinar si esta figura puede ser aplicada con unanimidad de criterio por los operadores judiciales como garantía de seguridad jurídica y tratamiento igualitario en casos similares.

Para abordar este tema, partimos entonces, del esquema de estructuración jurisprudencial de la responsabilidad médica en Colombia, la cual, según lo ha reiterado el Consejo de Estado (1998a) ésta se configura cuando concurren como elementos necesarios: “la falla del servicio, consistente en la irresponsabilidad, el descuido y la omisión por parte de los médicos; un perjuicio cierto y determinado, y la relación de causalidad entre la falla y el perjuicio” (s.p.).

Dado que la falla de servicio médico ha sido encasillada por esencia en el régimen de responsabilidad subjetivo, siendo un elemento estructural la relación de causa y efecto entre éste, y la culpabilidad de la Administración; el nexo causal no puede estar ausente, como sucede en el caso de la responsabilidad de orden objetiva para que nazca la función resarcitoria del Estado, de ahí que surge la duda sobre si la pérdida de oportunidad revalúa este concepto, en cuanto a si ¿debe concurrir necesariamente el

requisito del nexo de causalidad para la propia configuración de la pérdida de oportunidad? o si solo resuelve el nexo de causalidad cuando el mismo no aparece claramente materializado?, y en cuanto, cómo concepción de daño, si cumple o no con la característica de ser un daño cierto? como lo exige el derecho de daños en nuestra legislación, o, contrariamente se trata de un daño incierto o hipotético?, por contener un elemento de incertidumbre respecto a la ventaja o provecho que se pudo obtener o perjuicio que se pudo evitar.

1.1. Origen y antecedentes de la teoría de la pérdida de oportunidad (*perte d'une chance*)

Al respecto, encontramos que el principal referente sobre el origen de la figura de la pérdida de oportunidad se remonta al derecho francés entre finales de siglo XIX y principios del XX, en cuanto el autor Francesco Donato Buselli, sostiene que es “una invención made in France” (como se citó en Asensi y Luna, 2013, p. 230), en donde ha recibido tratamiento como daño autónomo a partir del fallo del caso Guilbot del 5 de enero 2000, abandonando la teoría del todo o nada, pues en este caso no se indemniza el daño final sino proporcionalmente el daño intermedio (C.E, 5 de enero de 2000, Cts. Tella et AP-HP c/M. Guilbot, rec., p. 5. Concl. D. Chauvaux, 2000, p. 137). (como se citó en Consejo de Estado, 2017a, p. 14)

Posteriormente, fue promulgada en Inglaterra (*Loss of a chance of recovery*), y seguidamente, fue introduciéndose en otros ordenamientos jurídicos, tales como en España en donde si bien, en su origen se vinculó directamente con el nexo de causalidad, en los últimos años ha sufrido una evolución, vinculándose con en el aspecto de la *lex artis*, como elemento de la antijuridicidad (Asensi y Luna, 2013, p. 239).

En Latinoamérica, se inició en Argentina, en donde se encuentra legislado como daño al contemplar en el artículo 1739 del CC que “(...) La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador” luego en Colombia como se verá en adelante y recientemente en Chile, en donde es valorado como daño, tomando como factores esenciales para medirlo: el carácter irreversible de la enfermedad, la posibilidad de paliar el dolor y la existencia de posibilidades de prolongar la vida (Tapia, 2012, p. 261).

En el caso de Colombia, la aplicación de la figura pérdida de oportunidad ha sido acogida desde el plano jurisprudencial, tanto por la notable influencia del derecho francés como por la observación de su alcance, en

el Derecho Comparado. Para los autores Serrano y Tejada (2014), fue a partir del estudio de la Responsabilidad por omisión en materia médica que la jurisprudencia del Consejo de Estado, empieza abordar la figura de la pérdida de oportunidad en esta área, cuando se restan probabilidades de recuperación o sobrevida del paciente, en casos, tanto de falta de atención como de prestación de servicio de salud ineficiente.

1.2 Concepto de la pérdida de oportunidad según la Doctrina

Sobre la construcción conceptual y alcance de dicha figura, abordamos la concepción doctrinal desde los dos extremos que abanderan el debate sobre su naturaleza jurídica, que consideramos son el eje de nuestra investigación, así:

1.2.1. Tesis causalidad

Desde la tesis de Causalidad, se define la pérdida de la oportunidad como una institución jurídica que se presenta cuando la relación entre el hecho del agente y el daño no es de correspondencia directa, es decir, cuando el nexo causal se torna difuso; y es en este escenario, donde cobra el valor como herramienta que permite aclarar o presumir a partir de un cálculo de probabilidades que tal relación de correspondencia es directa, dando paso a que opere la reparación (Medina, como se citó en Consejo de Estado, 2010b, exp. 18593).

Entre los principales autores que sostienen que la pérdida de oportunidad es una técnica de facilitación probatoria respecto de la causalidad, encontramos a Luis Medina Alcoz, Álvaro Luna Yerga, Javier Tamayo y Enrique Gil Botero para quien la pérdida de oportunidad sirve como instrumento para determinar en qué porcentaje contribuyó una omisión o acción en la producción de un puntual daño antijurídico (muerte o lesiones).

1.2.2. Tesis del Daño autónomo

Sobre la concepción de la pérdida de oportunidad como daño, encontramos como principales exponentes los autores François Chabas, Giraldo Gómez y Jorge Mayo para quienes la pérdida de oportunidad es una forma especial de perjuicio, ya que el perjuicio no es la *ventaja esperada* (ejemplo: ganar un proceso), sino la pérdida de la oportunidad de obtener esa ventaja que se espera (François Chabas, 2000).

En materia de responsabilidad médica esta tesis se aplica cuando la acción u omisión del agente estatal le resta al paciente la oportunidad de evitar un desmedro de su salud o de mejorar su condición clínica, situación que respecto a su concepción como daño cierto, no ha sido pacífica en

la Jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo, en tanto, el sector de la doctrina contrario, lo estigmatiza de ser un daño hipotético que bordea las características del eventual o incierto por el elemento de la incertidumbre relativo a la posibilidad de mejoría o sobrevida del paciente.

Sin embargo, esta tesis, se inclina por indemnizar no el daño final como lesión o muerte del paciente, sino la oportunidad cierta que tenía en cuanto a su recuperación o sobrevida.

2. LÍNEA JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO

El diseño de nuestra línea jurisprudencial parte del problema jurídico que nos planteamos en el sentido establecer: ¿Cuál es el precedente trazado por el Consejo de Estado en materia de tratamiento de la figura de la pérdida de oportunidad en los eventos de responsabilidad médica, como herramienta para establecer el nexo de causalidad o como daño autónomo?

Abarcamos, aquí un primer periodo: a partir del año de 1999 hasta mediados del año 2000. En el que se adopta en Colombia la figura de la pérdida de oportunidad en el campo de la responsabilidad médica como herramienta para establecer el nexo de causalidad y posteriormente, un Segundo Período que va desde mediados del año 2000 con la Sentencia de la C.P. María Giraldo Gómez de junio 15 de 2018, con Tendencia Prevalente sobre la concepción de esta figura, por parte del Consejo de Estado como daño autónomo, con desviaciones intermitentes frente a la tesis contraria, marcadas especialmente por la posición del CP Enrique Gil Botero.

2.1. Sobre el Primer Período 1999 a 2000

Encontramos la *Sentencia Fundadora de línea jurisprudencial*, con el fallo de la *Sección Tercera del 28 de enero de 1999 C.P. Germán Rodríguez, (expediente 15314)*, en la medida en que posibilitó la introducción y desarrollo de esta figura en la actividad médico-sanitaria estatal (1999a).

En esta sentencia se toca de manera incipiente el concepto de pérdida de oportunidad, para tener por configurado el nexo de causalidad, pues, aunque el Consejo de Estado admite que no está probado que la culpa o falla hubiera sido la causa del daño, parte de la omisión de la IPS demandada en la práctica de algunos exámenes médicos prescritos al paciente en cuanto ello impidió un diagnóstico oportuno de la enfermedad, pese a existir según el médico tratante cuatro hipótesis sobre la muerte del paciente y de reconocer la incertidumbre de que ante un diagnóstico oportuno, se hubiese realmente evitado el resultado dañino-muerte del paciente. Concluyó la Sala que, si bien, no existió certeza en cuanto a que de haberse realizado un tratamiento oportuno el paciente no hubiera muerto pues

nunca se tuvo un diagnóstico definitivo de la enfermedad que padecía, sí lo es en cuanto a que el retardo de la entidad le restó oportunidades de sobrevivir.

En este caso, se valoró la muerte como daño final para condenar por el 100 por ciento del valor de las pretensiones, tomando entonces la pérdida de oportunidad como elemento para resolver la causalidad. Este pronunciamiento fue criticado por la doctrina, en tanto aquí se debió, o bien haber absuelto por ausencia de prueba del nexo causal, o siendo consecuentes con la aplicación de la pérdida de la oportunidad, se debió reducir el monto indemnizable.

Siguiendo la misma tesis, *el 26 de abril de 1999, el Consejo de Estado con ponencia del consejero Ricardo Hoyos Duque (expediente 10755), emite una sentencia reiteradora de línea sobre el tratamiento de la figura de la pérdida de oportunidad como instrumento para solucionar problemas de causalidad, en un caso similar y bajo el mismo criterio antes reseñado (1999b).*

Igualmente, el 3 de mayo de 1999 se emite una sentencia reiteradora de línea con ponencia del mismo Consejero Dr. Ricardo Hoyos Duque, expediente 11169, en la que citó la aplicación de la figura de la pérdida de oportunidad para dar por probado el nexo causal en un caso en el que una menor quedó parapléjica después de habersele practicado una biopsia de médula espinal, puesto que consideró que aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto Nacional de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar (Consejo de Estado, 1999c)

Para Tamayo (2007) en este pronunciamiento, el Consejo de Estado al efectuar las consideraciones para decidir condenar a la entidad demandada, por el total del daño causado, acude a dos figuras excluyentes entre sí para dar probado el nexo causal, cuales son la probabilidad preponderante y la pérdida de oportunidad, pues, de una parte, da por probado el nexo causal a partir de la alta probabilidad de que la intervención quirúrgica hubiese sido la causa del daño en el paciente..., siendo que la probabilidad preponderante consiste en dar por demostrada la relación de causalidad en un supuesto específico sin necesidad de exigir plena prueba o certeza absoluta de la misma, por bastar la existencia de la probabilidad de ocurrencia en la relación de causa y efecto, sin embargo, al continuar con el análisis, indica que persiste una falta de certeza en cuanto a que si no se hubiese realizado la mencionada intervención médica, aquella no hubiese quedado inválida; por lo que para sortear esta aparente indeterminación

causal, decide finalmente contrastar tales elementos de incertidumbre y probabilidad, aplicando como remedio o solución la figura de la pérdida de oportunidad a fin de concluir que dicho procedimiento si le restó la oportunidad de mejorar su situación física.

Se evidencia adicionalmente en este fallo, que al emplear dicho concepto, como instrumento de solución de la llamada incertidumbre causal entre la falla de servicio y el daño final, es decir, al aplicarla como remedio de la relación causal, la Alta Corporación de lo Contencioso ordena indemnizar a la parte actora el 100% de los perjuicios de orden moral, fisiológico y material en la modalidad de lucro cesante; decisión que se considera tiene lugar, en que lo que se está reparando es el daño final –invalidéz de la menor–, y no el daño intermedio, es decir, la oportunidad que tenía de no agravar su condición de salud.

Cabe señalar además, que respecto al referido contraste de elementos de la aparente incertidumbre causal y/o la relación de probabilidad del daño con dicha causa, aparece dilucidado por Luna (2005), como criterio de aplicación de la figura de la pérdida de oportunidad en sede del nexo causal, al indicar que eventualmente se pueden llegar a presentar situaciones en las cuales (...)

no es posible acreditar el nexo de causalidad entre un comportamiento médico negligente y el daño sufrido por el paciente, pero existe una probabilidad significativa de que el evento dañoso no hubiera tenido lugar de haberse dado la conducta debida; la doctrina de la pérdida de oportunidad permite considerar que dicha negligencia privó al paciente de oportunidades de curación o supervivencia que deben ser indemnizadas. (Luna, 2005, p. 1)

2.2. Segundo Periodo: 2000-2018. Tendencia Prevalente del Consejo de Estado de la pérdida de oportunidad como daño autónomo en el campo de la responsabilidad médica, con desviaciones intermitentes frente a la tesis contraria.

Un viraje total de la concepción de la pérdida de la oportunidad en el campo de la responsabilidad médica, hacia el terreno del daño, se da con la *Sentencia del 15 de junio de 2000, C.P. María Elena Giraldo Gómez*, expediente 12548, pues, en esta ocasión deja de valorarla como remedio de la imputación fáctica o del nexo causal y lo hace como la afectación en sí misma de la oportunidad perdida, con la anotación especial de que al momento de fallar decide reducir la indemnización ordenada en primera instancia en un 60%, en consideración a la proporcionalidad de este tópico, sin profundizar en el método de su ponderación.

Con este pronunciamiento, el Consejo de Estado (2000) establece el nexo de causalidad a partir de la prueba indiciaria y empieza a independizarlo de la aplicación de la pérdida de la oportunidad para redireccionarla hacia el terreno del daño, evidenciando una aparente diferenciación en la concepción del daño final con respecto al intermedio, el primero traducido en la muerte del paciente y el segundo relacionado con la oportunidad que tenía de recuperarse, sin determinar hasta el momento, el método de tasación de dicho perjuicio o porcentaje de indemnización.

Igualmente con la sentencia del 14 de junio de 2001 de la misma CP María Elena Giraldo, expediente 13006, se reitera el criterio señalado con la sentencia anterior, sin embargo, se destaca que el mismo resulta importante sobre la perfilación de la pérdida de oportunidad dentro de la esfera del daño, puesto que el Consejo de Estado opta por tenerlo presente en su tipificación como daño intermedio y su consiguiente tasación proporcional, dado que lo que aquí se indemniza no es el daño final –muerte del paciente–, sino la situación de haberse restado la posibilidad de mejoría, por cuya razón, se considera que no puede implicar una indemnización plena (Consejo de Estado, 2001a).

El 8 de noviembre del mismo año 2001, se emite una sentencia reconceptualizadora de línea, de la pérdida de oportunidad en el plano del daño, con Ponencia del Dr. Ricardo Hoyos Duque, expediente 13617, quien anteriormente se inclinaba por tesis contraria, y en este caso, niega las pretensiones de la demanda, por no ver configurada la pérdida de oportunidad, puesto que el paciente no tenía probabilidad real o cierta de sobrevivir, pues, la patología que padeció de trombo embolismo pulmonar masivo constituía un hecho súbito e impredecible según el médico legista, y por ende señaló que no se daban aquí los criterios trazados por el tratadista François Chabas para su configuración, implementándolos como reglas de configuración de la pérdida de oportunidad esto es:

1. Se requiere que la víctima haya tenido una oportunidad, en este caso de sobrevivir. “El áleas no es la misma cosa que el riesgo” y b) la oportunidad debe existir, ser real y no meramente hipotética (Consejo de Estado, 2001b).
2. Que por culpa del agente se haya perdido esa oportunidad. Por lo tanto, no puede hablarse de pérdida de oportunidad cuando se desconoce la causa de la pérdida de la ventaja, causa que pudo ser la culpa del agente. “Está entonces prohibido, sobre todo, recurrir a la teoría de la pérdida de una oportunidad cuando el médico no ha hecho más que aumentar un riesgo” (Consejo de Estado, 2001b).

3. Cuando el perjuicio es la pérdida de una oportunidad de sobrevivir, el juez no puede condenar al médico a pagar una indemnización igual a la que debería si él hubiera matado realmente al enfermo. El juez debe hacer que la reparación sea proporcional al coeficiente de oportunidades que tenía el paciente y que éste ha perdido... Se examina cuántas oportunidades tenía el paciente de no sufrir este otro perjuicio; se calcula la indemnización según esas oportunidades, pero tomando como base la suma que habría servido para indemnizar por la muerte o por la pérdida cierta de cualquiera otra 'ventaja esperada' (Consejo de Estado, 2001b).

En síntesis, como no se acreditó el vínculo causal entre la falla del servicio de la administración y la muerte de la paciente o la pérdida de la oportunidad de su sobrevivencia, se confirmó el fallo recurrido (Consejo de Estado, 2001b).

Seguidamente, se observa una Sentencia reiteradora de línea, con el fallo del 24 de enero de 2002 C.P, Jesús María Carrillo Ballesteros; expediente 1706, mediante el cual, el Consejo de Estado declaró administrativamente responsable al Hospital Militar Central, de los daños y perjuicios ocasionados a Luis Alfredo Sánchez, con motivo de la pérdida de oportunidad representada en la omisión a comunicarle los riesgos de la intervención médico-quirúrgica que le fue practicada el 13 de mayo de 1993. En este fallo indicó que la pérdida de oportunidad como daño, puede concebirse como un perjuicio actual o futuro, pero que en todo caso para tomarse como criterio de indemnización debe ser cierto y no eventual, tal y como se indicó en sentencia anteriormente reseñada.

La pérdida de la oportunidad de curarse o de sobrevivir se toma en consideración a su existencia, en tanto que si ella es apenas eventual no será tenida como reparable.

En el caso sub análisis, la oportunidad habría consistido, no en curarse, sino en no agravarse y mantenerse en el estado en que se encontraba, y que los demandantes valoran como superior a aquel en que el paciente quedó luego de la intervención a la cual fue sometido sin la suficiente ilustración sobre el grave riesgo que corría.

Respecto a la indemnización, la Sala, en aplicación del principio de arbitrio judicial, considera justo y proporcional reconocer el 50% del perjuicio causado. Evidencia la reiteración del criterio de tasar el daño por pérdida de oportunidad de forma diferente al daño final, es decir, de forma proporcional a este concepto y no de manera plena, acudiendo en esta ocasión al principio de *arbitrio judicial*, es decir, a discreción del operador judicial, debido a la ausencia de reglas que delimiten esta clase de ponderación.

Para el año 2004, se profiere otra sentencia reiteradora de línea, que apunta a fortalecer las características de la pérdida de oportunidad como daño cierto, propiciando a futuro la determinación jurisprudencial de los presupuestos constitutivos de su materialización. Hacemos referencia al pronunciamiento emitido por el Consejero Germán Rodríguez Villamizar en la Sentencia del 21 de abril del año 2004, expediente 13741, quien a pesar de ser el ponente de la sentencia fundadora de línea, que aplicaba dicha figura para solucionar problemas de causalidad, ahora en este caso, aboga por la tesis contraria, indicando que el reconocimiento de la pérdida de oportunidad como daño cierto, se encuentra sujeto a las probabilidades de recuperación de la víctima, al señalar:

La Sala considera que si bien, como se indicó en la prueba pericial obrante en el expediente, que no puede afirmarse que de haberse efectuado la intervención quirúrgica en forma oportuna y de haberse proporcionado desde el momento del ingreso del paciente al hospital, la atención de urgencias que requería para tratar la lesión (G) no habría muerto, si se encuentra probado que tal circunstancia le coartó la posibilidad de recuperación y supervivencia, ya que según se anotó en el informe médico, la oportuna aplicación del procedimiento médico a seguir en esos casos reduce la mortalidad de un 35% a un 6%. De manera que al paciente (G) se lo privó de la oportunidad de la recuperación que, según los dictámenes obrantes en el proceso, habría sido mayor en el evento de haber atendido pronta y adecuadamente al lesionado. (Consejo de Estado, 2004, s.p.).

En este recorrido, se encuentra también la sentencia reiteradora de línea del 31 de agosto de 2006 C.P. Ruth Stella Correa Palacio; expediente 15772, mediante la cual el Consejo de Estado (2006) estableció que la pérdida de oportunidad como modalidad del daño, siguiendo los postulados de François Cabas, se edifica a partir de un elemento estructural, el cual es el de que la probabilidad de mejoría o supervivencia del paciente, debe ser real o debe haber existido, pues, no debe ser hipotética, de tal suerte que no puede utilizarse esta figura para solucionar problemas de causalidad.

En este sentido, el Consejo de Estado decidió en esta oportunidad, confirmar la sentencia del Tribunal Administrativo de Santander el 10 de diciembre de 1997 que negó las pretensiones de la demanda, en tanto, no se logró acreditar que el paciente tenía una probabilidad real de mejoría o supervivencia, cuyo criterio como ya se dijo antes, constituye según este fallo, una pieza estructural de la pérdida de oportunidad en el plano del daño.

El 26 de marzo del año 2008, igualmente el Consejo de Estado profirió una trascendental sentencia C.P. Ruth Stella Correa Palacio, expediente 15725, confirmando el fallo de primera instancia del Tribunal Adminis-

trativo del Tolima del 10 de agosto de 1998, en el sentido de negar las pretensiones de la demanda, porque no se logró acreditar que el paciente tenía efectivamente una probabilidad real de sobrevivencia o mejoría. A pesar de que este pronunciamiento reitera los criterios de estructuración de la pérdida de oportunidad como daño, que se venían referenciado en providencias anteriores; se considera que constituye una sentencia hito reconceptualizadora de línea, pues, sienta las siguientes subreglas que deberán tenerse en cuenta para efectos del reconocimiento e indemnización de esta figura, a partir de los postulados de François Chabas y Javier Tamayo Jaramillo como se citan a continuación:

Se destaca que la determinación de la pérdida de la oportunidad no puede ser una mera especulación, es necesario *que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa real haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica*. En este aspecto hay que prestar la máxima atención y no resolver como pérdida de oportunidad eventos en los cuales lo que se presentan son dificultades al establecer el nexo causal.

Conforme a los criterios jurisprudenciales y doctrinarios desarrollados sobre el tema, puede llegarse a la conclusión de que para que proceda la responsabilidad patrimonial del Estado por “pérdida de oportunidad” en materia de responsabilidad médica, se requiere acreditar:

- (i) *Que la entidad obligada a brindar el servicio médico requerido incurrió en una falla del servicio por haber omitido el cumplimiento de su obligación o haber brindado el servicio de manera tardía o inadecuada. (...)*
- (ii) *Que la persona que demandó el servicio médico tenía serias probabilidades de recuperar o mejorar su estado de salud, con una adecuada y oportuna intervención médica, porque el daño, en este tipo de eventos no es la muerte, la invalidez, la incapacidad, sino la frustración de la probabilidad de conservar la vida o recuperar la salud, si se hubiera prestado al paciente un tratamiento oportuno y adecuado.*
- (iii) *Que la falla del servicio médico frustró esa probabilidad.* Debe quedar establecido el nexo causal entre la falla médica y la pérdida de la oportunidad que tenía el paciente de curarse, porque si se establece que la causa del daño fue la condición misma del estado del paciente y no la omisión o error médico, no hay lugar a considerar que existió pérdida de oportunidad. Por eso, la Sala viene insistiendo de manera reciente en que la pérdida de oportunidad no es un suceso para la solución de los problemas que surjan en relación con la demostración del nexo causal.
- (iv) *El monto de la indemnización estará determinado por las posibilidades concretas que en términos porcentuales podía tener la persona de recuperar o mejorar su salud.* (Consejo de Estado, 2008, s.p.). (Cursiva fuera del texto original).

Como puede observarse, este fallo resulta de gran importancia en la construcción de la pérdida de oportunidad en la modalidad del daño, pues, sienta importantes parámetros para demarcar esta naturaleza jurídica, en la medida en que exige como *conditio sine qua non*, primero, la probabilidad real de curación o supervivencia del paciente, que es propiamente el daño que se ve materializado como fuente de la facultad resarcitoria del Estado, segundo, la existencia de una falla e imputación directa en cabeza de la atención médico sanitaria con incidencia en la frustración de dicha probabilidad y tercero, la relación causal entre estos, cuyos elementos dan lugar a una reparación proporcional a ese daño, esto es, al porcentaje de probabilidad de recuperación o sobrevida del paciente, de ahí que entonces, no resulte viable utilizar dicha tesis para solucionar problemas de imputación fáctica con el daño final verbi gratia muerte o lesión del paciente.

2.3. Posición Contraria al daño autónomo - Salvamento de Voto C.P. Enrique Gil Botero: Modifica línea de forma intermitente

Pese a la posición jurisprudencial del Consejo de Estado que desde el año 2001 tiende a ubicar a la pérdida de oportunidad en el campo del daño; la tesis contraria que con anterioridad a esa vigencia la conceptualizaba como instrumento de solución del nexo de causalidad, reaparece en esta ocasión, de forma intermitente, con la postura del Consejero Enrique Gil Botero, quien frente a la sentencia del primero (1) de octubre de 2008, C.P. Miriam Guerrero, expediente 17001 realiza un salvamento de voto – *modificador de línea* – en el sentido de indicar que la responsabilidad médica atribuida a la entidad demandada Hospital Departamental de Buenaventura, debido al fallecimiento de la paciente por hemorragia postparto causada principalmente por la falta de unidades de sangre, debió imputarse en el plano del nexo de causalidad a título de pérdida de oportunidad y no por falla de servicio.

El Consejero Enrique Gil Botero, plantea el salvamento de voto, apartándose completamente de esta decisión, señalando que en el caso concreto, no existió una falla del servicio total, pues, la atención brindada por el cuerpo médico y paramédico a la señora Anatilde Cuero, fue oportuna e idónea; sin embargo, no sucedió lo propio en lo que respecta a la obligación del centro hospitalario de contar con un banco de sangre, que habría permitido transfundir a la paciente y, de esta manera, brindarle una expectativa mayor de recuperación o salvación, es decir, que la condena no debió impartirse a título de falla de servicio plena sino de causalidad bajo la pérdida de oportunidad, indicando el siguiente análisis:

Según los anteriores planteamientos, es claro que la falta de sangre en el asunto *sub lite*, representó una pérdida de una oportunidad de salvación para la señora Anátilde Cuero de Lafaux, la cual se estima, según lo que se desprende de los elementos de convicción que obran en el proceso, en un porcentaje del 50%. Lo anterior, en tanto el suministro de sangre, de manera oportuna, hubiera podido enervar la producción del resultado, si se traza un curso causal probable en relación con la materialización del resultado (Consejo de Estado, 2008b, exp. 17001) “se le privó de una oportunidad que, en una específica proporción que sólo se puede establecer desde el punto de vista científico, hubiera podido evitar el resultado.” (Consejo de Estado, 2008b, exp. 17001).

Con fundamento en este argumento central, el Magistrado Gil Botero considera que: la Sección debe redefinir el contenido y alcance que hasta el momento se le ha dado a la *pérdida de oportunidad*, entendida como el instrumento más útil para la fijación de estándares de indemnización cuando existen aminoramientos en el trayecto causal a efectos de imputar un determinado daño antijurídico (Consejo de Estado, 2008b, exp. 17001).

En una primera mirada a este salvamento, se podría apreciar una lectura tajante en pro de determinar la pérdida de oportunidad como instrumento para solucionar problemas del curso causal, sin embargo, se puede advertir del texto resaltado, que también se incurre en una discordancia en su concepto, cuando se señala que al no haberse brindado a la paciente el tratamiento necesario, se privó a la paciente de una oportunidad, luego entonces, en el mismo salvamento de voto parece asemejarse o acercarse tal figura no sólo al nexo de causalidad sino también al contexto del daño.

2.4. Sentencia consolidadora de línea: pérdida de oportunidad como daño autónomo

A partir de la sentencia hito de 11 de agosto de 2010 (exp. 18593), se reencausa la tesis de la pérdida de oportunidad en el plano del daño, señalando de forma relevante que constituye un daño autónomo, luego de analizar un caso en el que una persona producto de unas lesiones provocadas por un tercero, es llevada a un hospital, en el que no le practican los exámenes correspondientes por encontrarse en estado de embriaguez, muriendo horas más tarde. En esta sentencia se desarrolla de manera conceptual lo que se entiende por pérdida de oportunidad, haciendo un análisis de esta figura desde la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como extranjera hasta esa fecha, convirtiéndose en la *sentencia consolidadora de línea* en la jurisprudencia del Consejo de Estado, respecto a la noción de la pérdida de la oportunidad que la define como un daño autónomo, distinguiendo claramente el daño intermedio del daño final e identifica los

siguientes requisitos para que pueda considerarse existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable en un caso concreto, así:

- (i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo –pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual–, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente” de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes⁴ (Consejo de Estado, 2010, exp. 18593).
- (ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el *chance* aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio –material o inmaterial– del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás (Consejo de Estado, 2010, exp. 18593).
- (iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugna-

4. A este respecto se ha sostenido que

(...) la chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño... Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta. (Consejo de Estado, 2010, exp. 18593)

En similar sentido, Trigo Represas señala que:

[E]n efecto, si la chance aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado. La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad”. (Trigo, 2008, p. 263)

ba, posición jurídica que “no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida” (Consejo de Estado, 2010b, exp. 18593).

En este pronunciamiento se hace un análisis de la doctrina que enmarca la pérdida de oportunidad como una técnica de facilitación probatoria respecto de la causalidad, que se utiliza en casos de incertidumbre causal; haciendo una crítica a dicha posición y señalando que la noción de pérdida de oportunidad no puede constituirse en un mecanismo que posibilite la declaración de responsabilidad del demandado en ausencia de acreditación del vínculo causal entre el hecho dañino y la ventaja frustrada o el detrimento sufrido por la víctima, de suerte que se condene –con apoyo en la figura en cuestión– a reparar la totalidad del provecho que ya no podrá obtenerse por el perjudicado a pesar de no haber sido establecida la causalidad. De igual manera hace referencia a la diferencia que existe entre la probabilidad preponderante o determinante y la pérdida de la oportunidad.

En cuanto a la indemnización del daño, el Consejo de Estado (2010b) señala, que como no obran en el expediente más elementos probatorios que puedan ser valorados con miras a establecer, con fundamento en criterios técnicos, estadísticos y apoyándose en información objetiva y contrastada, la cuantía del daño que por concepto de pérdida de oportunidad le fue irrogado a la parte demandante, se acude al criterio de la equidad, contemplado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, señalando claramente que no se pronunciaría sobre los perjuicios materiales solicitados porque no se trataba de indemnizar el daño final (muerte del paciente) sino la pérdida de la oportunidad. Sin embargo, ordena indemnizar también el perjuicio moral, (Consejo de Estado, 2010b, exp. 18593)

El criterio citado, *es reiterado* en varias sentencias que condenan con fundamento en la pérdida de oportunidad como modalidad del daño, tales como la sentencia de 25 de agosto de 2011 del Consejo de Estado (2011 exp. 19718), así como en sentencia de 26 de enero de 2012 (exp. 21726).

2.5. Variación intermitente de la pérdida de oportunidad como daño autónomo hacia la sede del plano de causalidad - Sentencia modificadora de línea. C.P. Enrique Gil Botero

Siguiendo con el análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado, se tiene de manera intermitente, la tesis del Consejero de Estado Enrique Gil Botero, quien es partidario de la posición contraria, la que ubica la figura de la pérdida de oportunidad como herramienta de facilitación probatoria del nexo causal, tal como lo evidencian sus argumentos en el salvamento de voto en la sentencia de 1º de octubre de 2008, ya citado, que luego se incorpora en la sentencia de 24 de octubre de 2013, en la cual se resolvió el caso de una persona que a raíz de un accidente de tránsito que lesionó

su pie derecho, fue llevado al hospital y después de varios días solicitó su alta de manera voluntaria, acudiendo a otra clínica en la que se le diagnosticó gangrena gaseosa, cuyo único tratamiento fue la amputación de su extremidad (Consejo de Estado, 2013). En este asunto aplica la figura de la pérdida de la oportunidad porque la atención no fue oportuna.

Dentro de las consideraciones establece los siguientes criterios, que según su posición se deben tener en cuenta para la aplicación de la figura de la pérdida de la oportunidad:

- (a) La pérdida de la oportunidad es un concepto jurídico que permite definir problemas de imputación, en aquellos eventos en que no existe prueba suficiente del nexo causal que define una determinada relación causa-efecto. En consecuencia, el análisis de esta figura debe realizarse en sede de la imputación fáctica (Consejo de Estado, 2013).
- (b) La figura tiene aplicación en aquellas situaciones en que existe duda o incertidumbre en el nexo causal, de tal forma que el grado de probabilidad oscile en un margen entre el 1% y el 99% de que un daño sea el producto de una causa específica, siempre que el porcentaje, sin importar el quantum, constituya una oportunidad sustancial de alcanzar un resultado más favorable (Consejo de Estado, 2013).
- (c) Como quiera que el análisis de la pérdida de la oportunidad se efectúa en la instancia del estudio del nexo causal –como presupuesto de la imputación fáctica u objetiva del daño⁵, la función del operador judicial, es la de apoyarse en las pruebas científicas y técnicas aportadas al proceso para aproximarse al porcentaje de probabilidad sobre el cual se debe establecer el grado de la pérdida de la oportunidad de recuperación y, consecuentemente, el impacto de tal valor en el monto a indemnizar, pues el perjuicio no puede ser total ante la falta de certeza⁶. Ante la ausencia de elementos y criterios técnicos o científicos en la determinación del porcentaje que representa la oportunidad perdida

5. Al respecto se ha dicho:

(...) En este trabajo la doctrina de la pérdida de la oportunidad se entiende como una teoría de causalidad probabilística (probabilistic causation), conforme a la cual, en los casos de incerteza causal mencionados, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, consideradas a la luz de la ciencia médica, que deben ser indemnizadas. En tal caso, es posible condenar al facultativo por el daño sufrido por el paciente pero se reduce el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido igualmente de haber actuado aquel diligentemente. (Luna, como se citó en Consejo de Estado, 2013, s.p.)

6. Se menciona en la Sentencia:

La Chance es la posibilidad de un beneficio probable futuro que integra facultades de actuación del sujeto, conlleva un daño aun cuando pueda resultar dificultosa la estimación de su medida. En esta concurrencia de factores pasados y futuros, necesarios y contingentes existe una consecuencia actual y cierta. A raíz del acto imputable se ha perdido una chance por la que debe reconocerse el derecho a exigir su reparación. La doctrina aconseja efectuar un balance de las perspectivas a favor y en contra. Del saldo resultante se obtendrá la proporción del resarcimiento (...). La indemnización deberá ser de la chance y no de la ganancia perdida” Tanzi, Silvia. La reparación de la pérdida de la chance. (Vásquez, como se citó en Consejo de Estado, 2013, s.p.)

frente al daño padecido, el juez deberá recurrir a la equidad, en los términos del artículo 16 de la Ley 446 de 1998⁷ (Consejo de Estado, 2013).

- (d) Toda vez que no existe una explicación de la causalidad absoluta, en estos eventos, la forma de indemnizar la pérdida de la oportunidad, deberá ser proporcional al porcentaje que se le restó al paciente con la falta o retardo de suministro del tratamiento, intervención quirúrgica, procedimiento o medicamento omitido⁸, frente a cada uno de los perjuicios reconocidos por la jurisprudencia y con base en los montos y criterios fijados en la misma (Consejo de Estado, 2013).

Consideramos que esta sentencia se constituye en la *hito modificadora de línea*, por cuanto a pesar de señalar que no solamente considera la pérdida de la oportunidad como un perjuicio independiente, sino como figura que permite definir problemas de imputación, en aquellos eventos en que no existe prueba suficiente del nexo causal entre la actuación y el daño, considerando en consecuencia, que el análisis de esta figura debe realizarse en sede de la imputación fáctica, su argumentación la encamina principalmente a la incertidumbre del nexo causal, sin embargo, es claro en señalar que deben existir unas probabilidades en cuanto al mejoramiento o recuperación de la persona que deben ser analizadas con criterios científicos y técnicos, para determinar el porcentaje de dichas probabilidades y con fundamento en los mismos determinar el monto de la indemnización que corresponderá al mismo porcentaje con referente a la indemnización que se condenaría por daño final.

2.6. Regreso a la pérdida de oportunidad como daño autónomo, y reiteración de línea

La posición mayoritaria en la Sección Tercera del Consejo de Estado ha avalado la tesis sentada por el consejero Mauricio Fajardo en la sentencia

7. A este respecto se tiene que: “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales” (Consejo de Estado, 2013, s.p.).

8. Y así:

El daño viene así constituido por la oportunidad de curación o supervivencia perdida a consecuencia de la actividad médico-sanitaria establecida en función de la experiencia común (daño intermedio) y no por los totales perjuicios sufridos por el paciente (daño final), con los cuales resulta en todo punto imposible establecer un nexo de causalidad debido a los umbrales de certeza determinados en cada caso (...) Con todo, la evolución jurisprudencial y doctrinal comparada del principio de la pérdida de oportunidad ha transformado este instrumento procesal, que nació para aligerar la prueba de la causalidad, en una teoría sobre la calificación o determinación del perjuicio que permite tener por acreditado un daño puramente hipotético. Es frecuente, por tanto, el estudio de este principio en sede de daño y no en sede de causalidad. No obstante, parece evidente que si la noción de pérdida de oportunidad se vincula con el perjuicio, entonces se vuelve inseparable de la condición de nexo de causalidad, pues la relación de causalidad entre el acto u omisión médico-sanitaria y el perjuicio hipotético en que consiste la oportunidad perdida será, asimismo, una causalidad hipotética, ya que participa de su misma aleatoriedad o virtualidad. (Luna, como se citó en Consejo de Estado, 2013, s.p.)

de 11 de agosto de 2010, *reiterando* el concepto de pérdida de oportunidad como modalidad de daño autónomo, como por ejemplo en la sentencia de 12 de febrero de 2014 (Consejo de Estado, 2014a, exp. 34.125), reiterando los criterios expuestos en sentencias del 11 de agosto de 2010.

Reparación de la Posición contraria pero intermitente de la pérdida de oportunidad como técnica de imputación del nexo causal - Sentencia Modificadora de línea C.P. Enrique Gil Botero.

Nuevamente con ponencia del consejero Ponente Enrique Gil Botero, en sentencia de 12 de noviembre de 2014, *reitera los criterios establecidos en la sentencia de 24 de octubre de 2013* de su misma ponencia (Consejo de Estado, 2014b, exp. 29595).

En cuanto a la indemnización de perjuicios, igualmente la realiza por los conceptos establecidos en la sentencia que reitera, acudiendo a criterios de equidad determina el porcentaje de pérdida de oportunidad del 50% cifra que usa de criterio para la cuantificación de los montos a indemnizar.

2.8. Regreso y Reiteración de la Pérdida de oportunidad como daño autónomo

En sentencia de 5 de marzo de 2015 (Consejo de Estado, 2015, exp. 34921), así como en sentencia de 1º de agosto de 2016 (Consejo de Estado, 2016, exp. 35116), *reiteran la línea* de la figura de la pérdida de oportunidad como daño autónomo, condenando a la entidad con fundamento en el criterio de equidad.

2.9. Sentencia arquimédica y reconceptualizadora de línea sobre la pérdida de oportunidad como daño autónomo e indemnización y cuantificación de perjuicios por este concepto

En la sentencia de 5 de abril de 2017, se hace un análisis de la figura de la pérdida de la oportunidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado, tanto de la tesis de la causalidad probabilística como de la que la considera daño autónomo, reafirmando la posición mayoritaria asumida por la Sección Tercera de considerar la pérdida de oportunidad como daño autónomo (Consejo de Estado, 2017a), sin embargo, redefine los requisitos para que se pueda estructurar el daño por pérdida de la oportunidad así:

1. Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado. Es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado. La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado

habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación. Si se tiene certeza sobre la materialización del resultado final, no es posible hablar del daño consistente en la pérdida de oportunidad sino de la privación de un beneficio cierto, o si se trata de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría lugar a la configuración de una oportunidad por no tener la intensidad suficiente para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse⁹ (Consejo de Estado, 2017^a, exp. 25706).

2. Certeza de la existencia de una oportunidad. En segundo lugar se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente” de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondiente¹⁰ (Consejo de Estado, 2017^a, exp. 25706).

-
9. Sobre este tema, Giraldo (como se citó en Consejo de Estado, 2017a):

El requisito de la “aleatoriedad” del resultado esperado es el primer elemento que debe establecerse cuando se estudia un evento de pérdida de la oportunidad. Este requisito constituye un elemento *sine qua non* frente a este tipo de eventos, lo que explica que sea, tal vez, la única característica estudiada con cierta profundidad por la doctrina. // Para comenzar el estudio de este requisito es prudente comprender el significado del concepto “aleatorio”, el cual, según la definición dada en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se utiliza para referirse a algo que depende de un evento fortuito (...) Esta condición de la ocurrencia de eventos futuros es trasladada al campo de la pérdida de la oportunidad, campo en el que, como se ha indicado, la materialización del beneficio esperado es siempre incierta debido a que la misma pende para su configuración del acaecimiento de situaciones fortuitas, de un alea, que, como tal, no permite saber si lo esperado se va a producir o no. Es por ello que la persona efectivamente sólo tiene una esperanza en que dicha situación se produzca, para obtener así ese beneficio o evitar la pérdida. Incluso, para algunos autores, el alea es una característica de hecho de la noción de la pérdida de la oportunidad, de tal manera que la víctima debe estar en una posición donde sólo tiene unas esperanzas para obtener lo que buscaba. // Ahora bien, ese alea o evento fortuito del cual depende la ventaja esperada está representado en la verificación de múltiples factores que pueden llevar a la realización de esa esperanza. Así sucede en el caso de un enfermo que tiene una mera expectativa de recuperar su salud, lo cual no sólo va a depender de un tratamiento adecuado sino también de su respuesta al mismo, de su idiosincrasia, de un evento de la naturaleza, etc., motivo por el cual, y a pesar de que reciba un tratamiento adecuado, no se podrá afirmar con certeza si el resultado se habría o no conseguido (...) Debe, entonces, verificarse, en todos los eventos que se pretenda estudiar como supuestos de pérdida de pérdida de la oportunidad, si la ventaja esperada dependía de un evento fortuito, esto es, si pendía de un alea, pues en caso contrario no podrá seguirse con el estudio de los otros elementos de la figura, en atención a que no se tratará de un caso de pérdida de la oportunidad. (exp. 25706)

10. Al respecto, Martínez y Martínez (como se citó en Consejo de Estado, 2017a) sostienen:

La chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño (...) Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta. (exp. 25706)

Por otra parte Trigo (como se citó en Consejo de Estado, 2017a) señala que:

En efecto, si la chance aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado. // La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad. (exp. 25706)

3. Pérdida definitiva de la oportunidad. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio –material o inmaterial– del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual¹¹ (Consejo de Estado, 2017^a, exp. 25706).

Finalmente, si bien en la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 11 de agosto de 2010, se dijo que uno de los requisitos para que pueda considerarse existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable es que “la víctima [se] encuentre en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado”, en esta sentencia considera que este elemento debe ser replanteado argumentando que el estado de idoneidad de la víctima no es un elemento del daño de la pérdida de oportunidad sino un criterio de análisis de la imputabilidad y, por ende, su estudio se aborda al momento de dilucidar la atribución del daño de pérdida de oportunidad (Consejo de Estado, 2017^a, exp. 25706).

En cuanto a la indemnización del daño y su cuantificación, en esta sentencia, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró procedente sistematizar unos parámetros mínimos que de modo pedagógico e ilustrativo permitan orientar al juez en la fijación de su cuantía, con el fin de crear un ambiente de igualdad y seguridad jurídica, en beneficio además de las partes que concurren al proceso.

Adicionalmente, en esta providencia, el consejero ponente reconsidera su posición plasmada en anteriores sentencias¹² y argumenta que el alcance restrictivo de las indemnizaciones por pérdida de oportunidad al

11. Giraldo (como se citó en Consejo de Estado, 2017a) afirma:

A este respecto, la doctrina colombiana presenta este presupuesto en los siguientes términos: La imposibilidad de obtener la ventaja esperada es un (sic) característica sin la cual no puede solicitarse una indemnización por “pérdida de la oportunidad”, por lo cual tanto la jurisprudencia y (sic) como la doctrina acogen esta exigencia sin ningún tipo de discusión. // Ello es así por cuanto si todavía el resultado esperado puede ser alcanzado, la oportunidad no estaría perdida y, en consecuencia, no habría nada que indemnizar. (...) Pensar de manera diferente sería tanto como admitir que una persona que sigue viva y puede aún ser curada por su médico pudiese demandar a un profesional sobre el supuesto de haber perdido la posibilidad de sobrevivir; o el cliente que todavía tiene la posibilidad de que su abogado presente un recurso judicial para hacer efectivos sus derechos, solicitara la indemnización por la pérdida del proceso judicial. Estas situaciones contrastan con el sentido final de la aplicación de esta figura e irían en contravía del principio que exige la existencia de un daño para poder reclamar una reparación // No hay necesidad de hacer mayores elucubraciones para dar por sentado que la característica analizada debe ser corroborada en todos los procesos en los que se solicita la reparación de la pérdida de una oportunidad. (exp. 25706)

12. Como, por ejemplo, la Sentencia de 5 de marzo de 2015.

estar circunscrita a un rubro diferente de los perjuicios materiales e in-materiales o clasificada en un tipo único de perjuicio, encierra en algunas ocasiones, el desconocimiento del principio de la reparación integral y, en otras, el de enriquecimiento sin causa, por lo que elabora un baremo para poder cuantificar de forma equitativa y justa los casos de pérdida de oportunidad en materia de salud, estableciendo los siguientes parámetros:

- (i) La estimación de la indemnización no solo será menor a la que procedería si se indemnizara el perjuicio final, es decir, la muerte o la afectación a la integridad física o psicológica, sino proporcional al porcentaje de posibilidades que tenía la víctima de sobrevivir o de mejorar sus condiciones de salud (Consejo de Estado, 2017^a, exp. 25706).
- (ii) La expectativa se cuantificará en términos porcentuales, ubicada en un espacio oscilante entre dos umbrales, esto es, inferior al 100% y superior al 0%, ya que por tratarse de una probabilidad no podría ser igual o equivalente a ninguno de los dos extremos (Consejo de Estado, 2017^a, exp. 25706).
- (iii) No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad como un perjuicio independiente que deba ser resarcido por fuera del concepto de perjuicios materiales –daño emergente y lucro cesante–, inmateriales –daño moral y daños a bienes constitucionales y convencionales– y daño a la salud, reconocidos por la Corporación, puesto que hacerlo conduciría a desconocer el principio de la reparación integral¹³ (Consejo de Estado, 2017^a, exp. 25706).
- (iv) No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad por el porcentaje de probabilidades que resulten de la acreditación del vínculo causal entre la falla y el daño final, habida cuenta de que la pérdida de oportunidad constituye una fuente de daño cuya reparación depende de lo probado en el proceso. (Consejo de Estado, 2017^a, exp. 25706).
- (v) El porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada debe establecerse a través de los diferentes medios de prueba que

13 Sobre el particular, Giraldo (como se citó en Consejo de Estado, 2017a) asevera:

Esta postura ha sido también sostenida por la doctrina nacional donde se considera que -para casos de responsabilidad médica- si es posible que se pueda indemnizar materialmente a la víctima que vio frustrada una oportunidad, pero de manera proporcional al grado de probabilidad que tenía de que la misma se realizara o evitara, en caso contrario, según el autor, se estaría negando la reparación integral de los perjuicios sufridos por la víctima: “insistimos en considerar de recibo la nueva posición del Consejo de Estado en las sentencias del 8 de junio de 2011 y del 7 de julio del mismo año, de ver a la pérdida de la oportunidad como un daño autónomo, pero no la consecuencia que deviene de esa postura, toda vez que al acoger la tesis de que la pérdida de la oportunidad es un nuevo rubro a indemnizar, diferente a los perjuicios tradicionalmente aceptados como el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral y el daño a la vida en relación, se puede limitar la posibilidad de indemnización de las consecuencias que ese daño genera en el patrimonio de la víctima, violando así la regla de la indemnización integral del daño”. (exp. 25706)

obran en el proceso –regla general–. Ahora, si no se puede determinar dicho porcentaje de la pérdida de oportunidad –perspectiva cuantitativa–, pese a encontrarse acreditado el daño antijurídico cierto y personal –perspectiva cualitativa–, deberá el juez, tal como lo ha señalado la doctrina¹⁴, bien sea a) declarar en abstracto la condena y fijar los criterios necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice su cuantificación, o bien b) acudir a criterios de equidad¹⁵, eje rector del sistema de reparación estatal, –artículo 230 de la Constitución Política y 16 de la Ley 446 de 1998¹⁶–, a fin de reparar en forma integral el daño imputable a los demandados¹⁷ (Consejo de Estado, 2017^a, exp. 25706).

(vi) Ahora, si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas se determinará excepcionalmente, como sucede en otros ordenamientos jurídicos¹⁸, en un 50%, el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales (Consejo de Estado, 2017a, exp. 25706).

De conformidad con estos argumentos, consideramos esta sentencia para los fines de este trabajo como *arquimédica o punto de apoyo* e igualmente le atribuimos el carácter de sentencia *reconceptualizadora de línea*, por cuanto modifica los requisitos para que se configure la pérdida de la oportunidad en el campo de la responsabilidad médica establecidos en la sentencia de 10 de agosto de 2011 y establece criterios intentando su unificación para la indemnización y cuantificación de perjuicios por pérdida de

14. Refiriéndose a autores como Tamayo Jaramillo en su *Tratado de Responsabilidad Civil* (2007), Martínez Rave en su texto *La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia* (1989), o Juan Carlos Henao en *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés* (1998).

15. Valga recordar que la equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad ha sido aplicado por esta misma sala en sentencias como la del 12 de julio de 2012, Rad. 15,024, C.P. Danilo Rojas Betancourt.

16. El Consejo de Estado (2017a) manifiesta: “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales” (exp. 25706).

17. Sobre el particular, se sostiene:

En casos de pérdida de oportunidad en materia de acceso a la administración de justicia, la Sala ha acogido igualmente criterios de equidad para calcular el porcentaje de la probabilidad pérdida. Al respecto, la Sala en sentencia del 31 de mayo de 2016, Rad. 38047, C.P. Danilo Rojas Betancourt conoció de la pérdida de oportunidad con ocasión de una declaratoria de prescripción de la acción civil y consideró de acuerdo con las pruebas que obraban en el proceso que la expectativa que tenía la parte civil de que se le resarciera pecuniariamente en el proceso judicial estaban calculadas en un 75%. En similar sentido se puede consultar la sentencia de la Subsección B del 31 de mayo de 2016, Rad. 38267, C.P. Danilo Rojas Betancourt. (Consejo de Estado, 2017a, exp. 25706)

18. En este sentido, el Consejo de Estado (2017a) recuerda que

La sentencia No. 948 del 16 de enero de 2011 proferida por la Sala Civil del Tribunal Supremo de España, M.P. Seijas Quintana, considera que, ante la ausencia del porcentaje de probabilidades truncadas, para casos de defecto de información médica, se debe fijar la cuantía en un factor de corrección aproximado del 50% a la cuantía resultante, esto es, reducir a la mitad la indemnización resultante del total del perjuicio valorado. (exp. 25706)

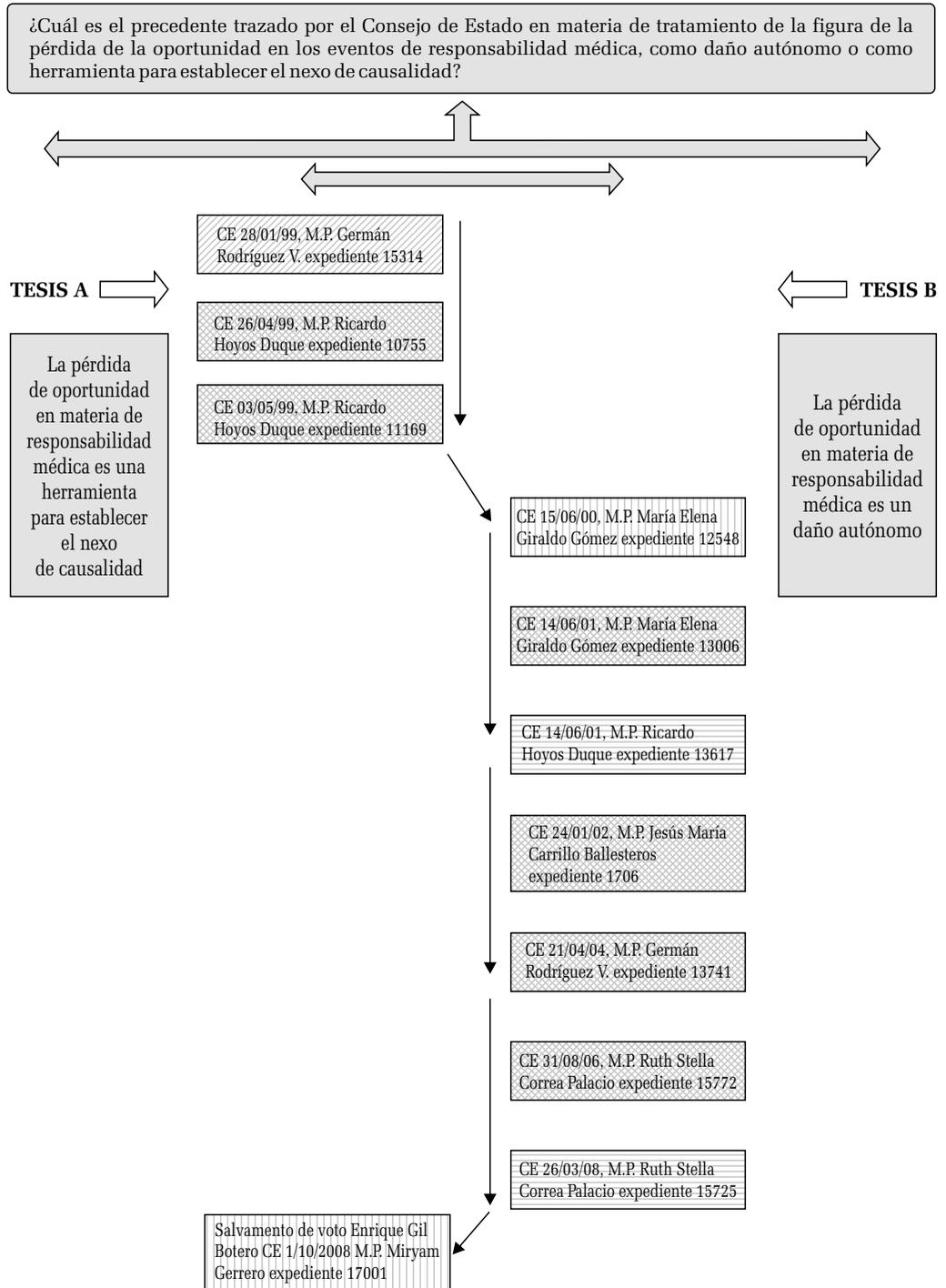
oportunidad, tomando como referencia para la liquidación de perjuicios morales, los topes indemnizatorios indicados en la tabla de unificación jurisprudencial establecida por el Consejo de Estado (2014c) en sentencia del 28 de agosto de 2014; aunque dichos criterios no han sido acogidos por la totalidad de la Sección Tercera del Consejo de Estado, manteniéndose como parámetros generales, los referidos en la sentencia consolidadora de 11 de agosto de 2010, tal como se evidencia a continuación:

En la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, si se da aplicación a los criterios de cuantificación de indemnización, tal como se evidencia en sentencia de 30 de noviembre de 2017 (Consejo de Estado, 2017b). Igualmente, en sentencia de 07 de febrero de 2018 del mismo consejero ponente, Ramiro Pazos Guerrero, respecto de la pérdida de oportunidad, sus elementos y los parámetros para la fijación de indemnización y cuantificación de perjuicios, el Consejo de Estado (2018a) reitera la postura trazada en la sentencia que hemos denominado como arquimédica.

Sin embargo, no sucede igual con la Subsección A de la Sección Tercera, en la que después de haberse proferido la sentencia de 5 de abril de 2017 de la Subsección B, se continúa indemnizando la pérdida de oportunidad sin tener en cuenta dichos parámetros. Así se puede observar en la sentencia de 30 de agosto de 2017, en la que condenó por pérdida de oportunidad reiterando los argumentos de la sentencia de 11 de agosto de 2010, en el sentido de considerarla como daño autónomo y la indemnización de perjuicios la realiza con fundamento en el criterio de equidad, sin hacer ninguna alusión a la referida sentencia de 5 de abril de 2017, ni establecer ningún parámetro o criterio para su tasación (Consejo de Estado, 2017c). En igual sentido la sentencia de 1º de marzo de 2018, reitera la noción de pérdida de oportunidad establecida en la sentencia de 11 de agosto de 2010 y en cuanto a la indemnización de perjuicios señala que se trata del daño autónomo de pérdida de oportunidad, por lo que no se reconocen perjuicios materiales como lucro cesante y modifica las sumas que se concedieron a título de perjuicios morales, para en su lugar concederlos a título de pérdida de oportunidad (Consejo de Estado, 2018b), sin hacer ninguna referencia a la sentencia de 5 de abril de 2017 de la Subsección B, fundamentando la liquidación del perjuicio en el principio de equidad.

A continuación, representamos en el gráfico, la línea jurisprudencial o mejor, el recorrido trazado por el máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa sobre el tratamiento y aplicación de la figura de la pérdida de oportunidad en el campo de la Responsabilidad Médica, en el marco del problema jurídico planteado, así (Figura 1):

Gráfico línea jurisprudencial





Indicativos:	
	SENTENCIA HITO FUNDADORA DE LÍNEA
	SENTENCIA HITO REITERADORA DE LÍNEA - NICHOS CITACIONAL
	SENTENCIA HITO MODIFICADORA DE LÍNEA
	SENTENCIA HITO RECONCEPTUALIZADORA DE LÍNEA
	SENTENCIA HITO CONSOLIDADORA DE LÍNEA
	SENTENCIA ARQUIMÉDICA - PUNTO DE APOYO

CONCLUSIONES

A partir de 1999¹⁹, el Consejo de Estado empezó a adoptar el concepto de la pérdida de oportunidad en el campo de la responsabilidad médica para tener por constatado el vínculo causal. A partir del año 2000 direccionó su enfoque a daño autónomo, consolidándose esta posición mediante sentencia de 11 de agosto de 2010, que se mantiene predominante hasta la fecha, con excepción de las posturas plasmadas por el ex Consejero Enrique Gil Botero en sus salvamentos de voto y sentencias.

Desde el año 2006 se venían esbozando los requisitos para la configuración de la pérdida de la oportunidad, que se establecieron expresamente en la sentencia consolidadora de 11 de agosto de 2010, siendo redefinidos en sentencia de 5 de abril de 2017 por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, sin embargo, en las Subsecciones A y C se siguen aplicando los criterios de la sentencia consolidadora.

A pesar de los requisitos establecidos para tener por configurada la pérdida de la oportunidad, se observa en las diferentes sentencias que no siempre se hace un estudio detallado y fundamentando desde la perspectiva de tales presupuestos, especialmente, en lo que concierne a la acreditación de la probabilidad real de recuperación o sobrevida del paciente, sobre la que debe existir certeza para su indemnización, pues se observa que en algunos casos, dicha probabilidad de recuperación se deduce de forma indiciaria o se infiere, sin existir prueba técnica que lo soporte. Por lo que a nuestro parecer, se termina aplicando incorrectamente este aspecto, ya que es en el ámbito de la causalidad, donde propiamente se han admitido

19. A través de las sentencias: Sentencia 28 de enero de 1999, consejero Ponente Germán Rodríguez Villamizar. Sentencia de 26 de abril de 1999, consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Sentencia de 3 de mayo de 1999, consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

conceptos como la prueba indiciaria o la probabilidad preponderante o determinante, para tener por configurado el nexo de causalidad de la falla de servicio médico, mas no el daño, que debe ser cierto y no eventual o hipotético, puesto que lo contrario, sería admitir como sostiene Luna (2005) que la pérdida de oportunidad se encuentra en el punto de la causalidad probabilística.

Del análisis de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, se tiene entonces que la tesis prevalente sobre la pérdida de oportunidad en el campo de la Responsabilidad Médica es considerarla un daño autónomo en la medida en que se ha privado al sujeto agraviado de una expectativa que ya se había incorporado a su patrimonio y de carácter presente, pues lo que se pretende indemnizar no son las ganancias que se habrían obtenido de haberse verificado la probabilidad, sino la privación de la chance misma; así, el daño viene constituido por la oportunidad de curación o supervivencia perdida a consecuencia de la actividad médico-sanitaria (daño intermedio) y no por los totales perjuicios sufridos por el paciente (daño final).

Pese a lo anterior, la pérdida de la oportunidad tiene un doble sentido, por un lado es utilizada para imputar responsabilidad al Estado cuando se evidencia una deficiente prestación de servicios de salud, que aunque no se pueda demostrar que ha sido la causa del daño final sufrido por un paciente, tampoco puede ser absuelta, por lo que este criterio, puede obedecer a un enfoque preventivo, para enviar un mensaje a las entidades y profesionales de la salud, con el fin de que la atención en salud sea más eficiente y humanizada, y de otro lado, cuando se concibe como el daño mismo, se indica que debe ser reparado a consecuencia de una omisión que le restó al paciente la probabilidad de recuperación o de sobrevida. Son partidarios de este concepto autores como Luis Guillermo Serrano Escobar y Claudia Patricia Tejada Ruiz, Enrique Gil Botero, Javier Tamayo.

Existe disparidad de criterios tanto en el daño que se debe indemnizar (Daño de pérdida de la oportunidad, daños materiales e inmateriales, daño a la salud), como en los criterios que se utilizan para su cuantificación cuando no existen criterios científicos o técnicos para su determinación lo que respecta a la indemnización (criterio de equidad artículo 16 de la Ley 446 de 1998, 50%, condena en abstracto). Esta variedad de criterios produce una percepción de injusticia, desigualdad e inseguridad jurídica en el tratamiento de casos fácticamente similares y cuya condena obedece al mismo concepto de pérdida de la oportunidad, pues se indemnizan con mayores o menores valores, sin establecer un criterio objetivo que lo justifique, indemnización que es en últimas, lo que persigue la mayoría de los demandantes que acuden al medio de control de reparación directa.

Bajo esta visión crítica, consideramos que el tratamiento, presupuestos de configuración y ponderación de la figura de la pérdida de oportuni-

dad como daño, respecto de sus elementos y su indemnización, requiere de la unificación de la Sala Plena o por lo menos de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en aras de propiciar un ambiente de seguridad jurídica en este terreno, solidificada sobre criterios que permitan recibir un tratamiento igualitario y no sometido a la equidad o arbitrio judicial, tal y como sucede con las demás categorías del daño definidas por el Consejo de Estado con sus respectivos topes indemnizatorios de reparación.

REFERENCIAS

- Asamblea Nacional Constituyente (1991, 20 de julio). *Constitución Política de Colombia de 1991*. Gaceta Constitucional No. 116 de la República de Colombia.
- Asensi, E., y Luna, I. (2013). La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica. *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (8), pp. 228-239.
- Chabas, F. (2000). La pérdida de la oportunidad (Chance) en el derecho francés de la responsabilidad civil. *Revista IARCE*, 8 (13), pp. 1-76.
- Colombia. Congreso de la República (2011, 18 de enero). Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. Diario Oficial 47.956 de la República de Colombia. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (1998^a, 05 de febrero). Sentencia de 5 de febrero de 1998, exp. 13.337, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado. (1998b, 07 de mayo). Sentencia de 7 de mayo de 1998, exp. 10.397, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (1999a, 28 de enero). Sentencia de 28 de enero de 1999, exp. 15.314, C.P. Germán Rodríguez. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (1999b, 26 de abril). Sentencia de 26 de abril de 1999, exp. 10.755, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (1999c, 03 de mayo). Sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. 11.169, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2000, 15 de junio). Sentencia del 15 de junio de 2000, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2001a, 14 de junio). Sentencia del 14 de junio de 2001, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2001a, 08 de noviembre). Sentencia del 8 de noviembre de 2001, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2002, 24 de enero). Sentencia del 24 de enero de 2002, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Bogotá.

- Colombia. Consejo de Estado (2004, 21 de abril). Sentencia de 21 de abril de 2004, exp. 13741, C.P. Germán Rodríguez Villamizar. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2006, 31 de agosto). Sentencia del 31 de agosto de 2006, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2008a, 26 de marzo). Sentencia del 26 de marzo de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2008b, 01 de octubre). Sentencia del 1 de octubre de 2008, exp.17001, C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2010a, 28 de abril). Sentencia de 28 de abril del 2010, exp. 19474, C.P. Enrique Gil Botero. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2010b, 11 de agosto). Sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18593, C.P. Mauricio Fajardo. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2011, 25 de agosto). Sentencia del 25 de agosto de 2011, exp. 19718, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2012, 26 de enero). Sentencia del 26 de enero de 2012, exp. 21726, C.P. Hernán Andrade Rincón. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2013, 24 de octubre). Sentencia de 24 de octubre de 2013, exp. 25869, C.P. Enrique Gil Botero. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2014a, 12 de febrero). Sentencia de 12 de febrero de 2014, exp. 34.125, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2014b, 12 de noviembre). Sentencia de 12 de noviembre de 2014, exp. 29595, C.P. Enrique Gil Botero. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2014c, 28 de agosto). Sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, C.P. Carlos Alberto Zambrano. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2015, 05 de marzo). Sentencia de 5 de marzo de 2015, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2016, 01 de agosto). Sentencia de 1 de agosto de 2016, exp. 35116, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2017a, 05 de abril). Sentencia de 5 de abril de 2017, exp.25706, C.P. Ramiro Pazos. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2017b, 30 de noviembre). Sentencia de 30 de noviembre de 2017, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2017c, 30 de agosto). Sentencia del 30 de agosto de 2017, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2018a, 07 de febrero). Sentencia de 07 de febrero de 2018, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Bogotá.
- Colombia. Consejo de Estado (2018b, 01 de marzo). Sentencia de 1º de marzo de 2018, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Bogotá.

- De Ángel, R. (1994). *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*. Madrid: S.L. Civitas Ediciones.
- Gil, E. (2010). *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Giraldo, L. (2011). *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gomez, G., & Troncoso, O. (2010). *De la responsabilidad civil por los delitos y las culpas: Análisis de la tesis de grado del Maestro Darío Echandía*. Ibagué: Universidad de Ibagué.
- Henao, J. (2007). *El daño*. Bogotá: Universidad Externado.
- Luna, Á. (2005). Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria. *Revista InDret*, 2(5), pp. 1-18.
- Martínez, G., y Martínez, C. (2003). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá: Temis S.A.
- Medina, L. (2007). *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Madrid: Thomson-Civitas.
- Saavedra, R. (2003). *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Serrano, L., & Tejada, C. (2014). *La responsabilidad patrimonial del Estado*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Serrano, L., & Tejada, C. (2017). *La responsabilidad patrimonial del Estado*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Tamayo, J. (2007a). *Tratado de Responsabilidad Civil* (Tomo I). Bogotá: Legis Editores.
- Tamayo, J. (2007b). *Tratado de Responsabilidad Civil* (Tomo II). Bogotá: Legis Editores.
- Tamayo, J. (2009). *Tratado de Responsabilidad Civil* (Tomo II). Bogotá: Legis Editores.
- Tamayo, J. (2013). *Tratado de Responsabilidad Civil* (Tomo II). Bogotá: Legis Editores.
- Tapia, M. (2012). Pérdida de una chance: Su indemnización en la jurisprudencia chilena, *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*, (2), pp. 251-264.
- Tapia, M. (2015). Pérdida de una oportunidad: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile? *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, 4(5), pp. 233-267.
- Trigo, F. (2008). *Pérdida de chance*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Zannoni, E. (1987). *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

INDICE DE AUTORES

LUIS PAZMIÑO. Zootecnista Universidad de Nariño, Normalista, becario del Diplomado en Gestión del Cambio Climático Territorial por la Gobernación del Departamento de Nariño - Universidad Cooperativa de Colombia y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), ha trabajado con ONG's del orden local, nacional e internacional, entidades públicas y privadas como consultor, asesor, asistente técnico en proyectos agroempresariales, desarrollo comunitario, desarrollo empresarial, investigaciones socio-económicas y agroecológicas, capacitador de comunidades afrodescendientes, indígenas, campesinas rurales y personas vulnerables urbanas. Profesional independiente, Perito Auxiliar de Justicia de los Juzgados y Tribunales de la Rama Judicial de Pasto y Tribunal de Arbitramento Cámara de Comercio de Pasto.

CARMEN ELENA RODRÍGUEZ. Abogada Universidad de Nariño, Especialista en Instituciones Jurídico Familiares Universidad Nacional de Colombia, Diploma de Estudios Avanzados Departamento de Derecho Constitucional Universidad Complutense de Madrid, España, Estudiante becaria Master Estudios sobre la Ciencia, la Tecnología y la Innovación Universidad de Salamanca, España. Docente investigadora Universidad Cesmag - grupo de investigación DIDS Derecho Innovación y Desarrollo Social.

DANIEL LOZANO VILLOTA. Abogado, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

DANIELA STEFANÍA RODRÍGUEZ. Abogada, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

DARÍO FERNANDO MARTÍNEZ. Abogado, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño.

ERIKA PABÓN. Abogada egresada del programa de Derecho en la Facultad de Derecho y ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Contacto: lopezromerodc@hotmail.com

JAIRO CABRERA PANTOJA. Abogado, Master en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia, Master en Derecho Ambiental y Doctor en Derecho de la Università Degli Studi de Palermo Italia. Docente titular de la Universidad Católica de Colombia. Docente de posgrado de la Universidad de Nariño, del Cauca, Surcolombiana y Libre de Colombia,

LAURA CATHERINE IBARRA. Abogada de la Universidad de Nariño, especialista en Derecho de la Competencia y Protección al Consumidor de la Universidad Sergio Arboleda, estudiante de Maestría en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia - Sede Bogotá. Correo institucional: libarra@unal.edu.co

ANDREA MELISSA ANDRADE. Abogada titulada de la Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Nariño. Especialista en Instituciones Jurídico-Procesales de la Universidad Nacional y Magister en Derecho Administrativo de la Universidad del Cauca.

MARIA ELENA CAICEDO YELA. Abogada titulada de la Universidad Cooperativa de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Nariño y Magister en Derecho Administrativo de la Universidad del Cauca.

COMITÉ DE ARBITRAJE CIENTÍFICO PARA ESTE NÚMERO

MIEMBROS EXTERNOS

ANA PATRICIA PABON MANTILLA

Docente Universidad Autónoma de Bucaramanga, Doctora en Derecho de la Universidad Libre, Magister en Hermenéutica Jurídica y Derecho y Especialista en docencia universitaria de la Universidad Industrial de Santander.

CARLOS FERNANDO LOPEZ PASTRANA

Docente de la Universidad del Sinú, Universidad de Cartagena y Universidad Católica. Magister en Derecho Universidad Sergio Arboleda, Especialista en Derecho Constitucional y Derecho Administrativo de la Universidad del Sinú.

ESTANISLAO ESCALANTE BARRETO

Docente Universidad Nacional de Colombia, Doctor en Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social Universidad de Salamanca, Magister en Pedagogía de la Universidad de la Sabana, Magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia y Master oficial en Corrupción y Estado de Derecho de la Universidad de Salamanca.

JAIRO CABRERA PANTOJA

Abogado, Master en Derecho Público de la Universidad Externado y Master en Derecho Ambiental Università degli Studi di Palermo, Italia. Doctor en Derecho de la Università degli Studi di Palermo, Italia

JOHN JAIRO CASTRO CALVACHE

Abogado Universidad de Nariño. Magister en Ciencias Penales y Criminológicas y Especialista en Derecho Disciplinario de la Universidad Externado de Colombia. Docente de la Universidad Externado de Colombia y Juez Penal en Bogotá.

MARÍA ALEXANDRA RUIZ CABRERA

Abogada de la Universidad de Nariño, Pasto (2012), Magister en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar -Sede Ecuador-, Quito (2014). Cursa una Especialización en Derecho Procesal Penal en la Universidad Cooperativa de Colombia, Pasto. Doctoranda en Derecho Universidad Andina Simón Bolívar -Sede Ecuador-. Quito.

MIEMBROS INTERNOS

OMAR ALFONSO CÁRDENAS CAYCEDO

Abogado Universidad de Nariño. Magister en Derecho Comercial y Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia. Docente de pregrado y postgrado de la Universidad de Nariño.

CRISTHIAN ALEXANDER PEREIRA OTERO

Abogado Universidad de Nariño. Magister en Derecho Público y especialista en Derecho Contencioso Administrativo de la Universidad Externado de Colombia y Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional. Docente de Pregrado y Postgrado de la Universidad de Nariño.

INSTRUCCIONES PARA AUTORES

La revista científica CODEX de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, es un medio de divulgación del conocimiento, la investigación, la proyección social y el saber jurídico y socio jurídico. Su objetivo esencial es la publicación de resultados de investigación, generando espacios de debate con un enfoque crítico social sobre temas de relevancia jurídica.

La Revista Científica CODEX está dirigida a abogados, investigadores, litigantes, funcionarios de la rama judicial, legislativa y ejecutiva, estudiantes de derecho de pregrado y postgrado y, en general, a las personas interesadas en asuntos jurídicos y socio jurídicos, a nivel nacional e internacional.

La Revista Científica CODEX trata temas de relevancia académica y científica en el área del derecho privado, público, social (laboral, familia, agrario, medio ambiental, multiculturalidad), penal, internacional y área humanística (sociología, historia del derecho, teoría y filosofía del derecho).

A partir del día 24 de marzo de 2015, oficialmente abre convocatoria permanente para la recepción de artículos científicos, bajo los siguientes parámetros:

1. TIPO DE ARTÍCULOS

La revista científica CODEX publicará artículos resultados de investigación adelantados a nivel nacional e internacional, que cumplan con los requerimientos de Colciencias sobre la materia. La revista publica los siguientes tipos de artículos:

- Artículos de investigación científica y tecnológica: El documento deberá presentar, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.
- Artículo de reflexión: El documento deberá presentar resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales. Estructura: Introducción, planteamiento de problema, desarrollo y conclusiones.
- Artículo de revisión: El documento deberá presentar el resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa y amplia revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias. Estructura: Introducción, planteamiento de la temática, recuperación bibliográfica, tendencias en el campo del conocimiento, y conclusiones.

2. RESERVA DE DERECHOS

La recepción de un artículo por parte de la Revista Científica CODEX no implica su aprobación, ni el compromiso de publicación. El autor será informado oportunamente de los resultados del proceso de evaluación del artículo, y la fecha de publicación en caso de ser aceptado.

El autor deberá presentar, junto con el artículo, la carta de cesión a la revista de sus derechos patrimoniales sobre el artículo, en la cual autoriza expresamente a la revista a copiar, reproducir, distribuir, publicar, y comercializar el artículo presentado, a través

de medios digital o electrónico, físico, reprográfico y en general a través de cualquier medio de comunicación académicamente aceptado.

El autor en la misma carta manifiesta que el artículo respeta los derechos de autor de terceros, y exonera a la Universidad de Nariño de responsabilidad frente a terceros, y se compromete a responder por cualquier acción judicial entablada por ese hecho.

La revista realizará la publicación, en todo caso, mencionando al autor del artículo, y respetando los derechos morales de autor (Ley 23 de 1982, Decisión 351 CAN).

3. REQUISITOS DE LOS ARTÍCULOS

Los artículos presentados a la revista Codex, deben cumplir con los siguientes requisitos:

- 3.1. ORIGINALIDAD: El artículo debe ser original y de autoría de quien lo presenta.
- 3.2. TÍTULO DEL ARTÍCULO: Debe presentarse un título acorde con el contenido del artículo.
- 3.3. IDIOMA: El artículo debe presentarse preferiblemente en español. Sin embargo, la revista también publica artículos que se presenten en inglés o francés.
- 3.4. NOMBRE DEL AUTOR: Se presenta el nombre del autor o autores del artículo, y a pie de página señalar: Pertenencia institucional, títulos académicos, grupo de investigación al cual pertenece, correo electrónico, dirección postal.
- 3.5. RESUMEN: Se realiza en un solo párrafo y se recomienda que su extensión no sea superior a 200 palabras. Debe presentarse en español y en inglés.
- 3.6. PALABRAS CLAVES: Son las palabras que identifican los conceptos básicos utilizados en el artículo, máximo 5 palabras clave. Debe presentar en español e inglés. La revista recomienda consultar el Thesaurus de Unesco: <http://databases.unesco.org/thessp/>.
- 3.7. EXTENSIÓN: El artículo deberá tener una extensión mínima de 10 páginas y máxima de 20 páginas, contando desde el título hasta las referencias. Tipo de página: carta (letter) papel 21.59cm x 27.94cm (8 ½" x 11")
- 3.8. TIPO DE LETRA: Times New Roman, 12 puntos, interlineado 1.5, y texto alineado a la izquierda justificado. Sin espacio entre párrafos.
- 3.9. MÁRGENES: 2,54 cm en toda la hoja.
- 3.10. SANGRÍA: Cinco espacios en la primera línea de cada párrafo.
- 3.11. ESTRUCTURA: El artículo deberá contener una introducción subcapítulos enumerados (1,2,3,...), conclusiones o recomendaciones, y lista de referencias.
- 3.12. IMÁGENES: El artículo puede contener imágenes, mapas, y diagramas, sin embargo, debe tenerse en cuenta que la publicación se realiza en blanco y negro. Por lo tanto, deberá contener las leyendas para que la información sea entendible.
- 3.13. PALABRAS EN LATÍN: Las palabras en latín deben ir en cursiva.
- 3.14. AGRADECIMIENTOS: Los agradecimientos por el apoyo que hayan recibido los autores se debe colocar al final del artículo, después de la bibliografía.
- 3.15. PONENCIAS: Si el artículo fue presentado como ponencia y esta no fue publicada, deberá indicarse a pie de página.

3.16. **NORMAS:** En el estilo, citas y referencias el autor deberá utilizar las establecidas por la Asociación Americana de Psicología (Normas APA) en la sexta edición. Al final de esta convocatoria encontrará una breve guía de citas.

4. FORMA DE ENVÍO

Los artículos se enviarán al Comité Editorial de la Revista Científica Codex por medio electrónico al correo: rcodex@udenar.edu.co

El autor deberá enviar:

Artículo en formato Word (archivo con extensión .doc)

- Carta de cesión de derechos diligenciada y firmada por todos los autores, debidamente escaneada (Disponible en: derecho.udenar.edu.co, y en rcodex.udenar.edu.co)
- Formato de presentación del artículo. (Disponible en: derecho.udenar.edu.co, y en rcodex.udenar.edu.co)

Recuerde que la convocatoria de recepción de artículos se encuentra abierta de forma permanente.

5. PROCESO DE ARBITRAJE

La REVISTA CIENTÍFICA CODEX utilizará el sistema de doble ciego para la evaluación de los artículos presentados. En consecuencia, los autores no conocerán los nombres de los pares evaluadores, así mismo, éstos no conocerán el nombre de aquellos. La evaluación será remitida por los pares evaluadores mencionando únicamente el título del artículo.

El proceso de arbitraje se realizará así:

Los artículos serán revisados por el Comité Editorial el cual evaluará:

- Cumplimiento de los requisitos formales, como extensión, forma de citas, referencias, etc., y existencia de la carta de cesión de derechos.
- Pertinencia del tema: El artículo debe tratar un tema de interés jurídico o socio jurídico.
- Originalidad: El artículo debe ser original e inédito, por lo tanto se descartarán aquellos artículos publicados en otros medios.

Los artículos que hayan pasado el primer filtro, serán enviados a dos (2) árbitros, expertos en el área, quienes evaluarán:

- Evaluación de estructura: Evaluarán cada una de las partes del artículo: título, resumen, introducción, metodología, resultados, conclusiones, y referencias.
- Rigor científico y académico: Se evalúa la validez jurídica y científica de las conclusiones a partir de la metodología y argumentos expuestos en el artículo.
- Estado del arte: Se evalúa los referentes teóricos y conceptuales expuestos en el artículo.
- Fuentes bibliográficas: Se evalúa la pertinencia y actualidad de las citas y fuentes bibliográficas.

Los árbitros brindarán la siguiente calificación:

- No publicable. El artículo no se publicará.
- Publicable sin correcciones: El artículo pasa directamente a fase de publicación

- **Publicable con correcciones:** En este caso se informarán las correcciones al autor para que las realice en un término no mayor a diez días hábiles. El comité editorial revisará la pertinencia de las correcciones realizadas, y pasará a fase de publicación.

La revista se reserva el derecho a realizar correcciones de estilo, las cuales se informarán a los autores.

6. CÓDIGO DE ÉTICA DE LA REVISTA CODEX

- La Revista científica CODEX de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño realiza el proceso de arbitraje con árbitros de reconocida idoneidad, preferiblemente con título de maestría y doctorado, y miembros de prestigiosas instituciones universitarias.
- El proceso de arbitraje garantiza que el artículo se enviará en un formato electrónico que impida o dificulte su modificación, y que garantice la protección a los derechos de autor. Así mismo los árbitros aceptarán conservar la confidencialidad del artículo y los resultados y conclusiones que en él se plasmen, así como a garantizar y proteger los derechos de autor.
- La revista pretende cumplir con los estándares de calidad requeridos para lograr su indexación a nivel nacional e internacional.
- La revista realizará un control estricto de las publicaciones, con el fin de garantizar la no vulneración de derechos de autor de terceros. En el momento que la revista detecte una violación a éstos, comunicará al titular de tales derechos, y pondrá en conocimiento de las autoridades competentes.
- Los escritos que aparezcan en la Revista son de responsabilidad de los autores.
- Los artículos enviados a la revista para ser evaluados no pueden estar en proceso de evaluación en otra publicación.

7. BUENAS PRÁCTICAS EDITORIALES

La revista CODEX acoge los estándares internacionalmente aceptados en materia de publicación científica. Por lo tanto, la revista CODEX adopta en su proceso las directrices fijadas en la 2nd World Conference on Research Integrity realizada en Singapur, en julio de 2010. En consecuencia, recomienda a los autores su revisión. Las directrices pueden consultarse en: http://publicationethics.org/files/International%20standard_editors_for%20website_11_Nov_2011.pdf

8. RECIPROCIDAD

El autor del artículo recibirá en su dirección postal dos (2) ejemplares de la revista, de manera gratuita.

9. DATOS DE CONTACTO

- Página web: derecho.udenar.edu.co
- Dirección Física: Ciudad Universitaria Torobajo, Universidad de Nariño, bloque D, Facultad de Derecho. San Juan de Pasto, Nariño, Colombia.
- Correo electrónico: rcodex@udenar.edu.co
- Teléfono: 57 (602) 7315438

MANUAL DE CITAS Y REFERENCIAS

Las citas y los listados de referencias deberán realizarse conforme a las normas APA sexta edición, que pueden consultarse en las páginas:

- <http://www.apa.org/>
- <http://normasapa.com/>

A continuación se presentan ejemplos de las citas más comunes, así como la forma de citar sentencias y leyes admitidas por la revista.

1. CITAS

1.1. Cita textual de menos de 40 palabras

Cuando la cita es textual y consta de menos de 40 palabras se escribe inmersa dentro del texto, entre comillas y sin cursiva. Después de las comillas de cierre entre paréntesis se ubica el apellido del autor, año de publicación, y página usando la abreviatura (p.), el punto se coloca después de la cita. Así, es posible utilizar cualquiera de las dos formas que se indican:

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Una aproximación al concepto de argumentación jurídica permite concluir que “la argumentación es una de las labores que generalmente desarrollamos los abogados en todos los campos del Derecho en el que nos desempeñemos.” (Muñoz, 2007, p. 21). Por lo tanto, fuerza concluir, el abogado tiene la misión principal de formarse en argumentación jurídica como una auténtica herramienta de trabajo.

--

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Una aproximación al concepto de argumentación jurídica expuesto por Muñoz (2007) permite concluir que “la argumentación es una de las labores que generalmente desarrollamos los abogados en todos los campos del Derecho en el que nos desempeñemos.” (p. 21). Por lo tanto, fuerza concluir, el abogado tiene la misión principal de formarse en argumentación jurídica como una auténtica herramienta de trabajo.

1.2. Cita textual de más de 40 palabras

La cita textual de más de 40 palabras deberá escribirse aparte del texto, con sangría, sin comillas, sin cursiva, y con letra de un tamaño menor (11 puntos), y a espacio sencillo. El punto se coloca antes de la referencia, que se realiza también entre paréntesis. A continuación se exponen dos formas válidas

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Así la doctrina ha expuesto:

Sin embargo, debe hacerse claridad que el concepto de “argumentación jurídica”, no solo se refiere a la argumentación judicial, pues esta última es solo una de las caras que puede mostrar la argumentación jurídica. El campo que abarca el concepto es en realidad más amplio y si bien es cierto que en tratándose del debate judicial, este termina con la sentencia, la cual por supuesto debe ser argumentada, esta se presenta ya como el producto de las argumentaciones de las partes. (Muñoz, 2007, p. 22)

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Así Muñoz (2007) ha expuesto:

Sin embargo, debe hacerse claridad que el concepto de “argumentación jurídica”, no solo se refiere a la argumentación judicial, pues esta última es solo una de las caras que puede mostrar la argumentación jurídica. El campo que abarca el concepto es en realidad más amplio y si bien es cierto que en tratándose del debate judicial, este termina con la sentencia, la cual por supuesto debe ser argumentada, esta se presenta ya como el producto de las argumentaciones de las partes. (p. 22)

1.3. Cita de parafraseo

Es la cita que plasma las ideas de otro autor, pero con las palabras propias del escritor. Al final de la idea retomada se realiza la cita entre paréntesis, y sin mencionar el número de página.

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. La labor cotidiana del abogado incluye elementos de argumentación, y específicamente de la argumentación jurídica. (Muñoz, 2007)

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Así las cosas, Muñoz (2007) aclara que la labor cotidiana del abogado incluye elementos de argumentación, y específicamente de la argumentación jurídica.

1.4. Citas de textos con varios autores

Dos autores: Los apellidos se separan con “y”, y en inglés se utiliza “&”.

Muñoz y Coral (2005) consideran que...

Cabe resaltar que varios autores coinciden con lo afirmado (Muñoz y Coral, 2005).

Tres a cinco autores: La primera vez que se citan se indican los apellidos de todos, posteriormente sólo el primero, y se agrega “et al” seguido de punto.

Pérez, Martínez, y Muñoz (2010), consideran....

De esta forma Pérez et al. (2010), afirma....

Esa es la postura general de la doctrina (Pérez, Martínez, y Muñoz, 2010). Sin embargo se ha presentado críticas al respecto (Pérez et al., 2010).

Seis o más autores: Se cita el apellido del primero seguido de et al., desde la primera citación.

1.5. Cita de textos de autor corporativo

Se coloca el nombre de la entidad en lugar del apellido, la primera vez se cita el nombre completo de la entidad y entre paréntesis la sigla. Las citas subsiguientes únicamente llevan la sigla.

Los programas ofrecidos por la Universidad de Nariño (Udenar, 2012)...., siendo así la política de la educación pública en Colombia requiere ajustes (Universidad de Nariño [Udenar], 2012).

1.6. Cita de textos anónimos

En lugar del apellido se coloca la palabra “anónimo”.

1.7. Cita de cita

Cuando no se tiene acceso a la fuente directa de la información, sino a través de un autor que hace la cita, se hace conforme al ejemplo:

Bonorino (como se citó en Muñoz, 2007), ha planteado que...

1.8. Notas

Puede utilizar el pie de página para realizar ampliación del tema, ejemplos, o puntualizaciones en torno a lo expuesto en el párrafo principal.

1.9. Sentencias

Entre paréntesis se indicará el nombre de la corporación, seguida de coma, y el número de la sentencia.

(Corte Constitucional, T-406-92).

(Corte Suprema de Justicia Sala Casación Civil, Sentencia del 15 de agosto de 2014).

1.10. Leyes

Entre paréntesis se indicará el país, y el número y año de la ley.

(Colombia, Ley 1480 de 2001).

(Colombia, Código Civil).

2. REFERENCIAS

Las referencias se realizarán enlistando en orden alfabético únicamente los textos citados en el artículo. Deberá contar con sangría francesa.

2.1. Libros

Apellido, A.A. (Año). *Título*. Ciudad, País: Editorial.

Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.

2.2 Libros de varios autores

Apellido, A.A., Apellido, A.A., & Apellido, A.A. *Título*. Ciudad, País: Editorial Narváez García J.I., Narváez Bonnet J. E. & Narváez Bonnet O.S (2008). *Derecho de la empresa*. Bogotá: Legis Editores.

2.3 Libro con editor (los capítulos son escritos por varios autores)

Apellido, A.A. (Ed). (Año). *Título*. Ciudad, País: Editorial.

2.4 Libro en versión electrónica

Apellido, A.A. (año). *Título*. Recuperado de <http://www.xxx.xxx>

2.5. Capítulo de libro

Apellido, A.A. y Apellido. A.A. (Año). Título del capítulo. En: A.A. Apellido (Ed), *Título del libro* (pp. xx - xx). Ciudad, País: Editorial.

Martínez, M.M. y Gonzales A.P. (2012). Historia del Derecho Moderno. En: P.M. Pérez (Ed). *Nuevas tendencias del derecho* (pp. 58-23). Pasto, Colombia: Editorial Universidad de Nariño.

2.6. Artículo de revista

Apellido, A.A., y Apellido, A.A.(Año). Título del Artículo. *Nombre de la Revista*, volumen (o número), pp-pp.

Martínez, M.M. y Gonzales, A.P. (2012). La ley en mundo Romano. *Revista Foro Universitario*, 13, 12-34.

2.7. Artículo de periódico

Apellido, A.A. (fecha). Título de artículo. *Nombre del periódico*, pp-pp. Online:

Apellido, A.A. (Fecha). Título del artículo. *Nombre del periódico*. Recuperado de <http://www.xxx.xxx>

2.8. Autor corporativo - informe gubernamental

Nombre de la organización. (Año). *Título del informe*. Recuperado de: <http://www.xxx.xxx>

2.9. Tesis y trabajos de grado

Apellido, A.A. (Año). *Título de la tesis* (tesis de pregrado, maestría o doctoral). Nombre de la institución; ciudad, país.

2.10. Sentencias

País. Corporación. (Año, día de mes). Sentencia S-333, M.P. Ernesto García, Ciudad.

2.11. Leyes

País. Corporación. (Año, día de mes) Ley XXX “por medio de la cual....”

SUSCRIPCIÓN VERSIÓN ELECTRÓNICA

Estimado Lector. Si desea suscribirse GRATUITAMENTE a la Revista Científica CODEX versión electrónica, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, ingrese a la página: <http://rcodex.udenar.edu.co>

Realice el registro y recibirá en su correo electrónico los próximos números de la revista.

CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA

Puede suscribirse a la versión física de la Revista Científica CODEX, diligenciando el cupón *on line* disponible en la página <http://rcodex.udenar.edu.co>.

También puede suscribirse recortando el cupón que se encuentra a continuación y enviándolo a la dirección: Calle 18 Carrera 50, Universidad de Nariño, Ciudadela Universitaria Torobajo, Bloque D, Facultad de Derecho, de la ciudad de San Juan de Pasto, Departamento de Nariño, República de Colombia. También puede escanearlo y enviarlo al correo: rcodex@udenar.edu.co

A vuelta de correo se le informarán los costos de envío y la forma de pago de los mismos.

REVISTA CIENTÍFICA CODEX
CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA

Nombre y/o Institución:

Cédula/NIT/DNI _____

Dirección: _____

Ciudad: _____

Depto/Estado: _____ País: _____

A.A. _____ Teléfono: _____

E-mail: _____

Pertenencia Institucional: _____

Firma _____

REVISTA CIENTÍFICA CODEX

Esta obra se imprimió en
GRAFICOLOR PASTO SAS
Calle 18 No. 29-67 - Tel. 731 06 52
graficolorpasto@hotmail.com
San Juan de Pasto - Nariño



Universidad de **Nariño**

FUNDADA EN 1904



Centro de Investigaciones
y Estudios Socio-Jurídicos