

CONFLICTOS URBANÍSTICOS EN BARRANQUILLA*

Aleksey Herrera Robles**

Resumen

Este artículo recoge los avances de la investigación del autor sobre el derecho urbanístico en Barranquilla. Luego de analizar los antecedentes normativos y de identificar los principales problemas que en esta materia están afectando la convivencia y el desarrollo de la ciudad, concluye que es necesario modificar el Plan de Ordenamiento Territorial con objeto de adicionarle estrategias integrales en la administración del espacio físico, reformar el marco normativo con la finalidad de restringir su permisibilidad y adoptar una estructura organizacional adecuada, pues, independientemente de la importancia que tiene generar una cultura de respeto a los espacios colectivos, cualquier transformación debe originarse, esencialmente, desde lo público.

Palabras clave: Territorio, urbanismo, derecho urbano.

Abstract

This article shows the advances made on a research about urban law in Barranquilla (Colombia). After analyzing the normative background and identifying the main problems affecting how people live together and the city development. It is concluded that it is necessary to modify the Plan of territorial ordering with the objective of adding integral strategies dealing with the management of physical space, to reform the normative framework in order to restrain its permissibility and adopting an adequate organizational structure.

Key words: Territory, urbanism, urban law.

Fecha de recepción: 15 de marzo de 2005
Fecha de aceptación: 10 de mayo de 2005

* Este artículo forma parte del proyecto de investigación «El ordenamiento urbanístico a partir de la experiencia en Barranquilla: causas del conflicto y posible soluciones».

** Abogado. Magíster en estudios político-económicos. Profesor de Interpretación constitucional y legal, Hacienda Pública y Derecho Administrativo. aherrera@uninorte.edu.co

PRESENTACIÓN

El deterioro en la calidad de vida de los barranquilleros se percibe a través de indicadores tales como los niveles de desempleo, las difíciles condiciones de habitabilidad, el crecimiento urbano, presidido de la segregación e inequidad social, el descuido de las condiciones ambientales, el desánimo personal y la descomposición grupal. Frente a este panorama que nos ofrece la ciudad, es reto ineludible de la autoridad aplicar una política integral en materia de ordenamiento territorial a través de la cual se potencialicen las ventajas comparativas que ésta tiene en materia económica, se disminuyan los grandes desequilibrios y se orienten, conforme a propósitos establecidos, los usos y ocupación del territorio a través de la planificación del desarrollo físico.

En los últimos años se ha evidenciado la ausencia de políticas públicas en el impulso de la economía local o en la solución de los problemas del sector productivo, lo que resulta paradójico si tenemos en cuenta las mínimas posibilidades de trabajo que ofrece la ciudad. Por otra parte, a su crecimiento desordenado se suma la desarticulación con el desarrollo de la infraestructura de la ciudad en material vial y de servicios debido a la falta de planeación y de control a los procesos de urbanización y uso del suelo, lo que ha permitido la proliferación del comercio indiscriminado a costa de la residencialidad, un fuerte impacto en la movilidad urbana, un enorme déficit de espacio público y problemas policivos de seguridad, tranquilidad y salubridad.

El ordenamiento territorial en Barranquilla tiene necesariamente que comenzar a establecer las metas, programas y actuaciones de la administración, de manera que oriente efectivamente las obras e inversiones públicas.

Corresponde a los servidores distritales gestar desde lo público, los procesos de transformación cultural de la ciudad a través de una organización adecuada que finalmente permita recuperar la idea de autoridad, previa adecuación y modificación del Estatuto Urbanístico, con el fin de que se haga uso racional e idóneo del territorio, y en el que prime la función social de la propiedad sobre el simple interés económico, para garantizar a todos un espacio adecuado a las necesidades individuales y colectivas. En este proceso probablemente se refirmarán valores propios de nuestra idiosincrasia, pero también se requerirá variar algunas tradiciones y costumbres, al igual que las instituciones que las sostienen.

En todo este proceso es fundamental que el plan de reordenamiento se enmarque en la construcción del ideal de ciudad que queremos, la cual sólo podrá ser apropiada como un gran propósito colectivo, en la medida en que se generen los espacios de participación y concertación propios de una sociedad profundamente pluralista pero fragmentada.

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL RÉGIMEN URBANÍSTICO EN EL DISTRITO DE BARRANQUILLA

La Ley 4ª de 1913, Código de Régimen Político y Municipal, no establecía un marco normativo sobre el régimen de urbanismo o planeación municipal, salvo la competencia de los concejos¹ para otorgar concesiones para la ejecución de obras de interés público y reglamentar el repartimiento y entrega de los terrenos comunales y baldíos cedidos al municipio. Posteriormente, mediante Ley 97 de 1914, artículo 4º, se autorizó a las corporaciones municipales para «*disponer lo conveniente sobre trazado, apertura, ensanche y arreglo de las calles de las poblaciones y caseríos; y conceder permiso para ocuparlas con canalización subterráneas y postes para alambres y cables eléctricos, rieles para ferrocarriles y tranvías, torres y otros aparatos para cables aéreos, y en general, con accesorios de empresas de interés municipal...*», y mediante el artículo 10 de la Ley 113 de 1928 se le confirió a la Nación la facultad para conceder licencias para utilizar las calles, plazas, vías públicas y demás bienes nacionales de uso público, para tender superficialmente las redes de canalización de plantas eléctricas, para uso tanto industrial como doméstico.

No fue sino hasta la Ley 88 de 1947² que se estableció la noción de área urbana como «*la extensión comprendida dentro de la nomenclatura legal correspondiente o la determinada por los concejos municipales por medio de acuerdo*», en el cual debía establecerse, además, la nomenclatura de las calles y carreras. Sobre el mismo aspecto se autorizó a los concejos a estimular las construcciones urbanas y dictar las providencias necesarias para que las nuevas construcciones no perjudicaran la alineación de las calles ni el plano de urbanización general. En tal sentido se estableció por primera vez para los municipios con población superior a los 10.000 habitantes, la presentación y aprobación previa de los planos de las edificaciones, antes de iniciar las construcciones, y cuando éstos tuvieran un

¹ Ley 4ª de 1913, artículo 169, numerales 16 y 17.

² «Sobre fomento del desarrollo urbano del municipio y se dictan otras disposiciones».

presupuesto superior a doscientos mil pesos (\$200.000), la obligación de *«levantar el plano regulador que indique la manera como debe continuarse la urbanización futura de la ciudad. Este plano no sólo comprenderá las enmiendas y mejoras que deben hacerse a la parte ya construida, atendiendo el posible desarrollo, sino los nuevos barrios que hayan de levantarse, así como los sitios donde deben ubicarse los edificios públicos, sitios de recreo y deporte, templos, plazas y áreas verdes, escuelas u demás edificios necesarios a la población»*.

Dentro del marco de la regulación anterior, el Concejo distrital de Barranquilla otorgó facultades al alcalde para expedir el decreto 401 de 1957, primer estatuto urbanístico de la ciudad.

El Congreso de la República deroga la Ley 88 de 1947 mediante Ley 61 de 1978, a través de la cual se estableció la obligación para todos los municipios con población superior a 20.000 habitantes, de formular su respectivo plan integral de desarrollo con base en las técnicas modernas de planeación urbana y coordinación urbano-regional. En el decreto reglamentario 1306 de 1980³ se estableció que se entiende por «plan integral de desarrollo» un *«conjunto de normas que permitan ordenar, regular y orientar las acciones de los sectores público y privado en los aspectos socioculturales, económico-financieros, físico-territorial y jurídico-administrativo, con el fin de mejorar la calidad de vida de los habitantes y utilizar en forma óptima los recursos existentes.»* Es importante destacar que la Ley incorporaba al Plan de desarrollo municipal, la parte relativa al ordenamiento físico-territorial, y dentro de este último incluía la expedición de diversos instrumentos normativos, incluidos los usos del suelo, normas urbanísticas y prestación de servicios en zonas de vivienda popular, delimitación de las zonas de reserva, reglamento sobre permisos o licencias de construcción, urbanización y funcionamiento, reglamento de construcciones antisísmicas y normas viales y de transporte.

En Barranquilla, las autoridades locales se limitan a expedir reformas parciales al estatuto existente mediante decretos 187 de 1980, 124 y 125 de 1986. En 1986, el Congreso aprueba el acto legislativo N° 1, que establece la elección popular de alcaldes, y en desarrollo de ésta, esa misma corporación expide la Ley 11 de 1986, *«Por la cual se dicta el estatuto básico de la administración municipal y se ordena la participación de la comunidad en el manejo de los asuntos locales»*. De acuerdo con las facultades contenidas

³ «Por el cual se reglamenta el artículo 3° de la Ley 61 de 1978, sobre planes integrales de desarrollo, y el artículo 9° de la Ley 30 de 1969».

en el artículo 76, literal b) de la citada Ley, el gobierno expide el decreto 1333 de abril 25 de 1986, «Por el cual se expide el Código de Régimen Municipal», en el cual se codificaron las disposiciones constitucionales y legales vigentes para la organización y funcionamiento de la Administración Municipal. Dentro del respectivo estatuto se incorporó el capítulo I, título III sobre planeación municipal, y se incluyó dentro de los planes de desarrollo, las normas sobre usos del suelo y cesiones obligatorias, así como las normas urbanísticas específicas.

Por otra parte, autorizada la creación de las áreas metropolitanas mediante el artículo 198 de la Constitución de 1886, modificada en la reforma constitucional de 1968, el Congreso de la República expidió la Ley 61 de diciembre 15 de 1978 o *Ley Orgánica de Desarrollo Urbano*, a través de la cual se autorizó al Gobierno Nacional para que, entre otros aspectos, señalara las relaciones que dan a un conjunto de municipios las características de área metropolitana, fijando los procedimientos para su organización y administración. De esta manera, el Gobierno Nacional expidió el decreto ley 3104 de diciembre 14 de 1979⁴, en cuyo artículo 16 se autorizó el funcionamiento de las áreas metropolitanas cuyo núcleo principal fueran los municipios de Medellín, Cali, Barranquilla, Bucaramanga y Pereira. De esta manera, la Asamblea del departamento del Atlántico, mediante ordenanza 028 de diciembre 11 de 1981, autorizó finalmente su integración con los municipios de Barranquilla, Soledad, Puerto Colombia y Malambo, permitiendo hacia el futuro la inclusión de Galapa, decisión que tuvo que esperar 17 años para concretarse.

Dentro de las funciones que el decreto ley 3104/79 otorgaba a las juntas metropolitanas en el artículo 6.1 en materia de planeación⁵ se encuentra en el literal d) la de «establecer las normas generales de zonificación, urbanización, construcción, extracción de materiales y funcionamiento de establecimientos comerciales y de servicio, dentro de las cuales los municipios del área han de dictar las reglamentaciones específicas». Estas disposiciones fueron igualmente incorporadas en el Código de Régimen Municipal, artículo 348 al 373, modificado finalmente por la Ley 128 de 1994, la cual ratifica la competencia de la junta metropolitana para «dictar normas

⁴ «Por el cual se dictan normas para la organización y funcionamiento de las áreas metropolitanas».

⁵ Recordemos que el decreto 3104 de 1979 fue incorporado posteriormente al Código de Régimen Municipal, decreto ley 1333 de 1986, artículos 348 y siguientes, en virtud de las facultades de codificación establecidas en la Ley 11 de 1986.

sobre uso del suelo urbano y rural en el municipio y definir los mecanismos necesarios que aseguren su cabal cumplimiento».

En 1993, el Concejo de Barranquilla confirió autorización al alcalde mediante acuerdo N° 012 de 1993 para expedir el estatuto urbanístico del Distrito especial de Barranquilla como elemento del Plan de desarrollo. En tal sentido, bajo la dirección del arquitecto Carlos Bell Lemus, se expidió el Decreto 654 de septiembre 21 de 1993, modificado posteriormente por el decreto acuerdal 572 de mayo 30 de 1994.

No obstante lo anterior, el 15 de julio se expide la Ley 152 de 1994, Ley Orgánica del Plan de Desarrollo, la cual debía estar conformada por una parte estratégica y un plan de inversiones a mediano y corto plazo. Sin embargo, en el párrafo 2° del artículo 41 se estableció: «[...] *Para el caso de los municipios, además de los planes de desarrollo regulados por la presente Ley, contarán con un plan de ordenamiento que se regirá por las disposiciones especiales sobre la materia. El Gobierno Nacional y los departamentos brindarán las orientaciones y apoyo técnico para la elaboración de los planes de ordenamiento territorial*». Sin esperar que se expidiera reglamentación alguna, el entonces alcalde Edgard George González presentó al Concejo distrital un proyecto de acuerdo para la expedición del Plan de Ordenamiento, el cual surtió los debates respectivos los días 10 de julio, en comisión, y 18, 29 y 30 de julio en plenaria. Sancionado el proyecto, fue publicado en la *Gaceta oficial* N° 100 del 5 de septiembre de 1997. Durante el trámite de aprobación del acuerdo, el Congreso expidió la Ley 388 del 18 de julio de 1997, «*Por la cual se modifica la Ley 9ª de 1989, y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones*», dentro de la cual se encontraba regulado el tema de los planes de ordenamiento territorial y dentro de éstos, la expedición de las normas urbanísticas respectivas. El Concejo aprueba el acuerdo 027 de 1997, y en virtud de las facultades contenidas en el artículo 62⁶, el alcalde expide los decretos 2030 de 14 de noviembre de 1997, «*Por el cual se adopta el Plan de Ordenamiento Físico Territorial del Distrito Industrial y portuario de Barranquilla*», y el decreto 2111 del mismo año, «*Por el cual se expide el Estatuto de usos*

⁶ Acuerdo 027 de 1997, artículo 62: «Autorizar al alcalde distrital de Barranquilla para que en un término máximo de noventa(90) días, contados a partir de la fecha de sanción de este acuerdo, expida o adopte mediante decreto las políticas, programas y proyectos del Plan de Ordenamiento Físico Territorial de la ciudad, los procedimientos que viabilicen los instrumentos de gestión, determine los procesos estratégicos de cada una de las intervenciones contempladas en el plan y formule la normatividad regulatoria del conjunto de decisiones del plan».

del suelo y normas urbanísticas dentro del proceso de formulación del Plan de Ordenamiento Físico Territorial del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla».

Es importante anotar que la Sociedad Colombiana de Arquitectos del Atlántico inició una acción de nulidad contra el acuerdo 027 de 1997, la cual fue fallada de manera negativa a las pretensiones del demandante en primera instancia mediante sentencia de 26 de julio de 2000 (con ponencia del magistrado Luis Eduardo Cerra Jiménez), decisión que fue apelada ante el Consejo de Estado⁷.

Mientras tanto, el alcalde Bernardo Hoyos adelanta, bajo la orientación de la arquitecta Cecilia Páez Correa, todo el procedimiento de concertación y consulta previsto en la Ley 388 de 1997 para la expedición del POT, el cual, transcurridos sesenta días de su presentación al Concejo, al no ser aprobado, conforme a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 388 de 1997, fue expedido mediante decreto acuerdal 0154 de septiembre 6 de 2000⁸, el cual constituye el actual Plan de Ordenamiento Territorial del Distrito.

Aunque los POT están sometidos a un régimen especial de vigencias que no permiten su modificación por el término de doce años para el contenido estructural del plan, 8 años para el contenido urbano a mediano plazo y cuatro años para el contenido urbano a corto plazo⁹, mediante artículo 2º de la Ley 902 de julio 26 de 2004, *«Por la cual se adicionan algunos artículos de la Ley 388 de 1997 y se dictan otras disposiciones»*, se modificó el artículo 28, y en el numeral 5º se estableció: *«Las autoridades municipales y distritales podrán revisar y ajustar los Planes de Ordenamiento Territorial o sus componentes una vez vencido el período constitucional inmediatamente anterior...»* Esta situación permitió iniciar el proceso de revisión del POT, especialmente la parte urbanística, proceso que deberá surtir todo el procedimiento de concertación y consulta establecido en la Ley para su aprobación.

⁷ Expediente 13.133-C

⁸ La Ley 388 de 1997 confería un plazo para la expedición del POT de 18 meses, contados a partir del 18 de julio de 1997. El plazo anterior fue adicionado hasta el 31 de diciembre de 1999, mediante artículo 1º de la Ley 507 de julio 28 de 1999; mediante artículo 7º de la Ley 614 de 2000, nuevamente se amplió el plazo hasta el 31 de octubre de 2000.

⁹ El artículo 28 de la Ley 388 de 1997 establece los plazos teniendo en cuenta los períodos constitucionales de las administraciones municipales y distritales que conforme al artículo 3º del acto legislativo N° 2 de 2002 es de cuatro años.

2. CONFLICTOS DERIVADOS DEL PRIVILEGIO AL USO ECONÓMICO DE LA PROPIEDAD PRIVADA

2.1. Consideraciones teóricas

En un artículo publicado en la edición N° 20 de esta misma revista, titulado «Límites constitucionales y legales al derecho de dominio en Colombia, análisis desde el Derecho Público», se planteaba que *«desde la concepción absolutista del Código de Napoleón hasta el establecimiento de los principios de solidaridad de León Duguit, el derecho de Dominio o Propiedad cada vez es objeto de mayores restricciones, limitaciones e imposiciones, por lo que actualmente se ha convertido en una verdadera carga pública. La Constitución de 1991, a partir del marco de un Estado social de derecho, no sólo ratifica estos límites sino que promueve algunas formas especiales de propiedad, tales como la asociativa y la solidaria»*¹⁰.

Dentro de las limitaciones al derecho de dominio se encuentran las normas urbanísticas, a través de las cuales no sólo se restringe el uso económico de la propiedad definiendo los usos del suelo y determinando los bienes afectados por su condición de patrimonio histórico, sino estableciendo el marco físico de aprovechamiento del mismo mediante el establecimiento de los alineamientos, y las reglas que permiten armonizar el uso privado con el uso público, a través de la ubicación de los ejes viales, zonas peatonales y demás elementos constitutivos de espacio público.

La prevalencia del interés general en la regulación urbanística se sustenta no sólo en un valor constitucional, de acuerdo con lo establecido en la parte final del artículo 1° de la Constitución¹¹, sino especialmente en el principio definido en los artículos 209 y 58 de la misma Carta. Como valor, forma parte de un *«catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico»*, otorgándole una enorme generalidad y, en consecuencia, una textura abierta, dentro de

¹⁰ HERRERA ROBLES, Aleksey (20033, diciembre). Límites constitucionales y legales al derecho de dominio en Colombia: análisis desde el Derecho Público. *Revista de Derecho*, N° 20, p. 57.

¹¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA, artículo 1°: «Colombia es un estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general».

la cual caben varias fijaciones de sentido; como principio, se establece un fin, se consagra una prescripción jurídica general que supone una delimitación política y axiológica reconocida, restringiendo el espacio de interpretación¹². En tal sentido, el artículo 209 reafirma que la función administrativa está al servicio del interés general, y no podemos perder de vista que el derecho urbanístico es, ante todo, derecho administrativo¹³; además, el artículo 58 constitucional establece que «*La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica...*» En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que la propiedad no cumple una función ególatra o exclusivista sino que está encaminada a satisfacer necesidades de interés común o social, haciendo posible, por ejemplo, el desarrollo urbano¹⁴. Pero además, esa corporación ha señalado que «*Los derechos constitucionales del individuo, v.g. la propiedad, la igualdad, la intimidad o el trabajo, pueden verse limitados de hecho por la ordenación del suelo a través de la planeación urbana. La construcción de puentes, avenidas, vías peatonales, parques, etc., transforma la relación individuo-espacio y puede tener variadas incidencias en la órbita de los derechos fundamentales. La intervención en la esfera patrimonial y humana del sujeto por el Estado, por lo mismo, no puede ser aleatoria y estar abandonada al arbitrio exclusivo de la autoridad, sino desplegarse siguiendo un razonable sistema de distribución de cargas y beneficios. El resultado final de un proceso de ordenación urbana puede ser la asignación desigual de ventajas y desventajas para los afectados...*»¹⁵ Todo lo anterior en desarrollo del inciso final del artículo 1º de la Carta, que establece la prevalencia del interés general sobre el particular, sin que de manera alguna se desconozca que más que un simple imperativo teórico, tal prevalencia tiene matices en su aplicación, dependiendo el carácter inmanente o trascendente de los derechos en juego¹⁶ y reconociendo que en el establecimiento de límites

¹² CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-406 de 5 de junio de 1992. M.P. Ciro Angarita Muñoz.

¹³ El Derecho Administrativo es una rama del derecho público que estudia la actividad de las autoridades encaminada a manejar en la práctica los asuntos del Estado, sometida al principio de legalidad. El carácter administrativo del derecho urbanístico se desprende no sólo de la naturaleza de las autoridades encargadas de aplicarla, sino de la naturaleza unilateral de las decisiones que la afectan y por su propio contenido.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-547 de 2 de octubre de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-506 de 21 de agosto de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

¹⁶ NIETO, Alejandro (1991). La administración sigue con objetividad los intereses generales. En *Estudios sobre la Constitución Española* (p. 2.209). Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, tomo III. Madrid, Civitas.

o restricciones que se imponen a la propiedad en razón del interés general, «*La distribución equitativa de cargas y beneficios no hace relación a un simple factor cualitativo. La naturaleza de los derechos vulnerados juega un papel importante en la estimación de lo razonablemente exigible a una persona como carga frente a los beneficios de terceros*»¹⁷.

2.2. Análisis puntual

2.2.1. El espacio público

El concepto de «espacio público» fue introducido en la legislación colombiana a partir de la Ley 9ª de 1989, en la cual se definió como «[...] el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónico y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes...»¹⁸ Posteriormente, en la Ley 388 de 1997 se establece la obligación de localizar y dimensionar el equipamiento colectivo y espacios libres para parques y zonas verdes, las cuales debían regularse de manera especial dentro de las normas urbanísticas, tanto estructurales como generales¹⁹. El gobierno nacional expide entonces el decreto 1504 de 1998, «Por el cual se reglamenta el manejo de espacio público en los planes de ordenamiento territorial», en el cual se identifican los bienes que lo integran y los elementos tanto constitutivos como complementarios que de él forman parte. En el artículo 8º se establece, además, que se debe incluir en POT, entre otros aspectos, la definición de políticas, estrategias y objetivos del espacio público en el Distrito, el inventario general de los elementos constitutivos, la definición del sistema de enlace y articulación entre los diferentes niveles y las acciones y proyectos necesarios para consolidar y complementar el sistema, la definición de cobertura de espacio pública por habitante y del déficit cualitativo y cuantitativo existente y proyectado y la definición de proyectos y estrategias que permitan suplir las necesidades y desequilibrios del espacio público en el área urbana.

En los cinco tomos que integran el POT existe un marco general que prevé estrategias tales como la recuperación de los espacios públicos existentes, ampliación de la red vial, incorporación de las zonas de

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-506/92.

¹⁸ Ley 9ª de 1989, artículo 5º.

¹⁹ Ley 388 de 1997, artículo 15, numerales 1.2 y 2.4.

protección sobre la orilla occidental del río Magdalena y del cauce de los arroyos, procesos de capacitación y campañas de educación sobre el manejo y utilización del espacio público, mitigación a los problemas de los arroyos a partir de los estudios sobre drenaje pluvial adelantados por una comisión especial de la Agencia de Cooperación Internacional del Japón – JICA– y en general, la ejecución de proyectos que permitan aumentar el índice mínimo de espacio público a 2.5 m² por habitante para el 2005; al respecto hay que destacar que el déficit de espacio público en Barranquilla sigue siendo alarmante, pues mientras el artículo 14 del decreto 1504 de 1998 establece 15 m² por habitante, en 2001 era de 0.87 m² por habitante²⁰. En el POT se establecen también proyectos concretos, tales como recuperación de las zonas aledañas a los estadios de fútbol Romelio Martínez, de béisbol Tomás Arrieta, la cancha deportiva del barrio La Victoria, las plazas de San Nicolás, La Paz y Jorge Gaitán, los andenes, separadores y calzada del Paseo Bolívar, el Jardín Botánico, los separadores de la carrera 54 entre las calles 59 a 64 y 58, desde las carreras 64 a la 76, etc.

Dentro de las estrategias generales se establece el fortalecimiento del Instituto Distrital de Cultura, que tendría a su cargo velar por el diseño del amoblamiento urbano de la ciudad.

Del sistema propuesto y su posterior desarrollo se observan las siguientes situaciones:

- a. No existe un inventario de espacio público en la ciudad, no obstante la exigencia contenida en la Ley 388 de 1997.
- b. No existe una política integral, pues no basta simplemente establecer lineamientos generales y proyectos específicos si previamente no se han establecido prioridades y recursos, que es lo que se espera del POT.
- c. Uno de los principales problemas de la ciudad ha sido la falta de aplicación de las normas sobre protección al espacio público. Tal fenómeno se ha generado a partir de situaciones exógenas y endógenas. Dentro de las primeras, encontramos los criterios expresados por la Corte Constitucional en virtud de los cuales y en función de

²⁰ MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE, Observatorio Ambientes Urbanos. Página Web: <http://web.minambiente.gov.co/oau/nivel3.php?indicador=SEPEH&observ=3>.

los principios de armonización de derecho y confianza legítima, no han permitido adelantar procesos de desalojo de vendedores estacionarios teniendo en cuenta el conflicto que se suscita entre el derecho al trabajo y al espacio público y el hecho que los vendedores estacionarios han venido adelantando su actividad mediante permisos expresos o la aquiescencia tácita de las entidades municipales y/o distritales²¹. Dentro de los problemas endógenos se encuentra la falta de autoridad en la ciudad, acompañada de la actitud complaciente de los barranquilleros y la ausencia de una estructura unificada y coherente que adopte las políticas requeridas en esta materia. Aún en la actualidad se observa que la estructura organización del Distrito está totalmente difusa pues, por una parte, está el Instituto de Urbanismo y Control –IDUC–, encargado esencialmente del tema de control de la construcción, y por otra está «Barranquilla Ciudad Parque –METROPARQUE», la «Empresa de Desarrollo Urbano de Barranquilla –EDUBAR», la «Promotora del Desarrollo del Distrito Central de Barranquilla S.A. –PROMOCENTRO», la «Empresa Distrital de Administración de Mercados Públicos S.A. –METROMERCADO», etc.

- d. Finalmente, en lo que se refiere a la parte urbanística propiamente dicha, el Estatuto se limita a transcribir las normas del decreto 1504 sin establecer parámetros concretos sobre la materia, aunque las normas relativas a retiros, zonas de antejardín y otras se encuentran consagradas, para cada caso, dentro de las disposiciones que definen los distintos usos.

2.2.2. *Afectación y limitación a los usos residenciales*

Los usos del suelo son las reglas contenidas en el Estatuto Urbanístico a través de las cuales se define la destinación que se admite en cada sector de la ciudad, teniendo en cuentas distintas actividades humanas.

El Estatuto de Barranquilla en su artículo 94 identifica los siguientes usos:

²¹ «...en consecuencia, cuando una autoridad local se proponga recuperar el espacio público ocupado por vendedores ambulantes titulares de licencias o autorizaciones concedidas por el propio Estado, deberá diseñar y ejecutar un adecuado y razonable plan de reubicación de dichos vendedores ambulantes de manera que concilien en la práctica los intereses en pugna». CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-225 a T-400b de 17 de junio de 1992. Ver también sentencia T-398 de 25 de agosto de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

1. **Residencial:** *Corresponde a las zonas residenciales R1 a R6, equivalentes, en ese orden, a la denominación establecida para la estratificación socioeconómica en el Distrito de Barranquilla;*
2. **Múltiple y comercial:** *Comprende usos diferentes pero compatibles entre sí, los cuales incluyen actividades asociadas con intercambio y comercialización de productos, recreación, instituciones y vivienda en los sitios que determinen las presentes normas.*
3. **Industrial:** *Corresponde a los usos especializados de producción y/o servicios comerciales de escala industrial, gran parte de los cuales resultan incompatibles con los usos residenciales.*
4. **Institucional:** *Zonas institucionales y zonas de servicios especializados.*

Además, se incluyen los «usos portuarios», las «zonas de protección, reserva, desempeño rural, verdes y recreativos - deportivas, servicios públicos, equipamientos» y «zonas de expansión para nuevos y futuros desarrollos urbanos».

Dentro de los usos residenciales, el Estatuto urbanístico establece las siguientes excepciones:

- Los hoteles, talleres, industrias, microempresas, supermercados, clínicas, instituciones educativas, centro de Estética y Salud Física y oficinas que funcionen en edificaciones especialmente diseñadas, localizadas en dicha zona antes del 30 de mayo de 1994;
- Usos de cualquier clase autorizados con fundamento en el estatuto anterior, correspondiente a los años 1998 a 2000;
- Servicios personales de entretenimiento y diversión que demuestren su funcionamiento seis(6) meses antes del 6 de septiembre de 2000;
- Si se produce el cierre de un establecimiento con uso excepcional, el nuevo establecimiento debe cumplir con las normas sobre usos del suelo establecidas en el Estatuto, salvo cuando se trate de establecimientos que ocupen más de 2000 m², en los cuales la Junta de Planeación podrá dar la autorización, cuando se compruebe además, el beneficio que esta actividad genera en materia de desarrollo económico local, la generación de empleo o el mantenimiento de un servicio para la ciudad.

Además de los usos excepcionales, el Estatuto también prevé los usos complementarios, que son aquellos que «*contribuyen al mejor funcionamiento del uso principal de una zona*»²². Dentro de la zona residencial se autorizan los usos comercial C-1, recreativo grupo 1 e industrial grupo 5, con el visto bueno de la autoridad ambiental. El uso comercial C-1 comprende el comercio de consumo doméstico, que permite las siguientes actividades:

A. VENTA DE BIENES

- Venta al detal de artículos y comestibles de primera necesidad, tales como fruterías, panaderías, productos lácteos, expendios de carne y pescados, salsamentarias, rancho, licores y bebidas, tiendas de esquina, etc.
- Venta de artículos domésticos, tales como droguerías, perfumerías, librería y papelería, bisuterías y similares.
- Venta de calzado y artículos de cuero.
- Venta de artículos cerámicos, plásticos, de vidrio y similares y artesanías.
- Venta de joyas, relojes, platería, adornos, porcelanas, perfumes, cosméticos y artículos de tocador;
- Venta de artículos de fotografía.

B. VENTA DE SERVICIOS

- Servicios personales, tales como sastrerías, modisterías, peluquerías, salones de belleza, floristerías, remontadora de calzados.
- Servicios alimenticios al detal, tales como heladerías y refresquerías.
- Tienda de video y fotografía;
- Reparación de artículos de radio, televisión y similares;
- Servicios educativos no formales;
- Consultorios
- Pequeñas oficinas de profesionales;
- Oficinas para organización comunitaria.

Esas mismas normas permiten ubicar en zona residencial que se encuentre en proceso de desarrollo, comercio de impacto menor C-2, y

²² Numeral 224 del anexo 1 del Estatuto Urbanístico, TERMINOLOGÍA Y CONCEPTOS BÁSICOS.

tratándose específicamente del sector de Los Alpes, La Cumbre y Los Nogales, que integran el llamado corredor de telecomunicaciones, se autoriza la instalación de antenas²³.

Dentro del uso recreativo grupo 1 se encuentran los clubes campesinos, parques y zonas verdes, juegos infantiles y canchas deportivas polifuncionales. Dentro del uso industrial (grupo 5) permitido en zona residencia se encuentran las fábricas de productos lácteos, envasado y conservación de frutas y verduras, panaderías, productos alimenticios, confecciones de materias textiles, fabricación de tapices y alfombras, fabricación de prendas de vestir, de productos de cuero, calzado, envases de madera, joyas, instrumentos de música y elaboración de velas, esencias y empaques de productos elaborados.

2.2.3. *El caso de los centros comerciales*

En principio, los centros comerciales son permitidos dentro de las zonas comerciales de mayor impacto, C-3; no obstante lo anterior, dentro del régimen de excepciones que consagra el Estatuto, se encuentra la posibilidad de autorizarlos en zonas residenciales. En efecto, el artículo 205 del Estatuto establece: «*Los conjuntos o Centros Comerciales son de uso restringido en zonas residenciales e institucionales. Proyectos de este tipo que opten por localizarse en zonas residenciales e institucionales consolidadas deberán sujetarse a lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 14 del presente Estatuto...*»; la citada disposición regula las funciones de la Junta de Planeación no sólo respecto a la autorización para su construcción en zonas residenciales sino para su expansión cuando ubicándose en zona múltiple, limitan con éstas. La citada disposición establece: «*Dentro de las funciones de la Junta de Planeación Distrital se incluyen las siguientes: 1ª. Emitir concepto urbanístico y arquitectónico sobre proyectos aislados de tipo comercial o recreativo que se promuevan en áreas residenciales y/o institucionales...*»

²³ Las antenas para televisión, radio y telefonía celular, reguladas en la tabla N° 3 del Estatuto, relativa a los usos y observaciones en el sector residencial R-5, son diferentes de las llamadas INSTALACIONES ESPECIALIZADAS, reglamentadas en los artículos 368 y siguientes, definidas como «*todos aquellos elementos o estructuras que se anexan para cumplir cualquier fin en las edificaciones, tales como antenas parabólicas, antenas y cables de transmisión y recepción de señales, faros, tanques, etc.*».

En conclusión, con el visto bueno de la Junta de Planeación es posible autorizar inclusive la construcción de centros comerciales en zonas residenciales, lo que desfigura totalmente su carácter original.

2.2.4. *La proliferación de estaciones de servicio*

El artículo 230 del Estatuto Urbanístico establece: «Las Estaciones de servicio deberán ubicarse en zonas M-2, sobre vías arterias y vías de carácter metropolitana no son totalmente incompatibles con los usos residenciales, institucionales y recreativos». El artículo 262 del mismo Estatuto define la noción de ZONA MÚLTIPLE 2 (M-2) en los siguientes términos: «Las zonas múltiples 2 (M-2) se localizan en el área de actividad económica y en los ejes señalados en el plano de zonificación N° 9, que forman parte del presente estatuto». Tanto en el plano N° 9 como en la tabla N° 7 del Estatuto Urbanístico aparecen descritos los sectores y corredores, tanto del norte como del sur de la ciudad, que integran la zona múltiple 2, en la que está permitida este uso. El problema que se presenta es que en el sur, la Circunvalar, la calle 17, la calle 19, la calle 30 y Murillo, entre muchas otras, constituyen ejes viales, y hacia el norte, las calles 72, 76, 79 y 84 y las carreras 43, 45, 46 y 51B, entre otras. En consecuencia, debido a la configuración de la ciudad, dividida a partir del centro, tanto hacia el norte como hacia el sur, por los ejes viales, éstos permiten que prácticamente en cualquier zona de la ciudad puedan funcionar dichas estaciones.

La solución planteada al problema por parte del alcalde Hoenigsberg, aunque práctica, no se puede considerar ajustada a derecho, pues mediante decreto 0295 de 23 de agosto de 2004 dispuso «suspender la expedición de certificados de usos del suelo, como requisito esencial para la construcción de nuevas estaciones de servicio dentro del Distrito de Barranquilla durante los años 2004, 2005, 2006 y 2007; por lo tanto, durante este lapso no se podrá tramitar licencias de construcción para esta clase de establecimientos comerciales». Hay que recordar que la regulación sobre usos del suelo corresponde a los concejos municipales y / o distritales, dentro del marco del POT, y que los alcaldes no tienen ninguna atribución sobre la materia²⁴. No obstante lo anterior, y como quiera que el acto no ha sido demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en virtud de la

²⁴ De acuerdo con el artículo 6° constitucional, las autoridades sólo pueden hacer lo que la Ley les autoriza, que es lo que constituye el carácter reglado de las competencias administrativas, como garantía efectiva a los derechos de los asociados frente a los abusos de la autoridad.

obligatoriedad y, en consecuencia, presunción de legalidad prevista en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo²⁵, sigue vigente la restricción. En todo caso, la aprobación de estas licencias se encuentran sometidas, además, a las normas previstas en el decreto 1521 de 4 de agosto de 1998, «*Por el cual se reglamentan el almacenamiento, manejo, transporte y distribución de combustible líquido derivado del petróleo, para estaciones de servicio*».

2.2.5. *A propósito del sector histórico*

Constituyen patrimonio cultural de la Nación, entre otros, los inmuebles que posean un especial interés histórico, artístico, estético, plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, ambiental o ecológico, conforme a lo establecido en el artículo 4° de la Ley 397 de 7 de agosto de 1997.

El carácter de patrimonio cultural de un bien puede proceder no sólo de las autoridades nacionales, a través del Ministerio de Cultura, sino también por parte de las autoridades locales, municipales, distritales o departamentales, previo concepto de los centros filiales del Consejo de Monumentos Nacionales.

En el caso del Distrito de Barranquilla, el Estatuto Urbanístico establece, por una parte, los barrios El Prado, Altos del Prado y Bellavista y la zona del Distrito Centro de Barranquilla, en las cuales cualquier intervención requiere concepto previo favorable del DAPD. Si la declaratoria proviene de una autoridad nacional, cualquier intervención requiere autorización expresa del Ministerio de Cultura.

En relación con el primer sector declarado como zona de conservación histórica, en los archivos del Ministerio de Cultura aparece una declaratoria nacional contenida en la resolución N° 001 de 5 de marzo de 1993, acto administrativo que nunca pudo ser aclarado en relación con su origen²⁶. Por lo anterior, mediante resolución 0087 de 2 de febrero

²⁵ C.C.A., artículo 66: «Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo,...»

²⁶ Además de estos sectores, tienen el carácter de monumentos en el distrito de Barranquilla los siguientes inmuebles: a) el Edificio la Aduana, ubicado en la calle 44 N° 44-80 (D. 2849/84); b) El Edificio Nacional, ubicado en la calle 44 N° 44-80 (D.1932/93); la Estación Montoya, ubicada en la calle 39 con carrera 50B (D. 2849/84); el Aeropuerto Veranillo, ubicado en la Vía 40 con carrera 58 (Res.0797/00); el antiguo Banco Dugand, ubicado en la calle 32 N° 43-27 (D. 2000 de 1996); el edificio Caja de Crédito Agrario,

de 2005 fueron declarados BIEN DE INTERÉS CULTURAL DE CARÁCTER NACIONAL, entre otros, «*el sector comprendido por los barrios El Prado, Bellavista y una parte de Altos del Prado, localizado en la ciudad de Barraquilla - Atlántico*». Para tales fines se estableció además que toda construcción, refacción, remodelación y obras de defensa y conservación debían ser autorizadas directamente por ese Ministerio.

Es importante destacar que esta declaratoria estuvo motivada por lo oposición manifestada por el Ministerio a la construcción de un centro comercial en predios afectados como de valor histórico, sin las autorizaciones respectivas, y con el solo visto bueno de la filial del Consejo seccional de Monumentos.

2.2.6. La situación de los vecinos frente a los trámites de licencias en las curadurías urbanas

El decreto 1052 de 1998 establece la obligación de comunicar a los vecinos las solicitudes de licencias de urbanismo y construcción, y posteriormente notificarles el acto respectivo, con objeto de que hagan valer sus derechos. En el artículo 10.5 del citado ordenamiento se precisa, además, el concepto de vecino, indicando que se refiere exclusivamente a las «*personas titulares de derechos reales, poseedores o tenedoras de los inmuebles colindantes con el predio o predios sobre los cuales se solicita la licencia de urbanismo o construcción*», sin perjuicio de la posibilidad que tienen otras personas de vincularse a la actuación, conforme a la previsión del artículo 14 del decreto 01 de 1984, cuando manifiesten que se encuentran «*directamente interesados en las resultas de la decisión...*»

Sin embargo, para el caso específico de la actuación urbanística, el Consejo de Estado ha señalado que las observaciones u objeciones «*[...] sólo pueden ser aquéllas que en forma directa y evidente tengan como fin amparar sus derechos, pues para tal efecto están legitimadas, pero en momento alguno las que en nada les afecta, a pesar de los eventuales vicios en que haya incurrido en el trámite administrativo que se surtió y que haya culminado con la expedición del respectivo acto administrativo de concesión de la licencia*» (Consejo de Estado, sentencia de 23 de septiembre de 1999. M.P. Dra. Olga Inés Navarrete Borrero).

ubicado en la carrera 45 N° 33-10 (D.1802/95); el Estadio Romelio Martínez, ubicado en las carreras 44 a 46 con calle 72 a 74 (D.1802/95); y el Hotel El Prado, ubicado en la carrera 54 N° 70-10 (R. 002/82).

Por otro lado, tratándose de un actuación técnica, las únicas objeciones posibles dentro del proceso de otorgamiento de licencias, implican el conocimiento y manejo de la normatividad urbanística, la misma que es de poca divulgación y conocimiento, por su propio carácter. En consecuencia, las quejas que formulan los vecinos están orientadas esencialmente a revelar problemas de vecindad (por ejemplo, conflicto de límites, daños a la propiedad ajena, problemas ambientales, adosamientos, etc.) o de control urbano (construcción antes de tener licencia ejecutoriada, violación de la licencia, etc.), asuntos que debido a la restricción a la que se encuentra sometida la competencia de los curadores, en su condición de particulares que ejercen una función pública, no pueden resolver, y se limitan a dar traslado a las autoridades competentes, lo cual genera inconformidad en los quejosos por el carácter inhibitorio de las decisiones.

CONCLUSIONES

El problema urbanístico de la ciudad de Barranquilla se presenta en tres planos: por una parte, la insuficiencia del Plan de Ordenamiento Territorial en lo que respecta al establecimiento de estrategias integrales en la administración del territorio físico del Distrito; en segundo lugar, un marco normativo permisivo, cuyas normas se encuentran sujetas siempre a excepciones en las que impera el uso y aprovechamiento económico de la propiedad por encima de otros valores sociales; y en tercer lugar, la falta de una estructura organizacional adecuada a partir de la cual se pueda generar acciones integrales.

En el esfuerzo por reconstruir el espacio de la ciudad es vital el papel que desempeñen las organizaciones sociales y la comunidad en general; sin embargo, un proceso de transformación en la conciencia colectiva que permita poner en marcha esta iniciativa, constituye un proceso que sólo se puede liderar desde lo público.

EL HUMANISMO COMO CONCRECIÓN DEL IDEAL CONSTITUCIONAL

Wilson Herrera LLanos*

Resumen

Desde los inicios de la humanidad hasta el día de hoy, la ideología ha permitido esconder las más infames confrontaciones de odio y temor, todo en defensa de los principios de libertad e igualdad; así, mientras los estudiosos del derecho constitucional sigan preocupados más por la perfección teórica de los planteamientos que por la sincera vocación de servicio que imprimen sus reglas sociales y humanas, este siglo no será suficiente para construir una sociedad más justa y equitativa. Allí encuentra el autor, el gran desafío de la pedagogía de la enseñanza constitucional.

Palabras clave: Derechos, dogmática, sociedad, constitución, derecho constitucional.

Abstract

From the beginning of humanity until now, ideology has made possible to hide the most infamous confrontations of hate and fear, all this in defense of the principles of freedom and equality. So, as long as Constitutional Law studios continue more worried about the theoretical perfection of their statements than about the sincere service vocation that imposes its social and human rules, the XXI century will not be enough to build a more faire and equitable society. The author finds here the great challenge of constitutional teaching pedagogy.

Key words: Rights, dogmatic, society, constitution, Constitutional law.

Fecha de recepción: 7 de marzo de 2005
Fecha de aceptación: 10 de mayo de 2005

* Abogado. Especializado en Derecho Administrativo. Profesor de las cátedras Derecho Constitucional Colombiano, Derecho Administrativo y Procedimiento Administrativo de las universidades del Norte y Libre. Conjuez del Consejo de Estado.

Nota del editor: *Luego de estar vinculado a la Revista de Derecho durante más de 15 ediciones a través de autorizados artículos sobre la Constitución Nacional, el profesor Wilson Herrera Llanos presentó su libro Derecho Constitucional colombiano: parte dogmática, territorio y población (Ediciones Uninorte, 2004). Por su trascendencia en el estudio y comprensión de la obra, se decidió publicar las palabras pronunciadas por el autor en acto académico de presentación de su texto.*

Antes que cualquier disquisición del raciocinio jurídico, así sea en mínima parte, le reste intensidad a la emoción sentida y sentimental con que requiero llegar a todos los presentes esta noche, quiero agradecer a mi familia, amigos, alumnos y colegas la distinción con que me honran hoy y el calor humano con que todos, sin ocasión y sin tiempo, siempre me han alentado, porque ese calor, cercanía y solidaridad han constituido también la fuerza vital sin la que me hubiera sido imposible cualquier esfuerzo como el que en esta ocasión culminó parcialmente, y porque sólo la importancia y el orgullo de tener amor, amistad y afecto en el planeta es lo que nos justifica y nos confirma como hombres.

Por otra parte, quiero hacer público mi reconocimiento a la Universidad del Norte por hacer posible la publicación del texto que hoy se presenta y agradecer muy especialmente a mis prologuistas, doctores Aleksey Herrera Robles y Wilson Herrera Robles, no sólo por sus palabras de presentación de la obra, de por sí responsables y escogidas, sino también por el sincero y sustancial impulso y apoyo cariñoso y profesional del primero de ellos y el equilibrado sentido crítico del segundo, sin ninguno de los cuales hubiera podido disfrutar hoy de la emoción que me procura la presencia de todos ustedes.

He dicho que este libro es realmente una compilación y resumen de los criterios y explicaciones emitidos por los constituyentes mismos, por algunos autores y críticos y, en ocasiones, por la Corte Constitucional y que nuestro propósito fue hacer una presentación explicada del texto constitucional en una forma tal que facilitara los primeros pasos en la comprensión del mismo, pero sin esbozar siquiera pretensión alguna de maestro en un concierto nacional que, desbordante de profundos y respetables conocedores del tema, nos sitúa apenas en la sencilla condición del profesor que quiere reunir en un solo texto el desarrollo de un programa universitario sin olvidarse de dar sus conceptos en algunos casos e indicar interrogantes y contradicciones donde surgieren.

Si frente a esta última frase la magnanimidad de mis amigos pudiera pensar, como ya me lo han dicho, en una eventual expresión de inadecuada modestia de mi parte, quiero expresarles y alegar en esta fraternal audiencia que hoy me convoca que, por el contrario, sólo veo en tan sincera confesión pública la obligada expresión pedagógica de quien pretende ser coherente, no sólo con sus propias limitaciones, no por conocidas menos superables, sino con los propósitos y directrices diseñadas en el texto que apenas nace, teñidos en lo posible de la mayor autenticidad ideológica, que es, a mi entender, la que logra formar más que informar.

Al plantear en mi texto que en el estudio del derecho constitucional lo importante es el acercamiento y comprensión directa del estudiante con su realidad política e institucional, alejado de la memorización y dominio técnico de largos textos que no imponen el atractivo interés de la realidad, rescato en el libro el objetivo fundamental de lograr en el estudiante de derecho un alto grado de sensibilidad por lo social y lo humano, ya que, como es sabido, lo sensible no conoce la altivez, porque ésta es cosa vana que no construye, no impulsa, no crea, ni elabora.

Creo que dos grandes sistemas temáticos recorreremos siempre en el estudio del Derecho Constitucional y, en cada caso, uno de ellos, más decididamente que el otro, nos atraerá vocacionalmente, por una parte, el de la arrogancia del ejercicio del poder, el de la imposición de la soberanía, la fuerza de lo ejecutorio y la responsabilidad coercitiva de las sentencias, de las leyes y de los gobiernos y, por otra parte, la comprensión solidarista de lo humano, el equilibrio de lo equitativo, lo majestuoso de la dignidad, la asistencia, la protección y la tenue y sensitiva pasión de la igualdad.

Atraído fundamentalmente por uno de esos perfiles, sin despreciar, como es obvio, el necesario estudio del otro, queremos aspirar a una nueva visión de las ideologías y del derecho constitucional, es decir, decantar, y si es el caso, sustituir la de la inútil luminosidad de las profundas teorías que hasta el día de hoy nos abruma por la del talante de servicio real, la del enfoque práctico en las soluciones del problema vital del hombre, en fin, por la que no diseñe y proponga solamente sino que asegure con efectividad su desarrollo. Es lo que algunos autores denominan el Estado de «Las Prestaciones o Estado Realidad», comprometido más con la práctica que con el discurso, con la real procuración de las condiciones mínimas para la existencia humana que con el perfeccionismo exaltado de los foros.

Por eso, el texto que se presenta a la comunidad estudiosa del derecho constitucional no pretende decirlo todo, porque no todo lo sabe, pero aspira decir lo que sabe de manera auténtica y veraz, honrada y limpia, y en esta aspiración pretende radicar la modestia endilgada como un estilo moderado de pedagogía, no la pacata, mendicante y cobarde que soslaya, sino la que con templanza y recato analiza, rubrica y señala.

Por eso insistiré hoy en esta audiencia de amigos fraternos y colegas en el aspecto del libro en que más puede sobresalir el perfil que se predica, y lo haré para demostrar que su manejo, no por modesto, es o puede ser menos urticante a veces y siempre auténtico e imparcial.

Nos referimos pues al tema de los Principios Fundamentales porque su desarrollo y aplicación real nos muestra la mejor radiografía de un Estado, de una clase y de un sistema ideológico, ya que, como todos sabemos, estos principios son aquellos ideales y valores alrededor de los cuales un Estado organiza un plan de acción fundado en su estructura ideológica imperante, su formación histórica, su situación económica y social y su condición infraestructural.

Todos sabemos que los deberes y funciones sociales del Estado colombiano han sido descritos desde la Constitución de 1886 con su importante adición de 1936 y que finalmente han sido recogidos por la Carta de 1991 bajo el rubro de «Estado social de derecho»; y todos sabemos que el supuesto «mejoramiento integrado de la comunidad» o la «superación de la calidad de vida», señalados como sustrato del carácter social asignado al Estado, en su parte sustancial, después de 13 años de la vigencia de esa última Carta no se los ha empezado a impulsar siquiera.

Si no es así, que se llame a testificar a las estadísticas y a las referencias de la prensa diaria en relación con la cada vez mayor cantidad de niños sin escuela; la cada vez mayor delincuencia juvenil por falta de oportunidades; el cada vez mayor desamparo por falta de vivienda de interés social; el cada vez mayor alzamiento de la protesta popular por hambre, angustia y exceso en el cobro de los servicios públicos; cierre de hospitales, etc. Todo lo anterior porque ni en el pasado remoto ni en el cercano se comprometió auténtica y sinceramente la voluntad y el empeño de la clase dirigente hacia los desarrollos normativos específicos que lograran remover los escollos del desarrollo general, del mejoramiento integral, lo que, en esencia, hace inocua toda declaración formal sobre el carácter social de un Estado.

Es que no podemos olvidar que el asunto es de plena realización de los contenidos materiales de las normas, por lo que creemos más en la idea de definir el Estado Social de Derecho a partir de unas características fundamentales de viabilidad comprobables, como son las de buscar la igualdad a través de la procura de un mínimo existencial y la igualdad de oportunidades; la de buscar un Orden Económico racional, regulado y controlado, y la de buscar un Orden Social que asuma efectivamente la protección de los diversos sectores sociales de la población a través de mecanismos y políticas que permitan la efectividad de dicho empeño.

Acorde con este criterio, vale la pena citar la posición de nuestra Corte Constitucional, que se resume cuando dice que «[...] *sin la satisfacción de unas condiciones mínimas de existencia, o en términos del artículo primero de la Constitución, sin el respeto de la dignidad humana en cuanto a sus condiciones materiales de existencia, toda pretensión de efectividad de los derechos clásicos de libertad e igualdad formal consagrados en el capítulo primero del título segundo de la Carta, se reducirá a un mero e inocuo formalismo, irónicamente descrito por Anatole France cuando señalaba que todos los franceses tenían el mismo derecho de dormir bajo los puentes*».

Y es que los principios fundamentales que se anudaron desde hace más de cien años en nuestra declaración constitucional de 1886 hoy nuevamente constituyen el frontispicio de nuestra Norma Fundamental de 1991 porque los pequeños logros de nuestra vida republicana no pudieron todavía haberlos hecho una realidad nacional y tuvieron que ser nuevamente redactados para entenderlos como la vigente guía ideológica, conceptual y política de nuestra organización estatal, y en esa práctica social y jurídica estaremos en una lucha lenta e indecisa hacia el desarrollo económico y humano requerido en tales principios.

Porque, como dice un importante constitucionalista, «[...] *si bien el Estado liberal ha podido demostrar su aplicación y concreción a través de desarrollos normativos muy bien elaborados, por ser más estructural en el sentido genérico del término, la construcción de un Estado Social de Derecho responde preferentemente a una visión funcional del derecho*».

Lo anterior significa, señores, el imperio real y no declarativo de lo sustancial sobre lo formal, el verdadero y efectivo cumplimiento de los valores y la concreta aplicación de los principios ideológicos de igualdad y solidaridad, todo lo cual requiere, en una palabra, la puesta en marcha de un Estado multipresente, activo, dinámico, y sobre todo efectivo, que sólo se puede lograr a través de un proceso largo que, como todos los procesos históricos, tiene avances y retrocesos con los pequeños cambios simplemente cuantitativos de la sociedad, de la economía, de las relaciones exteriores, de la cultura, de la calidad de vida, etc., que van logrando cambios cualitativos sólo en los momentos de madurez que la historia misma impone.

El desarrollo humano como expresión del crecimiento económico, de la superación de las estructuras sociales, económicas y políticas y del bienestar general, como dice el profesor Juan Claudio Rodríguez-Ferrera Másons, es un proceso «deliberado y gradual» de la sociedad *«que hace*

referencia a una evolución deliberada que persigue como fin último la igualación de las oportunidades sociales, políticas y económicas en el plano social....», en el que se dan niveles y variables tales como el «crecimiento económico», por ejemplo, que por sí y de manera aislada no implica necesariamente una mejora del bienestar social o igualdad de las oportunidades de vida», pues de lo contrario no se justificaría la asombrosa estadística sobre la horda de norteamericanos analfabetos, desempleados e indigentes.

La prensa colombiana al recoger la impresión más generalizada de sus gentes al celebrar los diez años de la Constitución de 1991, declaró sencillamente que «[...] Diez años después el país se encuentra sumido en quizá la peor crisis de su historia: un desempleo galopante, una guerra que se salió de madre, una crisis política sin precedentes, un Estado en bancarota y miles de colombianos madrugando a hacer filas en las embajadas con un tiquete sin regreso».

No podemos negar, entonces, el aumento vertiginoso del desempleo sin alicientes, ni en el mercado laboral urbano ni en el rural; la cada vez más alta tasa de analfabetismo y la reducción de las tasas de cobertura educativa y los altos indicadores de la ineficiencia educacional; la catastrófica situación de la seguridad social; la desnutrición; la mortalidad infantil; el irregular uso del suelo; las penitentes quejas por la mala estructura de carreteras; la todavía no resuelta necesidad de acueducto, alcantarillado, agua potable y aseo en las diferentes localidades territoriales; la cada día mayor degradación de los recursos hidrobiológicos; los hospitales cerrados; la universidad pública abandonada y en quiebra; los desplazados y el hambre en algunas regiones del país.

Según los últimos análisis internacionales del jefe de la Misión de Acción contra el Hambre en Colombia, Iñigo Torres Estévez, en Colombia hay un hambre selectiva y miserable y presenta datos que se refieren a la existencia de no menos de 600.000 bogotanos afectados de desnutrición y un 46% de desnutrición crónica global en la población infantil de la Costa Atlántica.

Este es el retrato más fiel de la situación en que se encuentra nuestro Estado Social de Derecho muy a pesar de su altisonante decálogo de Principios Fundamentales.

Emblecos de reformas constitucionales; diseño de figuras normativas agresivas y atractivas; estrategias de distracción más que de verdadero desarrollo; políticas de manejo burocrático más que de situaciones

económicas; reformas formales sin esencia ni estructura; cambios de un designado por dos o tres o por un vicepresidente; modificación de una mayoría por otras; discusiones sobre el carácter unicameral o bicameral de un Congreso siempre igualmente estéril y corrupto; agregación o segregación de cuerpos o institutos sin cambios de su esencia; una y otra cual más argumentativa y brillantemente justificativa reforma tributaria; en fin, entuertos jurídicos y reformas políticas sin carácter efectivamente social que en muy pocas ocasiones el pueblo colombiano se le permite tener la suficiente claridad y entereza para rechazar.

Y lo peor de todo es que el Estado colombiano actual, en sus más altos estamentos económicos, políticos y sociales, sigue asumiendo los mismos lugares comunes que generaron esta situación; sin una verdadera y sincera convocatoria a la búsqueda de un norte; con unos líderes alienados por sus propias campañas electorales en búsqueda del aliciente individualista; con ministros sin ninguna aptitud para reformular con grandeza la acción administrativa del Estado en sus respectivas carteras; con gobernadores encauzando sus esfuerzos por las mejores y más lucrativas contrataciones; con alcaldes maniatados en un alto porcentaje por el miedo a unos grupos que juegan al terror sin principios ni valores y otros que se sostienen en su submundo de destrucción y odio, todo lo cual es indicativo que nos encontramos ausentes de Estado, sin un Estado eficiente que asigne recursos, que financie programas, que planee sinceramente su política, su economía y su sociedad y sin un Estado que imponga y construya el orden.

Bien sabemos que la situación económica y el desarrollo humano no son cuestiones aisladas de un pueblo sino que son ya un problema del mundo en el que la Globalización, o crecimiento del comercio internacional, y la revolución tecnológica han impuesto, según el autor citado, una serie de dependencias que ha abierto cada vez más la brecha entre los países pobres y los ricos, lo cual ha aumentado la pobreza y el hambre, las guerras y las revoluciones, el desplazamiento, las muertes indiscriminadas de mujeres y niños, el maltrato al medio ambiente y las crisis de valores.

Pero, frente a esta situación, los estados también enfrentan el problema del desarrollo económico y humano guiados por principios y valores fundamentales y una prolífica acción normativa y gubernamental que muchas veces, ajenos a todo sentido práctico, por su indebida metodología, por intereses y ambiciones de oscuro carácter geopolítico o por factores externos impredecibles, no guarden relación y equilibrio entre

el uno y el otro, de manera que mientras algunos estados sobresalen por su gran desarrollo tecnológico y económico, por otro lado, otros ostentan un muy bajo perfil en cuanto a los grados de calidad de vida de sus gentes fruto de la pobreza, la desigualdad y la exclusión.

Entonces, mi pregunta planteamiento es a mis estudiantes: frente a todo este incesante universo de creaciones y giros del intelecto y del derecho, de la política y de la economía, en Colombia y en el mundo, qué han hecho el derecho constitucional y las instituciones políticas por ese hombre común y simple, desarraigado y triste, olvidado de los brillos de la cultura, sin la fuerza de la educación, sin el aliento de la comida regular, sin el calor de un techo, sin el goce de una familia, sin pasado, es decir, sin historia, presente ni futuro, cubriéndose de girones de miseria y miedo que se desgarran y muere hoy y siempre anónimamente en las calles, veredas y trochas de Colombia y Latinoamérica y el mundo con la única importancia sorda y cruel de ser parte ciega de una estadística.

El mismo hombre de hoy en Bangladesh, Bolivia, Bosnia, Camboya, El Salvador, Azerbaiyán y Sambia, con sus porcentajes de pobreza que traspasan el 50, 60 y hasta 72% de la línea mínima, con menos de un dólar diario para su subsistencia, es el mismo hombre abandonado del Poder Público que desde las antiguas Mesopotamia, Egipto, la India y China pasó a los miserables campos y callejuelas de la gran Grecia y Roma, sin hacer presencia real en la luminosidad de sus instituciones, brincó a la Edad Media y hoy todavía siembra y recoge su miseria desde la populosa Nueva York hasta la gran China y desde el altivo París hasta Moscú y Brasilia, desde Leticia a La Guajira, en Colombia, y desde el Chocó hasta el Caguán y Santafé de Ralito, ignorado y ausente en su realidad diaria para toda ideología institucional y sin ostentar otra importancia que no sea la de ser objeto estadístico para que el Fondo de Población de las Naciones Unidas lo incluya entre los 2.800.000.000 de personas con hambre que en el mundo subsisten con menos de 2 dólares diarios.

Sé que estas palabras tienen para muchos un acento extraño, porque nos hemos acostumbrado al análisis constitucional normativo, superficial y frío, sin importarnos la textura social de su contenido, sin interesarnos por la pasión ardiente que genera su objetivo primordial que es el hombre, y sin la autenticidad radical que construyen sus principios.

La historia política social y económica de los primeros días del ejercicio del poder hasta la Modernidad, y de allí hasta hoy, no ha hecho otra

cosa que ensayar filigranas ideológicos para esconder las más infames confrontaciones de odio y terror para desterrar a los diferentes en defensa de principios tan emblemáticos para la grandeza humana como la Libertad y la Igualdad y para ascender a los altos niveles del poder individual enmáscarados en el discurso de lo público.

De manera que mientras nos siga llamando la atención más la perfección teórica de los planteamientos constitucionales que la sincera vocación de servicio que imprimen sus reglas sociales y humanas, un siglo más de aprendizaje y de textos como el que hoy se presenta no será suficiente para construirle un mundo nuevo a ese hombre miserable que deambula, ayer como hoy, desde las desérticas vías y trochas de la Antigüedad, pasando por las zanjas y caminos de la Edad Media, por el ardiente asfalto de las autopistas y circunvalares de la rica modernidad y las altamente tecnificadas calles de la fría displicencia contemporánea, esperando ser reivindicado simplemente en el lugar que como ser humano le corresponde en el planeta Tierra.

El importante administrativista argentino Roberto Dromi nos enseña sobre la urgente necesidad de redefinir el lenguaje del poder y de la libertad, frente a la transformación actual que nos ha impuesto la historia, mediante la reordenación de las normas y la humanización del derecho y en contra de la neutralidad ideológica y la abstracción formalista, a través de una cruenta batalla por la sencillez y la simplicidad jurídicas, es decir, «dando un definitivo reto al rito», porque el objeto del derecho actual es la promoción del mayor protagonismo social, individual y sectorial.

Con el autor también creemos que el nuevo modelo constitucional para un verdadero Estado social de derecho impone lo operativo, programático y pragmático, no mediante promesas sino con realidades que nos permitan redefinir el concepto de «igualdad» por el de «solidaridad», que Dromi señala como la seguridad de los débiles, predicado obligado del desarrollo y del progreso humano, socorro tangible y oportuno, asistencia fraternal e institucional, responsabilidad del nuevo humanismo, camino verdadero hacia la paz.

He allí, señores, la labor de los profesores de Derecho Constitucional y de las ciencias políticas, económicas y sociales; he allí la única pedagogía de contenido que construye y hace historia y de la cual quiero dejar constancia hoy; porque, mis amigos, lo demás corresponde a la parte vana y estéril de la idea.

LA NATURALEZA SOCIAL Y ECONÓMICA DEL CONTRATO

Luis Carlos Plata López*

Resumen

Por encima de la definición clásica de los contratos, éstos constituyen el principal instrumento de acción del mercado; el papel del abogado no se limita entonces a la reducción del negocio jurídico en fórmulas usuales o típicas, sino que se extiende al conocimiento del negocio jurídico, la calidad de las partes y el entorno social y cultural, con objeto de formular convenios que se acerquen a la perfección mediante la reducción de la incertidumbre sobre el cumplimiento de los acuerdos y la distribución eficiente de los riesgos que conlleva toda transacción.

Palabras clave: Contratos, transacción, mercado.

Abstract

In spite of the classical definition of contracts, these are the main instrument of action in the market. The lawyer role is not limited to the reduction of the juridical business in usual or typical formula, but it is extended to the knowledge of the juridical business, the quality of the parts and the social and cultural background. All this in order to formulate agreements closer to perfection through the reduction of uncertainty about the accomplishment of agreements and the efficient distribution of risks involved in every transaction.

Key words: Contracts, transaction, market.

Fecha de recepción: 29 de noviembre de 2004
Fecha de aceptación: 10 de mayo de 2005

* Abogado, Universidad Pontificia Bolivariana. Candidato a Magister en Derecho Económico, Universidad Externado de Colombia. Profesor de tiempo completo del Programa de Derecho, Universidad del Norte. lcplata@uninorte.edu.co

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente quienes nos dedicamos al estudio y ejercicio de la profesión de abogado abordamos el tema de los contratos como un asunto meramente de legislación, reduciéndolo al simple «[...] acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa...»¹, definición sobre la que se construye el andamiaje normativo del derecho contractual, el cual olvida las importantes funciones que dentro de la estructura social y el desarrollo económico cumple el contrato.

El objetivo de este ensayo es definir la naturaleza social y económica del contrato, y más que del contrato, del derecho contractual, como un elemento que facilita la interacción de los agentes sociales y económicos, haciendo previsible las conductas de los individuos, entregando seguridad a las transacciones y generando confianza en las estructuras de mercado.

La primera cuestión es definir las dificultades que se generan en cualquier relación entre personas, dificultades que se resumen en tratar de intuir las reacciones que el otro puede tener frente a mis propias actitudes; estas dificultades en diferentes contextos se han definido como incertidumbre, complejidades o costos de transacción.

Una vez hecha esta aproximación será entonces tiempo de abordar los mecanismos ideados por la sociedad para reducir o minimizar los efectos de este desconocimiento, o en palabras de Luhmann (1996), la forma de reducir complejidades; estos mecanismos han sido definidos como medios de comunicación o instituciones.

El tercer apartado será destinado a descubrir las funciones que en el contexto social y económico cumple el contrato, la forma en que cumple estas funciones y los objetivos que con él se propone la sociedad.

Finalmente, como colofón a la exposición anterior, definiremos el «contrato perfecto», el cual desde ya anunciamos es un imposible, pero que como concepto sirve para orientar las nuevas pautas interpretativas y normativas del derecho contractual, que ya no solamente será norma sino una institución con funciones sociales y económicas, que deben

¹ Artículo 1495, Código Civil colombiano.

ser preferentes ante cualquier imprevisto o dificultad en la ejecución de los mismos.

1. COMPLEJIDADES, INCERTIDUMBRE Y COSTOS DE TRANSACCIÓN

La evolución de la humanidad, desde las sociedades primitivas sin Estado hasta el moderno Estado social de derecho, ha sido impulsada y regulada por una notable intención de generar estructuras de poder, formas de regular las conductas y crear límites a las diversas posibilidades de elección de los individuos.

Si pensamos lo que ocurre cada que nos encontramos con alguien a quien no conocemos, o cuando somos introducidos en contextos nuevos, nos damos cuenta de que la primera sensación que experimentamos es una sensación de incertidumbre frente al universo de posibles respuestas que pueda adoptar el otro frente a nosotros.

Lo mismo ocurre del otro lado. Este fenómeno es denominado como el concepto de *doble contingencia*², que se resume en la imposibilidad de prever todas y cada una de las elecciones que tendrá un individuo frente a determinada relación; en palabras de Luhmann (1996), «*Debido a que las otras personas tienen su propio acceso al mundo de primera mano, y pueden experimentar las cosas en forma diferente, pueden ser, consecuentemente, fuente de una profunda inseguridad para mí*».

Para introducir estos conceptos en términos de negocios, y especialmente en términos de contratación, pensemos en dos ejemplos que ocurren a diario en nuestro entorno: Primero, imaginemos un propietario que decide poner en arriendo su propiedad, y otra persona que requiere adquirir una vivienda en arriendo. La primera dificultad que surge es que ambos se encuentren, y que den a conocer sus intereses, luego, el propietario querrá conocer las capacidades económicas de su potencial arrendatario, sus posibilidades de pago, el cuidado que tendrá para con la propiedad, y las garantías que éste posea para cubrir los perjuicios de un eventual incumplimiento. Por su parte, el arrendatario querrá conocer si su oferente es el real propietario del inmueble, si éste consta con las condiciones necesarias de habitación, la calidad del vecindario, etc.

² Concepto desarrollado por T. Parsons (1951), citado en Luhmann, 1996.

Ahora imaginemos un inversionista que desea adquirir acciones en una compañía como Benetton o Nike. Este estará interesado en conocer los estados financieros de la compañía, su balance, su portafolio de inversiones, y en fin, las garantías que respalden su inversión.

O a un ejecutivo de una pequeña compañía en Silicon Valley que se dedica a investigación tecnológica, al que en lugar de grandes sueldos le ofrecen acciones de fundador con opción de compra a futuro. Aquí nuestro ejecutivo tiene más problemas, pues no tiene información acerca de las investigaciones, el mercado o el futuro del producto y en general de la compañía.

Como vemos, en estos ejemplos la incertidumbre hace imposible la realización de las transacciones.

La forma primera como se superan esta clase de obstáculos es estableciendo un código común o unos parámetros básicos en los cuales se pueda reducir el espectro de elección, y así facilitar la interacción; este primer código universal es el lenguaje, lenguaje que permite establecer categorías, clasificaciones y finalmente un orden.

El lenguaje como código común facilita el aumento de las interacciones, y al aumentar el número de estas relaciones pues aumentará nuevamente la complejidad de las posibles respuestas, por lo que será necesario crear nuevas formas de reducir complejidad, formas éstas que en términos de Luhmann se identificarán como *medios de comunicación*, de los que hablaremos más adelante. Es así como nuestros arrendador y arrendatario se encuentran y se dicen uno al otro: «hablemos de negocios», con la única intención de expresar cada uno las condiciones en las cuales le interesa celebrar el contrato.

Si trasladamos este concepto de complejidades e incertidumbre al campo de lo económico, encontramos que es igualmente aplicable, y que ha sido denominado por los economistas como costos de transacción.

El modelo económico neoliberal está sustentado en dos conceptos principales: el concepto del *homo economicus* u hombre económico, que se caracteriza por ser racional, egoísta y maximizador de sus recursos; características éstas que hacen que sus decisiones no sean tan difíciles de prever, ya que al ser todos racionales, egoístas y maximizadores estaremos en condición de saber que así como la nuestra, la elección del otro será una elección racional y que maximice sus beneficios.

El otro concepto que sustenta el modelo económico es el concepto de competencia perfecta, según el cual, las leyes del mercado (oferta y demanda) son suficientes para crear señales (precios) que son suficientes para guiar las decisiones de los agentes económicos, ya que existe homogeneidad de productos, una gran cantidad de agentes e información perfecta sobre las preferencias de cada uno.

Así las cosas, en competencia perfecta, el *homo economicus* tendrá información completa sobre los productos y agentes del mercado, y bien sea productor o consumidor, tomará una decisión racional que maximice sus beneficios, y todo esto sin generar ningún costo adicional que el costo de transformación de los insumos de producción.

Sin embargo, ni el mercado es perfecto, ni los seres humanos somos *homo economicus*; muy por el contrario, existen diversas condiciones de los agentes y atributos de los activos intercambiados en el mercado, atributos que por condiciones internas a los sujetos son valorados y percibidos de diferente manera.

El beneficio esperado por un consumidor de cualquier producto o su valoración personal de este beneficio; la valoración del nivel de satisfacción que con él obtendrá o la intensidad que haya en su deseo de adquirirlo son aspectos que el vendedor no puede medir con facilidad y que escapan al concepto de racionalidad y maximización.

Igualmente, existen condiciones de los bienes en transacción que solamente son conocidas por el productor o el vendedor y que para el consumidor serán muy difíciles de medir.

Este fenómeno, conocido como asimetría de información, es una externalidad al modelo de mercado en competencia perfecta, y genera los llamados costos de transacción, que son los costos invertidos por los agentes en obtener la información que el otro tiene respecto la transacción; cuando estos costos son muy elevados generan incertidumbre, la cual dificulta y estanca las transacciones de mercado; en resumen, como lo indica el profesor Douglas North (1993), «*las incertidumbres se deben a información incompleta respecto a la conducta de otros individuos en el proceso de interacción humana*».

Vemos que las relaciones humanas, ya sean sociales o económicas, están rodeadas por condiciones de complejidad e incertidumbre, generadas bien sea por la falta de información acerca de las decisiones que pueda

tomar el otro, o por la dificultad de valorar, como lo haría el otro, los diferentes atributos de un bien, un servicio o un evento cualquiera.

De lo anterior surge la necesidad de generar mecanismos para reducir las complejidades, disminuir la incertidumbre y rebajar los costos de transacción.

2. INSTITUCIONES Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN

La sociedad ha creado diferentes formas de reducir la incertidumbre y la complejidad que se presenta en las relaciones; estos mecanismos son denominados medios de comunicación³ o instituciones⁴, mecanismos que, en palabras de North, (1993), «*reducen la incertidumbre por el hecho de que proporcionan una estructura de vida diaria. Constituyen una guía para la interacción humana, de modo que cuando deseamos saludar a los amigos, manejar un automóvil, comprar naranjas, pedir dinero prestado, establecer un negocio, enterrar a nuestros muertos o cualquier otra cosa, sabemos (o podemos averiguar con facilidad) cómo realizar estas actividades*».

Es decir, disminuimos la complejidad reduciendo el problema a una cuestión de selección a través de la construcción del sistema.

Sin embargo, como ya lo hemos explicado, los niveles de complejidad, incertidumbre o costos de transacción varían de una relación a otra, pueden ser mayores o menores dependiendo del contexto en el cual se den éstas, por lo tanto es necesario identificar y /o definir cuáles serán las instituciones y medios de comunicación apropiados en cada evento.

Lo primero será estudiar las situaciones en que la incertidumbre puede ser reducida por instituciones con limitaciones informales, o en palabras de Luhmann, medios de comunicación basados en la familiaridad, donde es fácil prever la conducta de los sujetos y los resultados de las mismas.

Para este enfoque utilizaremos una herramienta de análisis propia de las matemáticas, pero que ha resultado muy útil para estudiar el comportamiento de las individuos frente a diferentes opciones de elec-

³ LUHMANN, Niklas (1996). *Confianza*. Barcelona, Anthropos.

⁴ NORTH, Douglas (1993). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México, Fondo de Cultura Económica.

ción y comportamientos, la teoría de juegos⁵, desarrollada por Jhon Von Neumann, permite establecer parámetros de comportamiento de los sujetos, partiendo del supuesto de que éstos actuarán de una manera racional y que maximice sus beneficios.

Lo que se ha llamado juegos cooperados⁶ son situaciones que se repiten de modo casi indefinido, con información perfecta y completa entre pocos individuos; en estas situaciones resultará fácil prever las conductas de las personas y los resultados de las mismas, debido a lo que Luhmann ha denominado familiaridad, donde el pasado prevalece al futuro y las transacciones se hacen fundadas en límites no formales como la reputación, el buen nombre y el altruismo.

Evidentemente, «*nuestras vidas están compuestas de rutinas en las cuales la cuestión de las elecciones se presenta como algo regular, repetitivo y claramente evidente, de modo que un 90 por ciento de nuestras acciones en un día no requieren mucha reflexión*» (North, 1993). En estas situaciones tenemos información perfecta sobre la valoración que se hace de los atributos de los bienes o servicios por parte de los sujetos y podemos prever el comportamiento de los mismos, por lo tanto, los costos de transacción o el valor por adquirir la información es casi cero.

En estos juegos cooperados, el cumplimiento de los acuerdos no es una cuestión incierta, ya que al repetirse las transacciones, entre las mismas personas (debido al escaso número de éstas) es fácil prever que quien quiera permanecer en el mercado debe atenerse al cumplimiento de lo pactado, puesto que la información acerca de un incumplimiento o de defectos en la calidad de los bienes o servicios estará a disposición de los demás actores, los cuales inmediatamente los excluirán del mercado.

Así pues, cuando las negociaciones son frecuentes o recurrentes y recaen sobre activos muy genéricos, los costos de información y, por tanto, los costos de transacción son mínimos, lo cual reduce la incertidumbre y hace eficaces las reglas de mercado y previsible el cumplimiento de los acuerdos.⁷

⁵ Ver «El dilema del prisionero». En POUNDSTONE (1995).

⁶ Para ampliar el concepto y sus implicaciones en el mundo legal y económico ver BAIRD, GERTNER y PICKER (1998). *Game theory and the law*. Cambridge, Harvard University Press.

⁷ Para ver una mejor definición de las estructuras de gobierno contractual ver WILLIAMSON, Oliver (1989). *Las instituciones económicas del capitalismo*. México, FCE.

Imaginemos, volviendo al ejemplo inicial, que nuestros arrendador y arrendatario son viejos conocidos, ya sea por vínculos de amistad, parentesco o negociaciones anteriores, pues para ellos la incertidumbre será mínima respecto al cumplimiento de lo acordado, ya que ambos estarán interesados en mantener estos vínculos, y tendrán motivaciones suficientes para no incumplir el pacto. En estas condiciones, utilizar recursos en la elaboración de un contrato resulta casi inoficioso, pues es de esperar que cada uno, siendo racionales y maximizadores de su utilidad, coopere para obtener beneficio mutuo.

Pero ésta no es la generalidad de los casos. Estamos inmersos en una sociedad donde la información viaja a velocidades casi incontrolables, donde la población crece diariamente y la movilidad de las personas, las mercancías y los servicios hace casi imposible el escenario descrito anteriormente, y cada vez son más escasos esos escenarios de juegos cooperados.

«Así pues, en cuanto nos alejamos de elecciones que entrañan actos personales y repetitivos para hacer elecciones que signifiquen intercambios impersonales y no repetitivos aumenta la falta de certeza en cuanto a los resultados» (North, 1993), y esta falta de certeza sobre los resultados se traduce en altas inversiones para identificar la información y altos costos de transacción.

En el ejemplo propuesto, cuando arrendador y arrendatario son completamente desconocidos, los costos de adquirir información necesaria para asegurar el cumplimiento de lo pactado, serían incluso más altos que el beneficio mismo obtenido del contrato, y por lo tanto, el número de transacciones se reduciría notablemente.

Lo mismo ocurre con el inversionista: si los costos de adquirir la información necesaria para asegurar el retorno de su inversión son superiores al beneficio esperado de ésta, pues entonces para él será más eficiente no hacer la misma.

En estas situaciones, son entonces necesarias nuevas instituciones, limitadas ya de manera formal, por normas jurídicas, reglas económicas y contratos.

Estas nuevas instituciones, sin embargo, pueden no ser del todo eficientes en la función de reducir la incertidumbre, o no reducir de manera satisfactoria los costos de transacción, debido a la alta especialidad de los activos transados o al desconocimiento de las valoraciones que de éstos hagan los individuos.

En estos casos, habrá que recurrir a un medio de comunicación derivado del lenguaje, denominado por Luhmann en términos de confianza, «la confianza va más allá de la información que se recibe del pasado y se arriesga definiendo el futuro»; en esos términos, la complejidad del mundo futuro se reduce por el acto de confianza.

Confianza no sólo en el otro sino en el marco institucional en el cual se desarrolla la transacción, marco que limita las posibilidades de elección y trata de prever el resultado de las acciones positivas o negativas de estos.

Entonces, siendo así las cosas, nuestro arrendador recurrirá a un intermediario (agencia inmobiliaria), que se encargue de buscar al arrendatario correcto, que corra con los gastos necesarios para obtener información, elabore el contrato respectivo y que asegure los riesgos derivados de un eventual incumplimiento

3. EL CONTRATO COMO REDUCTOR DE INCERTIDUMBRES Y COSTOS DE TRANSACCIÓN

Hechas las consideraciones acerca de cómo las personas nos podemos relacionar con diversos grados (mayores o menores) de incertidumbre y sobre la necesidad de generar instituciones y medios de comunicación necesarias para reducir al mínimo estas condiciones, es entonces tiempo de hablar del contrato como la institución básica que sirve a este fin y del derecho contractual como el marco formal dentro del cual éstos se deben perfeccionar y ejecutar.

Hemos tratado de mostrar que dadas las diversas motivaciones y valoraciones que llevan a las personas a negociar sobre diferentes bienes y servicios, resulta altamente costoso adquirir información acerca de estas motivaciones y valoraciones y, por lo mismo, prever eficientemente la conducta de los agentes y el resultado de las mismas.

Igualmente se ha dicho que el grado de incertidumbre varía de acuerdo con lo reiterado de las transacciones y con lo específico de los activos involucrados en ellas; por tanto, es necesario establecer estructuras acordes con las necesidades generadas en cada intercambio.

En su artículo «El problema del costo social», el profesor Ronald Coase anota la importancia de los costos de negociación en los siguientes términos: «Para llevar a cabo una transacción de mercado es necesario descubrir

con quién se quiere tratar, informar a las personas que uno quiere comerciar, y en qué términos, conducir negociaciones que permitan alcanzar acuerdos, elaborar los contratos, realizar inspecciones para asegurarse que se cumplen los términos de los mismos, etc.»⁸ Todas estas actividades, de naturaleza pre y poscontractual, tienen un único objetivo, y es el mismo que venimos dibujando a lo largo de este escrito, hacer del contrato una institución que reduzca las incertidumbres de la negociación, que plasme las reglas de asignación de los derechos de propiedad y distribuya los riesgos de la manera más eficiente posible.

En el escenario de competencia perfecta y juegos cooperados, con mínimos costos de transacción, el contrato juega un papel no tan importante, debido a lo reiterado de las transacciones y los bajos costos de transacción.

Al respecto Hans-Bernd Schäfer y Claus Ott⁹ (1989) manifiestan que en estos contextos, las normas positivas sirven como complemento a la voluntad de las partes, para regular aquellos aspectos en los que éstas no se han puesto de acuerdo, y agregan que en la medida que éstas se acerquen a la hipotética voluntad de las partes contratantes, mayor será el ahorro en costos de transacción.

Sin embargo, existen otras transacciones en las que la información es altamente costosa, bien sea acerca de las características especiales de los activos o la valoración que de ellos hacen los sujetos, o del comportamiento de los agentes contratantes. Al respecto North dice: «*A mayor especialización y número y variabilidad de los atributos valiosos, mayor será el peso que deba ponerse en instituciones (contratos) confiables que permitan a los individuos participar en contrataciones complejas con un mínimo de incertidumbre en cuanto a que los términos del contrato se puedan realizar*».

Es decir, cuando las transacciones son impersonales, sobre activos o servicios muy específicos, los costes de transacción son muy altos, y por tanto la incertidumbre sobre el cumplimiento de las condiciones contractuales será mayor.

En estos casos, es útil emplear recursos en la etapa precontractual para recolectar información sobre las condiciones de contratación, pre-

⁸ COASE, Ronald (1960). «The problem of social cost». *Journal of law and economics*.

⁹ SCHÄFER, Hans-Bernd y OTT, Claus (1989). *Análisis económico del derecho civil*. Madrid, Tecnos.

ver los riesgos de la misma y elaborar un contrato que recoja de forma eficiente esta información.

Esta situación se presenta en las negociaciones sobre activos intangibles, propiedad industrial o capital intelectual, debido a la ineficiente e insuficiente información que las normas contables dan al respecto¹⁰.

Pensemos nuevamente en nuestro inversionista. La mayor industria de calzados deportivos del mundo, Nike, no tiene fábrica, o Benetton, no es más que una marca registrada, que no tiene talleres de confección o diseño, es decir, el valor de mercado de estas empresas no está reflejado en su contabilidad, ni en sus estados financieros, así como tampoco lo están el valor de sus marcas, patentes o inversiones en investigación y desarrollo.

Por tanto, los costos de transacción serán muy altos, la incertidumbre será mayor que la deseada y el inversionista tendrá que invertir una buena cantidad de recursos antes del perfeccionamiento del contrato.

Otro tanto le ocurrirá al ejecutivo de Silicon Valley; para él será imposible obtener la información. Sólo le queda tratar de prever los riesgos y disminuir las posibilidades de incumplimiento a través de un bien elaborado contrato.

Estas negociaciones exigen contratos altamente elaborados, donde se incluyan estímulos suficientes para incentivar el cumplimiento y así jalonar un crecimiento en el número de negociaciones realizadas.

4. EL CONTRATO PERFECTO Y UNA NUEVA CONSTRUCCIÓN DEL MARCO INTERPRETATIVO

El objetivo final del contrato es, entonces, limitar las posibilidades de elección de las partes, reduciendo así la incertidumbre sobre el cumplimiento de los acuerdos, y distribuyendo en forma eficiente los riesgos de la transacción.

Para lograr este objetivo, los contratantes (y sus asesores) invierten parte de sus recursos en la etapa previa a la celebración del contrato en

¹⁰ Al respecto ver LEV, Baruch (2001). *Intangibles: Medición, gestión e información*. Traducción de Manuel García y Ayuso Covarsí (2003). Barcelona, Deusto.

obtener la información necesaria acerca de la contraparte, y así poder elaborar un contrato lo suficientemente completo como para asegurar el mínimo margen de incumplimiento.

Este es el objetivo entonces de los contratantes, crear lo que Schäfer y Ott (1989) denominaron el contrato perfecto, que es aquel que se da cuando las partes, antes de concluirlo, se han puesto de acuerdo sobre la imputación de todos los riesgos asociados a su ejecución, esto es: identificar el riesgo, asignarlo a las partes y definir qué prestación debe soportar el titular si se produce el riesgo. Los riesgos no se asignan de manera arbitraria: la asignación racional del riesgo aumenta la utilidad común. Si el contrato es perfecto, prevé todas las eventualidades y es inatacable.

Obviamente, el contrato perfecto es un imposible, y se constituye sólo en una mera idea. Y es imposible por los altos costos de información que se producirían al tratar de prever todos los riesgos, motivaciones y valoraciones de la contraparte para celebrar el contrato; solamente será posible elaborar contratos cuyos riesgos están parcialmente identificados.

Es por esto que entran en juego, nuevamente, las barreras informales como la confianza, el buen nombre y la reputación, que son un buen indicio para prever los resultados de las actuaciones del otro; y las barreras formales (el orden jurídico), que establece el marco institucional en el cual debe entenderse el contrato.

Esta concepción del contrato hace nacer una nueva vertiente en la interpretación en la cual *«El derecho contractual tiene...una labor de servicio... consiste en gran medida, en la reconstrucción del contrato perfecto, en aquello sobre lo que las partes no se han puesto de acuerdo a causa de los altos costos de transacción»* (Schäfer y Ott, 1989).

Es por esto que las nuevas normativas en materia contractual, así como la función de interpretarlo, deben estar dirigidas a reconstruir el contrato perfecto, imputar los riesgos de la manera más eficaz, esto es, a la parte que mejor los hubiera podido reducir con el menor costo eficiente, de manera que se maximicen los beneficios del contrato antes de su perfección.

En nuestra legislación encontramos varios ejemplos de normas que han evolucionado hacia esta tendencia; entre éstas encontramos las

normas sobre riesgo en la venta de cuerpos ciertos, la regulación, que el Código Civil dispone en su artículo 16070. «El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor...» Bastante curiosa la disposición, ya que pone el riesgo de la pérdida de la cosa debida en cabeza del acreedor, quien tendría menos posibilidades de controlarlo, y de hacerlo, lo haría a un costo mayor.

Sin embargo, con la promulgación del Código de Comercio la norma evolucionó de la siguiente manera: **Artículo 929:** «En la venta de un «cuerpo cierto», el riesgo de la pérdida por fuerza mayor o caso fortuito ocurrido antes de su entrega, corresponderá al vendedor...» Aquí el riesgo se imputa al deudor, quien evidentemente lo puede controlar con el menor gasto.

Otra disposición que se enmarca dentro de esta idea de la eficiente distribución de los riesgos es la contenida en el artículo 15 de la Ley 820 de 2003 (Régimen de arrendamiento), que desgrava al inmueble por las deudas de servicios públicos y establece mecanismos para que el cobro en caso de mora en el pago recaiga sobre el arrendatario, quien es, evidentemente, el que tiene mayor y más eficaz control sobre el consumo y pago de estos servicios.

Es ésta, pues, una muestra de cómo las instituciones, y con ellas las normas, se van transformando para tratar de ser cada vez más eficaces en la manera de disminuir los efectos de la complejidad y la incertidumbre, y generando medios confiables frente a la ejecución y cumplimiento de las normas contractuales.

Para terminar, resta entonces hacer una invitación para que abordemos el tema del derecho contractual con nuevas perspectivas, desde nuevas ópticas y lo enfoquemos a nuevos horizontes.

La norma sirve, como ya se dijo, de referente o intérprete de la voluntad de las partes, para llenar los vacíos cuando éstas no llegaron a acuerdos, para distribuir los riesgos de la manera más eficiente, es decir, como se hubieran redistribuido si hubiera sido posible preverlos.

Pero la norma no es el derecho, es simplemente una expresión de éste, y como todas las instituciones, es creación del hombre, y conforme a él evolucionan y se interpretan. Es ahora el momento de enfocar un nuevo sistema interpretativo de la norma contractual, ya no como la camisa de fuerza, sino como una herramienta para lubricar el engranaje social

y económico, reduciendo los costos de la información, e incentivando a un crecimiento de transacciones que creen riqueza, crecimiento y desarrollo.

REFERENCIAS

- BAIRD, GERTNER & PICKER, (2003). *Game theory and the law*. Cambridge, Harvard University press.
- COASE, Ronald (1994). El problema del costo social. En *La Empresa, el Mercado y la Ley*. Madrid, Alianza.
- SCHÄFER, Hans-Bernd & OTT, Claus (1989). *Análisis económico del derecho civil*. Madrid, Tecnos.
- LEV, Baruch (2001). *Intangibles: Medición, gestión e información*. Traducción de Manuel García y Ayuso Covarsí (2003). Barcelona, Deusto.
- LUHMANN, Niklas (1996). *Confianza*. Barcelona, Anthropos.
- NORTH, Douglass (1993). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México, Fondo de Cultura Económica.
- POUNDSTONE, William (1995). *El dilema del prisionero*. Madrid, Alianza editorial.
- WILLIAMSON, Oliver (1989). *Las instituciones económicas del capitalismo*. México, Fondo de Cultura Económica.