

**LA ACCIÓN DE TUTELA EN LITIGIOS CONTRACTUALES PRIVADOS: LÍMITES
JURÍDICOS A LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN LA APLICACIÓN DE
DERECHOS IMPLÍCITOS EN PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES**

MANUEL ANTONIO CORAL PABÓN

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

FACULTAD DE DERECHO

DOCTORADO EN DERECHO

BOGOTÁ D.C.

2019

**LA ACCIÓN DE TUTELA EN LITIGIOS CONTRACTUALES PRIVADOS: LÍMITES
JURÍDICOS A LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN LA APLICACIÓN DE
DERECHOS IMPLÍCITOS EN PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES**

MANUEL ANTONIO CORAL PABÓN

Trabajo de grado para optar al título de Doctor en Derecho

ODUBER ALEXIS RAMÍREZ ARENAS

Doctor en Derecho

Director

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

FACULTAD DE DERECHO

DOCTORADO EN DERECHO

BOGOTÁ D.C.

2019

Agradecimientos

A Dios, coautor intelectual de este producto académico.

A la Universidad Santo Tomás, por ofrecerme las herramientas idóneas que me permitieron avanzar en la construcción del conocimiento.

A la Universidad de Nariño, su Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y en especial, a su Decano, Dr. Leonardo Enríquez Martínez, por su decidida colaboración que permitió llevar adelante este proceso.

Y un agradecimiento especial a mi director de tesis, Dr. Oduber Alexis Ramírez Arenas, por su decidido e incondicional apoyo en procura de la consolidación de esta tesis que ahora ve la luz.

Dedico esta tesis a mis padres, artífices de cada uno de los éxitos profesionales y académicos que han acompañado mi trasegar

A mi esposa Mónica, nuevamente gracias por toda tu paciencia y amor incondicional

A mis estudiantes, mis compañeros de trabajo en ese laboratorio de ideas que se llama academia

CONTENIDO

Pág.

INTRODUCCIÓN.....	14
-------------------	----

PRIMERA PARTE. LA CONCEPTUALIZACIÓN TRADICIONALISTA DEL VÍNCULO OBLIGACIONAL Y EL DERECHO IMPLÍCITO: DE LA CERTEZA A LA INCERTIDUMBRE

Capítulo 1. El concepto de obligación civil: elementos estructurantes y su génesis.....	26
1.1.- Concepto de obligación civil contractual.....	28
1.2.- Elementos estructurantes de la obligación civil.....	31
1.3.- Fundamento teórico del vínculo contractual, fuente del vínculo obligacional...33	
1.4.- La autonomía de la voluntad y el surgimiento de vínculos obligacionales.....	40
1.5.- El consentimiento como materialización de la voluntad: base del surgimiento del vínculo obligacional contractual.....	43
1.6.- El cumplimiento de la obligación.....	47
1.7.- Sistematización de las fuentes obligacionales civiles.....	48
1.8.- Sistematización de las fuentes de las obligaciones en la doctrina foránea.....	52
1.9.- Sistematización de las fuentes de las obligaciones en la doctrina nacional.....	60
1.10.- El aporte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a la teoría de las fuentes de las obligaciones.....	66
1.10.1.- El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones civiles...67	

1.10.2.- El abuso del derecho como fuente de obligaciones civiles.....	73
1.11.- El abuso del derecho en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	76
1.12.- Acerca de un yerro judicial sobre la apreciación del abuso del derecho: el caso de la sentencia C- 595 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.....	78
1.13.- El reposicionamiento del concepto civilista de contrato: no debe entenderse como acuerdo sino como acto.....	89
1.14.- La buena fe contractual: el faro que ilumina la interpretación de los contratos.....	92
Capítulo 2: El concepto de derecho implícito y su recepción en Colombia.....	99
2.1.- La teoría de los derechos implícitos y su recepción en la jurisprudencia colombiana relativa a litigios contractuales constitucionalizados por vía de tutela...	99
2.2.- Elementos teóricos justificantes de la inferencia y aplicabilidad de los derechos implícitos.....	105
2.2.1.- Carlos Ernst: la conceptualización del derecho implícito.....	105
2.2.2.- Aportes de Riccardo Guastini al concepto de derecho implícito y sus fuentes.....	120
2.2.3.- Aportes de Francisco Laporta al concepto de derecho implícito y sus fuentes.....	132
2.3.- La fisonomía actual de la jurisprudencia y el rol del juez constitucional en el marco de nuevas relaciones de poder.....	152
2.4.- Constitucionalización de litigios contractuales, lagunas axiológicas y derecho implícito.....	165

SEGUNDA PARTE. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS LITIGIOS CONTRACTUALES POR VÍA DE ACCIÓN DE TUTELA: VICISITUDES DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO JUDICIAL POST FACTO Y SUS LIMITACIONES JURÍDICAS

Capítulo 3. La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana referida

a litigios contractuales privados: nueva y autónoma fuente de obligaciones civiles.....174

3.1.- El decaimiento del consentimiento mutuo como elemento esencial
del contrato.....175

3.2.- La constitucionalización de litigios contractuales:
acerca de una regla general y sus múltiples excepciones.....176

3.2.1.- El caso del contrato de suministro de parafina (Corte
Constitucional, sentencia T-375 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes M.).....179

3.2.2.- El caso del deudor secuestrado (Corte Constitucional,
sentencia T-520 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil).....185

3.2.3.- El caso del incendio del Centro Comercial La 17 (Corte
Constitucional, sentencia T-769 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas H.).....203

3.2.4.- Los casos de las afrocolombianas privadas de su derecho a
ingresar a unas discotecas cartageneras (sentencias T-1090 de 2005,
M.P. Clara Inés Vargas H. y T-131 de 2006, M.P. Alfredo Beltrán S.).....206

3.2.5.- El caso de los prometientes compradores que no podían ejercer
su libertad de expresión por una cláusula mordaza
(Corte Constitucional, sentencia T- 411 de 1999, M.P. Fabio Morón.....214

3.2.6.- El caso de la modelo afectada por una cláusula de exclusividad (Corte Constitucional, sentencia T-160 de 2010, M.P. Humberto Sierra Porto).....	221
3.2.7.- El caso de la inaplicación de la figura de la prescripción extraordinaria en un contrato de seguro (Corte Constitucional, sentencia T-662 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).....	230
3.2.8.- El caso del contrato de difusión de un video pornográfico (Corte Constitucional, sentencia T-407 A de 2018, M.P. Diana Fajardo)...	237
3.3.- A manera de conclusión: de cómo la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha erigido en fuente autónoma de obligaciones civiles y de causales de extinción de las mismas.....	257
3.4.- Acerca de la propuesta doctrinaria de considerar a la jurisprudencia constitucional como una fuente autónoma de obligaciones civiles.....	258
3.5.- Vicisitudes derivadas de la propuesta doctrinaria de considerar a la jurisprudencia de la Corte Constitucional como nueva y autónoma fuente de obligaciones civiles y causales de extinción de las mismas.....	260
3.5.1.- Primera vicisitud: reducir la discusión a que la ley es la fuente de las obligaciones civiles contractuales surgidas de fallos de tutela.....	261
3.5.2.- Segunda vicisitud: considerar que las obligaciones post contrato fijadas por el juez de tutela se derivan de la interpretación de las “cláusulas de la naturaleza del contrato” o del postulado de la ejecución de los contratos de buena fe.....	271
3.5.3.- Tercera vicisitud: la aplicación de un derecho judicial nuevo, no existente al momento de la celebración del contrato, puede	

convertirse en un especial vicio del consentimiento que sustentaría una pretensión de nulidad contractual.....	277
3.5.4.- Cuarta vicisitud: aceptar que la jurisprudencia constitucional constituye una nueva fuente de obligaciones civiles contenidas en derecho surgido de manera posterior al contrato, abre la puerta a la teoría de la imprevisión contractual.....	283
3.5.5.- Quinta vicisitud: la tesis peregrina de los efectos inter partes de las sentencias de tutela, que minarían el alcance de la jurisprudencia constitucional como fuente autónoma de obligaciones civiles y causales de extinción de las mismas.....	287
3.5.6.- Sexta y última vicisitud: considerar que los derechos y las obligaciones que modifican los alcances originales del contrato, derivados de pronunciamientos judiciales en acciones de tutela, se derivan del poder del Estado de incidir en el objeto jurídico del contrato, así esta potestad y sus alcances, sean desconocidos por las partes al momento de su celebración.....	290

Capítulo 4. De la interpretación legal a la interpretación constitucional del contrato: límites jurídicos a la discrecionalidad judicial en la aplicación de derechos implícitos en principios constitucionales y el problema de la seguridad jurídica.....	295
4.1.- La interpretación legal del contrato.....	297
4.1.1.- Primera regla. En la interpretación deberá prevalecer la intención de los contratantes antes que la literalidad de las palabras.....	299
4.1.2.- Segunda regla. Si una cláusula puede generar	

diversos resultados interpretativos, deberá preferirse aquél	
resultado que genere efectos, con prescindencia del que no lo hace.....	303
4.1.3.- Tercera regla. Cuando en un contrato se utilicen palabras	
que ofrezcan significados diversos, deberá acogerse aquél	
más próximo a la naturaleza del contrato.....	305
4.1.4.- Cuarta regla. De presentarse ambigüedad en el contrato,	
aquella deberá resolverse según los usos y costumbres del país.....	307
4.1.5.- Quinta regla. Al interpretar un contrato habrá de considerarse	
que, a falta de estipulación expresa, se encuentra incorporado	
al mismo todo aquello aceptado por la costumbre.....	309
4.1.6.- Sexta regla. Las estipulaciones contractuales deben interpretarse	
de forma íntegra, como un cuerpo, anteriores y posteriores encontrarán	
entre sí su razón de ser, como un todo armónico.....	310
4.1.7.- Séptima regla. La duda presentada al interpretar una	
cláusula, deberá resolverse en favor del deudor.....	312
4.1.8.- Octava regla. Las cláusulas contractuales son de interpretación	
restringida en el sentido de que sus efectos no se extienden a eventos no	
previstos por los contratantes y se concretarán a lo que se	
desprenda de su intención.....	313
4.1.9.- Novena regla. Si el objeto del contrato versa sobre una	
cosa universal, cobija a todos los elementos que hagan parte de esa	
universalidad, así hayan sido desconocidos por los contratantes.....	313
4.1.10.- Décima regla. Si en el contrato se utilizan casos para explicar	
el alcance de su objeto contractual y <i>a posteriori</i> ese mismo caso es	

materia de la contratación, esto no implica la exclusión de otras situaciones fácticas que puedan quedar comprendidas en el contrato.....	314
4.1.11.- Décima primera regla. De existir una cláusula plural, deberá el intérprete considerar que ésta se puede dividir en muchas cláusulas singulares.....	315
4.1.12.- Décima segunda regla. Las expresiones consignadas al final de una frase deberán interpretarse de conformidad con toda la frase y no únicamente con los apartes que preceden a dichas expresiones.....	316
4.2.- La interpretación constitucional del contrato.....	317
4.3.- Límites jurídicos a la discrecionalidad judicial: el problema de la solución de casos difíciles a partir de la aplicación del derecho implícito en los principios constitucionales.....	324
4.4.- Ruta metodológica para evitar la supervaloración de la Constitución e infravaloración de la ley.....	330
4.5.- Verificación de la aplicación de la ruta metodológica en tres sentencias de la Corte Constitucional, relativas a controversias contractuales.....	337
4.6.- Principios de interpretación constitucional que se convierten en límites jurídicos a la discrecionalidad judicial.....	345
4.7.- Aplicación de derecho implícito y eventual afectación del principio de seguridad jurídica.....	349
5. CONCLUSIONES.....	353
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	358

Lista de tablas

	Pág.
Tabla 1. Categorización de la información.....	20
Tabla 2. Sustentos normativos.....	64
Tabla 3. Comparativo sentencias.....	209
Tabla 4. Sentencia T-769 de 2005.....	338
Tabla 5. Sentencias T-1090 de 2005 y T-131 de 2006.....	342

LISTA DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

C. P.:	Constitución Política
C. C.:	Código Civil
C. Co.:	Código de Comercio
C.G. P.:	Código General del Proceso
CPACA:	Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo
C. S. T.:	Código Sustantivo del Trabajo
R A E:	Real Academia Española de la Lengua

Introducción

Resulta un lugar común escuchar que el principal aporte de la Constitución de 1991 al sistema jurídico colombiano está representado en la figura de la tutela, aparejada con los derechos fundamentales, conceptos que resultan inescindibles. El valor de esta acción constitucional reposa en que ha cumplido su misión de acercar el derecho al ciudadano de a pie, quien en vigencia de la Carta Política anterior de Núñez y Caro, se había acostumbrado a convivir con unos preceptos consagratorios de libertades, de potestades, que nunca trascendieron el plano del texto escrito; unos derechos mansos, inofensivos frente a los destinatarios de las obligaciones recíprocas, catalogados así por no contar en su momento con adecuadas herramientas procesales que hubieran permitido transformar esos derechos-ilusión o simples anhelos, en abstenciones o prestaciones efectivas, según haya sido el tipo de reclamación que el interesado dirigía contra los destinatarios de la misma.

La acción de tutela se impone y empieza a extender su manto protector en múltiples escenarios de desempeño del individuo, bien sea cuando interactúa con el Estado o con particulares, nunca exentos totalmente de una potencial violación o amenaza de violación de derechos fundamentales y precisamente uno de esos escenarios es el de la contratación entre particulares, tradicionalmente regulada por disposiciones de Derecho privado y hoy especialmente influenciada por disposiciones del Derecho público constitucional. A partir de la Constitución de 1991, se impuso una nueva forma de ver ese Derecho privado.

Atrás quedaron las concepciones que imperaron en la formación jurídica nacional, según las cuales, el Derecho constitucional colombiano era una rama más, perteneciente al Derecho Público, estudiada sin mayor pretensión que la de conocer el contenido de los artículos presentes

en el texto constitucional, ayudados para ello por doctrinantes que construían sus muy conocidos libros a partir de simples comentarios explicativos de las normas jurídico constitucionales, positivizadas a manera de Carta Política. La enseñanza del Derecho, en cuanto a teorización se refiere, se encontraba plagada de referencias a normas subconstitucionales y muchas veces la Constitución se convertía en un texto poco consultado, abandonado en los anaqueles menos visitados de las bibliotecas, pues los argumentos que componían los alegatos profesionales o académicos, se matizaban con citas legales que aparentemente cobraban vida propia, desprovistas en su interpretación y aplicación de toda referencia a reglas o principios constitucionales.

La jurisprudencia de la justicia ordinaria y contencioso administrativa era la que prevalecía en el quehacer de los operadores jurídicos, mientras que las sentencias de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, que para entonces ejercía el control de constitucionalidad, se quedaban como simples referentes de ese control, pero su impacto no permeaba todo el sistema jurídico.

La formación en las escuelas de Derecho para ese entonces, arrancaba de las instituciones de orden meramente legal y a partir de ahí, en algunos casos y cuando la figura lo permitía, se buscaba su sustento constitucional. *Verbigracia*, en primer término, se estudiaban los artículos 669 y siguientes del Código Civil, que desarrollan el derecho de dominio y posteriormente, se hacían referencias al antiguo artículo 30 de la Constitución de 1886, protector en su momento del derecho a la propiedad y demás derechos adquiridos con justo título. En el peor de los casos, los docentes civilistas legaban a los profesores de Derecho constitucional colombiano el análisis del susodicho artículo 30. El orden en la enseñanza de la ciencia del Derecho era entonces despegar de lo legal para aterrizar en lo constitucional.

Hoy en día las cosas resultan bien distintas. La constitucionalización del Derecho, fenómeno que se ha profundizado a partir de la expedición de la Carta de 1991, hoy está presente

en toda la actividad de los juristas y estudiosos del derecho en general, fenómeno que Santiago ha calificado como “omnipresencia constitucional” (2008, p. 137). De ello se desprende que el estudio de todo caso o litigio debe despegar desde el espacio del Derecho constitucional para llegar a un buen puerto en el terreno de lo legal. Volviendo al ejemplo de la propiedad, el artículo 58 de la Carta actual debe orientar la interpretación del sentido y el alcance de los artículos 669 y siguientes del Código Civil.

El Derecho constitucional dejó de ser un tema de especialistas y prácticamente se transformó en una especie de derecho común, asumiendo un papel que algún día desempeñó el Derecho civil. Es la base o fundamento de todo, referencia obligada y permanente del quehacer de los estudiosos de la ciencia jurídica. A diferencia de otros tiempos, los argumentos y razonamientos jurídicos actuales se enriquecen con citas constitucionales tomadas de textos explícitos o implícitos, descubiertos por la doctrina y la jurisprudencia, asumiendo estos últimos la forma de principios, reglas o subreglas.

La Constitución del 91 ya no ocupa ese espacio olvidado de los anaqueles. A los juristas formados durante la vigencia de la Carta de Núñez y Caro se los obligó a repensar el Derecho, a desechar paradigmas. En aquellas épocas, el concepto de precedente obligatorio era una mera referencia del Derecho comparado y hoy hace parte de las dinámicas del sistema jurídico colombiano, donde los estudiantes viven la experiencia de formarse en el marco de un Derecho en permanente transformación, que ya no se circunscribe solamente al estudio del frío inciso o párrafo.

A instancias del fenómeno de la constitucionalización del Derecho, en materia de obligaciones y contratos de Derecho privado se presenta un fenómeno no exento de debates jurídicos interesantes para la academia: el derecho legislado se complementa o a veces se sustituye por un derecho judicial, construido a partir del trabajo de la Corte Constitucional, autora

de una nueva doctrina judicial de las obligaciones y contratos contenida en subreglas constitucionales, surgidas a partir de la interpretación y aplicación de normas superiores con estructura de principios, a litigios contractuales privados que sufren los efectos de la constitucionalización, cuando los mismos son sometidos a un proceso de tutela, al margen de la acción en la justicia ordinaria.

A partir de un análisis del papel que hoy desempeña la jurisprudencia en el sistema de fuentes de las obligaciones en el Derecho privado, se analiza críticamente la forma en que la teoría de los derechos implícitos ha sido acogida por la Corte Constitucional en el estudio de litigios contractuales, convirtiéndose en el pilar de una doctrina judicial que, so pretexto de una pretendida protección de derechos fundamentales de las partes contratantes, puede comprometer la autonomía privada y la seguridad jurídica contractual en su visión tradicional, con lo cual se abre un debate hacia su replanteamiento.

El estudio comprende el proceso de renovación del Derecho privado de las obligaciones y contratos que arrancó a partir de la sentencia de la Corte Constitucional T- 450 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, fallo relacionado con un litigio derivado de un contrato privado de prestación de servicios educativos, resuelto a la luz de principios constitucionales y se podrá apreciar cómo el derecho legislado vigente suele resultar desplazado por un derecho judicial que, en muchas oportunidades, apela a los derechos implícitos, de los cuales se derivan obligaciones ínsitas (derivadas de principios constitucionales como el de solidaridad), las cuales están en capacidad de alterar la ecuación contractual inicial.

Un estudio sobre la forma en que se ha asimilado la teoría de los derechos implícitos en la jurisprudencia constitucional colombiana, permite, en primer término, analizar críticamente si los postulados de la autonomía privada y seguridad jurídica contractual, pueden convertirse en límites de la discrecionalidad judicial que le ha permitido al juez constitucional aplicar, a la

solución de litigios contractuales privados sometidos a una acción de tutela, normas no explícitas en el sistema de fuentes de las obligaciones civiles, vigente al momento de la celebración del contrato y en segundo lugar, contribuir a determinar si se encuentra o no justificada la sustitución de normas legales por principios constitucionales en la solución de litigios contractuales.

A partir del contexto expuesto, este estudio teórico pretende responder la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuáles son los límites jurídicos a la discrecionalidad del juez de tutela, al aplicar derechos implícitos en principios constitucionales a la solución de litigios contractuales privados?

El “planteamiento teórico” o “proposición tentativa” que se busca comprobar mediante el trabajo investigativo a manera de hipótesis (Guerra, 2009) es la siguiente: Los postulados de la autonomía privada y la seguridad jurídica contractual son límites a la discrecionalidad judicial y deberán ser considerados por el juez cuando infiera cargas patrimoniales -en litigios contractuales constitucionalizados por vía de tutela- de derechos implícitos en principios superiores. En consecuencia, si nuevas normas descubiertas por el juez constitucional mediante ejercicios interpretativos desconocen estos postulados, se impone una saturación de argumentos que justifiquen la alteración del sistema de fuentes de las obligaciones, vigente al momento de la celebración del contrato.

El trabajo así propuesto pretende cumplir un objetivo general y varios objetivos específicos, a saber:

a.- Objetivo general. Vinculado directamente al problema de investigación, se propone de la siguiente manera:

Analizar críticamente cuáles son los límites jurídicos a la discrecionalidad del juez de tutela, al aplicar derechos implícitos en principios constitucionales a la solución de litigios contractuales privados. Ello con el fin de generar una reinterpretación de ciertos elementos de la

teoría civilista de las obligaciones, a partir del estudio de la injerencia judicial en la normatividad contractual (tanto aquella con efectos generales e impersonales, como la resultante del ejercicio del poder de configuración normativa de los contratantes).

b.- Objetivos específicos. Se proponen tres, del siguiente tenor:

- Explicar la forma en que la jurisprudencia constitucional ha alterado el sistema tradicional de fuentes de las obligaciones en Derecho privado.
- Determinar cómo se ha dado la recepción de la teoría de los derechos implícitos en la jurisprudencia constitucional sobre controversias contractuales entre particulares.
- Establecer las características de los postulados de la autonomía privada y la seguridad jurídica contractual, a partir del fenómeno de la constitucionalización del Derecho privado.

Para el desarrollo de los citados objetivos, se adoptó una metodología que parte del enfoque cualitativo y la investigación se adelantó siguiendo el método de análisis crítico, el cual se apoya en una reflexión teórica sobre una realidad actual para generar una reinterpretación de la misma. Para ello, se analizó críticamente el pensamiento jurídico adoptado por la Corte Constitucional en decisiones relacionadas con litigios contractuales de Derecho privado y a partir del estudio de la argumentación propuesta se evidenciaron errores y desaciertos.

La técnica de recolección de información está dada en la revisión bibliográfica y los instrumentos de análisis fueron la jurisprudencia de la Corte Constitucional (en algunos apartes cobró relevancia la originada en la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado), textos legales y doctrina, tanto de autores nacionales como extranjeros.

Se cumplieron las siguientes fases o etapas, algunas de las cuales se tomaron del modelo propuesto por Hurtado (2006):

a.- Revisión bibliográfica de tres tipos de fuentes: legales, doctrinarias y jurisprudenciales, a partir de los siguientes momentos:

- (i) Exploración de fuentes útiles para la investigación, libros y revistas, en medio físico y virtual.
- (ii) Lectura analítica de las fuentes consultadas, seleccionando autores relevantes, y
- (iii) Recolección de información a partir de fichas bibliográficas y de análisis jurisprudencial. Inclusión de reflexiones analítico-críticas.

b.- Categorización de la información de los eventos a analizar. La información recabada se organizó de conformidad con las siguientes categorías:

Tabla 1.
Categorización de la información

CATEGORÍA	EVENTO O VARIABLE
1.- Derechos implícitos	Recepción de la teoría de los derechos implícitos en la jurisprudencia constitucional sobre litigios contractuales.
2.- Argumentación judicial	Argumentación material en la jurisprudencia constitucional.
3.- Autonomía privada y principio de seguridad jurídica	Afectación de la autonomía privada y el principio de la seguridad jurídica contractual.
4.- Fuentes de las obligaciones civiles	Ubicación de la jurisprudencia en el sistema de fuentes de las obligaciones.

- c.- Diseño de matrices de análisis, para doctrina y jurisprudencia.
- d.- Aplicación de las matrices a los instrumentos analizados, de conformidad con cada una de las categorías de información.
- e.- Análisis de la información y conclusiones. La información recaudada y analizada en perspectiva crítica permitió entender el problema a partir de la interrelación de sus variables. El trabajo previo de sistematización y clasificación de la información, suministró los sustentos teóricos de los aportes creativos del suscrito investigador que hacen parte de este informe final, cuya redacción corresponde a la última fase.

El trabajo investigativo se estructuró en dos partes, cada una con dos capítulos: en la primera se exponen elementos generales propios de la teoría de las obligaciones y los derechos implícitos, insumos para la segunda parte, donde se aborda específicamente el tema de la constitucionalización de los litigios contractuales, con las consecuencias y vicisitudes que de ello se deriva.

Resultaba necesario estudiar la forma en que la recepción de la teoría de los derechos implícitos en la jurisprudencia constitucional ha permitido el nacimiento de obligaciones no consensuadas, erigiéndose la jurisprudencia en fuente autónoma de las mismas; la utilidad de la investigación radica en que la misma ofrece elementos teóricos para replantear tesis vigentes sobre autonomía privada y seguridad jurídica en el marco de la constitucionalización del Derecho privado y la importancia de la presente investigación se evidencia en que una caracterización del derecho judicial de las obligaciones, conducirá a determinar si se encuentra o no justificada la sustitución de normas legales por principios constitucionales en litigios asociados a contratos entre particulares y cuáles son los límites de dicha sustitución en un Estado social de derecho.

El producto final de esta investigación que ahora se presenta, se orienta a generar un texto analítico y crítico que le permita a la comunidad académica apreciar la forma en que la aplicación

jurisprudencial de la teoría de los derechos implícitos a litigios contractuales constitucionalizados, altera instituciones clásicas del iusprivatismo, como la autonomía privada y el sistema de fuentes de obligaciones civiles. La propuesta que hace parte de este trabajo, orientada a evitar excesos en la constitucionalización reflejados en la supervaloración de la Constitución e infravaloración de la ley, apoyará los trabajos de académicos interesados en el estudio del derecho judicial y servirá de insumo para los jueces constitucionales que deban estudiar el efecto de la irradiación de los derechos fundamentales en asuntos propios del Derecho privado.

PRIMERA PARTE

LA CONCEPTUALIZACIÓN TRADICIONALISTA DEL VÍNCULO OBLIGACIONAL Y EL DERECHO IMPLÍCITO: DE LA CERTEZA A LA INCERTIDUMBRE

La primera parte de la tesis se orienta a ofrecer una contextualización de la problemática que se detalla en la segunda mitad y es por ello que se abordan conceptos clave de la teoría de las obligaciones, acogida por el sistema jurídico colombiano en épocas en las cuales se apostaba a la certeza, entendida ésta como la posibilidad de conocer previamente y a ciencia cierta las fuentes del derecho aplicables a una relación jurídica regulada por el Derecho Privado y en particular, las fuentes de las obligaciones civiles, dotadas de la virtualidad de convertir a un sujeto en deudor, frente al titular de un derecho de carácter personal, su acreedor. Estas últimas gozaron en principio, de una rígida positivización, reflejada en sendas normas de estatutos civiles, europeos y latinoamericanos, que influenciaron a la postre la confección del Código Civil colombiano, fiel representante de ese deseo del legislador de que los extremos obligacionales sepan de antemano los derechos y cargas correlativas.

No obstante, el fenómeno de la constitucionalización del Derecho y específicamente, del Derecho contractual privado, ha permitido que, de principios de rango superior, se infiera un derecho implícito (concepto que comprende derechos subjetivos y obligaciones), aplicable a contratos perfeccionados al amparo de un Derecho preexistente a los vínculos contractuales, siempre proclives a desembocar en litigios acogidos por la jurisdicción constitucional, con resultados poco previsibles. La certeza que pretendió caracterizar a los vínculos obligacionales y sus efectos, en muchas ocasiones se ha transformado y sigue transformándose en incertidumbre.

Esta primera parte comprende dos capítulos: El primero recoge elementos estructurantes de la teoría de las obligaciones civiles, entre ellos el concepto de vínculo obligacional, la autonomía de la voluntad como determinante para el surgimiento de vínculos obligacionales de naturaleza contractual, la doctrina sobre las fuentes de las obligaciones civiles y el aporte realizado a este tema por las Altas Cortes de justicia del país. Un segundo capítulo se concreta al

desarrollo de la teoría de los derechos implícitos y cómo ésta aparece reflejada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Esta primera parte ofrece insumos teóricos, de carácter general, necesarios para abordar el tema particular que se expone en la segunda parte, todo ello como muestra del espíritu deductivo que orienta este trabajo.

CAPÍTULO 1

El concepto de obligación civil: elementos estructurantes y su génesis

El ser humano, sociable por naturaleza, establece vínculos permanentes con sus congéneres y a partir de ese interactuar, desarrolla todas sus potencialidades que le permiten establecer lazos afectivos, extender puentes que le permiten convivir bajo el amparo de preceptos morales o ejecutar actos de contenido patrimonial o no patrimonial que, por su trascendencia social, ameritan el desplazamiento de la moral por el derecho, este último subrogado histórico de aquélla (Carnelutti, 1989) y mecenas de derechos y obligaciones jurídicas.

De conformidad con la teoría de los derechos subjetivos, estos en su aspecto interno pueden ser analizados a partir de tres elementos: (i) titularidad, referida al sujeto dotado de poder jurídico para ejercer la facultad que se desprende del derecho; (ii) gobierno o poder, de naturaleza privada, no pública y referido a la administración que el sujeto realiza sobre sus propios actos, condicionada al ejercicio pleno de la voluntad y (iii) función, orientada a la satisfacción de necesidades de los titulares (Valencia & Ortiz , 1997).

El último aspecto mencionado, alusivo a la función, permite afirmar que no existen derechos subjetivos inútiles, pues todos están abocados indefectiblemente a atender esas necesidades económicas o de otro tipo, padecidas por el beneficiario de la titularidad del derecho. De lo anterior se infiere que al aparecer nuevas necesidades, surgirán nuevos derechos reconocidos por el legislador o el juez, muchos de ellos fruto de un litigio estratégico propuesto por actores de la sociedad civil que en ejercicio de acciones, principalmente de naturaleza

constitucional, han logrado la satisfacción de carencias y abundan los ejemplos al respecto: el derecho al habeas data hace su aparición cuando los bancos de datos sistematizan la información que manejan de grupos poblacionales; el derecho a morir dignamente, que sólo aparece en la escena jurídica cuando la tecnología (unidades de cuidados intensivos, particularmente) permite que la vida pueda ser prolongada por medios extraordinarios o el derecho al olvido, reclamado por personas que después de padecer ciertas situaciones que pueden ser consultadas, revisadas o recordadas a partir de las herramientas que hoy ofrece la tecnología, necesitan pasar la página, una segunda oportunidad y para ello, imploran la supresión de ciertos datos que circulan en las redes de información.

La abundancia de derechos subjetivos reconocidos en normas generales e impersonales (Constitución, ley, decretos), en normas de alcance particular (contratos, estatutos) o en el derecho judicial a partir de la fijación de subreglas, genera a su vez la proliferación de deberes jurídicos bajo el entendido de que el reconocimiento de un derecho genera la imputación de un deber y viceversa, la existencia de un deber a cargo del sujeto obligado conlleva necesariamente la coexistencia del titular de un derecho. Para el caso de los derechos de contenido patrimonial, el círculo de obligados se ampliará o restringirá, dependiendo de la naturaleza del derecho en cuestión: en el caso de los derechos personales, dados sus efectos *inter partes*, el deber jurídico contará con un alcance muy limitado y a *contrario sensu*, los derechos reales, con efectos *erga omnes*, se extienden a un amplísimo círculo de obligados, donde caben todos los integrantes de la sociedad y el mismo Estado (artículos 665 y 666 C.C.).

Este deber jurídico, correspondiente al aspecto externo de un derecho subjetivo (Valencia & Ortiz, 1997), no es otro que la obligación civil, surgida, entre otras fuentes, del contrato, erigido este como el mecanismo más idóneo para generar derechos cuyo ejercicio solventa necesidades actuales de diversa índole, físicas, intelectuales, alusivas a deseos, pasiones y

caprichos (Giorgi, 1929), no cubiertos con prontitud o inmediatez por otras fuentes obligacionales. El contrato tiene la particularidad de ligar a extremos con intereses comunes, distintos, en otros casos opuestos o inclusive, comunes en un principio y opuestos con el transcurso del tiempo (Planiol & Ripert, 1936).

1.1.- Concepto de obligación civil contractual

La obligación civil en perspectiva histórica, siempre se ha entendido como un vínculo de naturaleza jurídica, concepción que ha sido validada por todas las escuelas y sistemas jurídicos, desde el derecho romano hasta el moderno o contemporáneo (Giorgi, 1928a). El autor en cita define la obligación como un vínculo jurídico entre dos o más personas, donde una o varias de ellas, que asumen la condición de deudores, “quedan sujetas” con respecto a otra u otras que fungen como acreedores, a hacer o no hacer alguna cosa (p. 11). Este autor no usa la expresión parte, para referirse al extremo de la obligación, sino persona, lo cual constituye una impropiedad, dada la diferencia existente entre los dos conceptos y de otro lado, según este doctrinante, las obligaciones de dar quedarían comprendidas en el hacer, afirmación que desmonta la tradicional y muy conocida clasificación tripartita de las cargas obligacionales concebida por la sabiduría romanista.

Claro Solar (1936) define la obligación como un “vínculo jurídico en virtud del cual una persona se encuentra en la necesidad de procurar a otra persona el beneficio de un hecho o de una abstención determinados y susceptibles generalmente de estimación pecuniaria” (p. 5) y asemeja al obligado a un encadenado que ha “abdicado su libertad”, metáfora ilustrativa de las limitaciones autoimpuestas por el deudor, orientadas al acceso de derechos subjetivos propios y a la satisfacción de derechos subjetivos ajenos que surgen de ese “vínculo jurídico”. Este autor, respaldándose en Demogue (quien define la obligación como situación y no como vínculo

jurídico) y Aubry y Rau, acepta que los hechos o abstenciones puedan ser de contenido económico o moral y pone de presente como ejemplo, la prestación de servicios de naturaleza profesional u otra actividad que requiere un acto voluntario del obligado, actos que, en criterio de estos tratadistas, no podrían formar parte del objeto del contrato, pues no existe mecanismo judicial idóneo para lograr el cumplimiento forzado de este tipo de cargas.

Sostener que el vínculo jurídico puede dar lugar a prestaciones de índole moral resulta inadecuado, pues el carácter moral de la obligación excluiría de plano la coercitividad, propia de las obligaciones jurídicas. Basta recordar que las personas en su cotidianidad celebran una serie de pactos de contenido moral, fuente de obligaciones de este tipo, como aquellas derivadas de las relaciones de noviazgo que implican acciones y abstenciones cuya exigibilidad escapa al campo del derecho, pero prestaciones de hacer, como ofrecer una asesoría jurídica o pintar un cuadro, son de naturaleza jurídica, no moral, pues el hecho de carecer de un mecanismo jurídico o fáctico para que el deudor atienda este tipo de obligaciones, no las torna en morales, ni siquiera en naturales, que son obligaciones jurídicas que no dan acción para exigir su cumplimiento (artículo 1527 inc. 3º C.C.).

En gracia de discusión se propone un ejemplo que complacería a los seguidores de la tesis ahora cuestionada: el contrato de donación de componentes anatómicos humanos es fuente de obligaciones morales, no jurídicas y está regulado por el Derecho civil colombiano. El sustento de esta afirmación, reposaría en los siguientes argumentos: (i) si bien la compraventa de órganos se encuentra prohibida expresamente por la legislación positiva colombiana vigente (leyes 9ª de 1979, 73 de 1988, 919 de 2004 y 1805 de 2016, Decreto 2493 de 2004), la misma normatividad permite expresamente la donación; (ii) el Código Civil contempla la donación como un contrato de Derecho civil (art. 1443) y por ende, regulado por el derecho, no por la moral y (iii) no obstante lo anterior, el contrato de donación de componentes anatómicos sería fuente de

obligaciones morales, no jurídicas, por dos potísimas razones: el contrato no genera cargas patrimoniales para los extremos del vínculo jurídico, donante y donatario y de otro lado, el incumplimiento de las obligaciones a cargo del donante no da lugar a ningún tipo de acción judicial, pues por obvias razones, el juez no puede imponer una orden que involucre la disposición de un componente anatómico.

El razonamiento anterior conduciría a la conclusión de que un contrato puede ser fuente de obligaciones de contenido no patrimonial, sino de naturaleza moral, desamparadas de mecanismos de exigibilidad jurídica, conclusión que, asociada al ejemplo supra referido, puede ser controvertida con los siguientes contraargumentos: (i) Efectivamente, expresiones como donación y donante figuran en la normatividad que reglamenta la práctica del trasplante de componentes anatómicos, pero estos términos deben ser interpretados al margen del concepto de contrato de donación; (ii) el artículo 1443 del Código Civil define a la donación como “un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta”, concepto que de manera indubitable indica que a partir de este contrato, el patrimonio del donante mengua, mientras que el del donatario se incrementa, pues la razón de ser de la donación es la enajenación de bienes y los componentes anatómicos no ostentan esa calidad; (iii) La doctrina ha considerado que los bienes regulados por el Derecho civil deben reunir unos requisitos relacionados en primer lugar, con ser susceptibles de valoración económica y en segundo, en formar parte del patrimonio de una persona (Velásquez, 2008), características ausentes en el caso de los componentes anatómicos que por ello, no pueden ser considerados bienes susceptibles de donación y (iv) la expresión “donación”, en el contexto normativo del trasplante de órganos, debe entenderse como un acto unilateral mediante el cual se autoriza la extirpación de un órgano con fines de trasplante, autorización que hoy la ley presume, no existe por lo tanto, contrato civil de donación de órganos.

Claro Solar (1936), refiriéndose a aquellas obligaciones cuyo cumplimiento solamente depende de un acto voluntario del deudor, sostiene la idea de excluir la posibilidad de reclamar daños y perjuicios por el incumplimiento de una obligación de este tipo, afirmación que de suyo, choca con la realidad jurídica, pues las acciones indemnizatorias derivadas del incumplimiento total, cumplimiento imperfecto o tardío de este tipo de obligaciones, están a la orden del día, punto que ratifica la idea del contenido jurídico – coercitivo de las mismas, omitiéndose de esta forma su eventual connotación moral.

El criterio francés retomado por el derecho y doctrina chilena, que considera a la obligación como vínculo jurídico, encontró en Colombia un terreno abonado que permitió su germinación.

1.2.- Elementos estructurantes de la obligación civil

Puesto que la legislación guarda silencio sobre los elementos que estructuran un vínculo obligacional y estos no pueden ser deducidos de un concepto normativo de obligación que la ley no se ha detenido a construir, han sido la doctrina foránea y nacional las que se han ocupado de la tarea de ilustrar sobre la forma en que una obligación adquiere su vigor. En estas concepciones teóricas siempre están presentes los extremos del vínculo jurídico y el objeto, aparte de otras particularidades propias de la creatividad de los autores que han afrontado la tarea de explicar, a partir de una especie de piedra angular con varias aristas, cómo se integra el armazón de la obligación jurídica que arrastra indefectiblemente un derecho subjetivo.

En la doctrina italiana, Giorgi (1928a) propone cinco elementos esenciales de la obligación: (i) un vínculo jurídico o de derecho, originado en una fuente reconocida de obligaciones como el contrato, aspecto puntual propuesto por este autor para descartar otro tipo de vínculos sociales no jurídicos, como aquellos que trasiegan los terrenos de la moral; (ii) un

sujeto activo, el acreedor, el *creditor o reus credendi* del derecho romano, titular de la facultad de exigir la prestación debida; (iii) un sujeto pasivo, pasividad que se extiende no únicamente a la obligación sino al derecho, frente al cual es deudor, el *debitor, reus debendi* del derecho romano; (iv) el objeto obligacional, la prestación positiva o negativa y finalmente (v) la forma en que se hace constar la obligación, elemento asociado a cuestiones probatorias y que encuentra su razón de ser en la máxima según la cual en derecho lo que no se prueba no existe, derivada del principio *onus probandi*. Lo expresado permite inferir que todo vínculo obligacional se construye a partir “del concurso de dos personas por lo menos” (p. 77), resultando perfectamente viable la pluralidad de acreedores y deudores.

Este autor italiano no ubica en orillas diferentes a la obligación y al derecho, todo lo contrario, entiende a la obligación como una modalidad de derecho y es por ello que afirma que el sujeto activo de la obligación no presenta diferencias frente a los titulares de los demás derechos civiles, pues en uno y otro caso ostentan el carácter de acreedores, pero en lo atinente al sujeto pasivo, Giorgi sí encuentra diferencias entre la obligación y otros derechos, pues algunos de estos no requerirían de personas concretas contra las cuales se harían valer, a diferencia de la obligación, que siempre necesitaría de “una persona determinada por sujeto pasivo del derecho” (p. 76). Así por ejemplo, para el caso del derecho de propiedad, el titular del derecho (propietario) lo ejerce frente a una cosa con efectos erga omnes, sin respecto a determinada persona (arts. 665 y 669 C.C) y esto traduce sujeto pasivo indeterminado, posibilidad no contemplada para el caso de la obligación, que siempre requerirá en uno de los extremos a un deudor concreto, individualizado, identificado.

Si bien en el plano de la academia, esta propuesta de Giorgi (asimilar a la obligación como un tipo de derecho) puede tentar a las confusiones si se considera la clara diferenciación que los estatutos normativos y los currículos universitarios hacen de los derechos, considerados

como un tipo de bienes de carácter incorporal (art. 664 C.C.), con respecto a las obligaciones, entendidas como pasivos patrimoniales, no cabe duda que dicha tesis contribuye a entender una aparente contradicción en que incurre el legislador nacional: la inclusión de los hechos debidos, que se reputan deudas, en una clasificación de bienes incorporales (art. 668 C.C.). Si las obligaciones son asimiladas a un tipo de derechos, desaparece dicha contradicción.

1.3.- Fundamento teórico del vínculo contractual, fuente del vínculo obligacional

Una figura jurídica constante en el devenir de la historia de todos los pueblos y que ha acompañado a la persona de forma permanente en el trascurso de su vida y surte efectos inclusive después de su desaparición, ha sido y es el contrato; fundado inicialmente en el respeto a la palabra y adornado después con solemnidades, esta institución ha proseguido por siempre el ideal de seguridad jurídica, pues la carencia de esta “conduciría a la miseria, destruiría los vínculos del consorcio civil y reduciría a los hombres a la vida fiera y salvaje”, y su presencia asegura que, si bien no es viable apelar a instrumentos de constreñimiento que obliguen al deudor a actuar en contra de su voluntad, dada la invulnerabilidad de esta, sí existen mecanismos para que en aras de la referida seguridad, el obligado no pueda realizar maniobras evasivas para eludir los efectos de una decisión judicial que lo compele al cumplimiento de una carga obligacional (Giorgi, 1928a, p. 29).

Dada la omnipresencia del contrato en las organizaciones sociales y muy a pesar de la aceptación generalizada en la legislación y doctrina internacionales de ciertos elementos esenciales constitutivos de la figura contractual, los cuales permiten su caracterización y sirven como criterios diferenciadores con respecto a otras fuentes obligacionales, no existe doctrina uniforme en lo atinente al fundamento teórico que sustenta la obligatoriedad del vínculo contractual, figura que se constituye en una especie de “idea madre” de la cual se desprende toda

la teoría de las obligaciones y abarca no solamente el vínculo jurídico, sino también el derecho patrimonial que de este se deriva para el acreedor, uno y otro protegidos por el “poder social con todos los medios posibles e idóneos para garantizar su cumplimiento” (Giorgi, 1928a, pp. 28-29).

Los teóricos han pretendido encontrar la naturaleza del vínculo contractual y sus efectos vinculantes en los terrenos de la teología o bien en los predios del iusnaturalismo o en los campos del positivismo, siendo esta última alternativa la más simplista y práctica de todas, pues reduciría todo el debate a la existencia de una norma que dispone los efectos y obligatoriedad de los vínculos contractuales, pues de no existir ésta, el cumplimiento de los contratos quedaría al albedrío de unos contratantes guiados simplemente por pautas morales y esto es precisamente lo que ocurre en las denominadas obligaciones naturales, razón por la cual se cuestiona el estatus jurídico de estas (Giorgi, 1928a).

Para ilustrar esta crítica se pone de presente la forma en que el Código Civil regula la promesa de matrimonio (esponsales o desposorios), figura que, contemplada en disposiciones de Derecho positivo, se regula por el “honor y conciencia” de los prometientes y cuando quiera que se hubiere pactado multa aplicable en caso de incumplimiento, esta carece de acción judicial para hacerse efectiva, pero una vez pagada tampoco existe acción para pedir su devolución, con lo cual se configura una obligación natural muy allegada a la moral (arts. 110 y 111, C.C.).

En las primeras décadas del siglo veinte, autores europeos, entre ellos franceses e italianos, pretendieron sistematizar en sus obras las principales teorías que, amparadas en los estudios de la filosofía del derecho, pretendieron explicar el fundamento del vínculo contractual. A manera de ejemplo, Giorgi (1928a) – autor que prefiere utilizar la expresión “relación” antes que “vínculo”, pues este último solamente cobija a la deuda, mientras que aquél también comprende el crédito- expone siete sistemas que agrupan las diversas y dispersas teorías que

apuntan a explicar la razón de ser del vínculo contractual (razón que por ser causa, se extiende al vínculo obligacional que es la consecuencia):

a.- Sistema del principio de sociabilidad o del pacto social (Grocio, Puffendorf), que apela a la idea abstracta de un acuerdo perdido en el tiempo, base de la obligatoriedad de la contratación, pues los seres humanos pactaron el mantenerse fieles a los pactos realizados entre ellos;

b.- Sistema de la ocupación, posesión o tradición (Hegel, Kant), basada en una curiosa analogía realizada con estas figuras del Derecho civil, relacionadas con modos de adquisición de la propiedad y que cuentan con un hilo conductor común: la voluntad expresa o tácita del titular del derecho de dominio orientada a su transferencia. En el caso de la ocupación, el titular de manera voluntaria abandona un bien sobre el cual ejerce su derecho, para que otro se lo apropie; en la posesión, el titular del derecho no lo ejerce y el simple transcurso del tiempo consolida dicho derecho en cabeza de otro titular, que en virtud de la posesión, accede a la prescripción y finalmente, en la tradición el tradente transfiere su derecho al adquirente, quien a través de este modo de adquisición, accede de forma válida a la propiedad (cfr. arts. 685, 740 y 2512 C.C.).

El marco conceptual presentado permite entender el razonamiento de los teóricos de este sistema, quienes pretenden avizorar el fundamento del vínculo civil contractual y obligacional en el abandono de un derecho seguido posteriormente de una apropiación del mismo por su nuevo titular. Esta idea permite suponer, a manera de ejemplo que, a partir de la celebración de un contrato de compraventa el vendedor, en ejercicio de un acto voluntario, abandona su derecho de propiedad sobre la cosa compra vendida, derecho que al carecer de titular, a la postre será ocupado, poseído o adquirido por otro.

c.- Sistema del abandono de la libertad por quien hace la promesa (Krug), sustentado en la tesis de que toda persona, potencialmente deudora, se mueve en un ámbito de libertad que le

permite autorizar el ingreso de acreedores a su órbita patrimonial y por esta autorización, quedan facultados para hacer suya la libertad de su deudor. Este sistema explicaría figuras como la prenda general de pago de los acreedores, la cual permite a estos perseguir los activos patrimoniales presentes y futuros de sus deudores (salvo los inembargables), pues habría que entender que el deudor, al adquirir la obligación, autoriza a su acreedor a disponer de esa libertad abandonada, a ingresar a la esfera patrimonial de aquél y ejecutar actos de disposición cuya finalidad es la satisfacción del derecho subjetivo reclamado (cfr. art. 2488 C.C.).

d. Sistema del interés (Bentham): atendiendo un criterio eminentemente utilitarista, el respeto al vínculo jurídico derivado de relaciones contractuales es un asunto de conveniencia personal del sujeto, pues el acatamiento a las obligaciones contractuales de ellas derivadas genera confianza en el resto de asociados, aspecto que motiva a estos a continuar con la celebración de contratos con el sujeto en cuestión, lo cual no acontecería de ocurrir lo contrario, esto es que el contratista no honre sus obligaciones y en consecuencia, por la pérdida de confianza, se vea abocado a un cierre intempestivo de las puertas de los negocios. Lo expuesto aparece evidenciado en el afán de los deudores del sistema financiero de cumplir oportunamente sus acreencias, pues de no ocurrir así, la mora del deudor lo expone a un inminente reporte a las centrales de riesgo crediticio, sinónimo de pérdida de confianza pública.

e.- Sistema de Ahrens: pregona que el respeto a los vínculos contractuales y obligacionales es un asunto de conciencia, de razón y tanto la una como la otra indicarían que, frente al cumplimiento de obligaciones surgidas de vínculos contractuales, el recto proceder aconseja atender estas cargas en debida forma, porque al desatenderse ese consejo, el exacerbado individualismo daría al traste con las relaciones sociales.

f.- Sistema derivado del postulado *neminem laedere*, no dañar a nadie (Rosmini): la desatención de las obligaciones contractuales puede generar responsabilidad civil, institución que

reconoce el daño patrimonial que debe ser reparado mediante una indemnización integral (art. 1613 C.C.). Dado que el patrimonio hace parte de los atributos de la personalidad (Angarita, 2005), un atentado contra éste afectará a su titular, le prodigaré una lesión que en sí misma conllevaría la negación del principio *neminem laedere*, cuya imperturbabilidad solamente estará garantizada cuando los derechos se satisfagan mediante la atención oportuna de las obligaciones orientadas a su efectividad práctica.

g.- Sistema de la vericidad (Vico, Fries): el vínculo se sustenta en una ley natural consistente en que el hombre siempre debe procurar la verdad, ley que se deriva de la negación de otra que conduciría a la absurda afirmación de que el hombre debe vivir en la mentira. El respeto a la verdad conduce al respeto a las obligaciones, que se asume, fueron la expresión (elemento externo) de una intencionalidad verdadera (elemento interno o implícito) dirigida a comprometer la propia libertad en beneficio ajeno, evento que permite suponer que, si bien la libertad en sí misma resulta inalienable, “enajenaciones parciales o temporales” estarían permitidas, dada la naturaleza social y necesitada del servicio de otros, ínsita en el ser humano (Giorgi, 1929, p. 34).

Las restricciones contractuales de derechos fundamentales, incluso extremas, encontrarían respaldo en tesis como estas y para la muestra este botón: mediante contratos previamente celebrados con programadoras televisivas, concursantes de los denominados “reality shows” o “telerrealidad”, a cambio de una gruesa suma de dinero constitutiva de un premio, se someten a todo tipo de situaciones que teóricamente constituirían un desmedro de sus derechos fundamentales, entre ellas, limitación a la libertad de locomoción, minimización de su intimidad personal, supresión del derecho a informar y ser informados, entre otras que inclusive, pueden comprometer su salud e integridad personal. Si bien estos derechos, varios de ellos vinculados a la libertad, son inenajenables, a través del contrato se enajenarían válidamente, de forma parcial o

temporal y el vínculo obligacional de ahí surgido, emana de la “obligación natural de la vericidad”, la norma positiva viene después (Giorgi, 1929, p. 35).

La adopción del término “enajenación” para aplicarlo a libertades, no aporta contundencia al debate teórico ahora expuesto, pues en estricto sentido jurídico, el enajenar se predica de bienes de contenido patrimonial, bien sea corporales (percibidos por los sentidos) o incorporeales, abstractos, inmateriales (no apreciables por la vista, oído, olfato, gusto o tacto). La existencia de estos últimos solamente se acepta en el mundo de lo jurídico –para lo cual hay que contar con alta dosis de fe- y no en el plano material (cfr. art. 653 C.C.). Las operaciones jurídicas que desembocan en una enajenación resultan exclusivas para bienes de contenido patrimonial, marginándose de esta posibilidad derechos relacionados con libertades, muchos ellos de rango superior que, por no contar con ese poder para incidir en el patrimonio de una persona, no pueden enajenarse, pues no son bienes.

La dinámica de los contratos involucra de forma permanente sucesos que en apariencia conllevarían una negociación de derechos fundamentales que en teoría beneficiaría a la contraparte: el reconocido personaje que publica sus memorias a cambio de jugosas regalías derivadas de un contrato que afectaría su intimidad o estudiantes universitarios que, en virtud de un contrato de prestación de servicios educativos, verían conculcado su derecho al libre desarrollo de la personalidad cuando se les prohíbe fumar al interior del centro educativo o el ya referido caso de los “realitys” televisivos, supondrían enajenaciones de derechos inalienables, pero esta suposición carece de fundamento, pues no se puede confundir el acto de enajenación con la auto restricción de un derecho fundamental proveniente de su titular, expresada en el acto contractual.

Si en un acto de rebeldía una persona se encadena a su cama y extravía voluntariamente la llave, no puede afirmarse que renunció a su libertad, continúa libre, pero no puede moverse por

un acto voluntario; lo propio acontece con los contratos que reducen la potencialidad original de derechos fundamentales, que no resultan enajenados sino restringidos, mediante actos voluntarios procedentes del titular de los mismos.

Este último sistema es compartido por Giorgi (1929), dado que no puede entender cómo el fundamento del vínculo jurídico puede residir en un acuerdo o pacto social hipotético, simbólico, o en figuras propias del régimen de los bienes, diferente al de contratos u obligaciones. Considera que el fundamento del vínculo obligacional de naturaleza contractual reposa “en el orden de las verdades necesarias, en los principios necesarios de la equidad material” (1929: p. 30), así pues, su obligatoriedad no tendría raigambre jurídica positiva sino de “derecho natural o razón jurídica natural”, entendidos estos como sinónimos de equidad, la cual no corresponde al “principio elástico e indefinible que sirve a algunos de palanca para desviar la ley” (ídem).

Los sistemas expuestos recogen el pensamiento pre y post Code (1804) y cuentan con unos elementos comunes, resultantes del raciocinio o sentido común: el hombre contrata porque tiene libertad de hacerlo, si no tuviera esa libertad, no podría obligarse; el hombre contrata porque quiere, de lo contrario, no contrataría; el hombre debe respetar los contratos y atender las obligaciones porque le conviene, si no le fuera conveniente, no lo haría; los imperativos de obrar bien, actuar con verdad y no hacer daño al otro, se imponen a los de actuar mal, con mentiras o con intencionalidad dañosa, ausentes como preceptos de conducta en todo sistema social civilizado.

La irrupción del Código Civil de Napoleón convierte en precepto de derecho positivo la afirmación de que el contrato, una vez celebrado de forma válida, se convierte en ley para las partes (art. 1134, C.C. francés), postulado a la postre irradiado por todos los sistemas de derecho europeo continental y latinoamericano, que recibieron la influencia del Code y les sirvió de

inspiración (cfr. v.gr. art. 1091 C.C. español, art. 1372 C.C. italiano, art. 1545 C.C. chileno, art. 1602 C.C. colombiano). Una vez generalizada la aceptación de la idea de que el vínculo contractual y obligacional derivaba su fuerza, su razón de ser, de que una vez nacido a la vida jurídica se convertía en ley, de origen particular, con efectos relativos, pero provista de coercitividad auspiciada por el Estado, las diversas teorías o sistemas que pretendían explicar la naturaleza jurídica de dicho vínculo pasaron a un segundo plano.

1.4.- La autonomía de la voluntad y el surgimiento de vínculos obligacionales

En un sistema donde se privilegia la libertad individual, la regla general de comportamiento social se suele expresar a través de la máxima “es permitido todo aquello que no esté prohibido”, la cual una vez condensada y aplicada en un contexto jurídico, da como resultado el principio de la autonomía de la voluntad (Planiol & Ripert, 1936), que alcanza su máxima expresión cuando se desarrolla la potestad o el derecho subjetivo de celebrar contratos y evidencia una serie de consecuencias prácticas señaladas de forma clara por los citados autores franceses (en el mismo sentido, Claro Solar, 1937):

a.- La autonomía de la voluntad debe ser entendida desde un doble punto de vista: (i) una voluntad positiva, asimilada a la facultad de celebrar contratos, si esa es la decisión del titular del derecho a hacerlo y (ii) una voluntad negativa, comprensiva de la alternativa de no contratar y por ende, no contraer obligaciones, conceptos que no pueden confundirse con los de libertad positiva y negativa, presentes en la obra de Schapp (1998). En el concepto de autonomía de la voluntad se encuentra inmersa la noción de libertad, la cual puede ser positiva y negativa, o “libertad de acción” y “libertad de intervención de otros” o en otras palabras, la “libertad para...” y la “libertad de....” (Schapp, 1998, p. 23). La libertad para contratar es considerada por el citado autor germano como “libertad contractual positiva o autonomía privada” (p. 57) y cuando el

contrato ha surgido y se requiere su protección jurídica, surge el concepto de libertad negativa, que implica limitaciones, pues “el derecho delimita esferas de libertad recíprocas” y por ello el acreedor puede imponer su voluntad sobre el deudor, razón que sustenta la idea de que la dogmática civil de las obligaciones se funda en el concepto de libertad negativa (p. 63). De lo anterior se infiere que, tanto la voluntad positiva como la voluntad negativa de contratar a que se refiere este punto, se enmarcarían en lo que aquí se ha denominado como “libertad positiva”;

b.- El poder de configuración de los contratos, un desarrollo de la referida autonomía, le permite a los extremos de la relación contractual discutir, en un plano de libertad e igualdad jurídica, las cláusulas esenciales, de la naturaleza y meramente accidentales que en suma, darán como resultado el contrato y en ellas se fijarán asuntos relativos a las prestaciones de dar, hacer o no hacer, plazos, modos, terminación del vínculo, entre otras; inclusive, en desarrollo de este poder y sin más limitaciones que las expresa y taxativamente señaladas en disposiciones de orden público, las partes interesadas pueden, en ejercicio de su creatividad, diseñar nuevas formas contractuales o fusionar las previamente existentes para dar nacimiento a híbridos válidamente concebidos. Por supuesto que esta consecuencia práctica, expuesta por los eruditos franceses, solamente puede ser aceptada en aquellos contratos denominados como de libre discusión, pues los de adhesión, en la práctica, no son garantes de libertad e igualdad jurídica;

c.- La autonomía de la voluntad les permite a los contratantes escoger la legislación aplicable al acuerdo contractual, al considerarse el lugar de ejecución del contrato o las diversas nacionalidades de los partícipes de la contratación, inclusive, estos pueden optar por marginar el vínculo de toda regulación de derecho positivo y concretar su desarrollo exclusivamente a las estipulaciones consensuadas. Esta consecuencia práctica, en modo alguno es absoluta, pues siempre estarán flotando en el ambiente de la contratación las previsiones de orden público,

frente a las cuales no procede ningún convenio particular en contrario que las derogue (art. 16 C.C.);

d.- Para garantizar la eficacia y oportunidad del ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual, es menester que las formas y solemnidades pasen a un segundo plano y se imponga el reinado de la consensualidad, principio rector que garantiza que, por regla general, el perfeccionamiento del contrato se da a partir de la sola expresión del consentimiento proveniente de las partes, mientras que ciertos formalismos (v.gr. instrumentos públicos) o la entrega de los bienes como elementos perfeccionadores, quedan reservados por vía excepcional a un reducido número de contratos (arts. 1500 C.C. y 824 C. Co.);

e.- A manera de conclusión, según criterio de los reputados doctrinantes franceses, las partes cuentan con el poder para concebir los efectos de las obligaciones emanadas del contrato y por ende, en el evento de surgir controversias alusivas a la forma de entenderlo o ejecutarlo, será el juez el encargado de “interpretar, descubrir directamente o por inducción, la intención de las partes, sin imponer su voluntad” (Planiol y Ripert, 1936, p. 26).

Esta última consecuencia permite avizorar cómo, en la visión tradicionalista de la autonomía de la voluntad, la función del juez, en lo referente a la interpretación y aplicación de normas contractuales, se veía muy limitada, pues se concretaba solamente a auscultar el aspecto subjetivo-intencional de los contratantes; el ejercicio interpretativo del juez se circunscribía a un espacio cerrado de discernimiento, pues no se concebía, en épocas donde las reglas de la exégesis aún imperaban, que el fallador impusiera normas de derecho judicial, algunas generadas post contrato, a la usanza actual.

El Derecho canónico contribuyó al fortalecimiento de la idea del “respeto a la palabra empeñada” como cimiento del vínculo obligacional, independientemente de la forma en que dicha palabra se hubiere dado a conocer, bien sea a través de expresiones orales o escritas. He ahí

que los denominados contratos por juramento, cuyo conocimiento, en caso de litigio, le correspondía privativamente a los jueces eclesiásticos, mantuvieron su operatividad en épocas pasadas y lo particular de ellos era que su perfeccionamiento acaecía una vez los contratantes ofrecían su juramento ante libros sagrados y reliquias o restos atribuidos a santos católicos, todo ello bajo la lógica de que todo incumplimiento involucra una mentira, ergo hay pecado y para evitar pecar, habrá que evitarse el mentir con el cumplimiento fidedigno de las obligaciones adquiridas, argumento lógico que servía para atribuir obligatoriedad a los pactos (Planiol & Ripert, 1936).

Lo cierto es que este culto a la palabra empeñada, de gran raigambre en generaciones pasadas, aportó a la firmeza de la tesis de la soberanía de la voluntad como motor generador de derechos y obligaciones y bajo esta fisonomía, a la voluntad le es reconocido su poder creador de normas (Planiol & Ripert, 1936; Claro Solar, 1937), convirtiéndose en la “voluntad legisladora” a que se refiere Nicasio Anzola (1918, p. 367), fuente de preceptos de alcance particular, avalados por el poder público de un Estado, tal como acontece con otras expresiones normativas provenientes de diversos centros de producción jurídica.

1.5.- El consentimiento como materialización de la voluntad: base del surgimiento del vínculo obligacional contractual

El título de este acápite podría ser atribuido a la autoría de Perogrullo, pues está sobreentendido que el consentimiento materializa una voluntad que, para el caso de los contratos, se orienta a encontrarse con otra voluntad en procura del cometido de generar derechos y obligaciones; a contrario sensu, las voluntades discordantes transitan sendas distintas que no llegan a ningún punto de acuerdo y sin éste, se haría nugatorio el surgimiento de cargas patrimoniales imperativas. No obstante, el recuerdo de esta perogrullada resultará útil cuando a

posteriori se realice la comparación de esta visión tradicional según la cual, carecen de fuerza normativa las obligaciones no consensuadas de manera previa, con una realidad actual patrocinada por el derecho judicial proveniente de la Corte Constitucional, tribunal que ha auspiciado el surgimiento de obligaciones contractuales carentes de un consentimiento previo que las valide.

Se hace menester precisar las características teórico-normativas que presenta la visión clásica o tradicional del consentimiento como elemento esencial de los contratos (art. 1502 C.C.) para después analizar el fenómeno del desplazamiento del consentimiento como elemento de validez del vínculo obligacional, una de las consecuencias apreciables en el nuevo derecho judicial de los contratos.

El consentimiento se define como “la manifestación recíproca del acuerdo completo de dos o más personas” con dos objetos diferentes: (i) “obligarse cada una a una prestación respecto de la otra u otras” o (ii) “obligarse una o sólo algunas para con la otra u otras que la aceptan sin asumir ninguna obligación correlativa” (Giorgi, 1929, pp. 118-119), dualidad de objeto que se materializa en la tradicional clasificación de los contratos en unilaterales y bilaterales (art. 1496 C.C.). El consentimiento ofrece dos acepciones aceptadas en la doctrina: desde el punto de vista etimológico (*cum sentire*), esta expresión se refiere al “acuerdo de las voluntades de las partes en cuanto al contrato proyectado”, pero también puede ser entendido como “el asentimiento dado por cada una de las partes a las condiciones del contrato proyectado, con la voluntad de hacerle producir efectos jurídicos” (Planiol & Ripert, 1936, pp. 121-122).

Lo expuesto permite apreciar las dos variantes teóricas del consentimiento: puede ser entendido como una expresión de voluntad unilateral, orientada a generar consecuencias en el campo del derecho o como la concurrencia de voluntades en procura del mismo cometido. Dada la naturaleza bilateral del negocio jurídico contractual, cobra importancia la segunda variante

teórica, pues la sola manifestación volitiva de una de las partes, *per se*, no perfecciona ninguna forma contractual válida. En gracia de discusión, si el artículo 98 del Código de Comercio define a la sociedad como un contrato y la ley 1258 de 2008 permite la constitución de una sociedad por acciones simplificada (SAS) con un solo socio, el resultado de este silogismo conduciría a suponer que se generaría un contrato de sociedad con el consentimiento válido de un solo contratante, conclusión nada más alejada de la realidad, pues el artículo 5º de la citada ley, progenitora de las SAS, califica a la sociedad unipersonal como un acto unilateral, no como un contrato.

La validez de la expresión del consentimiento históricamente ha oscilado entre el formalismo o solemnidad, la consensualidad, el retorno al formalismo, una vuelta de tuerca hacia la consensualidad, en fin, una oscilación que parece no tener fin y que incide directamente en el ámbito del perfeccionamiento de los contratos, instante temporal que permite afirmar el nacimiento de derechos y obligaciones.

En el derecho antiguo, permeado por el derecho romano, imperó el formalismo de la mano de la estipulación, que imponía a los contratantes una exigencia consistente en realizar preguntas y presentar respuestas que de manera indubitable permitían suponer una clara intencionalidad en la generación de obligaciones contractuales. Previo a la expedición del Code francés, Pothier amparado en el ius naturalismo, previó la consensualidad en los contratos como regla general, alterada solamente por: (i) algunos contratos denominados reales, que para perfeccionarse requieren la entrega de un bien, pues antes de ella no surge obligación alguna (v.gr. mutuo, comodato, depósito, prenda o anticresis) y (ii) otro tipo de vínculos contractuales para los cuales no basta el simple consentimiento para perfeccionarlos, pues se requiere el cumplimiento de solemnidades, como el constar por escrito a secas o por escrito pero en escritura

pública (v.gr. para el caso colombiano, las promesas de contrato y compraventas de inmuebles, respectivamente, arts. 1611 y 1857 inc. 2º C.C.) (Planiol & Ripert, 1936).

El principio de la consensualidad contractual es el acogido por el derecho privado colombiano (implícitamente en el Derecho Civil y explícitamente en el Derecho Comercial, art. 824 C.Co.), aplicable a la mayoría de contratos y desechado en aquellos denominados reales o solemnes, que se convertirían en excepción, por lo cual en este aparte de la explicación habrá que afirmarse que el sistema colombiano se mantiene fiel a los postulados de Pothier.

Sin incursionar en las bondades de la consensualidad, pues estas son evidentes y se impone necesaria en épocas de masificación de la contratación, especialmente mercantil, no se puede dejar de lado los riesgos de “error o fraude” que pueden padecer los contratantes huérfanos de esos formalismos que sin lugar a dudas facilitan la prueba de la contratación, vicisitudes ya expuestas entre otros, por Planiol & Ripert (1936) quienes recuerdan que ya en el derecho antiguo la regla de la consensualidad fue limitada en sus alcances con “edictos que exigían prueba escrita en todo contrato” (p. 125), razonamiento hoy en día plétórico de vigencia, pues la protección jurídica de contratantes y terceros exigen, a manera de ejemplo, que la enajenación de inmuebles repose en instrumentos públicos registrados en oficinas que ofrecen información pública.

La clasificación de contratos en consensuales y solemnes no encuentra reparo en la doctrina, pero no ocurre lo mismo con los reales, calificados como una “anomalía en derecho civil” (Valencia & Ortiz, 2004, p. 54) por diversas razones: (i) la entrega del bien, exigido para el perfeccionamiento de este tipo de contratos, puede ser considerada como una solemnidad; (ii) la definición de contrato real prevista en el artículo 1500 del Código Civil presenta un error, por cuanto hace referencia a la exigencia de la “tradición” para su perfeccionamiento, requisito que en la práctica reduciría los contratos reales a uno solo: el mutuo, que es el único contrato que se

perfecciona con este modo de adquisición de la propiedad (art. 740 C.C.), por cuanto los demás nacen a la vida jurídica con la simple entrega del bien, y (iii) si se celebran promesas de contratos reales, se generarían obligaciones sin necesidad de la tradición o entrega de bienes, razones que justifican la tesis de que contratos como estos deberían desaparecer por su muy reducida utilidad y ser fuente de propensión a dificultades, más que a beneficios para los contratantes (Castro & Calonje, 2015).

La gama de obligaciones surgidas de contratos consensuales, reales y solemnes aparece enriquecida con aquellas que sin haber sido previamente convenidas por las partes, ni resultar de la entrega de bienes, ni constar en documentos solemnes, aparecen post facto en sentencias que ponen fin a litigios contractuales constitucionalizados mediante el mecanismo de la tutela.

1.6.- El cumplimiento de la obligación

Históricamente se ha impuesto un condicionamiento al deudor en la forma de atender sus compromisos obligacionales: hacerlo con “exactitud”, pues de lo contrario, cualquier inexactitud relacionada con cumplimiento defectuoso, parcial o tardío, facultaría al acreedor para rehusar la forma en que se pretende honrar los compromisos adquiridos (Giorgi, 1928b). Esta regla, que en manera alguna es absoluta, ofrece una serie de excepciones de tradición romanista, algunas de ellas con consagración expresa en la legislación civil colombiana, a saber: (i) el beneficio de competencia (*beneficium competentiae*), concedido a algunos deudores enlistados en la legislación civil (descendientes, ascendientes, cónyuge, hermanos, etc.) y los faculta para que realicen pagos de conformidad con sus posibilidades, quedando a salvo parte de sus activos patrimoniales que le auguren una digna subsistencia (arts. 1684 y 1685 C.C.); (ii) el derecho del deudor a ceder sus bienes, en una especie de “abandono voluntario” en favor de sus acreedores, cuando “accidentes inevitables” dificultan en extremo el cumplimiento exacto de las obligaciones

contraídas que no puede pagar o liberarse de ellas cediendo sus bienes inmuebles a acreedores (*insolutum dare*) (art. 1672 C.C.) y (iii) la facultad atribuida al juez para conceder al deudor una “moderada dilación” (*modicum tempus*). Por fuera de estos casos excepcionales, resultaría violatorio de la ley “el reclamar invitación alguna bajo ningún pretexto para librar al deudor de la necesidad de cumplir exactamente la obligación” (Giorgi, 1928b, p. 27).

Para el caso colombiano y tal como se lo evidenciará en la segunda parte de esta tesis, la Corte Constitucional se ha convertido en artífice de la inexactitud en el cumplimiento de las obligaciones, afirmación amparada en esta razón de ser: la revisión de los litigios contractuales constitucionalizados por vía de tutela, ha servido de pretexto al Alto Tribunal para escaparse del rígido marco ofrecido por la legislación vigente sobre obligaciones y contratos y al amparo de principios constitucionales, a través de sus sentencias, ha morigerado obligaciones civiles derivadas de acuerdos contractuales, ha derivado de estos principios, explícitos e implícitos, nuevas obligaciones no contempladas por los contratantes, ha extinguido obligaciones o dilatado su cumplimiento en el tiempo, en fin, el panorama que ofrece hoy el día la temática del cumplimiento de las obligaciones, es diferente al que se avizoraba antes de la entrada en escena del fenómeno de la constitucionalización del Derecho privado y sus dos variantes de entendimiento: (i) la constitucionalización legislativa, caso en el cual, las nuevas disposiciones iusprivatistas deben ajustarse a los mandatos superiores y (ii) la constitucionalización judicial, sobre la cual versa este trabajo, referida a la interpretación de las normas de Derecho privado que ahora hace el juez bajo el faro iluminador de los principios constitucionales (Arrubla, 2010).

1.7.- Sistematización de las fuentes obligacionales civiles

El esquema de las fuentes de las obligaciones se relaciona con la seguridad jurídica y la tipicidad de las fuentes y su determinación precisa por parte del legislador, tiene una razón de ser:

ofrecer un conocimiento certero sobre las cargas obligacionales que se pueden adquirir a futuro, cuando el obligado se encuentre incurso en alguna circunstancia que le genere dicha obligación. Esto permite suponer que las fuentes de las obligaciones son pre acto y no post facto y bajo este entendido, continuando con la tradición jurídica vigente prácticamente desde el Derecho romano, el Código Civil plasma en su articulado un sistema de fuentes de derecho positivo carente de originalidad, que recoge la tendencia imperante en Europa en el siglo XIX, receptora a su vez de enseñanzas de famosos jurisconsultos romanos que desde esa época avalaban la tesis de que la obligación, al ser un “vínculo que merma la libertad humana, exige causa proporcionada a tan grave efecto” (Giorgi, 1929, p. 18).

Bajo esta predominante influencia, el Código Civil colombiano plasma la tipicidad de las fuentes en dos artículos vigentes e imperturbables a la fecha:

Art. 1494 C.C.- Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

Art. 2302 C.C.- Artículo subrogado por el artículo 34 de la Ley 57 de 1887. El nuevo texto es el siguiente.>

Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley o del hecho voluntario de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.

Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato.

Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un delito.

Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito o culpa.

Estas normas resultan, en la práctica, similares, a las contempladas en su antecedente inmediato, el Código Civil Chileno:

Art. 1437 C.C. Chileno. Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos sujetos a patria potestad.

Art. 2284 C.C. Chileno. Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.

Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato.

Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un delito.

Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito.

En este título se trata solamente de los cuasicontratos.

Si se revisa el contenido de las normas transcritas, el mismo se ajusta a las previsiones del derecho romano al considerarse que: (i) el jurisconsulto Gayo ya había sistematizado estas fuentes en cuatro figuras: *ex contractu*, *quasi ex contractu*, *ex maleficio*, *quasi ex maleficio* (Giorgi, 1929, p. 18) y (ii) Justiniano hizo lo propio, pero apelando no a cuatro, sino a cinco fuentes: *aut enim ex contractu*, *aut quasi ex contractu sunt*, *aut ex maleficio*, *aut quasi ex maleficio* y la ley, esta última como fuente directa de obligaciones (Claro Solar, 1936, p. 553). Este último listado sirvió de base a Pothier para estructurar la teoría clásica de las fuentes de las obligaciones que permeó el Código Civil francés, soportándola en cinco institutos: ley, contrato, cuasicontrato, delito y cuasidelito (Planiol & Ripert, 1936; Lacruz Berdejo et al., 2011):

Artículo 1101 C.C. Francés (redacción original, antes de la reforma de 2016): El contrato es un convenio por el cual una o varias personas se obligan, frente a una u otras varias, a dar, hacer o no hacer algo.

Artículo 1370 C.C. Francés: Ciertas obligaciones se forman sin que intervenga ningún convenio, ni por parte de aquel que se obliga, ni por parte de aquel hacia el cual está obligado.

Unas resultan de la autoridad de la ley; las otras nacen de un hecho personal de quien se encuentra obligado.

Las primeras son las obligaciones adquiridas involuntariamente, tales como las adquiridas entre propietarios vecinos, o las de los tutores y otros administradores que no pueden rehusar la función que les ha sido encomendada.

Las obligaciones que nacen de un hecho personal de quien se encuentra obligado, resultan de los cuasicontratos, o de los delitos o cuasidelitos; constituyen la materia del presente título.

Tal como puede evidenciarse, ni en la normatividad colombiana ni en sus cada vez más lejanos antecedentes históricos, se enlistó a la jurisprudencia como fuente de obligaciones civiles, la cual, en la legislación civil decimonónica y bajo el predominio del derecho legislado, era considerada una simple herramienta de hermenéutica que coadyuvaba en el proceso de interpretación de la ley (art. 4º Ley 153 de 1887), criterio que pareciera, en principio, acogido por el Constituyente de 1991, al impregnarle un mero carácter de criterio auxiliar de la actividad judicial (art. 230 C.P.). Esta idea hoy parece superada, si se considera la mutación constitucional que ha sufrido este precepto constitucional a partir del trabajo de interpretación de la Corte Constitucional, origen del reposicionamiento de una jurisprudencia con fuerza vinculante en el sistema de fuentes del derecho (Blanco, 2010).

La antigüedad de la teoría de las fuentes de las obligaciones que impregna el Derecho civil, va de la mano de las múltiples posiciones críticas provenientes de doctrinantes foráneos y nacionales, quienes apoyados en diversas concepciones jurídicas e incluso, filosóficas, han ofrecido una gama inusitada de esquemas de fuentes obligacionales, que amplían o restringen los alcances originales del sistema romano - francés. La creatividad de la doctrina en este punto cuenta con una serie de expresiones que van, desde la fusión de fuentes con la consecuente desaparición de algunas de ellas, el simple cambio de nombre a las ya conocidas, creación de

fuentes nuevas, negación de la autonomía de fuentes como el contrato, la reducción de las fuentes a una sola (ley), hasta llegar inclusive, a negar el valor de la ley como fuente de obligaciones.

Sin embargo, la doctrina no ha considerado aún a la jurisprudencia, en particular, del Tribunal Constitucional, como fuente de obligaciones civiles post facto, derivadas estas del descubrimiento judicial de derechos implícitos en principios constitucionales, no contemplados originalmente por los contratantes al momento de diseñar el acuerdo contractual. Se presenta a continuación un panorama de los autores más reconocidos, foráneos y nacionales, que han abordado el estudio de las fuentes de las obligaciones en perspectiva crítica y propositiva, destacando en esta exposición los dos problemas que ha abordado la doctrina: el técnico y el académico, referido el primero a los hechos que potencialmente pueden convertirse en fuente de las obligaciones y el segundo, a las clasificaciones que sobre éstas han propuesto los autores de manera inveterada (Lacruz Berdejo et al., 2011).

1.8.- Sistematización de las fuentes de las obligaciones en la doctrina foránea

Una pléyade de autores, europeos y latinoamericanos, han criticado acerbamente la clasificación tradicional de las fuentes de las obligaciones, acogidas en textos de derecho positivo vigentes desde el siglo antepasado. En ejercicio de una labor de hermenéutica de las fuentes, adecuación de la teoría a las particularidades normativas de cada Estado, o inclusive, apelando a la pretensión de generar una ruptura del modelo clásico de fuentes para reformularlo, a través de sendos textos doctrinarios los iuscivilistas más connotados han presentado visiones alternativas sobre aquello que debería considerarse como fuentes de las obligaciones, negando su carácter de inmutables y de ser exentas de formar parte de revoluciones político-jurídicas: “[l]a teoría de las obligaciones no es más que la traducción jurídica de las relaciones económicas y morales entre

los hombres. Por tanto, es forzoso que ha de sufrir las consecuencias de la evolución de esas relaciones.” (Planiol & Ripert, 1936, p. 9).

Una muestra de ello:

a.- Marcel Planiol y Georges Ripert (1936), al analizar el sistema de fuentes de obligaciones del derecho francés, conciben a los contratos como “convenciones productivas de obligaciones” y a los cuasicontratos como “hechos voluntarios y lícitos que difieren de los contratos en que excluyen el acuerdo de voluntades, esencial en la convención.” (p. 12). Los delitos y cuasidelitos son ubicados por estos autores en la categoría de hechos ilícitos, que al inferir un daño a intereses de terceros, generan la obligación de reparación y su diferencia radica en que mientras los primeros son realizados conscientemente, con la intención de generar daño, los segundos carecen de esa intencionalidad, por estar presente una culpa, fruto de impericia, negligencia, etc.

Para los autores en cita, la ley ostentaría el carácter de fuente residual, pues la misma sería el origen de todas aquellas obligaciones que no encuentren cabida en una de las cuatro categorías anteriores, sin embargo, en una aparente contradicción, dicho carácter residual de la ley desaparecería cuando los doctrinantes franceses afirman que “[n]o cabe duda que todas las obligaciones derivan de la ley, que las sanciona, aun aquellas que requieren una declaración de voluntad para ser creadas”, precisando a renglón seguido que “[t]al declaración de voluntad constituye un elemento característico que justifica una categoría especial.” (p. 13).

Esta importancia que Planiol y Ripert le dan a la ley y a las declaraciones de voluntad como semilla de obligaciones, permite afirmar que para estos autores solamente existen dos fuentes: el contrato y la ley, atribuyéndose a Ripert, al ampliar la obra de Planiol, la clasificación de fuentes en contractuales, caracterizadas por su elasticidad y libertad en su diseño y extracontractuales, con un tono imperativo y mínima libertad. Esta clasificación ha sido criticada,

si se considera que los compromisos unilaterales quedarían localizados en las fuentes extracontractuales y prima facie se aprecia que no ostentan un carácter imperativo o de mínima libertad en su configuración (cfr. Cubides, 2005; Claro Solar, 1936; Lacruz Berdejo et al., 2011).

b.- Ambroise Colin y Henri Capitant (1952) abogan por considerar solamente tres fuentes de las obligaciones: contrato, voluntad unilateral y la ley (considerada, al igual que Planiol y Ripert (1936), como fuente residual, reservada a todo aquello que no emane de las otras dos fuentes), privando de tal calidad al cuasicontrato, figura calificada como un yerro cometido por intérpretes del derecho romano. En el mismo sentido, a cuestionar el cuasicontrato como fuente propuesta por Heineccius y Pothier, se orienta la crítica doctrinaria de Planiol, quien apunta a considerar que tanto el citado cuasicontrato como el cuasidelito, en su esencia romanista, nunca fueron concebidos como fuentes y su alcance se limitaba solamente a la determinación del régimen aplicable a los sujetos que incurrieran en los supuestos de hecho de estas figuras.

c.- René Demogue (1923), si bien considera inicialmente que todas las obligaciones requieren respaldo legal para hacerlas valer en estrados judiciales, acepta que reducir el calificativo de fuente solamente a la ley, resulta impertinente y bajo este entendido identifica como fuentes el contrato, la voluntad unilateral del deudor, los actos ilícitos (concepto incluyente del delito y cuasidelito) y el cuasicontrato, que inspirado en la solidaridad social, debe aceptarse, a pesar de los cuestionamientos que el autor galo formula a esta figura. Demogue agrega al sistema de fuentes, el simple hecho generador de la obligación, evento en el que la ley ya no considerará ni la voluntad del obligado, ni asuntos relacionados con capacidad jurídica y propone como ejemplo el caso de los alimentos.

Al aceptar la clasificación de las obligaciones en mediatas (precedidas de un acto voluntario) e inmediatas (derivadas directamente de la ley), Demogue le confiere gran importancia a aquéllas, particularmente al contrato, pues sus efectos estarían condicionados a la

voluntad de las partes, a diferencia de las obligaciones germinadas bajo el amparo de la ley, la cual fija directamente sus alcances, prescindiendo de la voluntad de sus destinatarios. En este punto, este autor francés encuentra gran afinidad con Planiol, pues en la práctica las fuentes obligacionales quedarían reducidas a dos: el contrato y la ley.

d.- Para los hermanos Mazeaud (Henri, Jean y León) (1959), las fuentes se concretan a voluntarias (contrato y promesa unilateral) y no voluntarias (cuasicontratos y responsabilidad civil, tanto extracontractual -comprensiva de los delitos y cuasidelitos- como contractual). De esta clasificación no hace parte la ley, ni siquiera como fuente inmediata o residual, consideración de recibo en cierto sector de la doctrina que considera su inclusión antitécnica, punto en particular que merecerá una reflexión ulterior.

Siguiendo la línea dictada por estos tratadistas, José Ferrandis (1958) ilustra sobre las obligaciones nacidas de un contrato (que presuponen voluntad previa) y aquellas contraídas sin convenio, estas últimas no impuestas de forma graciosa por la ley, que en abstracto no sería fuente, sino a consecuencia de supuestos fácticos previos, génesis del vínculo obligacional.

e.- Louis Josserand (1952) propone su conocida clasificación de las fuentes y en ella sistematiza y mejora la teoría clásica francesa, adoptando el criterio del acto jurídico como fuente comprensiva de los contratos, cuasicontratos y el compromiso unilateral, punto este último que llena la falencia que ofrecía el sistema francés tradicional de fuentes obligacionales; en segundo lugar, propone el acto ilícito, que abarca el delito y el cuasidelito; adopta un principio general del derecho, el enriquecimiento sin causa, como suceso generador de obligaciones y finalmente, conserva a la ley como fuente.

f.- Jorge Giorgi (1929) refiere en su obra que la ciencia ha contado con la pretensión de entender las fuentes de las obligaciones en perspectiva filosófica y para ello, haciendo referencia a la causa de las mismas y siguiendo la línea de Demogue, alude a las fuentes mediatas e

inmediatas, siendo las primeras aquellas derivadas del acto humano, como el acto contractual o la conducta punible y las segundas, las que provienen directamente de la ley. El autor referenciado propone como ejemplo la obligación alimentaria de rango legal, la cual presupone el acto humano previo de la procreación y se agregaría, para efectos de completar la ilustración, el caso de la obligación tributaria referida a impuestos sobre inmuebles, donde se requiere prima facie que el contribuyente haya adquirido la calidad de propietario, a través, por ejemplo, de un acto de enajenación (compraventa, permuta, donación) o la aceptación de una herencia o legado que haya derivado en la adjudicación del bien, mediando en uno u otro caso, la voluntad del obligado.

La clasificación de las fuentes en mediatas o inmediatas conlleva un problema metodológico: no implica proponer un nuevo sistema de fuentes obligacionales, sino agrupar las ya tradicionales en estos dos grupos, sin que se aporte nada nuevo al respecto. Si el propio autor acepta que para las fuentes mediatas se hace menester la existencia previa de un acto proveniente de la persona que se convierte en motor de la obligación (en el mismo sentido, Claro Solar, 1936) y de otro lado, si para desarrollar el concepto de fuentes inmediatas debe apelarse a subdivisiones que no son otra cosa que el retorno a las fuentes tradicionales (contrato, etc.), el aporte de esta categorización al debate resulta mínimo.

Aparte de la ya cuestionada propuesta, Giorgi (1929) apela al punto de vista científico y desde esta perspectiva, expone dos fuentes obligacionales: la voluntad y la ley, esta última por vía indirecta (contratos, conductas punibles) y vía directa, cuando el legislador impone una carga al particular, habida consideración de la preexistencia de presupuestos fácticos que la justifiquen. Pero en la práctica, para este autor “[l]a ley es causa primitiva e indirecta de todas las obligaciones, tanto de las que el Código (hace referencia al italiano) declara nacidas de la ley, como de las que derivan del contrato, del cuasi contrato y de hechos ilícitos” (pp. 19-20).

g.- En el derecho alemán, Andreas Von Tuhr (1934), en la misma línea de pensamiento de Josserand, acepta la existencia de tres fuentes de las obligaciones: negocio jurídico (unilateral y bilateral), acto ilícito y enriquecimiento injusto, diferenciándose del autor francés en la prescindencia de la ley.

h.- Federico Arnau (2008), concretándose al caso español, recuerda que el artículo 1089 del Código Civil prevé las cinco fuentes tradicionales de las obligaciones heredadas del derecho francés y las mismas le permiten formular su propuesta de encasillarlas solamente en dos: la autonomía privada, que confiere al individuo el derecho subjetivo de organizar relaciones jurídicas con efectos patrimoniales y la soberanía del Estado, factor autónomo de generación de vínculos jurídicos entre particulares, carentes del requisito del consenso o aprobación privada. Habrá que entenderse, en el contexto de la explicación de Arnau, que al referirse a la soberanía del Estado, alude a una manifestación de la misma expresada en la potestad de crear normas de carácter general e impersonal, contentivas de obligaciones civiles destinadas a ser cumplidas por los particulares, esto es, derecho legislado y no derecho judicial.

A la soberanía estatal, como fuente de obligaciones civiles, ya se había referido Karl Larenz (1958) cuando al presentar su esquema de fuentes, se refiere como tales a los negocios jurídicos, la conducta social típica o “relaciones contractuales de hecho” (p. 55) (consumir productos en un restaurante sería un ejemplo de ello), los hechos reglamentados por vía legal (v.gr. responsabilidad civil contractual y extracontractual) y finalmente, alude a la “disposición estatal con carácter constitutivo en materia de Derecho privado”, referido concretamente al derecho alemán e ilustrado en este caso: una ley de vivienda permitió que algunos entes estatales obligaran a ciertos propietarios a entregar sus inmuebles a título de tenencia remunerada con fines de optimización de este tipo de bienes (p. 63).

i.- El tratadista español Ángel Acedo Penco (2011), comentando el derecho ibérico, expone que el Código Civil en su artículo 1089 sigue las orientaciones del Código de Napoleón, al considerar que: “las obligaciones nacen de la ley, de los contratos, de los cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitos en los que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”. El comentario académico de este autor no se orienta a categorizar las fuentes descritas por el legislador o proponer fuentes nuevas, pues se limita a criticar las fuentes positivizadas al considerar el sistema español como: (i) insuficiente e incompleto, al dejar de lado institutos como la voluntad unilateral; (ii) complicado y desactualizado, pues no hace mayor distinción entre delito y cuasidelito, figuras que en común, justifican la reparación de un daño y (iii) rígido, pues dado el listado taxativo de fuentes, no es posible considerar a otras, por fuera de la cerrada descripción normativa.

Al abordar el concepto de obligaciones legales, entendidas como aquellas que vinculan a un deudor sin requerir de su previa voluntad, el autor en cita puntualiza que estas no únicamente abarcan aquellas previstas en disposiciones escritas, sino también aquellas derivadas de la costumbre y los principios generales del derecho, sin incluir en esta relación de fuentes a la jurisprudencia. En la obra de este autor se aprecia una clasificación implícita de obligaciones: pactadas y no pactadas, atadas a la circunstancia de si las precede o no un acuerdo contractual y para el caso de estas últimas (obligaciones legales), Acedo Penco afirma que dada su función garantista, no pueden presumirse, pues “para que nazca una deuda no pactada los hechos han de estar previamente controlados por una norma jurídica” que de forma clara adoptará los supuestos de hecho que justifiquen la exigibilidad de la obligación legal (p. 30, en el mismo sentido, Arnau Moya, 2008).

j.- El profesor chileno Luis Claro Solar (1936), al hacer gala de practicidad académica, comienza su exposición amparado en un criterio positivista y afirma que en principio, se deben aceptar las cinco fuentes de las obligaciones contempladas en el Código Civil de su país (ley, contrato, cuasicontrato, delito y cuasidelito) y puntualiza en seguida, que la ley es fuente mediata en la mayoría de las obligaciones e inmediata en otras, reservándose en consecuencia para estas últimas y de forma preferencial, el valor de la ley como fuente, así requieran de un hecho humano precedente.

Este autor sistematiza las cinco fuentes suministradas por el derecho positivo en cuatro, a saber: el acuerdo de voluntades (contratos y convenciones), el acto jurídico unilateral y los cuasicontratos, los hechos ilícitos dañosos (delito y cuasidelito) y la ley, ejercicio que evidencia el respeto a los postulados normativos sobre fuentes, pues dicha sistematización en la práctica, conlleva solamente un cambio de denominación de las mismas.

k.- Arturo Alessandri Rodríguez (1934), al formular comentarios al sistema jurídico chileno, diferencia las fuentes remotas o mediatas de las próximas o inmediatas: las primeras se concretarían de manera solitaria a la ley, referente de todas las demás, en tanto que las segundas permiten, a juicio de este autor, una ganancia en precisión conceptual. En un inicio expone un primer grupo de fuentes obligacionales, que en la práctica, son las mismas causas de nacimiento de los derechos personales, caracterizados por ser exigibles solamente a sujetos concretos o determinados: la ley y el hecho humano (arts. 578 C.C. chileno y 666 C.C. colombiano); a renglón seguido y apoyado en los artículos 1437 y 2284 del Código austral, supra transcritos, afirma que la clasificación tradicional de las fuentes (contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y la ley) es la acogida, sin mayor novedad, por el sistema chileno, clasificación tachada por este autor de falsa y superficial, pues al compartir críticas formuladas por autores franceses como Planiol, concluye que las fuentes reposan en el binomio ley – contrato.

En este mismo sentido se pronuncia René Ramos Pazos (1999), quien alude a las fuentes de los derechos personales y retoma las cinco fuentes de las obligaciones acogidas por el Derecho civil chileno, pero se separa de su connacional Alessandri Rodríguez en el sentido de que, si la obligatoriedad del contrato se deriva de una consagración normativa expresa, fuerza es concluir que la única y verdadera fuente de las obligaciones es la ley.

1.9.- Sistematización de las fuentes de las obligaciones en la doctrina nacional

Los autores nacionales más representativos no se han quedado atrás en la reformulación de la teoría clásica de las fuentes de las obligaciones y presentan convergencias o divergencias con la doctrina foránea. Desde los civilistas clásicos hasta otros, más contemporáneos y formados al amparo de las tendencias del nuevo derecho, ofrecen diversas visiones referidas a la mejor manera de entender y replantear un tema para nada pacífico, apoyándose incluso, algunos de ellos, en desarrollos jurisprudenciales al respecto.

Por su ascendencia en el medio académico, se han seleccionado para los propósitos de este estudio los siguientes autores, muestra representativa del pensamiento jurídico colombiano referido a las fuentes de las obligaciones:

a.- Después de recordar que “toda obligación supone una limitación de la libertad de las personas entre quienes se establece el vínculo jurídico” y que dicha limitación no se da *per se* sino que “requiere la realización de un hecho o causa idónea para crearla”, Arturo Valencia Zea (2004, p. 42) precisa que el ordenamiento jurídico es, en abstracto, la fuente remota de todas las obligaciones, por lo cual se hace imperioso precisar aquellas fuentes concretas, inmediatas, no mediatas, que están revestidas del poder de hacer parte de la génesis de las obligaciones jurídicas. En desarrollo de su exposición, plantea tres fuentes de las obligaciones, a saber: (i) los negocios jurídicos plurivoluntarios y univoluntarios, los primeros comprenderían al contrato y los

segundos, las declaraciones unilaterales de voluntad; (ii) los hechos ilícitos, entre los cuales se comprenderían los actos ilícitos (daños intencionales o dolosos), los hechos ilícitos precedidos de culpa y aquellos hechos que, desprovistos de dolo o culpa, engendran un riesgo que justifica la obligación de indemnizar, a partir de criterios de responsabilidad objetiva y (iii) este autor alude a “ciertos estados o situaciones de derecho o de hecho que, unidos a determinadas circunstancias o supuestos, son susceptibles de engendrar una obligación”, citando como ejemplos el parentesco, el enriquecimiento sin causa y las obligaciones derivadas de la comunidad.

Esta propuesta abandona la teoría clásica que aún conserva vigente el Código Civil colombiano y a través de su trabajo de reordenación y complementación del sistema de fuentes, incluye en éste los negocios jurídicos unilaterales y a los principios generales del derecho como el enriquecimiento sin causa, no contemplados expresamente como sucesos generadores de cargas en el clasicismo francés y figuras como el cuasicontrato, expresión que este autor recomienda “desecharse”, a su entender resultaría incorporada en otra fuente, como los ya citados “estados o situaciones de derecho” y he ahí por qué menciona como ejemplo de ellos a la comunidad, que es un cuasicontrato (p. 44).

No obstante que la tesis de Valencia Zea ha sido calificada como plausible por cierto sector de la doctrina nacional, al considerarse que estas tres fuentes abarcan todas las otras posibles denominaciones, no ha quedado exenta de críticas, en particular, por considerar como una de las variantes de los actos ilícitos, a los actos no culposos, bajo el entendido de que “la ilicitud implica malicia intrínseca y en los casos mencionados (actos sin intencionalidad) no podría configurarse” (Cubides, 2005, p. 188).

b.- Álvaro Pérez Vives (1968) a diferencia del autor anterior, conserva la ley como fuente de las obligaciones, acompañada del acto jurídico, del principio de enriquecimiento injusto (sigue en este punto la línea doctrinaria de Josserand y von Tuhr) e incluye en el panorama de las

fuentes la responsabilidad civil en todas sus modalidades: precontractual, contractual, postcontractual y extracontractual, tal como en su momento ya lo habían propuesto los hermanos Mazeaud, quienes incluyeron esta figura bajo el calificativo genérico de fuentes involuntarias. En este mismo sentido se concibe la doctrina expuesta por Mario Baena Upegui (2000) que, al declararse seguidor de estos eminentes autores, retoma las cuatro fuentes por ellos trabajadas, precisando eso sí que, dentro del enriquecimiento sin causa, se ubicarían los cuasicontratos, entre ellos, pago de lo no debido, agencia oficiosa y “análogos”, sin mencionar expresamente la comunidad.

c.- Fernando Hinestrosa (1964) conserva el negocio jurídico y el enriquecimiento injusto como fuentes de las obligaciones y propone el daño y los hechos jurídicos “con virtualidad obligacional”, por estar contemplados en el ordenamiento jurídico, muy a pesar de no incluir a la ley en este listado. La inclusión del daño ha merecido críticas, pues involucra una confusión con el hecho imputable generador: el primero no es la fuente, el segundo sí lo es y de otro lado, se cuestiona la diferenciación del enriquecimiento injusto con los hechos jurídicos con virtualidad obligacional, pues aquél quedaría comprendido por estos últimos.

d.- Guillermo Ospina Fernández (2005) trabaja con dos grandes fuentes: el acto y el hecho jurídicos. El primero abarca las manifestaciones bilaterales y unilaterales de voluntad y el segundo, tanto al hecho ilícito (delito y cuasidelito) como al enriquecimiento sin causa. Este planteamiento ha merecido un doble cuestionamiento: (i) no es pertinente calificar al cuasidelito como un hecho ilícito y (ii) obligaciones como las alimentarias y derivadas de la copropiedad, no quedarían inmersas ni en el acto (por cuanto no corresponderían, v.gr. a un contrato o promesa unilateral), ni en el hecho ilícito (no hacen parte de conductas punibles ni de comportamientos culposos no criminales y menos aún, de conductas constitutivas que justifiquen la aplicación del principio de enriquecimiento injusto).

e.- Antonio Rocha Alvira (2009), después de recordar que no deben ser confundidas las fuentes del derecho con las fuentes de las obligaciones (la ley se ubicaría en las primeras, no en las segundas), subsume las figuras consagradas en el artículo 1494 del Código Civil en actos y hechos jurídicos, en consonancia con la doctrina francesa de comienzos del siglo XX; mientras que en el acto, el suceso o acontecimiento voluntario indefectiblemente se dirige por parte del interesado a la generación de un vínculo obligacional (contrato), el hecho, que puede ser involuntario o no (v.gr. filiación y delito, respectivamente), “hace nacer, transferir, transmitir o modificar un derecho con independencia de la voluntad de los interesados” (p. 21). Este autor agrega dos fuentes tomadas de la legislación mercantil: abuso del derecho y enriquecimiento sin causa, sin aludir a la influencia del Código Civil alemán en su adopción, alusión que sí hacen los siguientes autores.

f.- José Guillermo Castro Ayala y Nattaly Ximena Calonje Londoño (2015) consideran que la mejor clasificación de las fuentes de las obligaciones es la plasmada en el Código Civil alemán de 1900 (BGB), no recogida por la legislación civil colombiana, por cuanto ésta le apostó a la teoría francesa, no obstante lo cual, los autores en cita consideran que implícitamente la legislación local sí acoge los postulados de la escuela alemana y por ende, resulta imperioso que los juristas nacionales manejen con destreza los dos sistemas de fuentes: el francés y el alemán. En prueba de lo anterior, los citados tratadistas presentan las fuentes de la escuela germana a partir de la consagración positiva en paralelo, que ahora se ilustra en un cuadro comparativo y dan cuenta de los sustentos normativos de cada fuente en el derecho alemán y el colombiano:

Tabla 2.**Sustentos Normativos**

FUENTE	DERECHO ALEMÁN	DERECHO COLOMBIANO
Negocio jurídico y declaración de voluntad	§ 104 y ss. y § 116 y ss. del BGB	Arts. 845 y ss. C. Co.
El daño	§ 823 y ss. del BGB	Arts. 2341 y ss. C.C.
Abuso del derecho	§ 226 del BGB	Art. 830 C. Co.
Enriquecimiento sin causa	§ 812 del BGB	Art. 831 C. Co.
Subsunción de los hechos humanos en la ley		

En esta exposición se puede apreciar que la ley no es considerada como fuente abstracta de las obligaciones, pues su aplicación requiere de la previa existencia de comportamientos humanos generadores de la obligación y de otro lado, tal como ha sido recurrente en la doctrina foránea y nacional, no se consagra la jurisprudencia como fuente autónoma de obligaciones civiles.

g.- Jorge Cubides Camacho (2005) agrupa las fuentes en dos categorías: acto jurídico (pluripersonal o unipersonal) y hecho jurídico (imputable dañoso y hecho con virtualidad para obligar), categorización que depende de la presencia o no de voluntad reflexiva y comprendería tanto a contratos y manifestaciones unilaterales de voluntad, como a los ilícitos civiles, definidos como “todo hecho que como consecuencia del dolo, de la culpa o del riesgo asumido por una persona, produce daño a otra” (p. 176) y todo suceso no imputable a título de dolo, culpa o riesgo

creado, que sin encontrarse atado a un daño, genera *per se* obligaciones civiles contempladas en la ley, tal como acontece en el caso de la obligación alimentaria.

Esta relación de autores, que cumple el propósito de muestreo académico, cimienta unas conclusiones iniciales acerca de la forma en que la doctrina ha abordado la problemática de las fuentes de las obligaciones jurídicas:

a.- Indistintamente se apela a sucesos constitutivos de fuentes y clasificación de las mismas, ofreciéndoseles en ocasiones un tratamiento similar, cuando en realidad se trata de fenómenos jurídicos diferentes: mientras las fuentes aluden a “hechos a los que el ordenamiento jurídico reconoce esta virtualidad vinculante” (Lacruz Berdejo et al., 2011, p. 111) y están asociadas por ende a previsiones normativas, las clasificaciones, que son tan amplias como la pléyade de autores que opinan al respecto, obedecen a criterios subjetivos que, amparados en la libertad que caracteriza a las expresiones doctrinarias, permiten una liberación de las ataduras provenientes de formulaciones positivistas. De ahí que la dispersión o ausencia de un consenso generalizado acerca de la forma en que debe abordarse el estudio de las fuentes obligacionales, ha sido una constante histórica.

b.- La ley, en su papel de fuente, siempre ha estado en el ojo del huracán. Si bien es incuestionable este carácter en lo atinente a las fuentes del derecho, donde su consagración como tal es doctrina pacífica, no ocurre lo propio en la teoría de las fuentes de las obligaciones, donde aquilatados doctrinantes son del parecer de que resulta antitécnico ubicar a la ley a la par, *verbigracia*, del contrato, como motores generadores de vínculos obligacionales (Rocha, 2009; Lacruz et al., 2011; Cubides, 2005; Pérez et al., 1995, entre otros). Esta tesis, consistente en privar a la ley de su valor de fuente por sí misma, se separa de claros preceptos legales que disponen lo contrario, pues según lo ya expuesto, tanto el Código Civil colombiano (art. 1494)

como el francés (art. 1370), chileno (art. 1437) y español (art. 1089), expresamente le atribuyen a la ley el valor de fuente.

No obstante lo expresado, inaplicar la aparente imperiosidad del criterio de la ley como fuente obligacional, es un riesgo que se corre bajo el amparo de que normas como las citadas tienen un alcance sistematizador, no normativo (Fayos Gardó, 2016). Argumentos como el señalado confieren poder a la doctrina para proponer, desde instancias académicas, nuevas fuentes obligacionales que carecen de descripción típica: este es el caso de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, generada en el curso de revisiones de acciones de tutela motivadas en litigios contractuales, que so pretexto de involucrar derechos fundamentales, escaparon a la justicia ordinaria y se ventilaron en la jurisdicción constitucional.

c.- Ni la legislación, ni la doctrina nacional y extranjera, han erigido a la jurisprudencia de un tribunal constitucional, relacionada con protección constitucional de derechos fundamentales vinculados con relaciones contractuales, en fuente obligacional diferente a aquellas preceptuadas en normas jurídicas. Esta nueva fuente cuenta con unas características particulares que se exponen en un acápite posterior.

1.10.- El aporte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a la teoría de las fuentes de las obligaciones

Aparte de que la Corte Constitucional ha impactado el sistema de fuentes de las obligaciones civiles, según se expondrá en la segunda parte de este trabajo, la Corte Suprema de Justicia, esta vez en la jurisdicción ordinaria, ha desarrollado un trabajo de interpretación sistemática que ha permitido el surgimiento de figuras jurídicas dotadas del poder de asumir la condición de fuentes obligacionales, de aquellas no enlistadas en las disposiciones normativas que inveteradamente se han ocupado de ello. Es el caso del enriquecimiento sin causa y el abuso

del derecho, que al ostentar el carácter de principios, ofrecen una apariencia en extremo abstracta, al no fundarse en presupuestos de hecho que precedan la aplicación de una consecuencia normativa, convirtiéndose, en criterio de la Corte Suprema de Justicia, en una especie de máximas de optimación (no optimización, como lo ha sugerido la doctrina), en las cuales no procede la técnica de la subsunción, sí operativa en el caso de normas con estructura de reglas (cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias del 16 de agosto de 2007, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena y del 7 de octubre de 2009, M.P. Edgardo Villamil Portilla).

1.10.1.- El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones civiles

Si bien a partir de la expedición del Código de Comercio ya se cuenta con una consagración normativa expresa a manera de una prohibición de “enriquecerse sin justa causa a expensas de otro” (art. 831 C.Co.), otrora, esto es, antes de la adopción del actual estatuto mercantil, el principio general del enriquecimiento sin causa ya había sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, muy a pesar de no contar con el aval explícito del legislador, reconocimiento que no conlleva la idea de que antes del mismo, esta figura resultara extraña al sistema de fuentes del derecho colombiano.

Desde la adopción del Código Civil que nos rige y sus reformas decimonónicas, este instituto, conocido desde las épocas del Derecho romano como principio general, fuente de obligaciones civiles (Castro & Calonje, 2015) y acogido en el Digesto según fórmula atribuida a Pomponio e indicativa de que “por derecho natural es equitativo que ninguno se haga más rico con detrimento de otro y con injuria” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de abril de 2012, M.P. Jesús Vall de Rutén Ruiz), se ha asomado y ha permitido ser observado de forma implícita en diversas normas e instituciones jurídicas que, sin lugar a dudas, encuentran su razón de ser en la prohibición de enriquecerse sin justa causa con

compromiso de un patrimonio ajeno que resulta afectado, en las cuales se puede apreciar los dos factores articuladores del enriquecimiento sin causa a saber: (i) un elemento fáctico, representado en la “pérdida o desplazamiento en favor de un patrimonio, de un valor perteneciente a otro patrimonio” y (ii) uno jurídico, alusivo a la “no justificación en derecho de tal pérdida o desplazamiento de valor” (Bonnecase, 1997, p. 815).

El hilo de este discurso conduce a afirmar que figuras como los cuasicontratos de agencia oficiosa (art. 2304 y ss. C.C.) y el pago de lo no debido (art. 2313 y ss. C.C.), hunden sus raíces en la prohibición de enriquecimiento injusto o más precisamente “prohibición de enriquecimiento a costa ajena sin causa legítima” (Planiol & Ripert, 1997, p. 812), afirmación que se compadece con la pretensión del agente oficioso de obtener reembolsos por las sumas invertidas en la gestión de un negocio ajeno o con la acción de repetición que puede adelantar quien por error realizó un pago y prueba que no se encontraba a su cargo o incluso, se ha pretendido encontrar atisbos de la figura que interesa a estas líneas en el artículo 1747 del Código Civil patrio, referido a las restituciones a que tiene derecho quien contrató con una persona aquejada de incapacidad legal cuando se acredite que ésta se hizo “más rica” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de abril de 2012, M.P. Jesús Vall de Rutén Ruiz). Por otra parte, el artículo 8º de la ley 153 de 1887 erige a las reglas generales del derecho (concepto considerado desde su origen como equivalente al de principios generales del derecho, cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de octubre de 2009, M.P. Edgardo Villamil Portilla), al igual que a la analogía y la doctrina constitucional, como herramientas auxiliares, explícitas o implícitas, ofrecidas al intérprete que no encuentre en el maremágnun normativo una ley exactamente aplicable al caso sometido a estudio (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de junio de 1958, M.P. Arturo Valencia Zea), previsión que con

posterioridad y ya en uso del nombre principios generales del derecho, fue consignada en el artículo 230 de la actual Constitución Política.

Dado que el Código Civil, se reitera, a diferencia de otros estatutos civiles como el alemán, suizo, italiano y portugués, entre otros, no consagró de manera literal o expresa la figura del enriquecimiento sin causa, la Corte Suprema de Justicia se encargó de realizar una interpretación sistemática de una serie de disposiciones consagradas en la ley 153 de 1887, para desentrañar de las mismas este principio general, así como la consecuente acción procesal de naturaleza residual, denominada *in rem verso* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 4 de abril de 2018, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona). En efecto, a partir de la integración armónica de los artículos 4º, 5º, 8º y 48 de la ley 153 de 1887, el máximo tribunal de la justicia ordinaria desentrañó la existencia del enriquecimiento sin causa en el ordenamiento jurídico colombiano, al margen de su consagración normativa en el Estatuto Mercantil a partir de 1971, hermenéutica que permite inferir las siguientes ideas que soportan la existencia de esta fuente obligacional atípica: (i) el derecho natural y la equidad servirán de motor inspirador del operador judicial que en su trabajo de interpretación y aplicación del derecho se encuentre frente a disposiciones que no ofrezcan claridad o resulten incongruentes, deficiencias que pueden conducir incluso a lagunas jurídicas que deben ser diseccionadas por el juez (cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias del 24 de noviembre de 2000, M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez y del 5 de octubre de 2004, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, donde la equidad, inclusive, sirve de criterio orientador para la tasación de perjuicios); (ii) las reglas generales del derecho, que incluye al enriquecimiento sin causa, dado su carácter históricamente aceptado de principio general del derecho, pueden ser acogidas precisamente para solucionar aquellos casos de naturaleza difícil, desprovistos de normas, en general, fuentes del derecho, directamente aplicables a los mismos, y (iii) la figura de la denegación de justicia, para el caso

colombiano, un eventual prevaricato por omisión, gravita sobre aquellos funcionarios judiciales que, so pretexto de no encontrar una norma aplicable al caso, omite su deber de fallar, el *non liquet* de los romanos, llamado de atención presente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (cfr. Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de mayo de 1955, M.P. Ignacio Gómez Posse), cuando se recuerda a los jueces el deber de decidir en todos los casos, incluso, apelando a los principios generales del derecho, que a juicio de este Alto Tribunal, aparte de cumplir una función integrativa (en el sentido de llenar vacíos normativos), desempeñan también un doble papel: “el creativo, que determina su aptitud para elaborar, modificar y derogar el derecho, y el interpretativo, que repara en su idoneidad para la comprensión, realización y acatamiento del mismo” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de agosto de 2007, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena).

En síntesis, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que el enriquecimiento sin causa, como fuente de obligaciones civiles, encuentra su soporte en la ley 153 de 1887 y cumple su papel de faro iluminador que facilita al juez su tránsito por las sendas oscuras del Derecho y evita que aquél se sustraiga del imperativo de decidir la totalidad de los casos sometidos a su conocimiento, al amparo de una excusa, hoy no creíble, dadas las herramientas de hermenéutica legal y constitucional con las cuales se cuenta, de que el asunto reviste tal dificultad que la justicia debe rendirse ante tal imposible. El enriquecimiento sin causa, que inicialmente se concibe como una herramienta auxiliar de la actividad judicial, termina por convertirse en una fuente obligacional “no clásica” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 4 de abril de 2018, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona), calificada así por la jurisprudencia, seguramente para escapar a los cánones tradicionales de la teoría francesa, esta sí clásica, inmersa en la legislación civil colombiana desde el siglo XIX.

Ya desde los lejanos años treinta del siglo pasado, la calificada como Corte Admirable comenzó a perfilar por vía jurisprudencial, para un Derecho civil contemporáneo, los requisitos que deben concurrir y acreditarse para que el afectado pueda hacer uso de la figura del enriquecimiento sin causa y propiciar una obligación personal de reembolso a cargo de quien de manera injusta se beneficie con un incremento patrimonial, a saber: (i) incremento patrimonial de una persona; (ii) detrimento patrimonial de otra; (iii) relación de causalidad entre el incremento y el detrimento; (iv) que el enriquecimiento no cuente con causa legal que lo justifique; (v) que el perjudicado carezca de otro mecanismo de defensa judicial y (vi) que esta figura no sirva de instrumento para soslayar el cumplimiento de una norma imperativa.

Estos requerimientos, que ya hacen parte de la jurisprudencia que ha reunido los requisitos para ser considerada como doctrina probable (art. 4º ley 169 de 1896), son reiterados una y otra vez por el Alto Tribunal (cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias del 19 de septiembre de 1936, M.P. Ricardo Hinestroza Daza; 6 de septiembre de 1940, M.P. Hernán Salamanca; más recientes, 14 de agosto de 2007, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena; 7 de octubre de 2009, M.P. Edgardo Villamil Portilla; 19 de diciembre de 2012, M.P. Jesús Vall de Rutén Ruiz; 4 de abril de 2013, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda; 31 de julio de 2014, M.P. Margarita Cabello Blanco, entre otras).

Para concluir este aparte basta anotar, a manera de reiteración, que la Corte Suprema de Justicia, al introducir el enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones civiles, modificó el sistema clásico de dichas fuentes adoptado por el Código Civil, caracterizado por su explicitud, al adoptar una figura reconocida de manera inveterada por los sistemas jurídicos universales, pero que hasta la llegada del Código de Comercio de 1971, carecía de consagración positiva expresa. La adopción jurisprudencial de esta figura resultó de un trabajo de hermenéutica de la ley 153 de 1887, conducente a un trabajo de minería interpretativa que le permitió a la Alta

Corporación descubrir inmerso en la legislación este principio general que, sin lugar a dudas, complementa la insuficiente teoría clásica francesa de las fuentes obligacionales, que aún irradia el ordenamiento jurídico nacional.

La doctrina ha señalado que, a partir de la adopción normativa de la figura del enriquecimiento sin causa en el Código de Comercio, ésta abandona su carácter de fuente jurisdiccional y asume, al igual que las demás fuentes obligacionales, una connotación legal, bajo el entendido de que su soporte normativo ahora ya es expreso, aplicable a obligaciones comerciales y por vía de analogía (art. 8º ley 153 de 1887) a cuestiones civiles (Arrubla, 2007).

En síntesis, hasta el advenimiento del Código de Comercio colombiano de 1971, el enriquecimiento sin causa fue acogido por la Corte Suprema de Justicia como fuente obligacional, mediante un ejercicio de interpretación normativa que conllevó la integración de una serie de disposiciones, que en sí mismas consideradas, no acogían de forma expresa este principio como fuente generador de obligaciones civiles y a partir de ello la doctrina de Pothier, recogida por el Código Civil, se vio alterada cuando a las ya decantadas y criticadas fuentes de las obligaciones de arraigo iuspositivista, se agregó una más, gracias al aporte del derecho judicial, representada en el enriquecimiento sin causa, aunque esta falencia, que denota imprecisión y vacíos en la teoría clásica de los orígenes de las cargas jurídicas, ya había sido denunciada desde tiempos pretéritos por la doctrina de una gama variopinta de tratadistas que abogaban por su reconocimiento como fuente (cfr. v.gr. Josserand, 1952; Von Tuhr, 1934; Hinestrosa, 1964; Ospina, 2005; Cubides, 2005; Bonnecase, 1997, autor que considera al enriquecimiento sin causa como una variante del hecho jurídico; Valencia Zea, 2004; Pérez Vives, 1968; Rocha, 2009).

1.10.2.- El abuso del derecho como fuente de obligaciones civiles

El tránsito padecido por el enriquecimiento sin causa (de principio general del derecho no positivado, acogido por la Corte Suprema de Justicia como fuente de obligaciones civiles, a su conversión en norma de derecho positivo por querer del legislador), no resulta extraño a otros principios generales que han trasegado un camino semejante: es el caso del abuso del derecho, reconocido por la “jurisprudencia creativa” de aquella “Corte de Oro”, que de forma audaz introdujo al Derecho colombiano una serie de criterios auxiliares, ya conocidos y aplicados en otras latitudes e inexplorados hasta ese momento en Colombia, probablemente por la ausencia de un sustento de derecho positivo expreso que convalidara su viabilidad como instrumentos de apoyo en la solución de litigios.

Es el caso de los ya mentados principios de enriquecimiento sin causa, abuso del derecho y otros, como el error común hace derecho (*error communis facit ius*), fraude a la ley e imprevisión contractual (Hernández & Pardo, 2014).

El principio general del abuso del derecho, conocido ya en el Derecho romano y descrito en la máxima atribuida a Gayo según la cual “nadie debería abusar de sus derechos” (Castro & Calonje, 2015, p. 95), operó en un comienzo gracias a su adopción por el derecho judicial y *a posteriori*, encontró su consagración positiva por querer del artículo 830 del Código de Comercio de 1971, sobre la base de que quien abuse de sus derechos adquiere la obligación de indemnizar los perjuicios que cause con su acción u omisión.

El presupuesto para poder hablar de abuso del derecho es precisamente que, quien abusa, sea titular de un derecho subjetivo expandido de una manera injustificada (Castro & Calonje, 2015), que ostente una facultad respaldada por la ley, dotada en su aspecto interno de un elemento denominado “gobierno o poder”, de naturaleza privada (Valencia Zea, 1997, p. 232), referido a la autonomía del sujeto sobre sus propios actos, concepto necesariamente atado al de

voluntad, pues si esta no está presente en el ejercicio de un derecho, éste cederá el paso al deber jurídico, a la obligación. No se puede abusar de un derecho del cual no se es titular, el abuso solamente se presenta cuando se dan excesos o ejercicios arbitrarios de esas facultades efectivamente radicadas en el sujeto.

Ha sido una constante histórica de que por vía de interpretación se hayan descubierto figuras jurídicas implícitas en textos normativos explícitos, tal como aconteció con la simulación, inmersa en el artículo 1766 del Código Civil (figura jurídica que la jurisprudencia ha diferenciado de la nulidad contractual, cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 27 de octubre de 1961, M.P. José Hernández Arbeláez) o con el principio de que nadie puede sacar provecho de su propio dolo o culpa, principio o regla general del derecho que no cuenta con consagración expresa en el sistema jurídico colombiano, pero que a juicio de la Corte Suprema de Justicia se encuentra inmerso en disposiciones *ius civilistas*, como los artículos 1525 y 1744 del Código Civil, el primero de ellos relacionado con la prohibición de repetición de lo dado o pagado por un objeto o causa ilícita, cuando se ha obrado a sabiendas y el segundo, referido a la prohibición de una pretensión de nulidad contractual que cobija a un incapaz, sus herederos y cesionarios, cuando aquél ha actuado con dolo para inducir al acto o contrato (Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de junio de 1958, M.P. Arturo Valencia Zea), e inclusive, subyace a la previsión normativa de que el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge inocente o “el que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan” (art. 156 C.C., modificado por el artículo 10º de la ley 25 de 1992). Lo mismo puede predicarse del abuso del derecho, que también estaría sumido en algunas normas *ius civilistas* que justificarían en aquél su razón de ser y una muestra de ello serían las siguientes:

a.- En ejercicio del derecho de propiedad, el propietario puede sembrar árboles en su heredad, pero esto no lo legitima para que las ramas o raíces puedan perturbar los predios

colindantes y en caso de ser así, los propietarios de éstos pueden exigir el corte de las ramas e incluso, ellos mismos están facultados para eliminar las raíces invasoras (art. 999 C.C.);

b.- El propietario puede adelantar acciones de excavación de pozos en los terrenos de su propiedad con miras al descubrimiento de aguas subterráneas, actividad que encuentra un limitante, representado en el hecho de que el perjuicio ajeno generado, no se compadezca con el beneficio que reciba (art. 1002 C.C.), y,

c.- La doctrina también ha encontrado atisbos del abuso del derecho en la institución de la responsabilidad civil extracontractual (particularmente en el artículo 2341 C.C.), pues esta sería consecuencia necesaria de la “intención o falta de cuidado o diligencia en el ejercicio de los derechos subjetivos” (Hernández, 2013, p. 133), bajo la lógica de que, el que por dolo o culpa en el ejercicio de un derecho genera un daño, adquiere la obligación de repararlo, tesis que encontraría reparos si se considera que la misma confunde el abuso del derecho con el daño como fuente de obligaciones, confusión inadmisible al considerarse la idea de que aquél “parte de una norma para causar la lesión a un tercero”, mientras que el daño se deriva del “perjuicio que genera un acto que contraría una obligación expresa (responsabilidad contractual) o de un deber genérico de conducta (responsabilidad extracontractual)” (Castro & Calonje, 2015, p. 97).

A diferencia del enriquecimiento sin causa, cuya consagración solamente se da a nivel de rango legal, el abuso de derecho fue constitucionalizado a partir de 1991, cuando la Carta Política que ahora nos rige lo elevó a un nivel superior, al ubicarlo dentro de los deberes de la persona y el ciudadano bajo el imperativo de “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios” (art. 95 ord. 1º C.P.).

La materialización del principio del abuso del derecho en la jurisprudencia y la legislación colombianas, ya cuenta con apreciables desarrollos concretos que evidencian su utilidad, en particular, en el terreno de los contratos y las obligaciones civiles; es el caso de la figura de la

explotación abusiva de la posición dominante, presentada en sentencias emblemáticas, como aquella que definió el litigio sociedad Arinco vs. Corpavi (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 19 de octubre de 1994, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss) y el instituto de las cláusulas abusivas, prohibidas por el derecho del consumo, declaradas ineficaces *ope legis* o por ministerio de la ley (arts. 42 y 43 ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor).

Diversas expresiones doctrinarias foráneas y nacionales, aceptan que el principio del abuso del derecho constituye una fuente de obligaciones, al margen de aquellas enunciadas en la teoría clásica, aún vigente en el sistema jurídico obligacional colombiano (cfr. Bonnecase, 1997, autor que considera el abuso del derecho como una variedad del hecho jurídico; Arrubla, 2007; Rocha Alvira, 2009; Castro & Calonje, 2015).

1.11.- El abuso del derecho en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

La propia Corte Constitucional no se marginado de considerar al principio del abuso del derecho como fuente de obligaciones jurídicas atinentes a contratos privados y ya desde 1993, en la sentencia T-511 de ese año, la Corte estimó que, con referencia a derechos constitucionales propios, se abusa de ellos cuando el titular de los mismos “hace un uso inapropiado e irrazonable a la luz de su contenido esencial y de sus fines” (Corte Constitucional, sentencia T-511 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

En esta oportunidad, la Corporación abordó el estudio de la pretensión del arrendador de una vivienda que, dado su interés en venderla, requería de manera urgente que su arrendataria permitiera el ingreso al inmueble a potenciales compradores, con miras a que conocieran de primera fuente el objeto material del negocio proyectado. Este requerimiento, que no encontraba respaldo contractual ni legal (la ley 56 de 1985, vigente para la época de los hechos, no

contempló este derecho para los arrendadores) fue desatendido por la arrendataria, al considerar que la intromisión de extraños en su hogar podía constituir una violación ilícita de domicilio.

El litigio así planteado podía conllevar una doble forma de apreciar el abuso del derecho, al depender de la forma en que se mire el caso: (i) abuso del derecho del propietario arrendador, al imponer a su arrendataria, so pretexto del ejercicio de su derecho de propiedad, una obligación no contemplada en la normatividad legal o contractual y (ii) abuso del derecho de la tenedora arrendataria, al prohibir al propietario el acceso al inmueble de su propiedad y frustrar de esta forma el atributo de disposición que los propietarios ejercen sobre sus bienes, a la par del uso y el goce. La Corte abordó solamente el primero de los dos casos indicados y concluyó que la exigencia impuesta por el arrendador, resultaba desmedida y comprometía derechos fundamentales de la arrendataria, entre ellos, la inviolabilidad de domicilio (art. 28 C.P.), *ratio* que impone la obligación de no perturbar la tenencia de los arrendatarios, cuando quiera que se pretenda ofrecer el bien en venta y la obligación de permitir su apreciación por los potenciales compradores interesados no fue objeto de estipulación contractual.

En otra oportunidad, la Corte Constitucional consideró que para no quedar incursas en abuso del derecho, las entidades bancarias y aseguradoras, antes de proceder a la exigibilidad de las obligaciones mediante los respectivos procesos de cobro coactivo, deben “evaluar de forma adecuada y razonable la causa que origina los incumplimientos contractuales o los siniestros”, deber no atendido por una compañía aseguradora que se abstuvo de hacer efectiva la póliza que respaldaba un crédito bancario, al considerar de forma errada una preexistencia médica no informada oportunamente (reticencia), cuando ésta no presentaba relación de causalidad con el motivo determinante del siniestro.

La insuficiente apreciación probatoria de los elementos de convicción aportados por la reclamante del seguro, quien se encontraba en una difícil situación de discapacidad, motivó a la

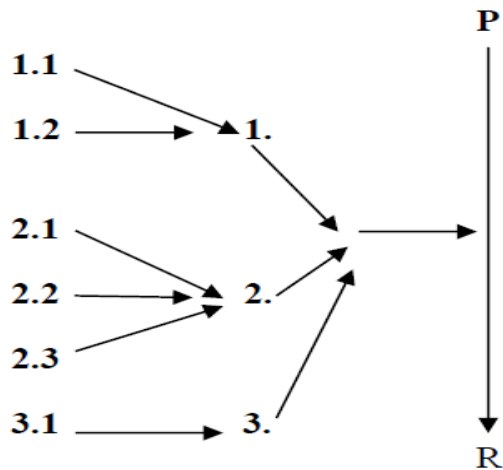
Corte a ordenar el reconocimiento de la póliza y la subsecuente suspensión del proceso judicial adelantado en contra de la accionante, todo ello con miras a la protección de los derechos al mínimo vital y debido proceso, comprometidos en este asunto (Corte Constitucional, sentencia T-282 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

De igual manera, la Corte Constitucional sustentó sus decisiones en el principio del abuso del derecho, en los casos de las cláusulas mordaza (Corte Constitucional, sentencia T- 411 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz) y del contrato de difusión de un video pornográfico (Corte Constitucional, sentencia T-407 A de 2018, M.P. Diana Fajardo Rivera), que se comentarán en detalle en un aparte posterior. Finalmente, amerita un análisis especial el argumento judicial expuesto en la sentencia C-595 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, pues en ella, al considerarse que de una expresión que hacía parte de la definición del derecho de propiedad contenida en el Código Civil colombiano, podría inferirse una autorización para abusar del derecho de propiedad, la Corte decidió su inexequibilidad, no sin antes incurrir en una clara violación de un principio de interpretación constitucional, idea que se sustenta a continuación.

1.12.- Acerca de un yerro judicial sobre la apreciación del abuso del derecho: el caso de la sentencia C- 595 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, un ciudadano demandó ciertos apartes del artículo 669 del Código Civil (definición del derecho de propiedad). La Corte Constitucional consideró que el adverbio “arbitrariamente”, consignado en esta disposición, era manifiestamente violatorio de preceptos superiores, razón por la cual separó esta palabra del ordenamiento jurídico, otorgándole procedencia parcial a la demanda, que también versaba sobre otros apartes normativos que se declararon ajustados a la Carta. La estructura argumentativa de

esta sentencia, se refleja gráficamente así, siguiendo un modelo propuesto por Manuel Atienza (1997):



Debe entenderse que:

P (pregunta): ¿El adverbio “arbitrariamente” contenido en el artículo 669 del Código Civil Colombiano, resulta contrario a los preceptos constitucionales?

1.- La Corte puede pronunciarse de fondo sobre el asunto planteado, a pesar de que la disposición cuestionada ya había sido demandada sin éxito con anterioridad, por razones similares, en vigencia de la Constitución de 1886.

1.1.- No opera en este caso la cosa juzgada, porque la confrontación normativa anterior se hizo con respecto a la Carta de 1886 y ahora, el juicio de constitucionalidad toma como base la Constitución de 1991.

1.2.- No debe tenerse en cuenta un precedente jurisprudencial que data de 1927, al haberse proferido antes de 1936, año en el que, a través de un acto legislativo, se introdujeron notables innovaciones al concepto de propiedad.

2.- El momento constitucional que vivía Colombia al adoptarse el Código Civil (1887), resulta sustancialmente diferente al actual constitucionalismo colombiano.

2.1.- La Constitución de 1886 no hacía referencia expresa al derecho de propiedad, pero éste estaba comprendido dentro del concepto de “derechos adquiridos con justo título.” El artículo 669 del Código Civil recogió la doctrina prevalente sobre la propiedad como un derecho absoluto, aunque esta Constitución estableció una notoria limitante al mismo, al disponer la prevalencia del interés general sobre el interés particular.

2.2.- Con la reforma constitucional de 1936 y considerando la teoría de la solidaridad de Düguít, se adoptó el concepto de función social de la propiedad, el cual colisiona con un concepto de propiedad marcadamente individualista, como el contenido en el artículo 669 del Código Civil.

2.3.- La Constitución de 1991 establece que Colombia es un Estado Social de Derecho, fundada entre otros principios, en la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general, principios que limitan aún más la connotación individualista del derecho de propiedad y que alejan de modo evidente este concepto del ordenamiento jurídico colombiano, cuestión que ha sido reiterada a través de varios precedentes jurisprudenciales.

3.- El artículo 669 del Código Civil contiene reglas definitorias y al no consagrar propiamente obligaciones ni facultades, permitiría pensar que resulta inofensivo, tanto que permanezcan en el ordenamiento jurídico, como que fueran retiradas de él por considerarlas inadecuadas. Para el caso estudiado, esto no es así.

3.1.- El concepto de propiedad del artículo 669 del Código Civil dista notoriamente del consagrado en la Constitución. El concepto legal no refleja aquello que la propiedad es hoy en Colombia. No es un símbolo de la misma.

R (respuesta): El adverbio “arbitrariamente” contenido en el artículo 669 del Código Civil, es inconstitucional por resultar contrario a los principios contenidos en el artículo 58 de la Constitución y por ello se declara inexecutable.

La gráfica ilustrativa del argumento judicial refleja una coherencia argumentativa sin altibajos, lo cual no necesariamente implica el uso de buenas razones; la ausencia de salvamentos o aclaraciones de voto demuestra una unanimidad judicial en procura de arribar a la conclusión que a la postre excluyó la expresión “arbitrariamente” de la centenaria definición de propiedad, pues la Corte infirió que de la misma podría derivarse una autorización legal de abuso del derecho de propiedad, pues una de las variantes de entendimiento de este adverbio sería asumir que su origen es la palabra arbitrariedad, a diferencia de la interpretación ofrecida por la Corte Suprema de Justicia, cuando en aquellas épocas en que ejercía el control de constitucionalidad, entendió que el adverbio “arbitrariamente” surgía del “arbitrio”, definido como lo prevé el diccionario de la Real Academia de la Lengua, definición que la Corte tomó como propia para sentenciar que la palabra acusada no adolecía de inconstitucionalidad sobreviniente, pues el arbitrio es la “facultad que tiene el hombre (en este caso el titular de un derecho) de adoptar una resolución con preferencia a otra” y no la de “abuso” como podría resultar de la lectura inmediata del artículo 669 del Código Civil”.

Para respaldar esta tesis la Corte se apoyó en un argumento histórico-teleológico, pues recordó que esta precisamente fue la fisonomía que Andrés Bello imprimió al derecho de propiedad contemplado en su proyecto de Código Civil de 1853, al concebirlo como “el derecho

real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella a nuestro arbitrio, no siendo contra la ley o el derecho ajeno" (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 11 de agosto de 1988, M.P. Jairo E. Duque Pérez).

A continuación, se sustenta una crítica a la argumentación expuesta por la Corte Constitucional en la sentencia C-595 de 1999, cuestionamiento orientado a demostrar que el Alto Tribunal, para justificar la tesis de que la expresión demandada podría entenderse como una patente de corso para incurrir en abusos del derecho de propiedad, incurrió en errores argumentativos que conllevaron a pretermitir la aplicación del principio democrático o conservacionista. Para ello y habida consideración de los efectos erga omnes del *decisum*, que amplía el rango de los destinatarios del fallo, el análisis se realizará desde tres concepciones de la argumentación: formal, material y pragmática (Atienza, 2006).

a.- Concepción formal

Esta concepción se relaciona con la coherencia externa o lógica del argumento y revisado este primer aspecto se encuentra que, desde el punto de vista meramente formal, no surgen cuestionamientos. La Corte centró su tesis central en un argumento deductivo en la modalidad de modus ponens ("el modo de poner: puesto p, se consigue q") (Weston, 2005, p. 81, Atienza, 2006, p. 149):

Si p entonces q.

p.

Por lo tanto, q.

Esta fórmula del modus ponens se explicaría así: Si la norma acusada viola un precepto constitucional (p) la Corte debe proceder a la declaratoria de inexequibilidad (q); el adverbio "arbitrariamente" contenido en el artículo 669 del Código Civil resulta contrario al artículo 58

constitucional (p), en consecuencia, debe ser declarado inexecutable (q). Obsérvese que la Corte expuso un argumento en procura de sustentar la inconstitucionalidad de la expresión acusada y la decisión se formuló en este sentido y no en otro, por ende, resulta coherente el argumento con las resultas del juicio de constitucionalidad.

En gracia de discusión, el argumento judicial también podría reconstruirse bajo la modalidad de modus tollens (“el modo de quitar: quite q, quite p”) (Weston, 2005, p. 82, Atienza, 2006, p. 149), arribándose a las mismas consecuencias:

Si p entonces q.

No-q.

Por lo tanto, no-p.

La fórmula del modus tollens conllevaría este significado: Si la norma acusada es executable (p), entonces se ajusta a los postulados de la Constitución Política (q); el adverbio arbitrariamente contenido en el artículo 669 del Código Civil no se ajusta a los postulados del artículo 58 de la Constitución Política (-q) por lo tanto, es inexecutable (-p).

El argumento lógico deductivo que subyace en esta sentencia se reitera, no ofrece reparos, pero lo propio no ocurre en los terrenos de la argumentación material y pragmática, campos en los cuales se edifica la crítica de un fallo judicial que, so pretexto de no prohiar un malentendido abuso del derecho de propiedad, excluyó una expresión del sistema jurídico, sin que la Corte haya realizado su mejor esfuerzo interpretativo para conservarla en el mismo. La Corte olvidó que la declaratoria de inexecutable de una norma es la “*última ratio*” o último argumento posible, el actuar como legislador negativo no es la primera opción.

b. Concepción material

Las falencias argumentativas de la sentencia no se hallan en la justificación externa, sino en la justificación interna del argumento y a esto precisamente alude la concepción material de la argumentación, la cual hace referencia a una “teoría de las premisas o de las buenas razones”, pues la justificación de una decisión jurídica no solamente depende de aspectos formales o pragmáticos (efectos generados en los destinatarios de la argumentación), sino en que “efectivamente se ofrezcan razones de tipo apropiado” (Atienza, 2006, p. 183).

De la revisión de la forma en que la Corte planteó su argumento, se concluye que el análisis del adverbio “arbitrariamente”, presente en la norma acusada, se realizó de forma independiente o separada de la disposición que lo contenía, en forma aislada, no sistemática, por fuera del contexto de la norma en su integridad, todo ello bajo una concepción errada de la naturaleza del derecho de propiedad adoptada por el Código Civil en el siglo antepasado. El razonamiento judicial que ahora se cuestiona, se hubiere ajustado a una realidad jurídica concordante con lo propuesto por la Corte, si después de la expresión “arbitrariamente” sobreviniera un punto y esta fuere su redacción: “Art. 669 [hipotético]. El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente.” De haber existido esta norma en la forma planteada, el argumento judicial denotaría contundencia, calificaría como incontrastable.

Lo cierto es que la palabra “arbitrariamente” se acompañó de una coma, seguida de la expresión “no siendo contra ley o contra derecho ajeno” y la presencia de este signo de puntuación desmonta el carácter de contundente e incontrastable, que ostentaría el argumento judicial, de haber sido cierta la norma jurídica que a manera de hipótesis se transcribió en líneas precedentes. La Corte Constitucional hizo reposar todo su argumento en un supuesto que no se

compadece con la historia y tradición patrias, en lo que atañe al tratamiento inveterado ofrecido al derecho de propiedad, muy diferente al de considerarlo como un derecho de carácter absoluto.

La tradición jurídico constitucional colombiana, que arranca a principios del siglo XIX, ya consideraba al derecho de propiedad como un derecho simplemente relativo y no de naturaleza absoluta, tradición que aparece reflejada en el texto de la definición legal sobre la cual se pronunció la Corte. El basamento de esta idea se compone de dos argumentos principales: (i) de carácter histórico, relacionado con la tendencia que puede apreciarse a partir de la evolución constitucional, donde se evidencia que el derecho de propiedad siempre ha contado con límites, representados en los derechos ajenos y el interés general y (ii) de carácter dogmático, referido a que la relatividad del derecho de propiedad se deriva del mismo artículo 669 del Código Civil.

b.1.- Tendencia histórica

En lo que respecta al primer argumento, basta examinar la forma en que las constituciones colombianas han instituido la propiedad como principio constitucional básico, de naturaleza no absoluta sino relativa, idea respaldada en el clásico constitucionalista colombiano Francisco de P. Pérez (1942), quien explica cómo ya en las constituciones de 1811 y 1812 se consagró el principio de la prelación del interés general sobre el individual en materia de tratamiento de la propiedad y lo propio aconteció también con aquellas adoptadas en 1821, 1830, 1832, 1843, 1853, 1858 y 1873. En todas ellas el Estado se reservó la posibilidad de expropiar por motivos de utilidad pública o interés social, con indemnización o en algunos casos sin ella y si bien en aquellas épocas el peso jerárquico de una constitución no tenía la connotación actual, este barrido histórico sí nos permite apreciar una tendencia demostrativa del carácter relativo, no absoluto, del derecho de dominio.

La Carta de 1886 reconoció la vigencia de los derechos adquiridos con justo título, los cuales no podrían ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, aceptó expresamente la posibilidad

de expropiar (art. 30) y en 1936, mediante acto legislativo de ese año, se introdujo un limitante expreso al ejercicio de la propiedad, representado en el concepto de función social de la propiedad. Todo lo expresado desemboca en la Constitución que ahora nos rige, garante de la propiedad privada, entendida no únicamente como función social sino también ecológica, generadora de obligaciones y susceptible de expropiación, siempre con indemnización previa, de acaecer motivos de utilidad pública o de interés social definidos previamente por el legislador (art. 58, modificado por el art. 1º del Acto Legislativo No. 1 de 1999, C.P.).

Tal como puede apreciarse, desde los albores de la República el derecho de propiedad no ostentó un carácter absoluto, se impuso siempre su relatividad, tendencia recogida por el concepto civilista del dominio, plasmada en el artículo 669 del Código Civil colombiano.

b.2- La limitación al ejercicio abusivo de la propiedad contenida en el artículo 669 del Código Civil

El legislador colombiano, se reitera, se apartó del criterio romanista del derecho de propiedad que le confería una naturaleza absoluta, pues no puede entenderse de otra forma la limitante contenida en la parte final del inciso 1º de su artículo 669, cuando establece que su ejercicio no puede ser “contra ley o contra derecho ajeno”. Si se asume el concepto de ley en un sentido material y no formal, fuerza es concluir que la Constitución es ley y una interpretación sistemática de la disposición demandada conduciría a la conclusión de que, en el ejercicio de la propiedad en sus variantes de uso, goce y disposición se encontrarían límites representados, entre otros, en los preceptos constitucionales y en el principio general del abuso del derecho.

Al parecer, la Corte Suprema de Justicia de Colombia en 1988 tenía razón cuando en su momento mantuvo la norma en el ordenamiento jurídico al considerar que el adverbio “arbitrariamente” provenía de “arbitrio” y no de “arbitrariedad” (Corte Suprema de Justicia,

sentencia del 11 de agosto de 1988, M.P. Jairo E. Duque Pérez). El arbitrio no es contrario a la Constitución y la arbitrariedad, cuando tiene tantos límites reconocidos por la propia Corte Constitucional y plasmados en la definición civilista de propiedad contenida en el Código Civil, deja de serlo.

c.- Pragmática

Finalmente, desde este punto de vista de la argumentación, analizada ésta desde los destinatarios de la decisión judicial, la misma genera una percepción: la Corte Constitucional utilizó criterios de conveniencia en un juicio de legalidad constitucional (lo cual le está vedado) y pudo apelar, pero no lo hizo, a la modalidad de sentencia de constitucionalidad condicionada para honrar de esta forma el deber de respeto al principio democrático o conservacionista. Blanco Zúñiga (2010) explica el fundamento de este imperativo:

La razón de este postulado implica preservar al máximo las disposiciones creadas por el legislador en virtud del respeto al principio democrático, siendo, por tanto, obligación de las Cortes proferir decisiones de exequibilidad condicionadas, salvo una evidente situación que impida conciliar la ley enjuiciada con la norma constitucional (p. 201).

Dos ejemplos ilustran la situación descrita: (i) la ley 861 de 2003 facultó a la “mujer cabeza de familia” para constituir en beneficio de sus hijos menores (ya existentes o que estén por nacer), patrimonio de familia inembargable sobre el “único bien inmueble urbano o rural” de propiedad de aquella (art. 1º), trámite sencillo que logra una protección inmediata frente a la acción de los acreedores de la propietaria, dada su condición especial exaltada por el legislador, quien marginó de esta protección a los hombres cabeza de familia, lo cual conduciría a concluir una eventual inconstitucionalidad de la ley contentiva de una evidente e injustificada discriminación por razones de género.

No obstante, la Corte Constitucional se abstuvo de declarar la evidente inconstitucionalidad y en defecto de ello declaró la constitucionalidad condicionada de las expresiones relativas a la “mujer”, presentes en varias normas objeto de censura, al disponer que las bondades del patrimonio de familia también se harán extensivos a los hijos menores del hombre cabeza de familia (Corte Constitucional, sentencia C-722 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil) y (ii) la ley 1555 de 2012 permitió a los consumidores financieros el pago anticipado en las operaciones de crédito, no obstante, el parágrafo de su artículo 1º dispuso que este privilegio no tenía carácter retroactivo, pues únicamente se aplicaría a los créditos conferidos con posterioridad a la vigencia de la citada ley, previsión que de entrada, categorizaba a los deudores según la fecha de adquisición de la obligación financiera, pues unos gozarían del privilegio de pago anticipado y otros no, evidenciándose, tal como ocurrió en el caso anterior, un tratamiento discriminatorio auspiciado por el legislador.

La Corte Constitucional, antes que proceder a la exclusión de la norma demandada del ordenamiento jurídico, declaró su constitucionalidad condicionada, al disponer que los créditos antiguos, esto es, concedidos antes de la vigencia de la ley, también podrían ser pagados de manera anticipada, sin que el deudor se vea expuesto a penalización o compensación alguna (Corte Constitucional, sentencia C-313 de 2013 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

A título de cierre de este aparte y a manera de reconstrucción del argumento, se resumen las conclusiones del precedente ejercicio de análisis de argumentación judicial: la sentencia C-595 de 1999 de la Corte Constitucional, si bien no presenta reparos desde el punto de vista de la concepción formal de la argumentación, sí ofrece problemas en el orden material y pragmático; la Corte desconoció la tradición jurídica colombiana, en la cual el derecho de propiedad siempre ha ostentado una naturaleza relativa y el aparente individualismo cede frente al interés general; la disposición legal analizada contiene limitantes que al analizarlos en forma sistemática, nos remiten al propio texto de la Constitución, la interpretación armónica del derecho consagrado en

el artículo 669 del Código Civil con el artículo 58 de la Constitución Política, que se convierte en uno de sus limitantes, conducía a la conclusión de que el adverbio “arbitrariamente” demandado era exequible.

La Corte Constitucional tuvo la oportunidad de sentenciar, tal como lo ha hecho en múltiples oportunidades, la exequibilidad condicionada de la norma acusada, pudo fallar que el adverbio “arbitrariamente” se ajustaba a la Constitución bajo el entendido de que éste es una derivación de arbitrio y no de arbitrariedad, tal como ya lo había entendido la Corte Suprema de Justicia en 1988. Finalmente, cabe destacar en esta sentencia que en su análisis, la Corte Constitucional consideró al derecho de propiedad como fundamental *per se*, lo cual no había acontecido en sentencias previas (cfr. v. gr. sentencias T- 506 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón; T-284 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Meza; T-414 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández y T-554 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz) en las cuales se condicionó el carácter de fundamental del derecho de propiedad, a su conexidad con otros derechos fundamentales como la vida, dignidad e igualdad.

1.13.- El reposicionamiento del concepto civilista de contrato: no debe entenderse como acuerdo sino como acto

En opinión de Valencia & Ortiz (2004), la noción jurídica de contrato en Colombia se inspira en la doctrina de Pothier, quien lo define como una convención “por la que las dos partes recíprocamente, o solo una de ellas, prometen y se obligan hacia la otra a darle, hacer o dejar de hacer en su favor alguna cosa” (1839, p. 11). Hoy se diferencian los conceptos de convención y contrato, a partir de la relación existente entre género y especie: mediante el primero, se crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas obligacionales, mientras que el propósito del segundo se concreta a crear obligaciones.

El Código de Comercio sustituyó el concepto civilista de contrato, entendido como un acto (orientado a que una de las partes se obligue para con otra a una prestación consistente en dar, hacer o no hacer, según lo estatuye el artículo 1495 C.C.), por el de acuerdo, dirigido a constituir, regular o extinguir entre dos o más partes, una relación jurídica patrimonial (art. 864 C. Co), punto en particular que supera al cerrado contrato civil de contraprestación, extensivo a solo dos extremos contractuales y abre las puertas al contrato comercial de colaboración que, tal como ocurre en el de sociedad, cobija múltiples vínculos que superan la simple bina obligacional (Arrubla, 2007).

Dado que el juez al fallar una tutela puede imponer obligaciones contractuales o incluso, el deber jurídico de celebrar un contrato o prorrogar contratos ya finiquitados, so pena del desacato que conllevaría incluso a una privación de la libertad, el acuerdo de voluntades en su versión tradicional ya no es determinante para el nacimiento del contrato. Durante mucho tiempo se pensó que la definición comercialista del contrato (acuerdo), había superado al concepto civil que lo presenta como acto, no obstante, a partir del trabajo de la Corte Constitucional, la definición de contrato del Código Civil se ha reposicionado, pues el concepto de acto es más amplio que el de acuerdo y en el primero quedarían inmersos aquellos eventos en los cuales una persona contrata o adquiere obligaciones no consentidas previamente, en estricto cumplimiento de decisiones de tutela.

A manera de ejemplos que ilustran lo mencionado, el principio constitucional de solidaridad, adoptado por la Constitución en varias disposiciones, entre ellas, los artículos 1º y 95, ha servido de fundamento para que la Corte Constitucional, en su papel de guardiana de la Constitución e intérprete del sentido y alcance de los derechos fundamentales, genere una serie de precedentes relacionados con: (i) la forma en que la solidaridad puede limitar el ejercicio de ciertas potestades (v.gr. autonomía de la voluntad contractual) y (ii) la existencia de obligaciones

no consagradas expresa o literalmente en disposiciones contractuales (civiles y comerciales), entre otros y que por vía de interpretación, se encuentran implícitas en dicho principio.

En efecto, en la sentencia T-520 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), al analizar un contrato de mutuo celebrado por una entidad financiera con una persona que se convirtió en víctima de un secuestro, la Corte Constitucional impuso al mutuante una serie de cargas extracontractuales derivadas de la interpretación, que para el caso muy particular, el Alto Tribunal realizó del principio de solidaridad y en la sentencia T-769 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas), la Corte Constitucional, olvidándose de la existencia y vigencia de los códigos Civil y de Comercio que regulaban el caso, ordenó la renovación de un contrato de arrendamiento cuando éste había expirado por la causal de la destrucción de la cosa arrendada, dando aplicación a un inexistente derecho de preferencia de los antiguos arrendatarios, todo en aras del principio de solidaridad.

En otros escenarios y apelando a diferentes principios, por vía de tutela la Corte Constitucional ha obligado a contratar a particulares, para efectos de proteger los derechos de los accionantes, con lo cual el acuerdo de voluntades pasa a un segundo plano como elemento generador del contrato. Entre muchos otros fallos, mediante sentencia T-375 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte Constitucional obligó a un ente particular a continuar con un contrato de suministro, para de esta forma garantizar el derecho al trabajo del accionante; en la sentencia T-1165 de 2001 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), la Corte ordenó a una compañía aseguradora la celebración de un contrato de seguro con unos portadores del VIH; en la sentencia T-424 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), la Corte Constitucional obligó a una entidad de medicina pre pagada a renovar un contrato ya finiquitado, pues la negativa a hacerlo conllevaba la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante; en la sentencia T-131 de 2006 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), la Corte prohibió a particulares el abstenerse de celebrar contratos

de compraventa de bienes y servicios cuando la razón de la negativa involucraba consideraciones de tipo racial. Las sentencias previamente citadas, serán analizadas a profundidad en la segunda parte de este trabajo.

1.14.- La buena fe contractual: el faro que ilumina la interpretación de los contratos

Ejecutar los contratos de buena fe, esto es, “conforme a la intención y al propósito que las partes han debido tener al contratar” es la regla que justificó la adopción del artículo 1135 del Code, según el cual “las convenciones obligan no solamente a lo que en ellas se expresa, sino también a todas las consecuencias que la equidad, la costumbre o la ley atribuyen a la obligación según su naturaleza” (Claro Solar, 1937, p. 495). En idéntico sentido se expresa el artículo 871 del Código de Comercio colombiano y mediante el uso de expresiones más genéricas, que no aluden a fuentes del derecho diferentes a la ley o a criterios auxiliares de la actividad judicial como la equidad, se pronuncia el Código Civil colombiano:

Art. 1603 C. C.. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.

La buena fe es el principio que mueve al mundo. Esta suntuosa frase no tiene otra pretensión que recordar la importancia de este principio general del derecho, vinculado a una serie de actividades cotidianas, muchas veces inadvertido, pero siempre tenido en cuenta de manera consciente o inconsciente por sus destinatarios, que sin excepción alguna, son todos los miembros de una sociedad que marcha al tambor de sus postulados que, de una parte, nos obligan a actuar bien y de otro, nos recomiendan creer en los demás, probidad y creencia -denominadas por la Corte Suprema de Justicia como lealtad o buena fe activa y lealtad o buena fe pasiva (Sala

de Casación Civil, sentencia del 23 de junio de 1958, M.P. Arturo Valencia Zea)-, que sustentan la operatividad práctica de algo tan elemental como las señales de tránsito y generan confianza, gracias a la cual, los contratos se celebran por millones, con un crecimiento exponencial que se vería truncado al enfrentarse a una pérdida de fe, que daría al traste con sistemas económicos que giran en torno a la contratación, tales como el bancario, de transporte aéreo, procesamiento de alimentos, entre otros.

El ejecutar los contratos de buena fe es un imperativo que se sobreentiende, se encuentra implícito en toda contratación y por ello no requiere consagración expresa. Dicho imperativo es el primer ejemplo que se expone en la academia como constitutivo de una cláusula de la naturaleza de los contratos, pues ha de suponerse que, frente a la ausencia de pacto expreso, la lógica que se impone será aquella según la cual las partes ejecutarán el contrato de buena fe, descartándose por ello la mala fe en su ejecución.

La buena fe se instituye como criterio orientador de la interpretación de los contratos y a él deberá acudir cuando “los contratantes no han manifestado su voluntad expresamente o cuando las cláusulas del contrato se prestan a interpretaciones contrarias” (Claro Solar, 1937, p. 497). Dicho criterio adoptado en Colombia se aúna a las reglas de interpretación contractual plasmadas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, heredados del sistema chileno que a su vez los adopta del francés, que no hace otra cosa que retomar las enseñanzas de Pothier (1839) en su “Tratado de las obligaciones” (objeto de análisis posterior) y que toma como punto de partida la prevalencia de la intención sobre la literalidad del contrato, idea que se dirige indefectiblemente a que el intérprete del contrato se “adapte” a la voluntad y no necesariamente a la declaración, que puede estar acompañada de yerros, aunque valga aclarar, la declaración se convierte en un limitante a la actividad interpretativa, pues bajo este modelo el intérprete no

puede “aceptar como contenido de la declaración nada que no haya sido declarado” (Claro Solar, 1937, p. 497).

El principio de la buena fe, tradicionalmente adoptado por disposiciones de rango legal, sufrió una novedad con la llegada de la Constitución Política de 1991, codificación que le atribuyó un estatus superior al constitucionalizarlo en su artículo 83, novedad que ha tenido una serie de consecuencias prácticas, no evidenciadas en épocas en las cuales la buena fe mantenía su rango infra constitucional.

En Colombia son de recibo principios generales del derecho no contemplados explícitamente en norma alguna, tal como acontece a manera de ejemplo ilustrativo con el principio del error común hace derecho (*error communis facit ius*), adoptado por el derecho judicial desde aquellas épocas de la Corte Admirable (cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 de mayo de 1936, M.P. Eduardo Zuleta Ángel), dotado de la capacidad de “atribuirle valor a ciertos actos ejecutados por causa o con sustento en apariencias engañosas” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de agosto de 2007, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena) y derivado del concepto de buena fe calificada, exenta de culpa o creadora de derechos e implícito en diversas normas del Estatuto Civil, como el artículo 947 (sobre exclusión de reivindicación de bienes muebles adquiridos en ferias, tiendas o almacenes y el artículo 1548 (sobre ineficacia de la condición resolutoria en un negocio inmobiliario, no plasmada en el título escriturario) (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de junio de 1958, M.P. Arturo Valencia Zea), pero la mayoría de ellos ya cuentan con amparo normativo y es el caso de la buena fe, abuso del derecho, enriquecimiento sin causa o la teoría de la imprevisión (cfr. arts. 83 y 95 num. 1º C.P., 768 C.C., 830, 831, 868 y 871 C. Co.).

La buena fe veía limitados sus alcances a asuntos relacionados con posesión y contratos principalmente: o se refería a ese estado de conciencia de haber adquirido el dominio de las cosas exentas de fraude u otros vicios (art. 768 C.C.) o a la conducta de fidelidad, lealtad y sinceridad que debe guiar la celebración de contratos y el cumplimiento de las obligaciones surgidas del mismo (Valencia Zea, 1997). La expedición de la actual Carta Política amplió el radio de acción de este principio general que hoy se extiende, por un lado, a desarrollos normativos enfocados a viabilizar el querer del Constituyente de que las actuaciones de los colombianos se guíen por los postulados de este principio (art. 83 C.P.) y de otro, la buena fe sirve de criterio determinante que ha desatado la suerte de acciones públicas de inconstitucionalidad, en las cuales normas de rango inferior se han confrontado con este principio constitucionalizado y se ha llegado inclusive, a separarlas del ordenamiento jurídico por resultar violatorias del citado precepto superior.

Lo antes expresado se evidencia en los siguientes literales:

a.- La buena fe ha servido de base para expedir desde tímidos hasta completos y pretensiosos estatutos legales que pretenden ponerla en práctica. Así, por ejemplo, la ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor), dispone como deber de los destinatarios de productos o servicios: “Obrar de buena fe frente a los productores y proveedores y frente a las autoridades públicas” (Art. 3º núm. 2.2), simple reiteración, obviamente concretada a un caso específico, de la previsión constitucional contenida en el artículo 83 constitucional.

A contrario sensu, el extenso Decreto – Ley 019 de 2012, mediante el cual se desarrolla la política anti trámites del Estatuto Anticorrupción (ley 1474 de 2011), cuya construcción arranca del supra referido artículo 83 de la Carta, se inspira en un claro fundamento filosófico orientado a cimentar un profundo cambio cultural que le apuesta a creer en las personas y si bien no se trata de un cuerpo normativo cien por ciento original, pues retoma algunos elementos que ya hicieron parte de políticas anti trámites de gobiernos pasados (prohibición a las autoridades públicas de

exigir autenticaciones o declaraciones extra juicio, entre otros), no se puede desconocer que el Ejecutivo ahora sí abandonó la timidez que venía imperando en la aplicación de la presunción de buena fe y empezó a creerle al ciudadano, quien frente al Estado se encuentra amparado por dicha presunción, hoy de estirpe constitucional.

b.- La Corte Constitucional mediante la sentencia C-068 de 1999 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), expuso una *ratio decidendi* que, desde el punto de vista en que se la mire, puede ser considerada como: (i) el desarrollo pleno del postulado de la buena fe y de la presunción contenida en el artículo 83 constitucional o (ii) una peligrosa puerta de entrada a la tesis de que las normas que incluyan prohibiciones e incluso, inhabilidades o incompatibilidades, podrían resultar inconstitucionales al involucrar, eventualmente, una presunción de mala fe.

La eventual generalización de la inexequibilidad de normas prohibitivas, que a la fecha no se ha dado, ameritó en su momento un campanazo de alerta a cargo del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, quien en su salvamento de voto y al sustentar la tesis de la constitucionalidad de la prohibición de ventas entre cónyuges no divorciados, fundada en la potestad estatal de intervención en la economía, expuso los peligros o riesgos que se derivarían de la decisión mayoritaria adoptada por la Corte, pues si donde existe la misma razón debe aplicarse la misma disposición, las normas prohibitivas o limitativas encaminadas a evitar el sucumbir en tentaciones malsanas que separen al sujeto del recto andar, podrían caer en el precipicio de la inconstitucionalidad, al suponer una mala fe futura.

Cabría preguntarse en gracia de discusión, por ejemplo: ¿por qué razón los funcionarios judiciales no pueden participar en las subastas que se realizan por cuenta de su ministerio o por qué los servidores públicos que laboran en empresas licoreras departamentales no pueden ser propietarios de estancos, pero sí de almacenes de ropa? (cfr. arts. 1854 C.C. y art. 14 C. Co.). Si analizamos las justificaciones subyacentes a dichas limitaciones, posiblemente resultarían

contrarias a la Constitución, al encontrarse inspiradas en la política legislativa de prevenir la mala fe con la que pueden actuar los contratantes.

En este fallo judicial se acogió como *ratio decidendi* la idea de que prohibiciones como las contenidas en las normas declaradas inexecutable, implican suponer de entrada “*la falta de rectitud, lealtad y probidad de quien así contrata, es decir, su mala fe, lo que resulta contrario a la norma constitucional consagrada en el artículo 83 de la Carta Política que, precisamente, dispone lo contrario...*” (Corte Constitucional, 1999, cursiva hace parte del texto).

La Corte sentó el criterio de que en la prohibición de ventas o donaciones entre cónyuges no divorciados entre sí, el legislador pretendía evitar que estos contratantes realizaran maniobras contractuales fraudulentas en perjuicio de terceros que podrían verse afectados, tales como acreedores o hijos extramatrimoniales, sancionándose en consecuencia con nulidad absoluta, todo contrato celebrado en contravía de esta prohibición, así a la postre dicho acuerdo contractual se hubiera ceñido al postulado de la buena fe. Esta sentencia fijó una tesis jurisprudencial que impacta directamente al Derecho privado: una prohibición para contratar que presuma o parta de la suposición de la eventual o futura mala fe de los contratantes, es inconstitucional, por contrariar el contenido del artículo 83 de la Constitución Política.

c.- Pese a lo anotado, la misma Corte en su función de guardiana de la Constitución, ha dejado sentado que es viable que en ciertos eventos, el legislador presuma el dolo e inclusive la mala fe: (i) en la sentencia C-544 de 1994, (M.P. Jorge Arango Mejía), la Corte Constitucional declaró ajustados a la Carta los artículos 768 inciso final y 1025 numeral 5º del Código Civil, referidos a la presunción de mala fe en los errores en materia de derecho y la presunción de dolo en la ocultación del testamento, respectivamente; (ii) en la sentencia C-540 de 1995 (M.P. Jorge Arango Mejía), la alta Corporación declaró la exequibilidad de la frase “excepto los casos en que la ley establece la presunción contraria”, contentiva de la excepción a la regla general de que la

buena fe se presume, plasmada en el artículo 769 del Código Civil y (iii) refiriéndose a las inhabilidades e incompatibilidades para celebrar contratos administrativos, contenidas en el artículo 8º la ley 80 de 1993 (muchas de las cuales teóricamente involucrarían presunciones de mala fe), la Corte se ha pronunciado en varias oportunidades mediante fallos que declaran la exequibilidad de las citadas limitaciones, bajo el entendido de que pretender garantizar la imparcialidad en la contratación, de ninguna forma vulnera la presunción constitucional de buena fe (cfr. sentencias C-415 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-429 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

En un aparte posterior del presente estudio se analizará si la importancia y transcendencia de la buena fe, revitalizada por su constitucionalización, sirve de justificante al reconocimiento judicial de obligaciones post contrato, que en teoría podrían considerarse como inherentes a la naturaleza de las obligaciones o que por ley le pertenecen a ellas (art. 1603 C.C.).

CAPÍTULO 2

El concepto de derecho implícito y su recepción en Colombia

En los siguientes apartes se exponen los elementos teóricos que sustentan el concepto de derecho implícito, su utilidad práctica en el sistema de fuentes del Derecho y a partir de casos concretos tomados de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se demuestra cómo el Alto Tribunal ha adoptado decisiones judiciales basadas en preceptos que no tienen respaldo expreso en las disposiciones de derecho positivo, aunque aquellas sí son utilizadas para que a partir de las mismas, el juez realice inferencias que le permiten deducir la existencia de un derecho inmerso, implícito, consolidado por el fallador, no por el legislador y por ende, nuevo derecho fruto no solamente de un acto de interpretación judicial, sino de lo que Candia denomina una verdadera “construcción normativa del juez constitucional” (2014, p. 484).

2.1.- La teoría de los derechos implícitos y su recepción en la jurisprudencia colombiana relativa a litigios contractuales constitucionalizados por vía de tutela

La teoría de los derechos implícitos apoya la idea de la plenitud, que aunada a la unidad y coherencia, se estatuyen en características que la doctrina atribuye al ordenamiento jurídico y de ahí que, dada la completitud de dicho ordenamiento, se deriven dos consecuencias: (i) que el juez pueda encontrar una respuesta satisfactoria a todos los casos sometidos a su conocimiento, por más difíciles que estos se ofrezcan y (ii) que no exista caso, independientemente de su complejidad, que el sistema jurídico no haya regulado (Bobbio, 2002). La cuestión de la plenitud

se relaciona directamente con el problema de las lagunas jurídicas, pues de aceptarse, se negaría implícitamente la existencia de dichas lagunas y a *contrario sensu*, desechar la plenitud como característica del ordenamiento jurídico conlleva la ínsita idea de la existencia de vacíos normativos, de la ausencia de normas que permitan solucionar ciertos casos (Nino, 2003).

Colombia de manera temprana tomó partido por el principio de completitud de la ley escrita, adoptado por el Code napoleónico de 1804, inspirador del Código Civil chileno de 1855 y a la postre copiado por el legislador colombiano que lo acogió en dos oportunidades distintas, correspondientes a épocas de federalismo (1873) y centralismo político (1887) (Bohórquez, 2016).

Revisado el legado francés que otorgó una caja de herramientas al intérprete judicial para que éste pueda solucionar todos los asuntos sometidos a su escrutinio, se encuentran los artículos 25 a 32 del Código Civil colombiano, que bajo el epígrafe “interpretación de la ley” ostentan la pretensión de cerrarle el paso a eventuales vacíos jurídicos que justificarían una conducta omisiva del juez, constitutiva de denegación de justicia, a todas luces reprochable.

En efecto, la secuenciación del ya referido articulado, permite apreciar una especie de hoja de ruta que debe seguir el intérprete aplicador de la norma, en procura del cometido de finiquitar el asunto mediante una decisión de fondo: toda interpretación debe partir del respeto al sentido gramatical de las palabras contenidas en un precepto normativo y para ello, el aplicador deberá precisar el significado que deberá conferirle a los términos que bien podrán ser entendidos en un lenguaje coloquial, en uno especializado o en el significado otorgado por la propia ley; si el lenguaje utilizado en la disposición analizada no ofrece claridad, pues evidencia vacíos, deficiencias o contradicciones, le es dable al intérprete consultar su teleología o finalidad, plasmada en el mismo cuerpo de la norma o en sus antecedentes históricos; la norma interpretada no debe considerarse como una isla en un inmenso océano, pues el intérprete debe extender los

puentes necesarios para indagar acerca de los vínculos o correspondencia existente entre el precepto interpretado y el resto del ordenamiento jurídico; si no existe norma aplicable al caso concreto, deberán consultarse otras que regulen asuntos o materias semejantes y aplicarlas por vía analógica; a partir de un análisis lógico, el intérprete deberá ampliar o restringir el alcance de la norma interpretada, al considerar, *verbi gratia*, si se halla frente a normas meramente enunciativas o de carácter taxativo; el juez debe considerar las interpretaciones previas que sobre la propia norma haya hecho el legislador y la Corte Constitucional, quien hoy también se considera intérprete auténtico de la ley (Corte Constitucional, sentencia C-820 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra); la inoperancia de las anteriores herramientas abre el paso a una interpretación motivada por el espíritu general de la legislación y la equidad natural (cfr. arts. 25 a 32 C.C.), herramienta esta última ratificada por la Constitución Política como criterio auxiliar de la actividad judicial (art. 230 C. P.).

Los aludidos criterios de interpretación, a pesar de su carácter centenario, no hacen parte de normas calificadas como desuetas, por el contrario, se conservan vigentes y resultan muy útiles aún en el ejercicio de la práctica interpretativa, no obstante haber sido expedidas bajo la marcada influencia de la escuela de la exégesis, orientada por una parte, a la exaltación de la ley como fuente del derecho por excelencia, derivándose de ello el principio de exclusividad, paladín de la idea de que el único derecho es el codificado (Corral, 2004; Blanco, 2010) y de otro lado, la exégesis se funda en el culto a la literalidad de la norma, pues ello garantiza el respeto a la voluntad del legislador, destacándose de esa forma su importante papel como guardián de la libertad, uno de los principios rectores que guiaron el proceder de los abanderados de la revolución francesa, quienes apostaron a que las normas expedidas con anterioridad a las conductas a regular “contenían las consecuencias jurídicas posibles de todos los actos humanos”, todo ello traducido en el postulado de la seguridad del ciudadano (Bohórquez, 2016, p. 142).

Los insumos hermenéuticos ya referenciados, aparecen enriquecidos en materia comercial, cuando al intérprete y aplicador del derecho se le ofrecen herramientas adicionales no descritas expresamente en el capítulo IV del título preliminar del Código Civil, relativo a la interpretación de la ley, herramientas representadas en la costumbre mercantil (nacional e internacional), las estipulaciones contractuales, los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia y los principios generales del derecho comercial (arts. 3º a 7º C. Co.), instrumentos que apoyan la pretensión de completitud del ordenamiento jurídico.

El movimiento codificador, que encontró terreno abonado en diversos países europeos y latinoamericanos, apostó por el principio de la completitud de la ley escrita, relacionado directamente con la característica de la plenitud del sistema jurídico y tal como ya se lo expuso para el caso colombiano, la completitud y plenitud aparecen reflejadas en una suerte de disposiciones normativas que garantizan precisamente que todo “caso” -en el sentido que el tratadista Carlos Santiago Nino (2003) entiende esta expresión, esto es, en sentido genérico o “clases de acontecimientos” (v.gr. “homicidio emocional”) y no “hechos individuales” (v.gr. “homicidio cometido por Pedro”) (p. 281)-, encuentre cabida en el sistema jurídico, plétórico de recursos para que el juez evite el *non liquet*, causante de que la *litis* se mantenga en el tiempo de manera indefinida, sin resolverse.

Aparte de lo anterior, el intérprete puede hacer gala de otras herramientas hermenéuticas, como aquél principio kelseniano de clausura, según el cual todo lo que no cuente con prohibición expresa tiene permiso implícita, punto en particular que descartaría la existencia de lagunas jurídicas (Nino, 2003), principio que sustenta el fundamento de responsabilidad de los particulares (sólo responden por violación de la ley) a diferencia de aquella atribuida a servidores públicos (responden por violación de la ley, omisión y extralimitación de funciones) contenido en

el artículo 6° de la actual Carta Política colombiana, reiteración de un texto constitucional similar que ya había sido adoptado por la Constitución Colombiana de 1886 (art. 20).

Inclusive la doctrina, referida a “los estudios, análisis y crítica que los juristas realizan con carácter científico” (Álvarez, 1995, p. 154), se instituye en un apoyo hermenéutico importante para el intérprete, pues le aporta a éste razones argumentadas para sustentar uno u otro resultado interpretativo, e incluso, puede llegar a tener el carácter de norma supletoria, tal como ocurre en materia laboral (art. 19 Código Sustantivo del Trabajo) o de fuente auxiliar de las determinación de las reglas del Derecho internacional (v.gr. art. 38 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya), estatus reservado para aquella generada por los autores de Derecho público más reconocidos, muy a pesar que su impacto tiende a verse atenuado por la codificación y la multiplicidad de criterios doctrinarios, provenientes de autores que no garantizan una independencia de criterio frente a los países de los cuales son originarios (Álvarez, 1995).

Si a la multiplicidad de herramientas hermenéuticas se agregan todas las fuentes del derecho de que dispone el intérprete aplicador de las normas, sí que se cierran aún más las puertas al argumento del *non liquet*, reafirmandose en consecuencia el deber del juez de fallar en todos los casos. De manera concreta, para los casos específicos o “hechos individuales” a que se refiere Nino, supra citado, en la práctica resulta en extremo difícil, por no decir imposible, que surja un caso con tal nivel de complejidad, que no pueda ser solucionado a la luz de las fuentes del Derecho y las reglas de hermenéutica, aspecto puntual que descartaría la existencia de lagunas jurídicas, pues el propio sistema jurídico ofrece los caminos para obviarlas.

La Corte Constitucional colombiana ha adoptado el concepto de “plenitud hermética del Derecho”, de autoría de Carlos Cossio, apostándole a la idea de que en estricto sentido jurídico no puede hablarse de lagunas jurídicas, pues dado que las fuentes formales principales (ley en sentido material) y las auxiliares, hacen parte integrante de un “sistema”, ellas prevén soluciones

a todas las situaciones jurídicas que puedan presentarse, aparte de que en un análisis interpretativo no debe obviarse el principio de clausura ya expuesto, según el cual “aquello que no esté prohibido está permitido” (Corte Constitucional, sentencia C- 104 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Esta tesis de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico no es pacífica y resulta criticada por autores como Alchourrón y Bulygin, para quienes la existencia de herramientas para obviar las lagunas, no necesariamente significa que estas no existan y sostener lo contrario sería tan irrazonable como defender la idea de que los pantalones no pueden romperse porque siempre habrán sastres dispuestos a arreglarlos (Alchourron & Bulygin, 1974; Nino, 2003).

En apoyo de la característica de la plenitud del ordenamiento jurídico, en la teoría de las fuentes del derecho, aparte del derecho explícito, entendido como el “producto de actos normativos realizados por autoridades jurídicas”, también debe ser considerado el derecho implícito, resultante de la “elaboración racional del derecho explícito” o del “método jurídico” o “argumentación jurídica” (Aguiló, 2000, pp. 130-131) y definido como normas no expresas o “carentes de formulación en los textos normativos (dicho de otro modo, las normas que no pueden ser reconducidas a precisas disposiciones normativas en cuanto significados de éstas)” (Guastini, 2014, p. 493).

La utilidad de este concepto y su relación con la característica de la plenitud del ordenamiento jurídico, se evidencian a partir de una doble situación fáctico jurídica: (i) la complejidad de un caso permite que el juez, frente a la imposibilidad de encontrar una solución satisfactoria en el terreno del derecho explícito, indague por su respuesta en los predios del derecho implícito o (ii) el sistema de fuentes del derecho explícito confiere una solución al caso, pero el intérprete aplicador de la norma considera que no es la mejor solución que se puede ofrecer al mismo (laguna axiológica) y dicha respuesta se sustenta en el derecho implícito.

2.2.- Elementos teóricos justificantes de la inferencia y aplicabilidad de los derechos implícitos

A partir de esta aproximación inicial al concepto de derecho implícito y su relación con la característica de la plenitud del ordenamiento jurídico, se exponen en seguida una serie de elementos teóricos apoyados en el Derecho colombiano, en los cuales se detallan las diversas alternativas con las cuales cuenta el juez para descubrir derechos implícitos en normas explícitas o inclusive, también en normas implícitas. Este tipo de ejercicios le ha permitido a la Corte Constitucional, en términos generales, generar una amplia producción de nuevo derecho en diversos temas y en particular, en lo atinente a obligaciones y contratos de Derecho Privado, tema que amerita un tratamiento particular en un acápite posterior.

2.2.1.- Carlos Ernst: la conceptualización del derecho implícito

En un interesante trabajo, el teórico argentino Carlos Ernst (1994) ofrece los elementos teóricos necesarios para conceptualizar el derecho implícito, comprendido en este concepto tanto el derecho en general, entendido éste como derecho objetivo, así como los derechos subjetivos, asimilados a facultades radicadas en cabeza de los titulares de los mismos y este será el alcance amplio que se le dará al concepto de derecho implícito en este aparte del trabajo. Este autor propone al comienzo de su obra, la definición más sintética de derecho implícito que puede encontrarse en la doctrina: “[u]n derecho implícito es un derecho no escrito” (1994, p. 10) y a partir de una serie de ejemplos introductorios, explica la importancia del concepto y su utilidad práctica, destacándose entre ellos el siguiente:

Una disposición de carácter tributario grava con impuestos la propiedad ejercida sobre obras de arte; un aficionado a la pintura tiene obras de su autoría, entre ellos, bocetos y obras

terminadas y una de ellas gana un premio, lo cual conlleva un reconocimiento público y a partir de ello, es investigado por la oficina de impuestos estatales, dada la aparente evasión.

Lo descrito suscita una serie de reflexiones que a la postre se convertirán en las defensas del contribuyente y se espera que al menos una de ellas prospere: (i) una obra de arte solamente puede ser considerada así cuando adquiere reconocimiento social, por ende, antes del premio no existía el imperativo de declarar para efectos tributarios la propiedad sobre expresiones artísticas de autoría propia que todavía no obtenían el calificativo de “obras de arte”; (ii) los gravámenes tributarios solamente consideran o tienen en cuenta las obras adquiridas a título oneroso, pues ello demuestra capacidad económica del adquirente, la autoría de obras propias en sí no demostraría dicha capacidad y (iii) al carecer de efectos retroactivos, la norma tributaria solamente podría aplicarse a las obras artísticas ya reconocidas como tales al momento de expedición de la norma impositiva, no a las que lleguen a obtener un reconocimiento posterior.

De aceptarse cualquiera de estas tesis defensivas, se reconocería que estaban implícitamente contempladas en el ordenamiento jurídico, al asumir la forma que Ernst denomina “normas derivadas”, entendidas éstas como “[r]eglas de conducta o de comportamiento que si bien no han sido discutidas y sancionadas, pueden sin embargo inferirse o derivarse del ordenamiento” (1994, p. 12), en otras palabras, normas surgidas después de un proceso lógico deductivo “a partir de los enunciados de base del orden jurídico” (1994, p. 77). Ernst presenta en su obra diversas situaciones que a su juicio, justificarían la afirmación de la existencia de derechos implícitos, a partir de lo que el autor denomina como “variantes argumentativas” a saber: argumentos de la costumbre, valorativo moral, interpretación, derechos no enumerados, teleológico y lógico formal (1994, p. 21), los cuales se presentarán a partir de su concepción teórica, ideas que serán complementadas con posterioridad a partir de valiosos aportes realizados por autores europeos a esta temática.

a.- El argumento de la costumbre

Particularmente en el Derecho privado y especialmente en el Derecho comercial, la costumbre es especialmente considerada, consideración que se aprecia prácticamente desde las primeras orientaciones que los docentes de esta área del conocimiento jurídico les imparten a sus estudiantes cuando explican las características que ostenta el Derecho mercantil y es así como aparte de presentarlo como un derecho cosmopolita, que tiende a la uniformidad, en seguida se imparte la característica de ser un derecho consuetudinario, basado en las costumbres, figura clave en la consolidación medieval de un Derecho mercantil, autónomo e independiente frente al Derecho civil. A diferencia de fuentes formales como la ley o la jurisprudencia, las cuales no requieren prueba y basta su invocación a la autoridad judicial, con la costumbre no ocurre lo propio, pues esta debe acreditarse ante el juez a partir de los explícitos mecanismos de prueba contemplados en la legislación colombiana (arts. 178 y 179, C.G.P.), en los cuales se dará cuenta de los requisitos que debe reunir esta práctica social a la luz del artículo 3º del Código de Comercio (conjunto de actos repetitivos, uniformes y públicamente conocidos, no contrarios a la ley), así como el requisito de ser conforme a la moral general o social, adoptado por el artículo 13 de la ley 153 de 1887 y condicionado mediante sentencia de exequibilidad C-224 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía, dado que la redacción original de esta norma hacía alusión a “moral cristiana”.

La entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, planteó el dilema de si la costumbre aún hacía parte del ordenamiento jurídico colombiano, al no haber sido relacionada en el listado de fuentes formales que pueden apreciarse en el artículo 230 de la Constitución Política, dilema resuelto por la Corte Constitucional cuando resolvió una demanda en contra de varias normas acusadas de inconstitucionalidad sobreviniente y relativas a la costumbre, entre ellas, los artículos 3º a 9º del Código de Comercio. La Corte apostó por la exequibilidad de estas normas

(sentencia C-486 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) al ratificar el carácter normativo de la costumbre (cuenta con la misma autoridad que la ley por disposición del art. 3º C.Co.) y su pertenencia al ordenamiento jurídico como fuente formal del derecho, muy a pesar de la férrea oposición jurídica del magistrado Carlos Gaviria Díaz, quien consideró en su salvamento de voto que la costumbre había sido excluida de dicho carácter, por su no inclusión expresa en el artículo 230 superior.

Ernst (1994) plantea un debate teórico en torno a partir de qué momento la costumbre puede ser considerada como fuente de un derecho implícito, si a partir de su reconocimiento judicial o desde antes, cuestionamiento que se analiza a continuación en el contexto colombiano a partir de un caso que tiene dos momentos: (i) se celebra un contrato de comisión, orientado a que el comisionista ubique un potencial comprador de vehículos usados que será puesto en contacto con el vendedor. El negocio de compraventa se realiza y quien contrató con el comisionista paga a éste un porcentaje del precio no pactado expresamente, pues la costumbre de la plaza es remunerar al comisionista con el 3% del valor de la venta efectivamente realizada y (ii) en una segunda gestión adelantada por el comisionista frente al mismo vendedor, éste no paga el porcentaje que indica la costumbre del lugar, razón por la cual se adelanta en contra de este último una acción judicial, en la cual se acredita la costumbre mediante prueba testimonial y certificación de Cámara de Comercio que asevera su existencia (art. 179 nums. 1º y 3º C.G.P.), reconocida a la postre en el fallo judicial que ordena el pago del 3% a título de comisión, calculado sobre el valor pactado en el contrato de compraventa.

Del caso expuesto se infieren una serie de razonamientos frente al argumento de la costumbre como fuente de derecho implícito:

- Si la sentencia reconoce la costumbre, dado el valor de norma particular que tiene aquella, el derecho deja de ser implícito y se convierte en explícito, avalado por una autoridad estatal, con efectos vinculantes inter partes.
- No obstante los efectos inter partes de las sentencias de la justicia ordinaria que reconocen una costumbre, estos fallos pueden servir de prueba de la práctica consuetudinaria en otros procesos donde se invoque, siempre y cuando no tengan una antigüedad superior a 5 años contados a partir del diferendo (art. 179 núm. 2º C.G.P.)
- En el primer momento del caso, antes de presentarse el litigio, la costumbre surtió efectos, pues frente a la ausencia de estipulación contractual en torno a la remuneración, el beneficiario de la gestión pagó el porcentaje vigente en la plaza, lo cual no hubiera sido de recibo si en el contrato de comisión se hubiere pactado un valor diferente (art. 4º C. Co.).
- En consecuencia, la costumbre se convirtió en fuente de derecho implícito con y sin reconocimiento judicial, afirmación que por supuesto, no está exenta de controversia

Aparte de lo expuesto, la costumbre también resulta importante en la determinación de reglas inmersas conceptualmente en otras reglas, categoría de derecho implícito expuesta por Francisco Laporta, infra analizada.

b.- El argumento valorativo moral

Ernst (1994) afirma en su obra que los juristas “suponen la existencia de derecho no escrito, implícito en las valoraciones e ideales éticos de la sociedad” (p. 33) y arranca su exposición a partir de un ejemplo que lo inserta en lo que él denomina los “sistemas jurídicos aberrantes” y se relaciona con un propietario que pretende explotar un mineral valioso presente en terrenos sobre los cuales ejerce dominio y dicha posibilidad le es negada por autoridades

estatales, dado que dicho elemento presente en la naturaleza es vital para la defensa nacional y su prohibición de explotación se incluyó en una ley que fue sancionada aunque nunca promulgada, pero vigente en un sistema jurídico que ampara la aplicabilidad de leyes secretas. Surge de este caso hipotético la inquietud relacionada con las alternativas de defensa de los afectados con este tipo de medidas, las cuales con plena seguridad no se encontrarían en el terreno del derecho explícito, pero sí en el implícito, resultante de la construcción de argumentos valorativos morales.

En un caso real ocurrido en Colombia, se puede apreciar este tipo de ejercicios consistentes en construir argumentos valorativos morales orientados a la inferencia de un derecho implícito a partir de un derecho explícito que se considera insuficiente para regular determinada situación y el protagonista es el Consejo de Estado. En efecto, mediante sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo calendada el 26 de noviembre de 2013, C.P. Enrique Gil Botero, esta Corporación desató la segunda instancia de una acción popular fallada inicialmente por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y orientada a que se suspenda la autorización de uso de una especie de mono amazónico en investigaciones que, para el perfeccionamiento de la vacuna contra la malaria, adelantaba la Fundación Instituto de Inmunología de Colombia (FIDIC).

La declaratoria de nulidad de los actos administrativos que autorizaban el uso de esta especie protegida fue la consecuencia de la acción popular que a la postre prosperó, bajo el entendido de que los animales silvestres eran titulares de derechos colectivos, justiciables por esta acción constitucional, la cual podría ser ejercida por cualquier persona en su calidad de agente oficioso, consideración que amplió la categoría de titulares de derechos, antes reservada solamente para las personas, pues ni siquiera el Estatuto de Protección Animal vigente para la época (ley 84 de 1989) contempla este status y se habla en presente, pues esta norma se encuentra vigente. Revisada la argumentación que sustenta el fallo, se encuentra que abundan las

consideraciones valorativas morales, soportadas en argumentos de autoridad provenientes de autores como Martha Nussbaum, Adela Cortina y Amartya Sen, entre otros y cuestiona tesis de filósofos como Fernando Savater, conocido defensor de la fiesta brava.

Lo interesante del fallo del máximo exponente de la jurisdicción contenciosa administrativa radica en que sus razonamientos en derecho son endebles y la fuerte carga argumentativa reposa en argumentos valorativos morales, que a la postre le permitieron al Consejo de Estado inferir del artículo 88 constitucional, la existencia del derecho implícito de los animales a ser protegidos del maltrato, a partir del ejercicio de la figura de la acción popular, previsión normativa que de forma expresa no se halla en todo el texto de la Carta, ni en la ley 472 de 1998, reglamentaria de esta acción constitucional, ni en la referida ley 84 de 1989 y menos aún en cuerpos normativos posteriores que protegen a los animales como seres sintientes, pero sin que ello los eleve al rango de sujetos de derechos (cfr. leyes 1774 de 2016 y 1801 de 2016).

No sobra advertir que la mentada sentencia del Consejo de Estado fue anulada por la misma Corporación, pues sobre la misma la Fundación Instituto de Inmunología de Colombia – FIDIC- interpuso una acción de tutela por encontrarse presentes una serie de vías de hecho que habrían afectado derechos fundamentales de esta persona jurídica, relacionados con el debido proceso y la libertad de investigación científica, acción constitucional que a la postre prosperó y fue así como mediante sentencia calendada el 12 de diciembre de 2014, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, se procedió a dejar sin efectos la sentencia sobre la acción popular y dentro de los considerandos se revirtió el criterio sobre la titularidad de derechos de los animales, al precisarse que éstos no son sujetos morales, calidad reservada únicamente para las personas. Sobre el tema de los valores como fuente de derechos implícitos se volverá más adelante.

c.- El argumento de la interpretación

Carlos Ernst (1994) comienza la exposición de este argumento con el análisis de una norma tomada del anterior Código Civil Argentino, específicamente el artículo 954, que a la sazón rezaba lo siguiente: "...también podrá demandarse la nulidad de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación". A partir de la citada norma, Ernst indaga acerca de la forma en que debe determinarse el sentido o el alcance de las expresiones que componen este enunciado normativo, bien sea a partir de su simple significado gramatical o por el contrario, si el intérprete debe trascender el mero significado lingüístico y efectuar un análisis de contexto donde considerará también "[l]os usos, costumbres y valores de la comunidad donde la norma debe operar" (p.45).

Los resultados interpretativos dependerán también de si la labor del intérprete se realiza en abstracto o en concreto, la norma separada de un caso o vinculada a uno que pretende regular y desde este punto de vista, se pueden encontrar normas que ofrecen una claridad meridiana cuando se interpretan en abstracto, pero se oscurecen y llenan de vacíos cuando se aplican a situaciones fácticas específicas, abriéndose la puerta para que por vía de la interpretación surja el derecho implícito. Un ejemplo presentado por García y Gascón (2003), calificado por los propios autores como muy conocido y carente de originalidad (se atribuye a Radbruch, quien al parecer lo tomó de Petrasysky) sirve para estructurar un caso lleno de diversos matices que sí tiene pretensión de originalidad: en una estación de tren rige una norma reglamentaria según la cual está prohibido el ingreso de pasajeros con perros y se presenta un pasajero con un oso que pretende acceder a uno de los vagones, bajo el entendido de que no queda cobijado con la prohibición.

El caso del oso en el tren, en su versión básica, se adecúa a la realidad colombiana y se complementa con una serie de variables que lo hacen más complejo y a partir del mismo se evidenciará el argumento interpretativo como fuente de derecho implícito:

En el reglamento que opera al interior del servicio público del metro de una ciudad, existe una norma reglamentaria del siguiente tenor literal: “Se encuentra terminantemente prohibido el ingreso de pasajeros con perros.” A dicha norma se le brinda mucha publicidad, pues letreros alusivos a la misma, se encuentran en diversas partes de las instalaciones que albergan a los trenes. Percatado de esta situación, el domador de un oso amaestrado, que deseaba transportarlo al circo por la vía más expedita, pretende hacer uso del servicio público, habida consideración que la norma se refiere exclusivamente a perros y no contempla a los osos dentro de la prohibición.

El domador del animal, quien es estudiante de derecho, sabe que las normas de naturaleza restrictiva deben interpretarse de esta manera (restrictivamente) y por ende, no admiten analogías (si la norma dice perro, debe entenderse perro, no oso). Con este razonamiento pretende ingresar el animal a uno de los vagones, encontrando la férrea resistencia de un funcionario del metro (es abogado), quien, al analizar la finalidad de la norma en cuestión, considera que la misma busca garantizar la seguridad de los pasajeros y por ende, no autoriza el transporte del oso. El domador expone que de conformidad con el artículo 27 del Código Civil colombiano, si el sentido de una norma es claro “no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (finalidad)”. En consecuencia, debe permitirse la movilización del oso en el metro.

La anterior discusión que aún continúa, es presenciada por una serie de personajes que hacen fila y pretenden subir al metro:

- Un discapacitado visual, quien pretende viajar con un perro de raza pastor alemán, el cual le sirve de lazarillo;

- Una persona que porta un perro de raza pincher (adulto) y otro rottweiler (de dos meses de nacido), los cuales no ofrecen problemas de seguridad;
- Una persona que trabaja como vigilante en una empresa de seguridad y se moviliza a su medio de trabajo por el medio más rápido. Va a llegar tarde porque debió atender un accidente de uno de sus hijos. Su trabajo está en riesgo. Lo acompaña un perro de raza doberman con el respectivo bozal (es su herramienta de trabajo);
- Una persona que lleva en sus brazos un perro que acaba de ser atropellado. La clínica veterinaria se encuentra a veinte minutos en metro. Otro medio de transporte agravaría la situación del animal. Su vida se encuentra comprometida.

El funcionario del metro, a cargo del ingreso de pasajeros, debe determinar cuáles de los anteriores personajes podrán hacer uso del servicio y cuáles no, previa interpretación de la norma a aplicar (“Se encuentra terminantemente prohibido el ingreso de pasajeros con perros”), aparentemente dotada de claridad, de fácil lectura y entendimiento. Quien oficia de intérprete realiza las siguientes consideraciones:

- La interpretación gramatical de la norma permitiría el ingreso del pasajero con el oso. Sin embargo, esta no es la mejor solución que se le puede brindar al caso. El tenor literal de la norma no es claro y por ello se puede consultar su espíritu (art. 27 C.C.) reflejado claramente en la búsqueda de seguridad de los pasajeros, la cual se puede ver comprometida por la presencia del oso, que, si bien es amaestrado, conserva su calidad de oso, animal salvaje de comportamiento impredecible. No se permite su ingreso.
- El pasajero con discapacidad visual está acompañado de un perro. La norma reglamentaria impediría su ingreso. No obstante, por principio de jerarquía, esta norma

debe ceder frente a otras de mayor peso, como aquella que establece que el Estado protege especialmente a aquellas personas que por su condición física se encuentren en situación de debilidad manifiesta (art. 13 inc. 3º C.P.), aparte de que el artículo 124 del Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana (ley 1801 de 2016) sanciona la conducta orientada a “impedir el ingreso o permanencia de perros lazarillos que, como guías, acompañen a su propietario o tenedor en.....sistemas de transporte masivo, colectivo o individual...”. Se permite el ingreso de este pasajero.

- El portador de los perros de raza pequeña y raza peligrosa, pero éste último de dos meses de nacido, ha escuchado el razonamiento del funcionario del metro en cada uno de los casos anteriores y considera que, dado que la teleología de la norma es garantizar la seguridad de los pasajeros, esta no se verá comprometida con la presencia de los dos perros que porta en sus manos, argumento que no es de recibo en esta oportunidad por el intérprete, que retorna a la literalidad y al aplicar el principio *ubi lex non distinguit nec nosdistinguere debemus*, “donde la ley no distingue no le es lícito distinguir al intérprete” (Blanco, 2010, p. 65) concluye que, como la norma no diferencia perros grandes de perros pequeños, debe hacerse valer la prohibición contenida en la norma. Este pasajero no ingresa, a pesar del reproche de éste motivado por la aparente contradicción en que incurre el funcionario.
- El vigilante invoca a su favor el reconocimiento de un derecho fundamental especialmente protegido por el Estado: el trabajo (art. 25 C.P.), el cual lo vería comprometido si no utiliza el medio de transporte más idóneo para llegar a su lugar de labores; su perro está entrenado, al igual que el pastor alemán que oficia como lazarillo. El funcionario niega su acceso al servicio al considerar que la fundamentalidad de su

derecho al trabajo no debe invocarse a la empresa del metro, sino a su empleador, en la medida que éste tome alguna medida orientada a su desconocimiento, aparte de que la sanción por la no permisión del ingreso de perros entrenados a servicios de transporte no comprende aquellos utilizados en la prestación de servicios de vigilancia, por disposición expresa del párrafo 1º del artículo 124 del Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana (ley 1801 de 2016).

- El pasajero con el can atropellado ingresa a los vagones, pues la norma reglamentaria prohibitiva debe ceder frente al deber de solidaridad que los humanos debemos a los animales, lo cual nos obliga a actuar mediante acciones oportunas cuando la salud o vida de estos seres sintientes corran peligro, deber que hoy no ostenta un carácter moral, como mal podría pensarse, sino jurídico y se aplicarían consecuencias de este tipo frente a su desconocimiento (art. 3º literal c) ley 1774 de 2016).

Obsérvese cómo una misma norma, aplicada a diversos presupuestos fácticos, genera diferentes resultados interpretativos, fruto de su apreciación literal o de su análisis de contexto y en ello se puede apreciar el surgimiento del derecho implícito en la modalidad de derechos, obligaciones, prohibiciones o excepciones que justifican la inaplicación de la norma.

d.- El argumento de los derechos no enumerados

Ernst (1994) presenta este argumento a partir de los derechos constitucionales implícitos, cuya existencia reconoce el artículo 33 de la Constitución de la Nación Argentina de 1994, cuando dispone que: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”, postulado constitucional que ofrece gran similitud con el artículo 94 de la Constitución Colombiana, la cual

reconoce la existencia de derechos “inherentes” a la persona, que así no estén enumerados en el cuerpo normativo, deben ser reconocidos, punto que se retomará más adelante. Se trata de previsiones iusconstitucionales explícitas que reconocen la existencia de derechos implícitos, situación no exenta de preguntas que se formula el autor ahora comentado: ¿De existir derechos no enumerados, ¿cuáles son? ¿A qué tipo de metodología debe acudir para arribar a su descubrimiento? ¿Cuáles son las diferencias entre el argumento de los derechos no enumerados y el valorativo-moral?

Ernst (1994) no desconoce el vínculo existente entre derechos no enumerados y derechos naturales -relación que se sugiere más clara en la Carta colombiana cuando ésta alude al concepto de “inherencia”- y apoyándose en Bidart Campos, ofrece un catálogo de derechos implícitos donde, aparte de los no enumerados, referidos en el artículo 33 de la Carta argentina y el derecho natural, incluye al valor justicia y la ideología de la Constitución.

Esta visión tan amplia de los derechos no enumerados y las fuentes de los mismos, que ostentan un altísimo grado de indeterminación, favorecen la discrecionalidad y creatividad judiciales que se agudizan cuando el juez apela a la búsqueda del derecho implícito en principios, idea que podrá evidenciarse cuando se analicen autores como Guastini y Laporta, en seguida.

e.- El argumento teleológico

Ernst (1994) plantea así el sustento de este argumento: “[s]i puede establecerse con certeza cuál es el propósito de una determinada norma, entonces en función de éste y el texto de la misma, puede inferirse, derivarse o suponerse la existencia de normas implícitas; el fin de la norma operaría así como el motor para el descubrimiento del derecho implícito” (p. 65). La particularidad de este tipo de argumentos es que una vez ésta haya visto la luz, su resultado puede resultar distante del texto de la norma cuyo propósito se indagó, disparidad que el citado autor

plantea en lo que él denomina una “fórmula metafórica: el conflicto de la letra y el espíritu de la ley” (p. 67).

Se propone como ejemplo que ilustra esta categoría, el caso de una ley de naturaleza laboral que protege con una indemnización especial a las mujeres trabajadoras que son despedidas con ocasión de su matrimonio y establece una presunción legal, según la cual, se considerará que la terminación del contrato estuvo motivada por esta circunstancia, cuando el empleador no invocó una causa legal de terminación o ésta no se acredita o dicho despido tiene ocurrencia en un espacio de tiempo comprendido entre los seis meses anteriores o doce meses posteriores a la celebración del contrato matrimonial. A partir de este marco normativo se expone el caso de una trabajadora que resulta despedida sin justa causa; un mes después de su despido conoce a un sujeto, comienzan una relación de noviazgo y al cabo de cuatro meses contrae matrimonio.

A partir de una interpretación literal de la norma y la subsunción de los hechos en la misma, se concluiría que a la ex trabajadora le asistiría el derecho a reclamar la indemnización especial, pues el despido tuvo ocurrencia dentro de los seis meses anteriores al matrimonio, decisión que a todas luces sería absurda. Al apelar al propósito de la ley, Ernst infiere una norma de derecho implícito que se convierte en una excepción a su aplicación, consistente en que la sanción especial no tendrá lugar si el empleador demuestra que razonablemente no pudo tener conocimiento del futuro matrimonio de su ex trabajadora, reflexión que invita a pensar, a propuesta del autor gauchó, si el derecho implícito “[s]e lo concibe como una herramienta que condiciona, limita o reforma el sistema de derecho positivo o si se lo considera un mero desarrollo y desenvolvimiento de éste” (p. 70).

La aludida reflexión también surge en otro caso, esta vez tomado del Derecho contractual colombiano y relacionado con la reiterada práctica de exigir letras de cambio como garantía de

pago de los cánones de arrendamiento de vivienda, práctica prohibida por el artículo 16 de la ley 820 de 2003, cuando se consigna que las garantías de cumplimiento de las obligaciones no pueden pactarse en documentos diferentes a aquellos que soporten el contrato de arrendamiento, medida pensada en la protección de los intereses de los arrendatarios, a fin de que no se multipliquen los documentos que, como títulos de recaudo, puedan hacerse efectivos por vía judicial, más aún si se considera que las letras de cambio circulan en el comercio y el endoso independiza el derecho que incorpora el título valor del negocio que le dio origen, característica que haría pensar que el arrendatario podría pagar dos veces la misma obligación, anomalía que el legislador pretende evitar con la referida prohibición. No obstante, si esta es la finalidad, la misma se compadece si el arrendador tiene una copia escrita del contrato en su poder, la cual prestaría mérito ejecutivo para efectivizar todas las obligaciones surgidas del contrato, pero qué sucede si el contrato es verbal, considerado válido por la propia ley de arrendamientos (art. 3º ley 820 de 2003) y por lo tanto no existe duplicidad de documentos: el argumento teleológico permitiría afirmar que en este caso especial, las letras de cambio sí podrían garantizar un contrato verbal, infiriéndose una excepción a la citada prohibición.

El argumento teleológico también es trabajado por Francisco Laporta bajo la forma de reglas implícitas que cumplen fines insertos en otras reglas explícitas, tema trabajado en el aparte dedicado a este autor español.

f.- El argumento lógico formal

A partir de la cita de una obra de von Wright, Ernst (1994) se pregunta si hay normas que necesariamente existen si otras normas efectivamente existen, tema alusivo a la implicación lógica de normas, donde una norma implicante conllevará la existencia de una norma implicada o derivada. La cuestión se explica así, a partir de un ejemplo tomado del Derecho constitucional colombiano: el artículo 11 de la Carta dispone la inviolabilidad de la vida como derecho

fundamental y por ello “No habrá pena de muerte”; esta es la norma implicante, que genera como consecuencia la existencia de una norma implícita contentiva de una prohibición: el Congreso de la República no puede adoptar esta pena y así como el señalado, abundarían ejemplos al respecto.

Otros autores, esta vez europeos, han aportado a la teorización del concepto de derecho implícito y si bien en algunos apartes coinciden con lo expuesto por Carlos Ernst, en otros ofrecen originalidad y aportan diversos elementos coadyuvantes al entendimiento de cómo la Corte Constitucional ha hecho uso de diversas fuentes del derecho implícito para instaurar a la jurisprudencia como una fuente autónoma de obligaciones civiles.

2.2.2.- Aportes de Riccardo Guastini al concepto de derecho implícito y sus fuentes

A partir de un trabajo de revisión previa de diversas sentencias proferidas por sendos tribunales constitucionales, Guastini (2014) radica el surgimiento de derechos implícitos en razonamientos originados en inferencias lógicas válidas, derivadas de premisas normativas expresas o inclusive, no expresas, a saber: (i) inferencia de un derecho implícito de un derecho explícito; (ii) inferencia de un derecho implícito de un principio explícito y (iii) inferencia de un derecho implícito de un principio implícito.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional representa una cantera donde se pueden encontrar un sinnúmero de casos en los cuales este Alto Tribunal ha expuesto derechos implícitos soportados en argumentaciones que arrancan de las ya mencionadas inferencias lógicas:

a.- Inferencia de derechos implícitos a partir de derechos explícitos

El punto de partida para ilustrar los alcances de este tipo de inferencia reposa en un caso paradigmático de derecho explícito que le ha permitido a la Corte Constitucional deducir una serie de derechos implícitos carentes de consagración normativa expresa. Es el caso del derecho al libre desarrollo de la personalidad, contemplado en el artículo 16 de la Carta Política a manera

de concepto jurídico indeterminado, de naturaleza tan abstracta, que al asumir la forma de una especie de “derecho elástico” se expande o se contrae según las necesidades interpretativas del juez constitucional, quien al apelar al mismo, ha generado una diversa gama de subreglas, algunas de ellas posiblemente insospechadas por el Constituyente de 1991, ente que en sus análisis iniciales no previó con claridad todos los desarrollos futuros, que por vía de interpretación judicial, iban a tener los preceptos constitucionales que a la postre integraron ese cuerpo normativo que hoy se refleja en la Constitución que rige.

La norma iusfundamental supra citada, dispuso que “todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico” y a partir de esta previsión normativa, la Corte Constitucional avizoró un panorama de infinitas posibilidades interpretativas que incluso, ha permitido que el Alto Tribunal regule por vía de jurisprudencia asuntos que por su importancia, se esperaba, fueran debatidos en el seno natural de la discusión de los grandes temas que atañen a una sociedad y que reflejen la participación de mayorías y minorías: el Congreso.

No obstante, la inoperancia del cuerpo legislativo, que muchas veces ha sido exhortado por la Corte para que cumpla con sus funciones, la ha dotado de razones para aplicar directamente preceptos constitucionales en procura de satisfacer de esta manera ciertos requerimientos sociales que no daban más espera, requerimientos que harían parte del “derecho vivo”, consecuente con nuevas expectativas sociales, aunque en muchas oportunidades aquél colisione con la “jurisprudencia práctica”, alusiva al derecho tradicional, conceptos explicados por Castaño (2005) a partir de la obra de Eugene Ehrlich.

Esa colisión entre los derechos tradicional e implícito de creación judicial, se aprecia en diversos fallos en los cuales el derecho al libre desarrollo de la personalidad es el protagonista, entre ellos: (i) en la sentencia C-239 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz, la Corte Constitucional

al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 326 del anterior Código Penal (Decreto 100 de 1980), consagradorio para ese momento histórico del homicidio por piedad, decidió su exequibilidad, condicionada a que en el caso de enfermos terminales que consientan su propia muerte, este consentimiento servirá como justificante para el médico que participe en dicho acto, quien por ello no incurrirá en responsabilidad penal alguna, decisión que en la práctica generó como consecuencia el ingreso por vía jurisprudencial de la figura de la eutanasia en Colombia; (ii) lo propio aconteció con una demanda presentada contra diversas normas del actual Código Penal colombiano (ley 599 de 2000), consagradorias del ilícito de aborto, entre ellas el artículo 122, que fue objeto de una sentencia de constitucionalidad condicionada representada en la C-355 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández, fallo en el cual se dispuso que la mujer no incurría en este delito cuando la interrupción voluntaria del embarazo tenía como génesis la protección de su vida o salud, la malformación del feto que hacía su vida inviable, accesos o actos sexuales sin consentimiento o abusivos, o inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentidos o prácticas de incesto (punto 3º parte resolutive), generándose de esta forma un derecho constitucional jurisprudencial a abortar, fundado entre otras razones, en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la madre.

Nótese que tanto en el caso de la eutanasia como en el del aborto -temas abordados por la Asamblea Nacional Constituyente y que hicieron parte de propuestas orientadas a su inclusión en el texto final, a la postre derrotadas (Cepeda, 1997)- estas figuras se convierten en excepciones implícitas al principio general del artículo 11 superior, atinente a la inviolabilidad del derecho a la vida, situación que la doctrina ubica en la categoría de la “derrotabilidad de la norma jurídica” (cfr. Bayón & Rodríguez, 2003), y (iii) el tercer ejemplo de este muestreo, que aborda un tema sensible, al igual que los dos casos anteriores, tiene que ver con el derecho implícito a consumir dosis personales de droga, derivado del ejercicio del libre desarrollo de la personalidad y así

declarado por la Corte Constitucional en la sentencia C-221 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz, originada en una demanda presentada en contra de algunas disposiciones del Estatuto Nacional de Estupefacientes (ley 30 de 1986), que sancionaban a los consumidores con multa, arresto o internación en establecimiento psiquiátrico, a la postre declaradas inexequibles (arts. 51 y 87), con la consecuente apertura de la facultad de consumo de dosis personales como derecho subjetivo implícito, vigente hasta la reforma constitucional de 2009, que introdujo a la Carta la prohibición expresa del consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, pretendiéndose con ello revertir los efectos de este precedente jurisprudencial (art. 1º Acto legislativo No. 2 de 2009).

Tal como puede observarse, la Corte ha hecho extensivo el derecho al libre desarrollo de la personalidad hasta el punto de reconocer el derecho implícito de las personas a “hacerse daño mientras que no interfieran en la esfera de los demás ciudadanos” (Cepeda, 2001, p. 127), derecho que se contrapone al ideal de un Estado que promueva la construcción de la personalidad, no su destrucción. Este tipo de ideales inspiraban normas, como aquella contenida en el Decreto 1355 de 1970, consagratorio de normas policivas, que facultaba a los comandantes de estación y subestación para prohibir la asistencia y permanencia en sitios abiertos al público a personas que por su particular estado de salud física o mental, dicho comportamiento les resultara nocivo de conformidad con dictamen médico (art. 205), precepto declarado inexequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-087 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, fallo que se apoyó en un argumento similar al ya ventilado en la C-221 de 1994 y relacionado con la facultad del sujeto para auto atentar contra su salud e incluso vida (Cepeda, 2001), pues incluso en esta decisión, la Corte llegó a afirmar que “si yo soy dueño de mi vida, a fortiori soy libre de cuidar o no de mi salud cuyo deterioro lleva a la muerte que, lícitamente, yo puedo infligirme” (argumento 6.2.3). Esta tesis, no exenta de controversia, acepta la existencia de un derecho al suicidio, o en otras palabras, reconoce el derecho implícito a la libre extinción de la personalidad.

En otros escenarios argumentativos, la Corte Constitucional colombiana también ha deducido la existencia de derechos fundamentales no contemplados expresamente en la Carta Política, al analizar la propia estructura y naturaleza de otros sí plasmados expresamente en este cuerpo normativo. Es el caso del derecho de asociación negativo, implícito, a juicio de la Corte, en el derecho de asociación positivo, este último consagrado en el artículo 38 de la Constitución que a la sazón reza así: “Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad”.

Del análisis gramatical o semántico de la supra citada disposición, no se concluye que este texto normativo haya elevado a rango constitucional fundamental el derecho a desasociarse y menos aún, que éste pueda ser protegido a través de la acción de tutela, pues la literalidad de la norma en cuestión se limitó a consagrar el derecho de toda persona a asociarse, en el sentido positivo de la acción.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional tuteló el derecho de asociación negativo de un trabajador asociado a una cooperativa, que con ocasión de su jubilación y cambio de lugar de residencia, había solicitado su retiro de este organismo solidario, obteniéndose como respuesta una rotunda y reiterada negativa, soportada en razones de índole estatutario y de conveniencia, pues de aceptarse todas las solicitudes de retiro se pondría en riesgo la estabilidad de la cooperativa, al comprometerse el número mínimo de asociados requeridos de conformidad con la ley 79 de 1988 (sentencia T- 374 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell), situación fáctica que motivó a la Corte a tutelar el derecho de asociación negativo, con base en una tesis tempranamente adoptada por esta Corporación de justicia, según la cual, el derecho de asociación “incluye también un aspecto negativo: que nadie pueda ser obligado directa o indirectamente a formar parte de una asociación determinada”, pues de lo contrario, “no podría hablarse del derecho de asociación en un sentido constitucional, pues es claro que se trata de un derecho de

libertades, cuya garantía se funda en la condición de voluntariedad” (Corte Constitucional, sentencia C-606 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón).

Este precedente jurisprudencial permite apreciar cómo a partir de un derecho explícito (de asociación), la Corte infirió la existencia de un derecho implícito (a desasociarse o retirarse de una asociación), este último también considerado fundamental y por ello protegido mediante acción de tutela (en el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia T-781 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, en la cual se reconoció el derecho a desafiliarse de clubes sociales; cfr. también la sentencia T – 1030 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Otro ejemplo del primer tipo de inferencias que dan lugar a derechos implícitos está representado en el caso del reconocimiento judicial de los derechos sexuales y reproductivos, inmersos en los derechos fundamentales a la “vida digna (artículos 1 y 11), a la igualdad (artículos 13 y 43), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), a la información (artículo 20), a la salud (artículo 49) y a la educación (artículo 67), entre otros”, tal como de manera reiterada lo ha sostenido la Corte Constitucional (cfr. sentencias T-732 de 2009, M.P. Humberto Sierra Porto, T – 585 de 2010, M.P. Humberto Sierra Porto, T-627 de 2012, M.P. Humberto Sierra Porto).

En lo que respecta al derecho al acceso a técnicas de reproducción asistida, como una variante de los derechos sexuales y reproductivos, la Corte derivó este derecho implícito inicialmente del derecho a la salud, pero tal como lo muestran los autores Pabón, Archila, Upegui y Otero (2017) a partir de la sentencia T-274 de 2015, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio, la Corte Constitucional dio un giro argumentativo al considerar que este tipo específico de derecho reproductivo debía asociarse a derechos explícitos como la igualdad, no discriminación, libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia.

El derecho a la salud ha sido recurrente en la jurisprudencia constitucional como fuente de derechos implícitos y fue así como la crítica situación vivida por un paciente en estado de coma profundo, quien no tenía posibilidad de acceder a una mejoría en su situación clínica a partir de los tratamientos existentes avalados por la comunidad científica, le permitió a la Corte Constitucional, mediante revisión de una acción de tutela instaurada por los familiares del paciente, reconocer un derecho no plasmado de forma expresa en disposiciones de derecho positivo, de naturaleza constitucional o infra constitucional, que incluso cuenta con un nombre fruto de una traducción de la expresión inglesa “right to try”: el derecho a que sea intentado, el cual alude a una facultad reconocida por la Corte a aquellos pacientes que se encuentran en estado vegetativo, facultad extendida a sus parientes, para que puedan solicitar la aplicación de procedimientos médicos experimentales, cuyos costos deberán ser asumidos por el sistema de seguridad social en salud.

No obstante, la Corte ubicó al fundamento de este derecho en la previsión normativa del artículo 94 constitucional, relacionado con la posibilidad de que derechos extra catálogo constitucional puedan ser reconocidos y aplicados cuanto ostenten el carácter de inherentes a la persona; el argumento de la Corte y su ratio decidendi se relacionan directamente con el derecho explícito a la salud y de este se deriva el derecho implícito “a que sea intentado”, bajo el entendido de que si la persona que encuentra seriamente comprometida su salud y por ende vida y padece un sueño profundo derivado de la patología que adolece, no ha podido recuperar su bienestar con las herramientas que la ciencia médica tiene aprobadas, vale la pena intentar un último recurso recomendado por el médico tratante, de carácter experimental o aún en fase de investigación (Corte Constitucional, sentencia T-057 de 2015, M. P. María Victoria Sáchica).

Finalmente, un último ejemplo completa la ilustración del primer tipo de inferencia propuesto por Guastini y versa sobre el derecho al olvido, implícito en el derecho fundamental al

habeas data, descrito en el artículo 15 de la Carta Política como el derecho de todas las personas a “conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas”. De este derecho explícito, la Corte Constitucional dedujo en sus primeras sentencias el denominado derecho al olvido, implícito en aquél y fue así como protegió, mediante una sentencia de revisión de tutela, a un deudor del sistema financiero que se encontraba reportado en una central de riesgo crediticio, reporte que se anunciaba como perenne, esto es, que se mantendría en el tiempo, con todas las consecuencias nocivas que ello implicaba, calificadas por la Corte bajo el rótulo de una “cárcel del alma”, situación a juicio de la Corporación inadmisibles, por lo cual se ordenó de manera inmediata la exclusión del nombre del accionante del listado de deudores morosos de la central de información de la Asociación Bancaria de Colombia (Corte Constitucional, sentencia T-414 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón).

Este derecho al olvido, la Corte también lo ha hecho extensivo a aspectos diferentes a los meramente crediticios, tal como aconteció con la protección constitucional que les brindó a una serie de accionantes cuyos nombres figuraban con antecedentes penales en los registros que manejaba el anteriormente denominado Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). En efecto, la molestia de los reclamantes se soportaba en que cualquier persona podía acceder a un certificado de antecedentes con el número de cédula del individuo cuyo pasado se indagaba y en aquél se registraba la referencia a sus problemas judiciales, asunto que podría incidir en el acceso al trabajo, tal como lo reconoció la Corte, ente que ordenó que en lo sucesivo, en los certificados a los cuales se podía acceder en línea, deberían omitirse referencias a la historia criminal y simplemente indicarse, si era el caso, que el personaje auscultado “no tiene asuntos pendientes con las autoridades judiciales” (Corte Constitucional, sentencia SU-458 de 2012, M.P. Adriana María Guillén Arango).

No obstante lo expuesto, el alcance del derecho implícito al olvido, en lo que respecta al denominado *habeas data* penal, en sentencias posteriores fue limitado por la Corte Constitucional, principalmente en dos situaciones que tienen como elemento común a un mismo protagonista, el rector de un colegio que en el pasado había sido condenado por delitos sexuales cometidos en menores de edad: (i) en la sentencia T-512 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, en aras de la protección de los derechos de los menores y a partir de la acción de tutela interpuesta por un docente, se ordenó a una secretaría de educación departamental la revocatoria del nombramiento del susodicho directivo docente y de no contar con la anuencia de este, se impuso el demandar el acto de la administración ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, todo ello habida consideración de que el rector, dados sus antecedentes penales, carecía de los estándares más altos de idoneidad, éticos y humanos requeridos, cuandoquiera que se trabaje con menores, y (ii) el derecho al olvido tampoco fue reconocido cuando éste colisionó con la libertad de información periodística, tal como lo declaró la Corte Constitucional en la sentencia T-098 de 2017, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, dictada al revisar una acción de tutela interpuesta por el mismo rector de colegio del caso anterior, quien aún se mantenía en el cargo y fue requerido por una periodista del programa de televisión “Séptimo día”, del Canal Caracol, quienes preparaban una crónica sobre el caso del directivo docente de marras, quien pretendió a través de este recurso de amparo, la entrega y destrucción de todo el material recaudado por el equipo periodístico, pretensión que encontró un obstáculo para su prosperidad representada en la libertad de información, la cual comprende la posibilidad de usar con responsabilidad e imparcialidad el “dato negativo”, idea central que permitió desestimar el amparo deprecado.

b.- Inferencia de un derecho implícito a partir de un principio explícito

En este segundo tipo de inferencia, la Corte deduce derechos implícitos de principios explícitos de rango constitucional, esto es, consagrados expresamente o plasmados literalmente en el texto constitucional, tal como acontece con los principios de dignidad humana y solidaridad, entre muchos otros, los cuales le han permitido a la Corte adoptar una serie de decisiones contentivas de reconocimiento de derechos, fruto del quehacer judicial, pues el derecho legislado no hace mención de los mismos en forma explícita.

Un ejemplo demostrativo de este tipo de inferencias está representado en la sentencia T-426 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, fallo en que la Corte Constitucional infirió el derecho implícito al mínimo vital, a partir de tres principios explícitos: estado social de derecho, dignidad humana y solidaridad.

El marco fáctico que permitió a la Corporación comenzar a perfilar las características de este derecho implícito, se circunscribió a la difícil situación económica y de salud de una persona de la tercera edad, a quien no se le había reconocido su derecho a la sustitución de la pensión de su cónyuge fallecida, una vez transcurrido el plazo que usualmente empleaba la entidad de previsión social encargada de este tipo de trámites, demora que comprometió lo que el accionante denominó como el derecho fundamental a la subsistencia, que si bien la Corte señaló que no contaba con consagración constitucional, sí podía deducirse de derechos como a la vida, salud, trabajo y asistencia o seguridad social (4º fundamento jurídico del fallo).

A partir de la sentencia ya referida, la Corte de manera reiterada ha sostenido incluso, que la protección del derecho al mínimo vital justifica la desatención de reglas procesales que exigen que ciertos asuntos, v.gr. relacionados con cuestiones laborales que debían tramitarse por la justicia ordinaria, sean de recibo en la justicia constitucional donde se han emitido fallos de fondo, caso en el cual “la tutela es legítima cuando se puede ver comprometido el mínimo vital”,

tal como ha acontecido en las sentencias T-107 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-081 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-949 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T- 033 de 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero y en fallos más recientes: T-199 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio, T-678 de 2017, M.P. Carlos Bernal Pulido, T-020 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas y T-426 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, entre otras.

El principio constitucional de solidaridad, contemplado en la Constitución Política en los artículos 1º (como principio fundante del Estado), 48 y 49 (como criterio de prestación de los servicios de seguridad social y salud) y 95 numeral 2º (como imperativo de conducta social), es otro ejemplo de un principio explícito que ha patrocinado la inferencia de derechos implícitos, con las subsiguientes obligaciones civiles que de ellos se derivan. En consecuencia, al apelar a este principio la Corte Constitucional frecuentemente ha deducido la existencia de derechos y obligaciones contractuales no pactados expresamente por las partes, imponiendo normas de origen judicial post facto, no previstas ni contempladas por los sujetos de la relación negocial o por los extremos de un vínculo extracontractual, tal como ha acontecido en una serie de casos desarrollados a lo largo de este trabajo.

Finalmente, estos ejercicios interpretativos que presuponen inferencias judiciales encuentran su máximo nivel de creatividad cuando el fallador, al hacer gala de una desbordante discrecionalidad judicial, descubre derechos implícitos en principios igualmente implícitos.

c.- Inferencia de un derecho implícito de un principio implícito

Las reservas en torno a la idea del poder creador de nuevas normas, atribuido a los jueces, pueden disiparse cuando se analizan casos concretos donde se aprecia dicha autoría intelectual de preceptos normativos que no pasaron por las huestes legislativas. En este tipo de escenarios, el juez fundamenta su decisión en una norma con estructura de principio no expreso, no consagrada

literalmente en textos normativos y a partir de ella, infiere derechos que también ostentan una naturaleza implícita y cuyo contenido puede controvertir el derecho explícito.

La situación descrita se materializa en la supra referida sentencia de la Corte Constitucional T-769 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas, providencia donde a partir de un derecho implícito como el mínimo vital, entendido éste como “un concepto indeterminado cuya concreción depende de las circunstancias particulares de cada caso”, de amplia cobertura pues el mismo cobijaría todo aquello indispensable “para solucionar y satisfacer no solamente las necesidades primarias de alimentación y vestuario, sino aquellas relacionadas con la salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, factores insustituibles para la preservación de calidad de vida” (Corte Constitucional, sentencia T-043 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis), el Alto Tribunal derivó la existencia de un implícito derecho de preferencia de comerciantes arrendatarios, cuyos contratos habían terminado por la destrucción del inmueble arrendado, derecho reconocido por vía jurisprudencial a partir de presupuestos fácticos muy diferentes a los exigidos por la legislación mercantil para la efectividad del derecho de preferencia a que alude el artículo 521 del Código de Comercio, punto sobre el cual se volverá más adelante, cuando se analice de forma particular esta controvertida sentencia, modelo de reconocimiento de derechos implícitos.

En otras oportunidades, inclusive la Corte Constitucional ha determinado la existencia de derechos implícitos derivados de derechos inherentes a la persona, en ejercicio de la previsión constitucional contenida en el artículo 94 de la Carta Política, la cual reconoce que la enumeración de derechos, plasmada en el propio texto constitucional y en tratados internacionales, de ninguna forma obliga a considerar a este listado como taxativo, sino simplemente enunciativo, pues habrá de considerarse la existencia de otros derechos, llámense atípicos, no enumerados, innominados o implícitos, que dada su inherencia a la persona, pueden

ser reconocidos y aplicados por el juez, punto a favor de la creatividad judicial que se aprecia, a manera de ejemplo, en la sentencia de la Corte Constitucional T-407 A de 2018, M.P. Diana Fajardo Rivera, donde se reconoce el derecho a la propia imagen como un derecho autónomo, en el sentido de no depender de otras normas iusfundamentales o derivarse de ellas y a partir de aquél infirió un derecho – obligación implícitos, que deben ser atendidos por las partes de un contrato cuyo objeto es la difusión de material pornográfico: el consentimiento informado como elemento de validez del acuerdo contractual, no requerido por disposiciones de rango legal aplicables al caso para efectos de conferir validez al contrato. Las consecuencias de la constitucionalización de litigios contractuales derivados de este tipo de contratación, serán materia de un análisis posterior.

En la doctrina ibérica, teóricos del Derecho como Francisco Laporta, han aportado a la estructuración de una teoría sobre las fuentes de los derechos implícitos, a las cuales normalmente acuden los operadores jurídicos en sus actividades de interpretación y aplicación del derecho.

2.2.3.- Aportes de Francisco Laporta al concepto de derecho implícito y sus fuentes

Laporta (2002) se refiere en su obra a “reglas” de diversos tipos que pueden ser deducidas a partir de múltiples ejercicios de inferencia, que siempre contarán con un punto de partida representado en disposiciones de derecho explícito. Si bien en algunos de los apartes de su propuesta se encuentran aspectos coincidentes con lo desarrollado por Ernst o Guastini, Laporta disecciona de una forma más precisa una serie de fuentes de derechos implícitos que se desarrollan en seguida, acompañadas de ejemplos ilustrativos tomados del contexto colombiano:

a.- Reglas que se derivan de otras reglas explícitas y por ello cuentan con consagración formal

Laporta puntualiza que estas reglas surgen mediante la formulación de argumentos deductivos y cita como ejemplo de ellos, los argumentos a contrario o “*a contrario sensu*”, basados en la idea de que “si el legislador ha previsto alguna circunstancia para un hecho, es claro que la norma no puede incluir circunstancias opuestas” bajo el entendido de que “la no concurrencia de determinados presupuestos que se consideran indispensables genera la no aplicación de determinada consecuencia jurídica” (Blanco, 2010, p. 63). A manera de ejemplos, si un contrato de promesa civil resulta válido sólo cuando conste por escrito (art. 89 num. 1º, ley 153 de 1887, subrogatorio del art. 1611 C. C.), a *contrario sensu* un contrato verbal de este tipo carecerá de validez (no existe norma en el ordenamiento jurídico que de forma expresa establezca la nulidad o inexistencia de los contratos verbales de promesa), razonamiento que no resultaría tan contundente si la promesa de contrato tuviera naturaleza mercantil, dado el debate jurisprudencial y doctrinario existente en torno al carácter solemne o consensual de este contrato, el cual dependerá de si prevalecen en la interpretación los artículos 822 u 824 del Código de Comercio, respectivamente (cfr. Arrubla, 2007); el comodato es un contrato de préstamo de uso gratuito (art. 2200 C.C.), a *contrario sensu*, de existir remuneración no será comodato (no se cuenta con norma expresa que haga desaparecer el comodato frente a la circunstancia de que se pacte la remuneración por el uso del bien); cuando existan motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, procede la expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa (art. 58 inc. 4º Constitución Política de Colombia), a *contrario sensu*, de estar ausentes dichos motivos, la expropiación resultará improcedente (ni el Constituyente de 1991, ni el legislador colombiano, han prohibido expresamente expropiaciones cuando éstas no estén precedidas de un interés general que las justifique).

En ocasiones, el legislador consagra a través de disposiciones de derecho positivo, normas fruto de argumentos a *contrario sensu* que podrían surgir de un fácil ejercicio de deducción, lo cual ahuyentaría la necesidad de su consagración positiva. Lo propio acontece cuando, a manera de ejemplo ilustrativo, el artículo 10º inciso 1º del Código de Comercio define a los comerciantes como aquellas “personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles”, de lo cual se infiere que, a *contrario sensu*, quienes se dediquen de manera ocasional o episódica a los asuntos de comercio, no adquieren tal condición y en consecuencia, serán relevados del cumplimiento de las obligaciones propias de este oficio, previsión expresamente adoptada en el artículo 11 ídem.

La Corte Constitucional en varias oportunidades ha hecho uso de los argumentos a *contrario sensu* para estructurar las razones justificativas de una decisión. En este orden, mediante sentencia C-348 de 2017, M.P (e) Iván Humberto Escrucería Mayolo, este Tribunal se pronunció sobre una demanda instaurada por una ciudadana en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, en contra de un aparte del artículo 117 del Código Civil, relacionado con el permiso para el matrimonio de menores, en particular, de los hijos adoptivos cuyo matrimonio exigía el consentimiento de los padres adoptantes, cuando aquellos eran menores de veintiún o dieciocho años, según fueren hijos o hijas, respectivamente.

La accionante consideró que la disposición acusada plasmaba un tratamiento discriminatorio a instancias de género, conclusión a la que podría arribarse *prima facie* y de manera objetiva, simplemente con la apreciación de las edades incluidas en la disposición acusada. La Corte Constitucional abordó en este fallo un problema jurídico relacionado con la existencia de dudas acerca de la vigencia o derogatoria de la norma acusada, el cual fue resuelto con este razonamiento:

Para que la Corte descarte la posibilidad de emitir una decisión de fondo debe existir certeza en la configuración de la pérdida de vigor de la disposición derogada, dado que sólo en ese caso dicha determinación no sería considerada una denegación de justicia. Contrario sensu, en el evento que exista duda sobre la derogatoria de la norma, la Corte debe emitir un fallo de fondo (consideración 3.2).

A partir del argumento a contrario sensu, la Corte dedujo la regla de que la existencia de duda o falta de certeza frente a vigencia de la norma jurídica controlada en el juicio de constitucionalidad, imponía a la Corte la obligación de pronunciarse de fondo sobre el asunto sometido a su conocimiento. Al final, la Corte optó por la sentencia inhibitoria, al haber disipado completamente las dudas sobre la vigencia de la norma acusada, pues consideró que sobre la misma había operado una derogatoria tácita a partir de la expedición del Decreto 2820 de 1974 y la ley 27 de 1977.

En otra oportunidad, mediante sentencia T – 449 de 2018, M.P. Alberto Rojas Ríos, la Corte Constitucional revisó las resultas de una acción de tutela que había interpuesto una accionante, cuyo matrimonio había sido anulado en un tribunal eclesiástico y había recibido la negativa de la entrega de copias de la actuación procesal, bajo el supuesto de la “reserva” que el Derecho canónico le había conferido a dichas actuaciones, so pretexto de proteger la intimidad de los intervinientes. La Corte confirmó las sentencias de los jueces de instancia que habían tutelado el derecho de petición de la accionante desconocido por las autoridades eclesiásticas e inclusive, ordenado la entrega de las copias reclamadas, después de realizar una ponderación de los derechos en conflicto, en la cual tuvieron cabida argumentos a *contrario sensu*: (i) el Estado colombiano ha reconocido la autonomía de las autoridades eclesiásticas para adoptar decisiones relativas a la anulación de efectos religiosos de los matrimonios contraídos mediante los ritos propios de la religión, a *contrario sensu*, el desconocimiento de la referida autonomía iría

acompañado de la omisión del cumplimiento de obligaciones surgidas de tratados internacionales que se cumplen bajo los principios del *pacta sunt servanda* y la buena fe (argumento No. 69) y (ii) si bien se reconoce a la Iglesia Católica el respeto a la autonomía de sus decisiones, se le impone el deber de reconocer a los católicos los derechos constitucionales, a *contrario sensu*, la negación de las garantías ofrecidas por la Carta Política da paso a la acción de tutela que los afectados podrán instaurar ante las autoridades eclesiásticas (síntesis del fallo).

En sentencias menos recientes, la Corte también ha utilizado los argumentos a *contrario sensu* en asuntos relativos a la procedencia del derecho a la consulta, a que se refiere el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, al precisar que “[...] la consulta previa será un mecanismo que realice el derecho de participación plural y democrática de las comunidades indígenas en la determinación de políticas públicas en aquellos específicos casos en que una decisión vaya a afectarles directamente” y a *contrario sensu*, se descarta la obligatoriedad de dicho mecanismo “[...] en los casos en que la afectación de la comunidad indígena no tenga esas específicas características” (Corte Constitucional, sentencia C-063 de 2010, M.P. Humberto Sierra Porto, argumento citado igualmente en la sentencia C-317 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa).

Francisco Ezquiaga (1986), al analizar el uso del argumento a *contrario sensu* en el Tribunal Constitucional Español, considera que aquél se fundamenta en la presunción de que “si el legislador ha regulado expresamente una hipótesis, entonces esa regulación se refiere a esa hipótesis y sólo a ella” aunque después del análisis de la jurisprudencia ibérica, el citado tratadista concluye que por conducto del argumento a *contrario sensu* se busca desechar “[...] cualquier otra hipótesis distinta a la expresamente contemplada por el legislador, y no sólo la hipótesis contraria” (p. 134), situación que no ocurre en el caso colombiano, pues a partir del reducido muestreo de fallos que se ha expuesto, se colige que el Alto Tribunal, cuando hace uso

de esta herramienta de interpretación jurídica, simplemente se concreta a deducir hipótesis contrarias en apoyo de una tesis.

Juan Antonio García Amado (2001) de manera clara ha expuesto las diversas variantes que la doctrina ofrece sobre la naturaleza de los argumentos a *contrario sensu* o simplemente “a contrario”, en la práctica de la interpretación jurídica, que van desde el reconocimiento del silencio legislativo, hasta la negación del recurso de la analogía, tal como se expone en seguida:

- (i) el silencio de la norma con respecto a determinado asunto, permite la operatividad de argumentos a contrario, silencio que de conformidad con el citado autor español, puede ser entendido como “falta de mención (expresa)” o como “falta de regulación” (laguna)” (p. 91);
- (ii) El argumento a contrario permite trascender “el significado posible de la ley” (p.93), es una herramienta que apoya la creatividad del juez y el desarrollo del derecho judicial, visión que coincide con lo expuesto por Laporta, cuando presenta a este tipo de argumentos deductivos como fuente de derecho implícito;
- (iii) el argumento a contrario es la negación de la analogía como opción interpretativa, pues el entendimiento literal de la voluntad del legislador permite suponer que las consecuencias jurídicas se derivan de la presencia de un elemento fáctico previamente establecido y no de otro u otros que permitan aplicar la misma disposición y
- (iv) el argumento a contrario, se reitera lo expuesto en el punto (i), es un recurso hermenéutico que le permite al intérprete capotear lagunas, por falta de regulación o axiológicas.

Con independencia de cualquiera de las anteriores alternativas que pretenden develar la naturaleza de este tipo particular de argumentos deductivos, lo cierto es que cuando el intérprete hace uso de ellos, es bajo la consideración de que el sistema de fuentes expresas del derecho resulta insuficiente para solucionar el caso de manera satisfactoria y en esta medida, se apela al descubrimiento de normas por deducción, que le ofrecerán mejores respuestas a aquellos casos que la doctrina califica como difíciles.

b. Reglas inmersas, desde el punto de vista conceptual, en otras reglas

Se alude en esta categoría a la diversidad de significados que pueden ser atribuidos a los términos que integran preceptos legales, que van desde su entendimiento natural o su apreciación a partir de consideraciones técnicas, idea que hace parte de una conocida regla de interpretación gramatical plasmada en el artículo 28 del Código Civil colombiano: “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.

La riqueza idiomática y la multiplicidad de acepciones que se le pueden atribuir a las expresiones lingüísticas que hacen parte de las diversas fuentes del derecho, imponen al intérprete el desarrollo de una habilidad orientada a determinar cuándo debe conferirle a un término un sentido natural u obvio o cuando debe atribuírsele un significado técnico o especializado. Así por ejemplo, en la frase “en Colombia ha sido tradición no hacer la tradición de vehículos automotores”, la palabra “tradición” aparece mencionada dos veces, cada una de ellas con significado muy diferente: la primera, correspondiente a la transmisión de ritos, costumbres, de generación en generación (RAE, 2018) y la segunda, referida al modo de adquisición de la propiedad a que se refiere el artículo 740 del Código Civil y que para el caso de vehículos automotores se materializa con la entrega material del vehículo y su inscripción en el organismo de tránsito correspondiente (art. 47 Código Nacional de Tránsito, ley 769 de 2002); la frase termina de comprenderse cuando se considera que en Colombia frecuentemente se incumple con dicha inscripción, pues es muy común la práctica del “traspaso en blanco”, práctica que para ser entendida, requiere del apoyo de la fuente costumbre, dado su carácter de auxiliar de interpretación del “[...] sentido de las palabras o frases técnicas del comercio...” (art. 5º C. Co.).

Las reglas implícitas conceptualmente en otras reglas, presuponen en consecuencia que:

(i) exista un precepto normativo expreso, compuesto por una serie de términos que el intérprete deberá analizar desde el punto de vista gramatical y (ii) la interpretación gramatical conduce a la determinación de derecho implícito, pues a diferencia de lo que acontece con la expresión jurídica “tradición” que sí está definida en el Código Civil, el significado de otros términos obedecerá al criterio del intérprete, que deberá atribuirles un significado natural u obvio, técnico o especializado y en este último punto deberá ser considerado también el que obedezca a la costumbre imperante.

Dos ejemplos pertinentes a lo antes dicho: (i) el artículo 20 numeral 7º del Código de Comercio estatuye que la actividad del “martillo” se considera mercantil para todos los efectos legales, expresión que por supuesto, no debe ser entendida en un lenguaje natural u obvio, sino a partir del significado atribuido por la costumbre: remates en pública subasta y (ii) un club de golf le factura al golfista que hizo un “hoyo en uno”, la totalidad de la cuenta del consumo del bar en ese día, porque esa es la costumbre imperante, e inclusive, pólizas de seguros amparan al golfista por este riesgo. De presentarse un litigio frente al no pago de la obligación imputada al deportista, el fallador del mismo deberá considerar el derecho explícito, pero también las reglas implícitas derivadas de la costumbre del “hoyo en uno” y del alcance que el propio derecho consuetudinario le ha conferido a esta expresión.

c. Reglas derivadas de enunciados interpretativos que asumen la forma de conceptos jurídicos indeterminados o reglas abiertas

Laporta (2002) expone que en su visión particular de la interpretación jurídica, interpretar una norma consistiría en el tránsito de una proposición gramatical originaria a otra que hace más entendible lo que aquella quiere expresar, en otras palabras, la interpretación consistiría en una actividad de sustitución de una formulación normativa por otra, actividad que podría evidenciarse

cuando se realiza una interpretación no en abstracto sino en concreto, en especial cuando se aplican conceptos jurídicos indeterminados y reglas de estructura abierta, como los principios, a casos específicos.

Es el caso del concepto de función social de la propiedad, plasmado en el artículo 58 constitucional y operante en Colombia desde aquella reforma constitucional de 1936, abstracto por excelencia, cuya verdadera dimensión sólo se aprecia a través de desarrollos legislativos o mediante la adopción de fallos judiciales que han permitido apreciar la verdadera dimensión de este principio que justificó, inclusive, la modificación jurisprudencial del tradicional concepto de propiedad contenido en el artículo 669 del Código Civil (cfr. Corte Constitucional, sentencia C-595 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, objeto de una crítica argumentativa supra formulada).

Conceptos etéreos como la solidaridad, dignidad, libre desarrollo de la personalidad, mínimo vital, entre otros, se han instituido en fuentes del derecho judicial, de un nuevo derecho auspiciado por la libertad interpretativa del juez constitucional que ha encontrado posibilidades infinitas para pronunciarse sobre lo divino y lo humano, en todos los ámbitos del derecho, entre ellos, el Derecho privado y su régimen de obligaciones y contratos, que se ha visto impactado, no siempre con buena fortuna, por la aplicación de un derecho implícito extraído de la interpretación de preceptos con elevadísimo grado de abstracción, idea que no se sustenta ahora sino en un capítulo posterior.

d.- Reglas orientadas a cumplir la finalidad inmersa en otras reglas explícitas

La explicación de esta categoría tiene como punto de partida un ejemplo: frente a la renuencia reiterada del propietario de un inmueble a venderlo a una persona que tiene la pretensión de comprarlo, éste opta por generar una seria amenaza de muerte contra un hermano de quien actuará como vendedor y en estas condiciones, bajo el temor de que su consanguíneo se vea expuesto al anunciado daño, se realiza el contrato de compraventa, protocolizado mediante

escritura pública debidamente registrada en la oficina de registro competente, generándose de esta forma la transferencia de derecho de propiedad al adquirente comprador.

Una vez el pariente es puesto a salvo de todo tipo de peligro, el otrora propietario consulta la posibilidad de dejar sin efecto el aludido contrato mediado por una amenaza, pues aparece de bulto el cuestionamiento sobre su validez. El asunto en comento permite realizar dos tipos de análisis interpretativos, uno que se basa en la regla explícita del Código Civil que regula el caso y otro que se auxilia en la teleología de la norma que justifica esta reflexión y es la siguiente:

Art. 1513 C.C. La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.

El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.

La interpretación meramente gramatical de la disposición supra transcrita, permite apreciar *prima facie*, que la figura de la fuerza o violencia se construye en torno a una regla general: por sí sola no vicia el consentimiento y a partir de este postulado introductorio se construyen las excepciones, los eventos en los cuales la fuerza sí cuenta con el poder jurídico de anular el contrato, reservados a impresiones fuertes ocasionadas por el temor justificado de exponerse a un grave perjuicio el contratante o personas allegadas frente a las cuales se presume el afecto de aquél. En la forma que se redactó la norma ahora analizada, podría entenderse que el listado de destinatarios de la fuerza es taxativo, pues no se ofrece una redacción de tipo enunciativo (v.gr. consorte, ascendientes o descendientes, entre otros) y dada esa aparente taxatividad, al aplicar la técnica de la subsunción y tratar de encuadrar el caso en los presupuestos de la norma se concluiría (de manera errada) que al recaer la amenaza sobre el hermano, la fuerza

no versó sobre consorte, ascendientes o descendientes y por ello no se consolidaría este vicio del consentimiento, más aún si se recuerda la regla general ya mencionada.

Conceptuar que el contrato de compraventa precedido de una amenaza a un pariente colateral es válido, por estar ausente el vicio de la fuerza según las razones expuestas, no es la mejor solución que el Derecho puede ofrecer, se impone el argumento *ad absurdum*, según el cual el intérprete debe obviar resultados interpretativos que conducen a lo ridículo, lo irracional, si la negación de la conclusión conduce a lo absurdo, no queda otra alternativa que aceptarla (Blanco, 2010; Weston, 2007).

La conclusión que se propone es que el contrato es nulo, negar esta conclusión implica aceptar su validez, la tesis de la validez conduce a consecuencias absurdas, pues bastaría que el contratante ejerza su fuerza o violencia en personas distintas a aquellas mencionadas en el artículo 1513 del Código Civil, para generarle validez al acuerdo contractual, precedido sin lugar a dudas de un constreñimiento ilegal, por ende, la respuesta que se impone es la relacionada con la nulidad del contrato y en apoyo de ello, concurre la búsqueda de la finalidad de la norma explícita, conducente a la generación de un derecho implícito, según la cuarta categoría propuesta por Laporta.

En efecto, el propio Código Civil permite, en los casos en que el sentido literal de la ley no sea claro, apelar a su finalidad o teleología, en concordancia con el “espíritu general de la legislación y la equidad natural” (arts. 27 y 32 C.C.). Si el propósito perseguido por la institución del consentimiento, como elemento esencial del contrato, es garantizar que el surgimiento de las obligaciones se produzca de manera libre, consciente, sin apremios, el contratante violentado física o moralmente, como en el caso del ejemplo, ha sufrido lo que Valencia y Ortiz (1997) denominan “la alteración forzada de la voluntad individual” (p. 453) y de ahí que el pacto de enajenación carezca de validez, pues el listado de destinatarios de la fuerza debe ser considerado

como de carácter enunciativo y no taxativo, esto es que, aparte de los ahí mencionados, pueden existir otros, como los hermanos, compañeros permanentes, amigos íntimos, entre muchos otros.

La Corte Constitucional no ha sido ajena a la búsqueda de derecho implícito a partir de la interpretación teleológica de disposiciones sometidas a juicios de constitucionalidad. Por vía de ejemplo, en la sentencia C-128 de 2018, M. P. José Fernando Reyes Cuartas, la Corporación estudió una demanda de inconstitucionalidad contra diversos apartes contenidos en los artículos 52 y 62 del Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana (ley 1801 de 2016), entre ellos, la expresión “podrá”, relacionada con la posibilidad de que la Policía Nacional preste servicios de vigilancia y seguridad en eventos organizados por particulares, que conlleven aglomeraciones de público complejas, e incluso, ingrese a dichos eventos en cumplimiento de sus funciones.

El demandante consideró que la expresión “podrá”, en la práctica relevaba a la Policía Nacional de atender a su deber constitucional de conservar el orden público y garantizar la convivencia ciudadana, pues de la redacción de las normas acusadas en este aparte, el demandante dedujo que, más que un deber, se confería a las autoridades policivas una simple potestad, que involucraba cierto margen de discrecionalidad en el actuar. Al apelar a diversos criterios de interpretación, entre ellos el teleológico, la Corte sentenció la constitucionalidad de la palabra “podrá”, pues si bien acepta que la misma sugeriría la posibilidad de que la Policía Nacional se libera de su deber de garantizar el orden y convivencia en eventos de carácter privado que implican aglomeración -pues dicho deber se trasladaría a los particulares organizadores de los mismos- en seguida la Sala Plena precisó el alcance de la expresión “podrá”, la cual “[h]a de interpretarse como una facultad-competencia de la Policía Nacional”, dado que, sin desconocer que la norma policiva atribuye una responsabilidad inicial a los particulares organizadores de eventos que generan aglomeración de público, “[e]s necesario

valorar de cara al mayor o menor riesgo engendrado por dicha aglomeración de público, la participación y concurrencia imperativa o no, de la policía” (argumento No. 47).

La determinación de normas nuevas a partir de la interpretación teleológica, impone para el intérprete el cumplimiento de dos requisitos, expuestos por Laporta: en primer lugar, que el propósito o fin perseguido por la norma sea conocido (el artículo 27 del Código Civil colombiano permite indagar la intención o espíritu en la misma ley, si ahí aparece expresado o “en la historia fidedigna de su establecimiento”) y de otro lado, que en la nueva norma, fruto de la interpretación, concurren dos características relacionadas con la necesidad y la coherencia con el sistema jurídico.

Finalmente, se expone la última categoría de reglas implícitas desarrollada por Francisco Laporta, en esta oportunidad deducidas de principios y valores.

e.- Reglas inferidas de valores y principios

En un aparte anterior ya se hizo referencia a los principios como fuente de reglas implícitas, dada su naturaleza de normas abiertas y en este punto Laporta coincide con la obra de Guastini, autor que se refiere tanto a los principios explícitos como implícitos como fuente de reglas implícitas. Ya desde los albores de la jurisprudencia constitucional y en particular en la famosa sentencia T-406 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón, donde empieza a evidenciarse la fuerza vinculante de la *ratio decidendi* como precedente obligatorio para casos análogos, a partir de lo que ha dado en denominarse como la “cláusula decisional Angarita” (López Medina, 2000, p. 65), el Alto Tribunal ha establecido una clara diferenciación entre valores y principios constitucionales, al precisar que los primeros son normas consagratorias de fines con un destinatario específico: el legislador, mientras que los segundos son normas que adoptan “un deber ser específico, del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial”; la eficacia se convierte también en un factor adoptado por la Corte para estructurar las particularidades de

estas normas: dado que el grado de abstracción de los valores resulta superior al de los principios, estos pueden ser aplicados en mayor medida, incluso de forma “directa e inmediata” mediante una “subsunción silogística”, lo propio no acontece con los valores, dada su “eficacia indirecta” pues solamente “[s]on aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales”; los principios son normas para el momento presente, fundantes de un “nuevo orden”, los valores son fines de cumplimiento futuro (argumento 7º del fallo).

La Corte ubica en el terreno de los valores a la “[c]onvivencia, trabajo, justicia, igualdad, conocimiento, libertad y paz”, consagrados en el preámbulo constitucional, así como aquellos referidos en el primer inciso del artículo 2º de la Carta: “[e]l servicio a la comunidad, la prosperidad general, la efectividad de los principios, derechos y deberes, la participación, etc.”, todos pertenecientes a aquello que la Corte denomina el “catálogo axiológico” que fija la razón de ser y los fines del resto del ordenamiento jurídico, valores que pueden tener consagración explícita o no, afirmación que permite suponer que este Alto Tribunal acepta la existencia de valores implícitos (argumento 7º del fallo). Por otra parte, esta Corporación ubica una muestra de principios en los artículos 1º y 3º constitucionales, entre ellos, “[e]l Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (artículo 1); la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (artículo 2)” (argumento 7º del fallo).

La Corte Constitucional reconoce que, dados los diversos grados de indeterminación normativa, los valores suponen un amplio margen de interpretación, a diferencia de los principios que “[c]onsagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación” (argumento 7º del fallo) y se agregaría en este punto a las reglas de rango legal, mucho más concretas, de estructura cerrada, no abierta, con posibilidades interpretativas más restringidas. Cuando a un

caso concreto concurren para su solución valores, principios y normas con estructura de reglas, explícitos e implícitos, se oscurece el panorama, pues desaparece el elemento "previsibilidad" de la decisión, necesario para garantizar seguridad jurídica.

A lo anterior se agregaría que aparte de los principios constitucionales, también se puede derivar derecho implícito de los principios generales del derecho, entre ellos, los principios del derecho natural. En efecto, en la sentencia C-284 de 2015, M. P. Mauricio González Cuervo, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 4º de la ley 153 de 1887, precepto que adopta a los principios del derecho natural como herramientas de apoyo interpretativo de la Constitución en casos de duda, amén de que el artículo 230 superior, reconoce a los principios generales del derecho como herramienta auxiliar de la actividad judicial.

Este tipo de dificultades interpretativas, generadas por la concurrencia de distintos tipos de normas, con diferentes grados de abstracción y marcos hermenéuticos, se puede apreciar en el análisis de un caso cinematográfico que puede conducir a diversas respuestas, si ellas se fundamentan en valores, principios o reglas. Es el siguiente:

En la película "Una propuesta indecente" (título original: "Indecent proposal), dirigida por Adrian Lyne, protagonizada por Robert Redford, Demi Moore, Woody Harrelson y estrenada en 1993, basada en el libro "Una propuesta indecente" de Jack Engelhard, se relata un caso en el cual un millonario norteamericano, le ofrece a una pareja de esposos un millón de dólares para sostener relaciones con la cónyuge durante una noche, propuesta que si bien inicialmente es rechazada, dada la difícil situación económica que padecían los esposos, termina siendo aceptada, previa la suscripción de un riguroso contrato.

Si este caso ocurriera en Colombia, de entrada surgiría un debate en torno a la legalidad de ese acuerdo contractual, en el cual intervendrían argumentos de índole constitucional, legal y moral, que girarían en torno a la interpretación de valores, principios y reglas, con resultados de

difícil pronóstico. Las tesis resultantes oscilarán entre la validez o nulidad del acuerdo contractual, como se muestra en el siguiente ejercicio de hermenéutica jurídica:

a.- Primera hipótesis: De celebrarse ese contrato en Colombia, resultaría válido. Diversos argumentos concurren a la defensa de esta hipótesis:

- Las partes son plenamente capaces, obran con consentimiento libre de vicios, el objeto y la causa son lícitos, en consecuencia, están presentes todos los elementos de validez de un contrato, al tenor de lo establecido por el artículo 1502 del Código Civil colombiano.
- En lo que respecta al objeto contractual, el punto más controversial en este debate, este es lícito, si se considera la naturaleza de las obligaciones que contraen las partes: la pareja debe permitir la prestación de un servicio de naturaleza sexual (obligación de hacer), el contratante debe pagar la suma de dinero convenida (obligación de dar) y tanto una como otra no contravienen “[e]l derecho público de la Nación” (art. 1519 C.C.).
- La imposibilidad moral que puede atribuirse al objeto del contrato, acusado de estar prohibido por la ley o ser contrario a las buenas costumbres o al orden público (art. 1518 inc. 3º C.C.), desaparece si se considera que el libre desarrollo de la personalidad, norma con estructura de principio, plasmada en el artículo 16 superior, justifica este tipo de prácticas contractuales, aunada a la autonomía de la voluntad de los contratantes, también amparada por la Constitución Política (arts. 13, 16, 333, cfr. Corte Constitucional, sentencia C-993 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería).
- La actividad ocasional de prostitución que involucra el contrato, ha sido considerada como una práctica lícita por la propia Corte Constitucional en diferentes sentencias (cfr. sentencias T-629 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao, T- 594 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz, T- 073 de 2017, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, entre otras) y de otra parte, el

Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana reglamenta la actividad de la prostitución (arts. 42 y ss. ley 1801 de 2016), reglamentación que de suyo, descarta la idea de que esta actividad se encuentre prohibida y las consideraciones morales cederán frente a la reglamentación normativa.

- El anterior razonamiento justifica la proposición de un argumento *a fortiori*, que se deriva de la máxima *a maiori ad minus* (Blanco, 2010), si se puede lo más se puede lo menos, dado que, si está permitida la actividad habitual de la prostitución, en consecuencia, un acto ocasional también sería lícito.
- Finalmente, y de conformidad con el principio de clausura, si todo lo que no está prohibido está permitido, al no estar censurada expresamente la posibilidad de cobrar sumas de dinero por una relación sexual ocasional, la necesaria conclusión a la que deberá arribarse es que esta práctica y el contrato que la contiene, resultarían lícitas.

b.- Segunda hipótesis: De celebrarse ese contrato en Colombia, resultaría nulo, de nulidad absoluta. Tal como aconteció con la hipótesis previa, diversos argumentos concurren a su defensa:

- El objeto del contrato no se encuadra dentro del concepto de prostitución, caracterizada esta práctica por su habitualidad, permanencia en el tiempo o pluralidad de “[r]elaciones sexuales con otras personas a cambio de dinero” (RAE, 2018). Una actividad única, episódica u ocasional no se considera prostitución y, por ende, todos los razonamientos precedentes, relacionados con la permisión jurisprudencial y legal de esta práctica, no son de recibo en esta segunda hipótesis.
- Si en gracia de discusión se acepta que una actividad ocasional también constituye prostitución, la invitación a celebrar un contrato en las condiciones señaladas podría

configurar la conducta punible consagrada en el artículo 213 del actual Código Penal (ley 599 de 2000), modificado por el artículo 8° de la ley 1236 de 2008, denominada “inducción a la prostitución”, situación que nos ubicaría en los terrenos, no solamente de la ilicitud del objeto contractual, sino también de la causa, entendida esta como el “[m]otivo que induce al acto o contrato” (art. 1524 inc. 2° C.C.).

- Las “buenas costumbres” se ubican en la categoría ya desarrollada de los conceptos jurídicos indeterminados y hacen parte de la estructuración de los elementos esenciales objeto y causa lícitos, pues la ilicitud de estos se da cuando exista prohibición legal, sean contrarios a las buenas costumbres o al orden público de la Nación (arts. 1518 inc. 3° y 1524 inc. 2° C.C.) y frente a un juicio de moralidad, que la normatividad civil vigente permite hacerlo, el contrato analizado y las prestaciones ahí involucradas difícilmente podrían salir adelante.
- Principios como el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía de la voluntad, ambos de rango constitucional, no ostentan un carácter absoluto, su naturaleza relativa implica que tienen límites representados en el orden jurídico y los derechos ajenos (art. 16 Constitución Política de Colombia).
- La Carta Política adopta como valor expreso, la familia como institución básica de la sociedad (arts. 5° y 42 Constitución Política de Colombia) y por ello, toda práctica contractual que atente contra la estabilidad de esta institución, merece el reproche jurídico. En el caso cinematográfico se aprecia cómo, después de la ejecución del contrato, el matrimonio entró en una crisis que desembocó en un trámite de divorcio, todo a instancias de un pacto contractual que tuvo la virtualidad de atentar contra los cimientos de la institución familiar y por ello se justifica la hipótesis de la nulidad absoluta.

A manera de conclusión, nótese cómo la introducción de principios y valores y el derecho implícito que de ellos se deriva, a un análisis de validez contractual que arranca con una reflexión sobre el alcance de normas con estructura de reglas, puede inclinar la balanza en una u otra dirección y en ello se reflejará el individualismo o altruismo del intérprete, entendidos como “dos actitudes opuestas que se manifiestan en los debates acerca del contenido de las reglas del Derecho privado”, oposición que se aprecia si se considera que en el individualismo se diferencia los intereses particulares de los ajenos y la forma de conducta será la autonomía, mientras que el altruismo sí pone de presente que los propios intereses deben compaginarse con los de otros (Kennedy, 2001, p. 166).

Una visión individualista podría conducir a la validez del contrato, la visión altruista le apostaría a la nulidad y para optar por una u otra, a juicio de Kennedy, no basta con reducir la labor de la adjudicación del derecho a “[l]as tres dimensiones de premisas autorizadas, hechos y análisis” (p. 171), pues esto sería incompleto y habrá de considerarse el importante papel que en la toma de decisiones juegan las “políticas”, denominadas así por el profesor norteamericano y referidas a las convicciones y creencias del intérprete que no pueden ser desconocidos al momento de interpretar y aplicar el derecho.

El fenómeno de las “políticas” presentes en el intérprete, permitiría suponer que un operador jurídico de pensamiento liberal optaría por la validez del contrato a que alude el caso cinematográfico, mientras que una ideología conservadora podría conducir a sustentar una nulidad absoluta del contrato, inclusive, Kennedy (1999) expone el fenómeno de “la sentencia a la que yo quiero llegar” (p. 89), consistente en que el juez, incluso antes de conocer las razones constitutivas de la tesis y antítesis del proceso dialéctico jurídico, ya avizora la síntesis, la sentencia que va a adoptar y que será consecuente con sus convicciones y creencias.

Esta particularidad del quehacer judicial, desarrollada en su obra por el profesor Duncan Kennedy, ya había sido planteada por el ilustre jurista italiano Piero Calamandrei (1980) en su famoso “Elogio de los jueces escrito por un abogado”, donde se puede leer que:

Se representa escolásticamente la sentencia como el producto de un puro juego lógico, fríamente realizado, sobre conceptos abstractos, ligados por una inexorable concatenación de premisas y consecuencias; pero en realidad, sobre el tablero del juez, los peones son hombres vivos que irradian una invisible fuerza magnética que encuentra resonancias o repulsiones ilógicas, pero humanas, en los sentimientos del juzgador. ¿Cómo se puede considerar fiel una motivación que no reproduzca los subterráneos meandros de esas corrientes sentimentales, a cuyo influjo mágico ningún juez, ni el más severo, puede sustraerse? (pp. 175- 176).

Al respecto resulta ilustrativa la obra “Como deciden los jueces” de Richard Posner (2011), en la cual este autor propone una serie de teorías orientadas a explicar cómo los jueces adoptan sus decisiones y es así como el ejemplo propuesto, se ubicaría en la denominada “teoría actitudinal”, la cual pregonaba que “la mejor forma de explicar las decisiones de los jueces es recurriendo a identificar las preferencias políticas que estos proyectan sobre sus casos” (pp. 31 y 32), teoría que inclusive permitiría jugar con probabilidades para avizorar los resultados futuros de un litigio, a partir de la ideología expuesta por el juez en casos precedentes, como si se tratara de la aplicación del teorema de Bayes a las futuras resultas de un proceso judicial.

Lo anterior refleja lo complejo que puede resultar la ponderación de valores y principios en conflicto, así como la determinación del derecho implícito que se puede inferir de aquellos, con el riesgo a correr de que las normas implícitas puedan controvertir reglas predefinidas por el legislador, controversia expuesta por Laporta (2002):

Otro importante tema de discusión con relación a los llamados principios y valores es el de su utilización por el juzgador con relación a las reglas jurídicas establecidas. Como los principios y valores se encuentran muchas veces en la propia Constitución y las reglas aparecen en leyes ordinarias del poder legislativo, se ha

podido considerar la idea de que argumentando sobre la base de un principio el juez obtenga una regla incompatible con otra regla prevista en una ley establecida y la aplique en detrimento de ésta. Así, el juez, vía principio, obtiene del derecho implícito una norma jurídica que opone a otra emanada del legislador (p. 146).

Esta eventual incompatibilidad entre las reglas implícitas, inferidas por el juez de valores o principios y aquellas provenientes del legislador, denunciada por Laporta, será tratada en un capítulo aparte, cuando se analice la jurisprudencia de la Corte Constitucional referida a litigios contractuales constitucionalizados por vía de la acción de tutela y será en ese momento donde se podrá apreciar cómo el derecho implícito, deducido por la Corte de principios y valores, ha hecho inoperante reglas básicas del Derecho privado, bajo el argumento de la constitucionalización de un litigio contractual regulado por disposiciones de Derecho civil y/o comercial.

2.3.- La fisonomía actual de la jurisprudencia y el rol del juez constitucional en el marco de nuevas relaciones de poder

El concepto de derecho implícito ya expuesto y la manera en que éste y la teoría que lo acompaña fueron asimilados en Colombia, solamente pueden ser comprendidos en su real dimensión si de antemano se tiene de presente la forma en que la jurisprudencia, como fuente del derecho, evolucionó en el sistema jurídico colombiano, evolución que va aparejada al cambio normativo vivido en Colombia a partir de 1991 y al nuevo rol del juez constitucional, que dotó de vitalidad a una rama judicial que hasta entonces, había sido una discreta protagonista de los grandes debates jurídicos y políticos nacionales.

De manera tradicional, el concepto de jurisprudencia se ha trabajado en la doctrina a partir de un criterio en extremo conservador, en el sentido de que dicho calificativo solamente se le ha

atribuido al conjunto de decisiones proferidas por los más altos tribunales de justicia de un país, marginándose del mismo a los fallos originados en sedes judiciales que no hacen parte de lo que se ha dado en denominar como cortes techo o cortes de cierre.

Sin lugar a dudas, en la teoría de las fuentes del Derecho, para el caso colombiano, la fuente jurisprudencia es aquella que más transformaciones ha sufrido en el transcurso de las últimas décadas, cambios que pueden evidenciarse al describir tres momentos históricos que definen sus particularidades:

a.- Antes de la Constitución de 1991, en acatamiento al modelo romano germánico o de Derecho continental, se predicaba el culto a la fuente ley como fuente principal y obligatoria (positivismo legalista) (Corral, 2004), en épocas en las cuales el juez, frente al proceso de producción del derecho, asumía un papel pasivo, dado su rol de mero aplicador de normas preexistentes, bajo el criterio de que “[l]as únicas fuentes de interpretación son las reglas jurídicas legislativas” (Iturralde, 2015, p. 232), todo ello en claro respeto al principio de la división del poder, que privaba al juez de la facultad de operar como creador del derecho, principio que al hacer referencia a las “funciones separadas” con colaboración armónica de las ramas del poder público, se encontraba así plasmado en la Constitución Política anterior (art. 55), bajo la concepción imperante en la época de que dichas ramas emanaban de la soberanía que, para entonces, se atribuía a la Nación, aunque no sobra recordar que esos dictados constitucionales, según la concepción de la época, se originaban en una fuente suprema de toda autoridad representada en Dios, según lo permitía evidenciar el preámbulo de la Carta de Núñez y Caro.

b.- El segundo momento está representado en la propia Constitución de 1991, la cual aparentemente pretendió mantener el antiguo modelo que apostaba a la consolidación del derecho legislado, en su carácter de imperante, relegando a la jurisprudencia a un papel de fuente auxiliar,

según se puede evidenciar de la lectura del artículo 230 de la Carta, cuya literalidad no ha sido alterada desde su promulgación, todo ello bajo el mismo principio contemplado en la Carta anterior, consistente en la separación funcional y colaboración armónica de las ramas del poder público (art. 113 C.P. actual).

c.- El momento actual, que arranca a partir de la expedición de la Constitución de 1991 y específicamente, en 1992, año en que comienza a funcionar la primera Corte Constitucional y se desata el desarrollo de la teoría de los derechos fundamentales y sus mecanismos de protección, auspiciados por la corriente del neoconstitucionalismo de raigambre europea, originada en el trabajo interpretativo del Tribunal Constitucional alemán, a partir de la expedición de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y focalizada principalmente en el desarrollo de los derechos humanos, antes que en el perfeccionamiento del derecho constitucional orgánico (Santiago, 2008). Esta corriente, que implica el concepto de judicialización del derecho (Arrubla, 2010), resulta abanderada de la causa de erigir a la Constitución en una verdadera norma jurídica o regla de derecho de aplicación directa (Favoreu, 2001; Santiago, 2008), que ubica en una posición sumisa al resto del ordenamiento jurídico, idea que priva a la ley de su otrora carácter sagrado, pues se pretende evitar la concentración del poder en los representantes del pueblo, generándose una consecuencia inmediata: la constitucionalización del derecho, definida como “[l]a realización de un sistema jurídico que se produce y se reproduce desde la norma constitucional” y por ende, una rama del derecho se considerará constitucionalizada (v.gr. Derecho privado) “[c]uando su elaboración y contenido son conformes con el texto constitucional” (Acosta, 2016, pp. 86-87).

Es precisamente en este tercer momento que la jurisprudencia inició un proceso de cirugía reconstructiva, que nos permite apreciar hoy en día una apariencia que dista mucho de aquella que ostentaba en el primer momento ya descrito: utilizando como marco el famoso cuento de

Charles Perrault, la jurisprudencia era una especie de “Cenicienta” de las fuentes, a la cual le llegó su momento de emancipación gracias al Tribunal Constitucional que, a manera de hada madrina, liberó a esta fuente de esa hermanastra mayor que no la dejaba surgir: la ley.

Esta apoteosis vivida por la jurisprudencia, se evidencia en una serie de consecuencias prácticas que reflejan esa revolución en el sistema de fuentes del derecho patrocinada por la Carta actual, que no es otra cosa que su reubicación o reposicionamiento en el sistema de fuentes del derecho: de ser una fuente auxiliar, no obligatoria, trasciende a fuente principal, obligatoria, postura consolidada a partir de lo que se ha denominado como la “corriente reformadora” de la Corte Constitucional, evidenciable a partir del año 2001 (Bernal, 2005, Corte Constitucional, sentencia C-252 de 2001, M.P. Carlos Gaviria Díaz). Los alcances actuales de la jurisprudencia se reflejan en una serie de tópicos, no exentos de debate o controversia, reflejados en los siguientes literales:

a.- Fin del monopolio de la ley como fuente principal, a partir de nuevas relaciones de poder. El poder hegemónico de la ley y por ende, del legislador, en el papel de producción de nuevo derecho, se atenúa con el fortalecimiento vivido por la jurisprudencia, fuente que se revitaliza y empieza a alternar con la propia ley en la categoría de fuentes principales, no auxiliares del derecho. Cabe preguntarse, en qué momento histórico se equipararon jurisprudencia y ley, ¿acaso ese momento está representado en una inspiración del constituyente o del legislador? El texto constitucional en su artículo 230, como ya se dejó anotado, es prueba de que no, por el calificativo que literalmente se le otorga a la jurisprudencia como fuente auxiliar y de otro lado, el legislador en un principio, no respaldó, normativamente hablando, la nueva conceptualización de la jurisprudencia como fuente obligatoria y creadora de un nuevo derecho o derecho judicial, como ha dado en denominarse. La respuesta a la inquietud planteada estará

representada en el momento histórico en el que el máximo juez constitucional adoptó una nueva actitud, menos sumisa frente a la ley y su literalidad, soportada en conceptos que llegaron a Colombia de forma tardía: derechos fundamentales y la teoría de los principios asociada a aquellos, auspiciadores de un activismo judicial plausible en muchos casos y reprochado en otros, sobre todo cuando está acompañado de excesos.

b.- Un juez activo en su rol de creador de derecho. La tradición jurídica colombiana, se reitera, había reducido al juez al papel de aplicador de normas preexistentes, fijadas por el legislador, en un esquema respetuoso de la división funcional derivada del principio de separación de poderes. El fenómeno de la constitucionalización del derecho o de “impregnación constitucional del orden jurídico” (Favoreu, 2001, p. 35) dio al traste con el rol sumiso del juez, que lo había reducido a la categoría de convidado de piedra en el proceso de formulación de nuevo derecho y lo invistió de potestades creadoras que veía limitadas cuando transitaba por el terreno de las normas con estructura de reglas, dada su naturaleza cerrada, pero que se potencializan cuando opta por fundar sus resultados interpretativos en normas de estructura abierta, los principios, que dada su abstracción, contribuyen a la creatividad judicial que no puede estar exenta de límites o controles.

c.- Obligatoriedad de la jurisprudencia. De antaño considerada como una fuente auxiliar y por ello no obligatoria por fuera de los alcances originales de los fallos, hoy sus efectos vinculantes trascienden los intereses de las partes del litigio y su obligatoriedad se hace extensiva a otras esferas, a otros destinatarios, como los jueces de la República, que ven limitada, no abolida, su autonomía interpretativa, cuando quiera que el caso sometido a estudio ya cuenta con antecedentes referidos a decisiones judiciales provenientes de las cortes de cierre que han

abordado asuntos semejantes. Esta obligatoriedad se encuentra reflejada en diversas instituciones jurídicas, a saber:

(i) El precedente jurisprudencial obligatorio proveniente de la Corte Constitucional. Se entiende por precedente constitucional “toda *ratio decidendi* que haya servido a la Corte Constitucional para fundamentar una decisión suya” (Bernal, 2005, p. 151) o en términos más concretos, es aquella parte de una sentencia de la Corte donde se precisa el alcance de una norma superior o se “[e]xplicita qué es aquello que la Constitución prohíbe, permite, ordena o habilita para un tipo concreto de supuesto de hecho, a partir de una de sus indeterminadas y lapidarias cláusulas” (ibídem).

A nivel de los fallos de esta Alta Corporación, nadie discute los efectos *erga omnes* de la sentencias C- o de constitucionalidad, efectos vinculantes que vienen de atrás en el tiempo, desde aquellas épocas en que el control de constitucionalidad se había delegado a la Corte Suprema de Justicia. Lo novedoso reposa en los efectos que se han atribuido a las sentencias T- y SU- , derivadas de la función de revisión de decisiones de tutela atribuida por la Carta a la Corte Constitucional (art. 241 num. 9º C.P.), efectos en principio *inter partes* o en su defecto *inter pares* (si estos son los alcances definidos en la sentencia, cuando esta cobija a sujetos que, a pesar de no haber sido extremos del litigio revisado por la Corte, se encuentran en la misma situación fáctico – jurídica y por ello se someten a los rigores de la decisión). Estos efectos ahora resultan extensivos a los jueces constitucionales, quienes deberán considerar aquellos casos decididos por la Corte, su *ratio decidendi* y las subreglas constitucionales derivadas, y al evidenciar propiedades jurídicas relevantes con el asunto sometido a su conocimiento, se impone un tratamiento judicial similar, bajo el entendido de que de esta forma se garantiza el derecho a la

igualdad, en el componente de que todas las personas deben recibir la misma protección y trato de las autoridades públicas (art. 13 C.P.) (Bernal, 2009).

La lógica detrás del precedido razonamiento que alude a la igualdad, puede evidenciarse en un ejemplo concreto: en aplicación del reglamento de propiedad horizontal, el administrador de un conjunto habitacional sometido a este régimen priva a un copropietario de la posibilidad de convivir con una mascota canina, por lo cual, el afectado interpone una acción de tutela contra particulares (caso 1); por vía de revisión, este caso es seleccionado por la Corte Constitucional, ente que, siendo consecuente con sus precedentes, protege derechos fundamentales del accionante, entre ellos, el libre desarrollo de la personalidad, así como la intimidad personal y familiar, que impedirían a las propiedades horizontales restringir la tenencia de mascotas (sentencia 1); lo expuesto genera como consecuencia, un titular de derechos fundamentales amparados por el máximo juez constitucional (beneficiado 1). Ahora, se presenta otra situación en la cual, a otro copropietario de un inmueble sometido a propiedad horizontal, se le aplica la restricción estatutaria de tenencia de mascotas y acude en tutela a un juez municipal (caso 2), el cual niega la petición deprecada en atención a que la restricción de tenencia de mascotas se encuentra contemplada en un reglamento de propiedad horizontal de carácter obligatorio para todos los copropietarios, decisión confirmada por un juez de circuito (sentencias 2); lo descrito genera la desprotección de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal y familiar del accionante (perjudicado 2). Si se aprecian los casos 1 y 2, son prácticamente similares, al contar con las mismas propiedades jurídicas relevantes, pero las decisiones judiciales 1 y 2, son diametralmente opuestas, al producir un beneficiado 1 y un perjudicado 2, que frente a una misma situación fáctica, reciben un tratamiento diferenciado proveniente del poder judicial. Por ello, para evitar ese atentado contra el derecho a la igualdad del perjudicado 2, era menester que los jueces de instancia que fallaron la tutela, aplicaran el

reiterado precedente de la Corte Constitucional que permite la tenencia de mascotas en las propiedades horizontales, como un desarrollo concreto de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal y familiar (cfr. Corte Constitucional, sentencia T-037 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara, precedente reiterado en las sentencias T-155 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa y T- 034 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, entre otras).

Sin embargo, la obligación del respeto al precedente proveniente de la Corte Constitucional debe considerarse como una regla general que reconoce el principio de autonomía de los jueces, quienes válidamente pueden separarse de aquél, haciendo uso de la potestad conferida por la misma Corte, cuandoquiera que cuenten con razones jurídicas suficientes para hacerlo que deberán ser expuestas y sustentadas (cfr. Corte Constitucional sentencia C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Meza; Quinche, 2016).

La adopción de la figura del precedente jurisprudencial obligatorio generó una consecuencia evidenciable: la Corte introdujo una modificación a la Constitución mediante un mecanismo atípico de reforma constitucional (no enlistado en el título XIII de la Constitución Política, arts. 374 y ss.), que la doctrina ha denominado como “mutación constitucional”, referido a la modificación del sentido de una disposición constitucional conservando su texto literal intacto, todo ello por vía de interpretación, lo cual supone una reforma no expresa sino tácita del texto superior (Bernal, 2009; Blanco, 2010).

(ii) A nivel de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, desde el siglo XIX se encuentra vigente una figura que mantiene a la fecha las características conferidas por el legislador, aunque una de ellas ha sido reconfigurada por la Corte Constitucional: la doctrina

probable, consagrada así por el artículo 4º de la ley 169 de 1896, mediante el cual se modificó el artículo 10º de la ley 153 de 1887:

Tres decisiones uniformes, dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.

Obsérvese cómo, siendo consecuente con el modelo anterior que le endilgaba a la jurisprudencia el valor de fuente o criterio auxiliar de la actividad judicial, la aplicación de la doctrina probable por parte de los jueces era simplemente facultativa, no obligatoria, aspecto que mereció un pronunciamiento de la Corte Constitucional, cuando al resolver una demanda de inconstitucionalidad formulada contra la citada disposición, arribó a la exequibilidad condicionada de la medida, pues su validez se ató a que el juez que decida, en ejercicio de su autonomía, separarse de la doctrina probable, deba exponer de forma clara y razonada los fundamentos jurídicos que soporten esta decisión (sentencia C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil), de lo cual se infiere que, de carecer dichos fundamentos, se exige del juez el respeto a la doctrina probable en aras del tratamiento igualitario que viene propugnando la Corte Constitucional. Con ello, la doctrina probable ya no ostenta un carácter facultativo sino obligatorio.

Este pasaje del derecho judicial fue incorporado por el legislador en el Código General del Proceso (ley 1564 de 2012, artículo 7º), al disponer en primer lugar, que los jueces están sometidos al imperio de la ley, pero adicionalmente “deberán” tener en cuenta la jurisprudencia, imperativo que genera un deber y no una potestad y de otro lado, la norma referenciada impone el mandato de sustentar los argumentos que están detrás de la rebelión contra la doctrina probable, previsión extensiva a los eventos en los cuales el juez cambie de criterio frente a casos análogos

por él decididos en el pasado, lo cual se traduce en la adopción de la regla general del respeto a los precedentes, tanto verticales como horizontales.

Tal como lo explica Bernal (2009), existe una clara diferenciación en la consolidación del precedente en las justicias constitucional y ordinaria: mientras en aquella, una sola sentencia puede convertirse en precedente, en la ordinaria y gracias a la estructuración vigente de la figura de la doctrina probable, según lo ya indicado, se exige un número plural de decisiones.

(iii) En lo que respecta a la justicia contencioso administrativa, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA- (ley 1437 de 2011) acogió la figura de la extensión de la jurisprudencia, para el caso de las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado que hayan reconocido un derecho, generando a las autoridades administrativas el deber de extender sus efectos a las personas que lo hayan solicitado y se encuentren incurso en similares presupuestos fácticos y jurídicos (arts. 102 y ss.), lo cual se traduce en la vinculación de las autoridades administrativas a los precedentes judiciales (cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto No. 2177 del 10 de diciembre de 2013, C.P. William Zambrano Cetina); para el caso de decisiones judiciales de tribunales administrativos que hayan controvertido sentencias de unificación del Consejo de Estado, el CPACA adoptó el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia (arts. 256 y ss.), destinado al aseguramiento “[d]e la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y (a) garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida...” (art. 256), revalidándose con esta figura el carácter de órgano de cierre del Consejo de Estado.

Las citadas figuras del Derecho administrativo se ubican en la misma dirección que el precedente y la doctrina probable: fijar un criterio de obligatoriedad de la jurisprudencia en aras

de garantizar la igualdad (cfr. arts. 3º num. 2º y 10º CPACA) al amparo de la prohibición general implícita de resolver los casos iguales de manera diferente (Consejo de Estado, 2014).

Esta visualización del panorama actual de la fuente jurisprudencia, permite apreciar su reposicionamiento frente a la ley, donde el juez en general y en particular el juez constitucional, cumple hoy un papel protagónico en el proceso de creación de un derecho de carácter judicial, un nuevo Derecho de carácter antiformalista, que se construye y evoluciona de la mano de la teoría de los principios -aquí quedan inmersos los derechos fundamentales- al amparo de la justicia constitucional, sin cuya adopción difícilmente se hablaría de la constitucionalización del Derecho (Favoreu (2001).

Este fenómeno impone un reto al juez: desarrollar los principios en la mayor medida posible, evitando al mismo tiempo los cantos de sirenas provenientes de su indeterminación, que le evitarán caer en las fauces de la arbitrariedad judicial derivada de los excesos de constitucionalización (reflejados en el desplazamiento de las normas legales por las constitucionales) o “alocado activismo” (Santiago, 2008), que pueden generar un “debilitamiento de la democracia”, si se considera el origen democrático y menos democrático de las ramas legislativa y judicial, respectivamente (Arrubla, 2010). Esta idea aparece cuestionada por Acosta (2016), quien al reprochar la estigmatización que ha sufrido el fenómeno de la constitucionalización del derecho, afirma que la Constitución como norma superior, no desplaza las normas infra constitucionales, pues aquella debe ser entendida como “[u]n imperativo del orden jurídico aplicable a la totalidad de sectores cubiertos por éste, y susceptible de influenciarle en un determinado número de aspectos” (p.101) .

El Derecho privado no está exento de los señalados excesos, que se reflejarán en falta de certeza y seguridad jurídicas –aspectos que se tratarán en su debida oportunidad-, aunque cierto

sector de doctrina releva al poder judicial del calificativo de ser el causante de esa inestabilidad jurídica, la cual es atribuida a la “volatilidad legislativa y constitucional” padecida por el sistema colombiano, en donde “[l]a regla de cambio pasa a ser la regla permanente, perdiendo así las normas legales y especialmente las normas constitucionales, la pretensión de duración con la que fueron diseñadas” (Quinche, 2006, p. 221).

Un rol adecuado del juez constitucional se verá reflejado en el respeto a la siguiente regla: aplicar los principios constitucionales en procura de la efectividad de los derechos fundamentales manteniendo la armonía del ordenamiento jurídico y el respeto por él, para evitar de esta forma una “contradicción práctica o performativa”, pues si el juez deriva su poder del ordenamiento, no puede actuar en contra de él “[p]ues estaría tomando una decisión que erosiona las bases de su propia competencia decisoria” y de otro lado, se impone al juez el respeto al principio democrático o conservacionista, que exige de éste la realización del mayor esfuerzo interpretativo orientado a conservar y aplicar las normas de origen legislativo, bajo el entendido de que si el ideal de la soberanía popular es el autogobierno de la sociedad, en donde ciudadanos y sus representantes fijan las reglas de convivencia social, “[l]os jueces en una democracia tienen el deber de acatar esas decisiones ciudadanas” (Uprimny & Rodríguez, 2006, p. 305). Este deber que no está exento de problemáticas que los autores citados denominan “perplejidades”, que se van a evidenciar sobre todo en el análisis de los casos difíciles, en los cuales el ordenamiento no le ofrece al juez una respuesta exacta con pretensión de corrección jurídica; estos eventos sustentan la discrecionalidad judicial, cuyo ejercicio va de la mano de la práctica argumentativa o fundamentación de la decisión que debe tener como mira el enriquecimiento del ordenamiento jurídico vigente y no su sustitución judicial.

La coexistencia de los elementos normativos Constitución – Ley, propone un debate en lo que respecta a la determinación de los límites funcionales de la justicia constitucional, punto sobre el cual se tomará partido al finalizar este trabajo, debate cuyo origen se puede sintetizar en las siguientes frases:

...[c]uando se intenta trazar los límites funcionales de la jurisdicción constitucional se da por sentado que es necesario cohonestar dos magnitudes que a veces tienden en direcciones contrapuestas: por una parte, que la regulación de la vida política de la sociedad emana de procedimientos de deliberación que discurren por los cauces de las instituciones representativas, y por otra, que dicha regulación está sometida a la Constitución y a los derechos fundamentales... (Bernal, 2005, p. 34).

La jurisprudencia y el juez constitucional hoy están en medio de diversas tensiones que apuntan a lo mismo: derecho clásico vs. nuevo derecho, derecho legislado vs. derecho judicial, formalismo vs. antiformalismo e individualismo vs. altruismo judiciales. Bernal Castro plantea una quinta tensión, legitimidad vs. legalidad, con una propuesta de distensión: este autor, al explicar el papel de la Corte Constitucional en el modelo de Estado Social de Derecho, le atribuye al Alto Tribunal el papel de órgano legitimador del derecho en sociedad, al considerar que la Constitución, al ser fruto del consenso, cuenta con legitimidad que arrastra el concepto de legalidad de la norma constitucional; lo propio no pasa con las normas jurídicas subconstitucionales, que contarán con legalidad, pero la legitimidad solamente se adquirirá a futuro, cuando respeten los postulados de la Carta y es en este punto en particular donde la Corte asume el papel de órgano legitimador, pues le corresponde hacer que la norma jurídica sea legítima y será precisamente el “[a]catamiento al mando constitucional lo que termina legitimando la norma”, aspecto que de suyo, lleva implícita la posibilidad de que el juez constitucional inaplique normas vigentes en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad o

en el caso de los juicios de exequibilidad, se excluyan normas del ordenamiento jurídico por contrariar la Carta, al no haber aprobado una especie de juicio de legitimidad (2005, p. 256).

Lo explicado sirve para ambientar el tema de la constitucionalización de litigios contractuales que se aborda en el siguiente acápite y será objeto de un amplio estudio en la segunda parte de este trabajo.

2.4.- Constitucionalización de litigios contractuales, lagunas axiológicas y derecho implícito

No obstante la reflexión posterior sobre el impacto del derecho implícito en el Derecho privado -fuente a su vez de derechos y obligaciones implícitas, no consideradas por los contratantes al momento del perfeccionamiento del contrato, pues no hacían parte del sistema de fuentes de las obligaciones civiles, de naturaleza explícita y vigente en el sistema jurídico colombiano al momento de la contratación- sí resulta pertinente a continuación, dada su relación con el tema tratado, abordar los casos de constitucionalización de litigios contractuales privados y la relación de las lagunas axiológicas con el derecho implícito.

La amplia cobertura de los derechos civil y comercial, así como sus profusos desarrollos normativos, jurisprudenciales y doctrinarios, en el componente de las obligaciones y contratos de carácter privado, le ofrecen al intérprete un abanico de posibilidades hermenéuticas para solucionar las controversias sometidas a su escrutinio y que por su especialidad, deben ser debatidas en la justicia ordinaria. No obstante lo expuesto, ha hecho carrera en Colombia la práctica de constitucionalizar los litigios que tienen como base la celebración, ejecución o interpretación de contratos y para ello, se ha utilizado como herramienta de constitucionalización de pleitos contractuales la acción de tutela y si bien la Corte Constitucional ha fijado como regla

general que los pleitos entre particulares, con ocasión de un contrato, escapan a la jurisdicción constitucional, por vía de excepción - y la Corte ha aceptado muchas excepciones – este tipo de *litis* sí puede ventilarse en la jurisdicción constitucional, en las situaciones y con los requisitos que esta Corporación ha depurado en el transcurso de su historia jurisprudencial.

Analizado el fenómeno de la constitucionalización desde las orillas del Derecho privado, se puede concluir que aquella procede en casos que involucren disparidades contractuales entre particulares, cuando acontezca uno de los siguientes tres fenómenos: (i) cuando las normas infraconstitucionales no contemplan, expresa ni implícitamente, una solución al litigio (laguna normativa de rango legal) y ésta debe ubicarse en el terreno de los preceptos constitucionales, explícitos o implícitos; (ii) cuando las normas infraconstitucionales ofrecen una solución al litigio (no existe laguna normativa de rango legal), pero en ejercicio de la potestad conferida por el artículo 4º constitucional, son inaplicadas para el caso concreto por contrariar un precepto superior y en este escenario, el fallador se transporta al terreno de las normas constitucionales explícitas o implícitas, para ahondar en ellas y encontrar la solución satisfactoria y (iii) cuando el juez encuentra una laguna axiológica o valorativa, fenómeno desarrollado a continuación.

En la sentencia T-122 de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, la Corte revisó una acción de tutela que estaba precedida de un caso acompañado de una laguna axiológica, definida por la Corte como “la falta de una norma jurídica justa”, vacío que puede obedecer a dos situaciones diferentes: (i) no existe norma explícita consagrada por el ordenamiento jurídico, aplicable al caso concreto, punto que encontraría semejanza con el concepto de laguna normativa y (ii) la norma sí existe, pero de aplicarse al caso “[o]casionaría un resultado notoriamente injusto e incompatible con la Constitución” o explicado de otra forma por la misma Corte: “[s]e presenta (la laguna axiológica) cuando el caso está regulado por el derecho pero de forma axiológicamente

inadecuada, ya que el legislador no previó una distinción especial que conduciría a que la respuesta jurídica fuera distinta” (argumento 6.2 del fallo).

La Corte abordó el conocimiento de un caso que comienza con un matrimonio que finaliza de manera trágica con el asesinato de la cónyuge por parte de su marido, el cual fue condenado por dicho crimen. Durante la unión conyugal, se procrearon dos hijos que quedaron bajo la curaduría de su tía, quien adelantó los trámites de reconocimiento de la sustitución pensional, pues la madre fallecida ostentaba la condición de pensionada. Al aplicar las reglas vigentes en materia de sustitución, la entidad de previsión social confirió a los descendientes el 50% de la pensión, reservando el 50% restante al cónyuge supérstite, en clara aplicación de la normatividad vigente al respecto (art. 47 ley 100 de 1993), que no previó nada en casos de asesinato del titular de la pensión por parte de su cónyuge.

La acción de tutela se orientó a que se conceda el 100% de la pensión a los descendientes, privándose de este derecho al cónyuge asesino, pretensión que a la postre fue acogida por el Alto Tribunal, fundándose en la existencia de una laguna axiológica, pues la solución que la ley le conferiría al caso, consistente en concederle el 50% de la mesada pensional de su víctima al victimario, repugna a la justicia y por ello, se pretendió encontrar una mejor solución en los terrenos de un principio de ascendencia romanista, conocido con el aforismo de “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, traducido como nadie puede alegar a su favor su propia culpa y menos aún, en el caso de pensión de sobrevivientes, *ratio* que sirvió de base para la aceptación del amparo reclamado y en consecuencia, se concedió el 100% de la sustitución pensional a los hijos de la pensionada asesinada.

No puede obviarse las similitudes que este caso presenta con otro, decidido por la justicia norteamericana y popularizado por Ronald Dworkin (1989) en su libro “Los derechos en serio”, conocido como el caso Riggs vs. Palmer (1889) y bautizado en la academia como el Elmer’s case

o el caso del nieto asesino, fundado en el homicidio del nieto a su abuelo mediante envenenamiento, acompañado de una pregunta propia del Derecho civil, relacionada con si el asesino en su calidad de heredero, podía reclamar el derecho subjetivo de herencia, surgido a partir de la muerte trágica de su ascendiente.

El derecho sucesoral del Estado de Nueva York, donde se desarrolló el caso en 1889, no contemplaba el asesinato del causante como causal de indignidad para heredar (en Colombia esta causal sí está prevista desde la adopción del Código Civil en 1887, art. 1025 núm. 1º C.C.), silencio del legislador que permitía suponer que, de acuerdo con el sistema de Derecho civil vigente para entonces, el nieto asesino podía heredar, pues no había perdido su vocación hereditaria, al no existir causal válida que lo declarara indigno.

Si bien el Tribunal de Apelaciones consideró que, en una estricta aplicación de la literalidad de la norma, al heredero asesino le asistía su derecho de herencia, también consideró que “[a] nadie se le debe permitir beneficiarse de su propio fraude o tomar ventaja de su propio error, fundar cualquier demanda sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad sobre la base de su propio crimen” (sentencia *Riggs v. Palmer* (1889) 115 NY 506) y amparado en estos principios negó el acceso al derecho en cuestión.

Tanto en la sentencia T-122 de 2017, como en el caso *Riggs vs. Palmer*, se aprecian los presupuestos que Nino (2003) prevé para la configuración de las lagunas axiológicas: “[u]n caso está correlacionado por un sistema normativo con una determinada solución y hay una propiedad que es irrelevante para ese caso de acuerdo con el sistema normativo, pero debería ser relevante en virtud de ciertas pautas axiológicas” (p. 287). En los casos analizados, la propiedad relevante que no contempló el legislador, tenía que ver con las consecuencias surgidas del homicidio de la persona de la cual se pretendía derivar un derecho (la sustitución pensional y la herencia, respectivamente).

García Amado (2001) ilustra bien lo acontecido en los casos supra referidos, de la siguiente forma:

Un enunciado legal establece una solución para el caso, pero tal decisión (en cualquiera de sus interpretaciones posibles y compatibles con el significado lingüístico) se estima contraria a la justicia o el valor determinante de que se trate: se subsumirá el caso bajo tal valor y se dictará la consiguiente solución por él requerida, al margen de las palabras de la ley y sus significados (p. 103).

Este autor español describe de manera inmejorable lo acontecido con los litigios contractuales de carácter privado, cuando estos se judicializan, no en la jurisdicción ordinaria sino en la constitucional, cuandoquiera que uno de los contratantes, so pretexto de la vulneración de un derecho fundamental, acude al trámite de tutela y provoca la intervención del máximo juez constitucional, que por vía de revisión de los fallos, ha generado una serie de soluciones que ostentan las siguientes características: (i) los litigios contractuales contaban con una debida regulación en las disposiciones de rango legal, pertenecientes al Derecho privado; (ii) la Corte Constitucional, al no optar por las soluciones ofrecidas por el legislador, por no resultar satisfactorias y pretender encontrar otras en el terreno de los principios o valores constitucionales, acudió al procedimiento a seguir cuando el juez descubre lagunas axiológicas y (iii) la Corte ha inaplicado a casos concretos, disposiciones vigentes de rango legal, so pretexto de solucionarlos a partir de principios o valores de rango superior, explícitos e implícitos, sin acudir a figuras como la excepción de inconstitucionalidad (art. 4º Constitución Política colombiana) que denotaría la incompatibilidad de las disposiciones iuscivilistas o iuscomercialistas regulatorias del litigio, las cuales serían superadas, en razón de su jerarquía, por preceptos de rango superior.

En materia de litigios contractuales constitucionalizados por vía de tutela, la Corte Constitucional ha trabajado una categoría que podría denominarse casos difíciles *sui generis*,

consistente en situaciones fácticas litigiosas que cuentan con solución expresa en las disposiciones del Derecho privado pero que, al no compadecerse con el ideal de justicia del fallador y surgir por ende una laguna axiológica, aquél busca una mejor solución en el terreno de los principios y valores constitucionales, avizorándose de entrada una consecuencia: el resultado del proceso, la solución final, será impredecible y tal como se lo expone en un capítulo posterior, el descubrimiento de derechos implícitos se convierte en fuente de nuevas obligaciones civiles, lo cual no está exento de advertencias formuladas por Guastini (2014): nuevas obligaciones jurídicas implican restricción de la libertad y el descubrimiento judicial de derechos implícitos puede insertarse en la órbita funcional del legislador, injerencia proveniente del juez que, de conformidad con el autor italiano, cuenta con problemas de legitimación democrática, tesis esta última controvertida por autores como Bergalli (1994), quien radica dicha legitimación en el hecho de que el poder judicial puede representar personas y derechos tradicionalmente excluidos y Santos (2009), quien destaca que a partir del abandono por parte del poder judicial de su tradicional posición neutral desde el punto de vista político, aumenta su protagonismo, hoy indiscutible sobre todo a partir de fenómenos como el de la constitucionalización del derecho.

SEGUNDA PARTE

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS LITIGIOS CONTRACTUALES POR VÍA DE ACCIÓN DE TUTELA: VICISITUDES DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO JUDICIAL POST FACTO Y SUS LIMITACIONES JURÍDICAS

Una vez expuestos los elementos teóricos que ambientan la problemática central de este estudio, se procede en seguida a abordar las particularidades contemporáneas del Derecho Privado de los contratos, en especial, las consecuencias evidenciadas cuando un litigio contractual abandona los campos de la jurisdicción ordinaria y se posiciona en los terrenos de la justicia constitucional, a petición del contratante litigante que invoca la violación o amenaza de violación de uno o varios derechos fundamentales. La dinámica judicial, reflejada en el trabajo de la Corte Constitucional, muestra que el Alto Tribunal, en materia de interpretación de contratos privados, abandonó las reglas clásicas propuestas por el clásico jurista Pothier, plasmadas en la legislación colombiana y adopta otras propias de un derecho judicial o nuevo derecho, construido en base a la teoría de los principios, caldo de cultivo de derechos y obligaciones implícitas que han dado origen a un nuevo Derecho de los contratos y las obligaciones civiles, no exento de críticas y controversiales características que, a lo largo de dos capítulos, soportan la segunda parte de la investigación.

En efecto, en el tercer capítulo se destaca la forma en que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en materia de litigios contractuales constitucionalizados por vía de tutela, se ha convertido en una nueva y autónoma fuente de obligaciones civiles, al margen de aquellas que enlistadas, aún figuran en el Código Civil y otras que por vía jurisprudencial han sido consideradas como tales por la Corte Suprema de Justicia. En apoyo de esta idea se ofrecen una serie de ejemplos relacionados con casos judiciales, en los cuales inclusive, se aprecia cómo el contrato dejó de ser considerado como un acuerdo de voluntades, pues el consentimiento libre de vicios, en ocasiones, cede frente a la imposición judicial del deber de contratar, exposición que se acompaña de las vicisitudes derivadas de esta propuesta doctrinaria.

En el cuarto y último capítulo se explica el tránsito de la interpretación legal a la interpretación constitucional del contrato y cómo los casos fáciles, relacionados con litigios

contractuales, se transforman en difíciles, herramienta argumentativa utilizada para marginar al caso del iusprivatismo y solucionarlo a partir de un derecho implícito, derivado de principios constitucionales, práctica que compromete la seguridad jurídica. Finalmente, se propone una ruta metodológica dirigida a evitar los excesos de la constitucionalización del Derecho Privado en procura de su enriquecimiento, no su desplazamiento, el cual se logrará a partir de la articulación de los principios constitucionales con disposiciones vigentes de naturaleza civil y comercial.

CAPÍTULO 3

La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana referida a litigios contractuales privados: nueva y autónoma fuente de obligaciones civiles

En líneas precedentes se dejó establecido cómo el asunto relacionado con las fuentes de las obligaciones, resulta importante para la normatividad y doctrina, nacional y extranjera, importancia que se justifica si se considera que un sistema de fuentes obligacionales se orienta a la garantía de la seguridad jurídica de los miembros de una sociedad, quienes actúan bajo el entendido de que solamente les resultan imponibles aquellas obligaciones previamente consagradas en una de aquellas fuentes, evitándose de esta manera que de forma sorpresiva o por asalto, una persona resulte asumiendo obligaciones ignotas. Si bien para el caso de la fuente ley el legislador puede imponer las obligaciones que a bien tenga en ejercicio de sus funciones constitucionales, de aplicabilidad general y exentas de la posibilidad de que se alegue su incumplimiento por desconocimiento previo, según el aforismo de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, este razonamiento tradicionalmente resultaba inviable en el caso de obligaciones contractuales, pues se suponía que éstas debían ser previamente consentidas, consentimiento que, por obvias razones, no es requerido para la efectividad de las obligaciones emanadas directamente del legislador.

Lo expresado permite exponer una regla para la efectividad de las obligaciones de naturaleza contractual, consistente en que éstas solamente adquieren eficacia en la medida que hayan sido aceptadas por la parte destinataria de las mismas, consentidas de forma libre y

espontánea, que hayan surgido en ejercicio de la autonomía de la voluntad (que a juicio de la doctrina aparece consagrada en Colombia en los artículos 1602 del Código Civil y 4º del Código de Comercio) (Madriñán,1986) y que su acto generador se encuentre desprovisto de cualquier vicio como error, fuerza o dolo. No obstante, esta regla empieza a desvanecerse frente a lo ocurrido con la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de litigios contractuales entre particulares.

3.1.- El decaimiento del consentimiento mutuo como elemento esencial del contrato

Independientemente de la conceptualización del contrato como acto o acuerdo, resulta indiscutible que la esencia de este acto jurídico reposa en el consentimiento, el cual a su vez hunde sus raíces en el concepto de autonomía de la voluntad. Si bien esta categoría se encuentra en crisis, al considerarse que ella por sí sola ya no direcciona los efectos de la contratación (Arrubla, 2007), el consentimiento siempre se ha considerado como elemento esencial del acto contractual y es el punto de partida del diseño de los derechos y las obligaciones que las partes aspiran derivar del mismo.

Ya se dejó establecido de manera previa que el consentimiento libre de vicios, proveniente de cada una de las partes del contrato, es un requisito *sine qua non* para poder hablar de la validez de un acuerdo contractual, de lo cual se derivaría un argumento *a contrario sensu* según el cual, sin consentimiento no se podría predicar la existencia de contrato válido. Lo anterior, amparado por una lógica elemental aparentemente incontrastable, ya no se considera esa especie de dogma que reguló la contratación en Derecho privado, pues hoy en día pueden surgir obligaciones contractuales sin consentimiento y más aún, las partes resultan obligadas a contratar, a renovar y prorrogar contratos o a persistir en el cumplimiento de obligaciones contractuales contra su voluntad, en virtud de acciones de tutela que, fundándose principalmente en normas con

estructura de principios, ordenan la celebración de un contrato, so pena del desacato, que puede conllevar a la privación de la libertad de aquél contratante renuente.

Surge en consecuencia un contrasentido jurídico, pues la normatividad civil vigente exige el consentimiento libre de vicios como requisito para obligarse válidamente (art. 1502 C.C.), pero de otro lado, a través de una sentencia de tutela se puede obligar a una persona, natural o jurídica, a adquirir obligaciones contractuales sin consentimiento previo, resultantes de la aplicación de subreglas que el juez deriva de principios contractuales, a través de un ejercicio de creacionismo judicial. De esta forma y frente a la pregunta que ha surgido en la jurisprudencia y la doctrina acerca de si los principios constitucionales pueden aplicarse directamente a litigios contractuales entre particulares o si por tratarse precisamente de principios, requieren un desarrollo legal previo (Cárdenas, 2007), la Corte Constitucional ha optado por la primera de las alternativas.

3.2.- La constitucionalización de litigios contractuales: acerca de una regla general y sus múltiples excepciones

El artículo 86 de la Constitución Política, consagradorio de la acción de tutela, centra su atención inicial en la procedencia de este recurso protector frente a violación o amenaza de violación de derechos fundamentales provenientes de la acción u omisión de las autoridades públicas. No obstante lo anterior, este precepto constitucional acepta la posibilidad de que dicha acción pueda instaurarse también contra particulares, siempre y cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: (i) que el particular se encuentre a cargo de la prestación de un servicio público; (ii) cuando su conducta comprometa de manera grave y directa el interés colectivo o (iii) cuando el tutelante frente al particular accionado, se encuentre en situación de subordinación o indefensión.

El decreto ley 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, en su artículo 42 precisa en detalle los eventos de procedencia de la tutela contra particulares, haciendo alusión a aquellos que prestan servicios públicos de educación y salud o deban velar por la garantía del derecho al habeas data, entre otros. Tanto la norma constitucional, como su decreto reglamentario, consagran el carácter accesorio o residual de esta figura, al disponer que no procede cuando exista otro mecanismo de defensa judicial (arts. 86 inc. 3º C.P. y 6º Decreto 2591 de 1991), salvo que se utilice como mecanismo transitorio enervador de perjuicios irremediables.

Estas características conferidas por el Constituyente, han servido de punto de partida a la doctrina de la Corte Constitucional, según la cual, la acción de tutela en principio no procede en casos de litigios contractuales entre particulares, bajo el entendido de que la justicia ordinaria es la llamada a intervenir, en procura de hacer valer la jurisdicción o poder del Estado para solucionar definitivamente los litigios mediante sentencias que hagan tránsito a cosa juzgada y de otro lado, que a nivel privado, las relaciones entre particulares basadas en contratos, parten de una igualdad jurídica que excluiría la indefensión o subordinación. A partir de esta regla general, que priva de la posibilidad de acudir *prima facie* a la tutela en casos de celebración, ejecución o interpretación de contratos que a la postre involucrarán un conflicto entre los contratantes, la Corte ha aceptado de manera reiterada que en casos que ofrezcan relevancia constitucional y por excepción, resulte admisible la tutela cuando se evidencie vulneración o amenaza de vulneración de derechos fundamentales.

En la sentencia T – 160 de 2010, M.P. Humberto Sierra Porto, infra analizada, la Corte Constitucional hizo un recuento de cómo esta Corporación ha mantenido la vigencia de la regla general de improcedencia de la acción de tutela en litigios contractuales, remontándose incluso a uno de los primeros pronunciamientos al respecto, donde la Corte afirmó:

“[l]as diferencias surgidas entre las partes con ocasión o por causa de un contrato no constituyen materia que pueda someterse al estudio y decisión del juez por vía de tutela ya que, por definición, ella está excluida en tales casos, toda vez que quien se considere vulnerado o amenazado en sus derechos goza de otro medio judicial para su defensa: el aplicable al contrato respectivo según su naturaleza y de conformidad con las reglas de competencia establecidas por la ley” (Corte Constitucional, sentencia T-594 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández).

Esta tesis aparece reiterada en diversas sentencias reseñadas por la propia Corporación, entre las cuales se citan las siguientes: T-511 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-328 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz, T-340 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-524 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-219 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-605 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-643 de 1998, MP. Antonio Barrera Carbonell, T- 587 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y más recientemente lo propio ha acontecido con las sentencias T-903 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-150 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza, entre muchas otras.

No obstante la regla general ya expuesta, esta no resulta relevante para los propósitos del presente estudio, el cual se centrará en el análisis de las excepciones, sentencias en las cuales la Corte abortó el criterio según el cual la tutela no es el mecanismo idóneo para resolver cuestiones contractuales y por el contrario, definió de fondo el litigio apelando a la principalística constitucional y es este precisamente el escenario donde la jurisprudencia constitucional se convierte en fuente autónoma de obligaciones civiles y causales de extinción de las mismas, tesis que entra a exponerse en seguida.

Se apela en este punto a la argumentación mediante ejemplos y se ofrecen varios de ellos en apoyo de la generalización propuesta (Weston, 2007). Para este propósito se adopta la siguiente metodología: (i) identificación del caso; (ii) exposición de fundamentos fácticos; (iii)

análisis del caso a la luz del Derecho Privado y (iv) análisis de la decisión de la Corte Constitucional adoptada a partir de principios constitucionales, explícitos e implícitos:

3.2.1.- El caso del contrato de suministro de parafina (Corte Constitucional, sentencia T-375 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

- Elementos fácticos: Un fabricante de velas de la ciudad de Florencia (Caquetá), había celebrado un contrato de suministro de parafina con la empresa Terpel Sur S.A., aparentemente la única distribuidora de esta materia prima en la región. Debido a que el peso de los bloques de este producto no coincidía con el anunciado, se generó una discusión entre proveedor y destinatario, lo cual se transformó en un litigio judicial que se trasladó a instancias penales. Terpel Sur S.A. tomó la determinación de suspender el suministro de parafina hasta tanto el litigio se resuelva por vía judicial, circunstancia que motivó la presentación de una acción de tutela a cargo del actor.
- El caso en el Derecho privado: De los supuestos fácticos se deduce que Terpel Sur S.A. decidió unilateralmente suspender el cumplimiento de sus obligaciones contractuales debido a la actuación del otro contratante, aplicándole a este último una especie de prejudicialidad contractual (suspender el contrato hasta tanto se decida judicialmente la queja del empresario), figura que no existe en el derecho privado, comportamiento que aparentemente oculta una retaliación por la queja radicada en la Fiscalía. Esta suspensión unilateral del suministro de parafina durante la ejecución de un contrato vigente, conllevaría el incumplimiento del contrato a cargo de Terpel Sur S.A., surgiendo en este punto la condición resolutoria tácita del artículo 1546 del Código Civil colombiano, que ofrece al contratante perjudicado con el

incumplimiento la opción dual de pedir ante la justicia ordinaria, bien sea la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios. Obviamente, no existe la opción de privar de la libertad al contratante que no cumpla con las obligaciones contractuales previamente estipuladas.

- El fallo de la Corte Constitucional: la Corporación comenzó su argumento con una idea que hace parte del tradicionalismo jurídico *ius privatista*, según la cual, el contrato se cobija por la ley y la autonomía de la voluntad, no sin antes recordar que los litigios entre particulares que hunden sus raíces en una cuestión contractual, se ventilan ante la justicia ordinaria y su solución espera ser encontrada en “fuentes pertinentes más próximas, las cuales suelen coincidir con la ley y el contrato” (cita textual que hace parte del fundamento No. 1 de la decisión).

El primer tema que abordó la Corte se concretó al análisis de la eventual presencia de un abuso de posición dominante, dado que el litigio estudiado expone un enfrentamiento entre un pequeño comerciante y una gran empresa. Este contexto de David vs. Goliath sirvió de pretexto para que este Tribunal recordara los elementos teóricos de esta figura, entendida como el “poder de mercado que le permite a un agente económico actuar con independencia de sus competidores, por lo menos dentro de un grado relativamente amplio y apreciable” (cita textual que hace parte del fundamento No. 2 de la decisión). La Corte concluyó que no existían evidencias de este abuso y que, de haberse presentado, el litigio trascendía los ámbitos de la jurisdicción constitucional.

En el segundo tema abordado por la Corte, ésta se preguntó si el accionante se encontraba en situación de indefensión frente a la empresa accionada y en este punto en particular arribó a una conclusión afirmativa, en el sentido de que la dependencia

económica era factor de indefensión y por ello “la procedencia de la acción de tutela entre particulares tiene un sentido de liberación frente a las demostraciones de poderío y de supremacía de quienes ostentan posiciones de poder” (cita textual que hace parte del fundamento No. 4 de la decisión).

Finalmente, la Corte analizó si la decisión de no contratar proveniente de un particular, podía convertirse en factor de vulneración de derechos fundamentales radicados en cabeza de otro particular y formuló una regla general que respeta el principio de la autonomía privada: una empresa no puede ser sujeto de un deber general de contratar, pero a manera de casos excepcionales recordó eventos en los cuales el legislador sí obliga al particular a contratar, todos ellos tomados del Derecho comercial, a saber: (i) aquellas personas que prestan un servicio público u ostentan un monopolio de hecho o de derecho, a quienes por disposición legal les está vedada la suspensión del suministro del servicio a aquellos consumidores que no se encuentren en mora (art. 979 C. Co.); (ii) el transportador tiene la obligación de atender sus imperativos contractuales cuando “se lo permitan los medios ordinarios de que disponga y que se cumplan las condiciones normales y de régimen interno de la empresa, de conformidad con los reglamentos oficiales” (art. 989 C. Co.) y (iii) cuando se realizan ofertas en los establecimientos de comercio con indicación de precio y mercancía, resultan obligatorias mientras se mantengan expuestas al público, obligatoriedad que se extiende a la oferta pública de géneros determinados o cuerpos ciertos por un precio determinado “hasta el día siguiente al del anuncio” (art. 848 C. Co.). La citada excepcionalidad de los referidos casos desaparecería, a juicio de la Corte, si se tiene en cuenta que la Carta Política le atribuye a las empresas una función social y bajo este entendido, si la expresión de voluntad negativa a contratar

compromete derechos como el trabajo, dada la doctrina de la eficacia directa de los derechos fundamentales en relaciones privadas, el juez puede obligar a contratar (fundamento No. 5 de la decisión) y este fue precisamente el sentido del fallo ahora analizado: se obligó a Terpel Sur S.A. a continuar con el suministro de parafina al demandante.

Este caso permite apreciar cómo la Corte descartó de plano la existencia del abuso de posición dominante por carencia de elementos evidenciables que la sustentaran, pero causa extrañeza que la Corporación analizó los elementos que indicarían la presencia de la citada figura, muy a pesar de anunciar de plano que, de haberse concluido su presencia, no atendería sus consecuencias por escapar a la jurisdicción constitucional, materializándose de esta forma un desgaste argumentativo.

La situación de indefensión fue deducida de una forma netamente objetiva: pez grande y pez chico participando de una relación económica contractual, de la cual se puede predicar una igualdad jurídica pero no una paridad económica. La aparente exclusividad del proveedor en el área geográfica que sirvió de marco espacial al caso, justificó al fallador constitucional para concluir la situación de indefensión, sin mayores consideraciones o evidencias probatorias.

Obsérvese que, dentro de su argumentación, la Corte, para efectos de justificar la tesis de que la libertad de contratación amparada por la ley no tenía un carácter absoluto, expuso una serie de ejemplos tomados de una norma infra constitucional (Código de Comercio) en los cuales, el legislador, no el juez, obliga a celebrar o a ejecutar contratos previamente celebrados. Pero a renglón seguido apeló al principio constitucional de la función social de la empresa (art. 333 inc. 3º C.P.) para deducir una regla general relacionada, esta sí, con una obligación general, no excepcional, de contratación de rango constitucional, evidenciándose una contradicción

representada en que se argumenta sobre la base de dos reglas generales contradictorias: a las empresas no se les puede atribuir la obligación general de contratar, pero en atención a la función social de la empresa adquieren un deber general de contratar.

El caso del contrato de suministro de parafina arrojó una subregla constitucional según la cual, si un particular se encuentra en situación de indefensión frente a una empresa que unilateralmente tomó la decisión de suspender la ejecución de un contrato y dicha decisión vulnera o amenaza derechos fundamentales como el trabajo, surge la obligación de continuar con la ejecución del contrato, en desarrollo práctico del principio constitucional de la función social de la empresa.

En otras oportunidades, también la Corte por vía de tutela ha obligado a particulares a conservar, mantener o reanudar unas obligaciones contractuales que ya habían finiquitado. Es así como en la sentencia T-724 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, se analizó el caso de una persona de la tercera edad que había recibido servicios de medicina prepagada provenientes de Colsanitas S.A., inicialmente como beneficiaria de su hija y posteriormente en ejercicio directo de derechos contractuales adquiridos en consideración al vínculo obligacional contraído con esta empresa, vínculo que una vez finalizado por la razón exclusiva del vencimiento del plazo, no fue renovado por la entidad prestataria, conducta que, se infiere de los hechos narrados en el fallo, posiblemente obedeció a que la accionante había hecho uso de diversos y onerosos servicios médicos propios de su avanzada edad (74 años), lo que la convertía en una cliente poco atractiva para los intereses económicos de esta sociedad comercial.

La defensa de la persona jurídica accionada se fundamentó en argumentos netamente iusprivatistas, pues se centró en recordar que el contrato de medicina prepagada se regía por el Derecho privado y a partir de esa consideración argumentativa, desplegó su artillería defensiva con miras a que se le otorgara prevalencia a la autonomía de la voluntad como criterio básico que

le permitía a los contratantes decidir con quién y cómo se contrata, no sin antes recordar que el trámite de tutela resulta improcedente cuando quiera que la justicia ordinaria ofrece los medios, mecanismos e instrumentos idóneos para que las partes puedan exponer sus diferencias contractuales.

La Corte prescindió de esas razones defensivas sin desconocer que la relación contractual que involucraba la medicina prepagada se regía por el Derecho privado (2º considerando), pero sí reiteró la doctrina expuesta en diversos fallos precedentes, consistente en que la autonomía de la voluntad debe ejercerse en armonía con el respeto al núcleo esencial de derechos fundamentales ajenos, tales como la salud y sus derechos conexos (4º considerando, *in fine*) y cuando dicho núcleo es desconocido por un particular, por vía excepcional la tutela sería el medio adecuado para evitar perjuicios irremediables que podrían sucederse en medio de las demoras propias de la justicia ordinaria, tesis ya expuesta en la sentencia T-699 de 2004, M. P.(E) Rodrigo Uprimny Yepes, referida también al derecho a la continuidad en los planes de medicina prepagada y su vulneración, cuando el ente prestatario de servicios invoca una cláusula contractual que lo releva de obligaciones, frente a la presencia de exclusiones genéricas, como las preexistencias.

Esta línea jurisprudencial relativa a las preexistencias en los contratos de medicina prepagada, ya fue trabajada por Calderón (2011), autor que presenta cómo a partir del año 1996, dado el enfrentamiento de las tesis “pro-usuario” y “pro-contrato”, frente a la determinación de cómo opera la buena fe en este tipo de contratos, prevaleció la primera posición argumentativa, basada en “la desigual posición de los contratantes” y en “el carácter fundamental del derecho a la salud”, lo cual impone que “las exigencias vinculadas a la buena fe se activan, en la jurisdicción constitucional, solo en favor del usuario del sistema de salud”, mientras que la segunda tesis apuesta a que la lealtad en el actuar, que debe ser analizada en el juicio de tutela, debe cobijar a los dos contratantes (p. 97).

Esta visión constitucionalizada del contrato de medicina prepagada en el aspecto puntual de las preexistencias, ha permitido a la Corte justificar la decisión de ordenar la renovación de estos acuerdos contractuales, tal como aconteció en la ya mentada sentencia T-724 de 2005, orden que no se ampara en la ley del contrato, ni en las cláusulas del mismo, sino en la interpretación de principios constitucionales que arrojan la reiterada protección que el Alto Tribunal ha impartido en beneficio de usuarios de servicios médicos, muchos de ellos de la tercera edad, erigiéndose la jurisprudencia, *a fortiori*, en fuente de obligaciones civiles. La prescindencia de las clásicas reglas de interpretación de los contratos, para dar paso a los principios constitucionales, fuente de obligaciones civiles deducidas por el juez y aplicadas a un contrato *ex post facto*, le ha permitido a los doctrinantes afirmar que el contratante de Derecho privado ya es un asunto del pasado (Calderón, 2011).

3.2.2.- El caso del deudor secuestrado (Corte Constitucional, sentencia T-520 de 2003,

M. P. Rodrigo Escobar Gil)

- Elementos fácticos: un ciudadano de origen alemán, dedicado a actividades comerciales y ganaderas, fue secuestrado por dos frentes de las entonces denominadas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – FARC-, privación de la libertad que se mantuvo durante varios meses hasta que su familia, previo endeudamiento y venta de bienes, pudo pagar el rescate, momento en el cual se recuperó la libertad, con la particularidad de que el familiar encargado de hacer el pago, fue a su vez secuestrado, lo que implicó nuevas erogaciones familiares que condujo al núcleo familiar a una difícil situación económica que impidió el cumplimiento de diversas obligaciones, entre ellas, unas de naturaleza hipotecaria, contraídas con dos bancos colombianos que adelantaron en contra del deudor sendos procesos ejecutivos que, de no pagarse

efectivamente lo adeudado, culminarían indefectiblemente con el remate de los bienes hipotecados. La situación descrita, que sumió al accionante y su familia en una crisis dramática, pues aparte de los problemas económicos se sumaron otros relacionados con la salud física y mental de algunos de sus integrantes, motivó al protagonista del caso a presentar una acción de tutela en contra de los bancos de Bogotá y BBVA – Ganadero, que fungían como acreedores hipotecarios, aparte de otras entidades estatales como la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera) y el Fondo de Garantía de Instituciones Financieras. El tutelante nunca pretendió la condonación de la deuda, sino la generación de instrumentos que facilitaran el cumplimiento de sus obligaciones financieras para paliar de esta forma su difícil situación, la cual se agravaría de sobrevenir el remate de los inmuebles hipotecados, razón por la cual se solicitó, como medida provisional, la suspensión de los procesos ejecutivos adelantados en su contra para evitar de esta forma un perjuicio irremediable (acápito 2º).

- El caso en el Derecho privado: el litigio ahora considerado, encuentra una clara regulación en el Derecho privado, pues se trata simplemente del incumplimiento de unos contratos mercantiles de mutuo de dinero, celebrados con entidades financieras y regulados en principio por los artículos 1163 y siguientes del Código de Comercio y 2221 y siguientes del Código Civil, normas en las cuales se establecen claramente los derechos y las obligaciones entre mutuantes y mutuarios. Aparte de lo anterior, los bancos acreedores respaldaron el cumplimiento de sus obligaciones mediante contratos accesorios o de garantía real, específicamente hipoteca, previsto en los artículos 2432 y siguientes del Código Civil. El incumplimiento de los pagos periódicos da lugar a los mutuantes – acreedores hipotecarios, a adelantar en contra de sus mutuarios – deudores hipotecarios, procesos ejecutivos para la efectividad de los

derechos incorporados en los títulos valores (normalmente pagarés) otorgados para la efectividad del crédito, con la posibilidad, incluso, de hacer efectiva la totalidad de la deuda en virtud de las cláusulas aceleratorias que usualmente se pactan al amparo de la facultad contemplada en el artículo 69 de la ley 45 de 1990.

En este orden de ideas, la mora del deudor en el pago de las obligaciones principales surgidas del mutuo, da lugar a la efectividad de la hipoteca, la cual se materializa en el remate del bien y pago al acreedor y tal como lo indica el tutelante, al incoarse una acción cambiaria solamente son de recibo, a manera de medios de defensa, aquellas excepciones enlistadas en el artículo 784 del Código de Comercio, en las cuales no aparece el secuestro del deudor, salvo que esta circunstancia se pretenda hacer valer como fuerza mayor o caso fortuito y dicho eximente de responsabilidad se pretenda encuadrar en una excepción derivada del negocio jurídico o se le atribuya un carácter personal (art. 784 num. 12 y 13 Código de Comercio).

En este último evento, al demandado le correspondería probar los presupuestos de la fuerza mayor o caso fortuito contemplados en el artículo 1º de la ley 95 de 1890 y convencer al juez civil que las víctimas de un secuestro en Colombia padecen sucesos imprevisibles (acontecimientos súbitos, extraños, repentinos) e irresistibles (imposibilidad de evitarlos, así como sus consecuencias) (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 29 de abril de 2005, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo).

- El fallo de la Corte Constitucional: Después de reiterar la idea, ya trabajada en sentencias previas, de que las entidades que pertenecen al sector financiero prestan un servicio público y por ende se puede dirigir en su contra acciones de tutela y una vez hizo memoria sobre el hecho de que cuando una tutela es incoada por apoderado

judicial, el juez no queda relevado de su deber de proteger de manera oficiosa derechos fundamentales, el cual conlleva la facultad de interpretar la demanda, dado el carácter informal de la tutela (el cual se compadece con el principio de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales o esa “trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado” - Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992 M. P. Ciro Angarita Barón), la Corte se adentró en el análisis del problema central que subyacía en el caso, atado a la situación de un deudor del sistema financiero que había sido víctima de un secuestro y que invocó esta circunstancia como fenómeno constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito.

La Corte reflexionó acerca de si en eventos como el anotado, existían mecanismos de defensa judicial alternos a la tutela y, si en el caso de existir, estos resultaban suficientemente eficaces para defender los derechos de quienes ostentaban la doble condición de deudores y sujetos pasivos de un ilícito de secuestro (acápites 2.2).

La Corte se mostró en principio, respetuosa con otras instancias judiciales de la jurisdicción ordinaria, al aceptar que el análisis de si el secuestro puede ser considerado como un fenómeno constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, que sustentaría un medio exceptivo en la acción cambiaria, tenía un rango legal y por ende escaparía a su competencia, pero inmediatamente y para el caso en concreto, a esta interpretación le atribuyó relevancia constitucional y aceptó a renglón seguido que el secuestro se subsuma en la excepción genérica planteada en el numeral 12 del artículo 784 del Código de Comercio colombiano, relacionada con aquellos medios de defensa derivados “del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia del título”

(acápite 2.2.1). La lógica detrás de este argumento es que si el mutuario incumple el contrato con ocasión de un motivo de fuerza mayor o caso fortuito (el secuestro), quedaría relevado de responsabilidad civil al quedar cobijado por una eximente de la misma.

En opinión del Alto Tribunal, en atención al principio de la carga de la prueba, es justificable que al interesado se le imponga el deber de acreditar probatoriamente los supuestos de hecho de una excepción, pero este imperativo resulta “irrazonable y desproporcionado” (acápite 2.2.2) cuando se trata de probar los requisitos de la fuerza mayor o caso fortuito, a saber, imprevisibilidad e irresistibilidad (art. 64 Código Civil colombiano subrogado por el art. 1º ley 95 de 1890), aplicables a un caso de secuestro. Sostener lo contrario conllevaría a que los deudores demandados víctimas de secuestro quedarían, en la práctica, huérfanos de defensa.

La Corte estimó que cuando las entidades financieras hacen exigibles a deudores secuestrados los créditos en mora, derivados de la celebración de contratos de mutuo, aquellas desconocen el principio de solidaridad que, si bien en sí mismo considerado no tiene la connotación de derecho fundamental, sí ostenta el doble rango de principio – deber (artículo 95 num. 2º Constitución Política) que informa todo el ordenamiento jurídico (acápite 3.2) y muy a pesar de que el aludido deber no está reglamentado aún por el legislador, puede hacerse exigible mediante el recurso de la tutela, cuando de su inaplicación se derive un desconocimiento de derechos fundamentales (acápite 3.3.1). No obstante, la Corte de tiempo atrás ha considerado que dicha reglamentación legislativa deviene en necesaria, pues los deberes conllevan la restricción de las libertades individuales (Corte Constitucional, sentencia T-125 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Frente a la desprotección que sufre el deudor secuestrado y su familia y encontrándose aquél en situación de debilidad manifiesta (acápite 3.3.3) surgieron a cargo de los particulares prestatarios de un servicio público, en este caso, entidades del sector financiero, una serie de deberes orientados a la protección de los derechos fundamentales, todo ello en contraprestación de la posibilidad que el Estado les ofrece de obtener lucro derivado de su actividad. La Corte reconoció la existencia de límites de la autonomía privada en relación con los derechos de los secuestrados y si bien el imperativo constitucional de ser solidario *per se* no se convierte en un límite a dicha autonomía, la fuerza mayor sí lo es y su desconocimiento conlleva un atentado contra los derechos a la igualdad y libre desarrollo de la personalidad del secuestrado.

Con fundamento en la desprotección del deudor que detectó la Corte y habida consideración de su tan particular situación, adoptó una serie de medidas enfiladas a hacer menos gravoso el panorama que el accionante enfrentaba con ocasión de las acciones ejecutivas propuestas a instancias de sus acreedores y con ellas, se buscó mitigar la vulneración de los derechos fundamentales supra referidos (acápites 3.4.4 y siguientes), entre ellas:

a.- Prohibió a las entidades financieras la exigibilidad de cuotas atrasadas durante el año posterior a la liberación del deudor secuestrado y sus respectivos intereses moratorios, los cuales, por disposición del Alto Tribunal, dejaron de causarse durante todo el tiempo de duración del secuestro, plazo muerto que se extendió durante un año más contado a partir del momento de la liberación, medida que a juicio de la Corte, no se consideró como lesiva del derecho de acceso a la justicia de que eran titulares los bancos, dada la relatividad del mismo, pues las entidades accionadas debieron y no lo hicieron, atender las circunstancias de debilidad manifiesta padecidas por su deudor.

b.- La Corte liberó al deudor de la carga de probar la ausencia de dolo o culpa liberadora de responsabilidad civil contractual, al prescindir de la presunción que cobija a los deudores, quienes, bajo la regla general, deben encuadrar su proceder en una causal eximente de responsabilidad, pues al acreedor le basta con afirmar el incumplimiento, afirmación que por sí sola no basta en los casos de secuestro del deudor, quien so pena de vulneración de su derecho fundamental a la igualdad, amerita un trato *sui generis* a cargo de la sociedad y el Estado.

c.- El deudor secuestrado fue protegido con la no aplicabilidad de las cláusulas aceleratorias, de común uso en el mercado financiero, fijándose una nueva excepción frente a la regla general de que, en ejercicio de la libertad de contratación, estas cláusulas pueden pactarse y hacerse efectivas, salvo en el caso de deudores víctimas de secuestro, pues la operatividad del decaimiento del plazo compromete sus derechos fundamentales.

d.- La práctica de medidas cautelares por parte del acreedor, debe ser mirada con reserva, pues con ellas se dificulta las acciones de allegados del secuestrado enfocadas a lograr el pago del rescate, asunto que ya había ocupado la atención del Alto Tribunal cuando se pronunció frente a la constitucionalidad de la ley 40 de 1993, conocida como Estatuto antisequestro (sentencia C-542 de 1993, M. P. Jorge Arango Mejía).

e.- Se prohibió el cobro directo de intereses moratorios, esto es, sin que medie negociación previa en ejercicio de la autonomía privada, en la cual deberá considerarse la viabilidad financiera, acorde con la recuperación económica del deudor secuestrado y con este agregado: la falta de acuerdo permitirá suponer que el secuestro alteró las condiciones originales del contrato, ergo, este se torna inaplicable y habrá que acudir a las reglas subsidiarias de fijación de intereses remuneratorios

de que dispone el Código de Comercio (art. 884), lo que supone el cobro de intereses bancarios corrientes que no podrán superar el promedio de los valores pagados por ese concepto hasta ese momento y,

f.- Ordenó a las entidades financieras accionadas, la terminación anticipada de procesos en el plazo fatal de un mes, contado a partir de la notificación de la providencia, previa novación de los contratos principales de mutuo y accesorios de garantía.

Lo primero que hay que advertir, para apreciar adecuadamente la dimensión de este fallo, es que el mismo se dictó con anterioridad a la ley 986 de 2005, mediante la cual el Congreso de la República colombiano, en atención al principio de solidaridad social (art. 1º ídem), adoptó una serie de medidas de protección a las víctimas del secuestro y sus familias, entre ellas, aquellas derivadas de la consideración del delito de secuestro como causal eximente de responsabilidad civil, al haber sido tipificado, desde el punto de vista normativo, como un caso constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, eximente que se presume y por ende se releva al secuestrado del deber de probar los presupuestos de imprevisibilidad e irresistibilidad, normalmente exigibles al deudor que quiere apoyar su incumplimiento en esta figura. Esta presunción no admite pacto en contrario, por haberse prohibido expresamente en la ley (art. 10 ley 986 de 2005).

El legislador procedió a acoger en su integridad el derecho judicial expuesto por la Corte Constitucional en materia de protección de deudores secuestrados, adoptando una a una las medidas que por vía de jurisprudencia, el Alto Tribunal ya había contemplado en la sentencia ahora comentada (arts. 12 a 14 ídem) e inclusive, el Congreso en un acto de expansión de la protección original ya adoptada por la Corte, cobijó también a los deudores de obligaciones de hacer y dar diferentes a las de contenido dinerario, las cuales quedarán suspendidas de pleno

derecho por un lapso de tres meses contados a partir de la privación de la libertad, pero una vez transcurrido dicho plazo, se facultó a los acreedores para que puedan persistir en la ejecución del contrato o desistir del mismo, sin que en uno u otro caso proceda reclamación alguna por indemnización de perjuicios (art. 12 ídem).

Si bien el calificativo del secuestro, como circunstancia constitutiva de fuerza mayor o caso fortuito, ya hacía parte de la doctrina de la Corte orientada a justificar, entre otros, la protección de derechos de trabajadores y familiares víctimas de este flagelo (cfr. Corte Constitucional, sentencias T-015 de 1995, M. P. Hernando Herrera Vergara y T-1634 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero), el fallo que justifica este comentario impactó directamente dos órbitas jurídicas diferentes: (i) una de naturaleza particular, con efectos inter partes, que alteró la configuración inicial de los contratos celebrados entre deudor y acreedores, pues la decisión se convirtió en fuente de nuevas obligaciones de naturaleza post contractual, no contempladas en normas de derecho positivo vigente a la celebración del contrato y deducidas de principios constitucionales, en ejercicio de una especie de reglamentación judicial de principios como el de solidaridad social, aplicable a los casos de secuestro, dada la ausencia de desarrollo de un derecho positivo aplicable al caso y (ii) otra de carácter general, impersonal, si se considera que fallos como este, motivaron al legislador para adoptar disposiciones que en lo sucesivo, deberán ser consideradas imperativamente en aquellos eventos donde, la circunstancia del secuestro, le impida al deudor honrar oportunamente sus obligaciones financieras.

Tal como acontece normalmente, en un sistema de fuentes del derecho el dinamismo de la jurisprudencia se impone al estatismo de la ley y efectivamente, la primera de las nombradas abordó una protección pre legislativa de los deudores secuestrados, al adoptar una serie de medidas que, sin lugar a dudas, alteraron la normatividad contractual vigente al momento en que se celebraron los contratos de mutuo mercantil.

La jurisprudencia de la Corte se convirtió en una fuente directa de derechos y obligaciones, no consagrados expresamente en fuentes pre existentes al momento del nacimiento de los vínculos contractuales de las entidades financieras con su deudor que, *a posteriori* y con ocasión de su secuestro, adquirió un status especial que justificó la adopción de disposiciones normativas *sui generis*, por no estar contempladas explícitamente, ni en disposiciones de derecho positivo general, ni en las normas de alcance particular que, a manera de cláusulas, se plasman comúnmente en los contratos mercantiles de mutuo de dinero respaldados con hipoteca, tales como la suspensión del derecho del acreedor a hacer efectivas obligaciones ya exigibles, con la consecuente suspensión temporal del derecho constitucional de acceso a la justicia, aparte de las novedades introducidas en el Derecho procesal, pues la Corte Constitucional diseñó en la sentencia referida, una nueva causal de terminación de los procesos ejecutivos, diferente a aquellas contempladas otrora en el ya derogado Código de Procedimiento Civil colombiano, vigente para la época de los hechos.

Inclusive, si bien la Corte Constitucional ya había declarado la constitucionalidad de las cláusulas aceleratorias autorizadas por el artículo 69 de la ley 45 de 1990, bajo el expreso entendido de que en sí mismas consideradas, no atentaban contra el deber constitucional de solidaridad (sentencia C-332 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), la Corporación dedujo en esta oportunidad una excepción a esta regla, en tratándose del caso de los deudores secuestrados, para cuyo caso estas cláusulas amparadas por una norma exequible, les resultaron inoponibles.

La protección especial que la Corte Constitucional le ha brindado a deudores que ostentan ciertas calidades especiales que, en obediencia al principio de solidaridad social, merecen una consideración especial de sus acreedores, no es exclusiva de los secuestrados y también se ha

hecho extensiva a otros grupos poblacionales, llámense víctimas de desplazamiento forzado o portadores del virus de inmunodeficiencia humana (VIH), bajo las siguientes consideraciones:

a.- La problemática del desplazamiento forzado ha ocupado profundos y extensos planteamientos de la Corte Constitucional, plasmados v.gr. en la famosa sentencia T-025 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, considerada hito en materia de protección de la población desplazada en el país, pues en palabras del autor Diego López Medina, en ésta se definió “con autoridad una subregla de derecho constitucional” (2000, p. 68) relacionada con las consecuencias de las omisiones de diversas autoridades públicas en materia de atención integral de este amplio grupo de personas que, a juicio del Alto Tribunal, padecían un estado de cosas inconstitucional que obedecía a “un problema estructural que afecta[ba] toda la política de atención diseñada por el Estado, y a sus distintos componentes, en razón a la insuficiencia de recursos destinados a financiar dicha política y a la precaria capacidad institucional para implementarla” (apartado 2.2).

Si bien el aludido fallo no fue pionero en lo que respecta a la problemática del desplazamiento forzado, pues la misma ya había sido abordada en otras sentencias (cfr. v.gr. T-227 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero, T-1635 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández, SU-1150 de 2000, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-327 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-098 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), la Corte aprovechó esa oportunidad para definir de forma precisa, un catálogo de derechos en favor de los desplazados, con la consecuente asignación de precisas responsabilidades a diversas instancias gubernamentales, destinadas a cubrir sus necesidades básicas e inmediatas que ya no daban espera, ordenándose en consecuencia el ajuste de sus “[a]ctuaciones de tal manera que se logre la

concordancia entre los compromisos adquiridos para cumplir los mandatos constitucionales y legales y los recursos asignados para asegurar el goce efectivo de los derechos” (apartado 2.2).

Para alcanzar este cometido, la Corte fijó plazos perentorios a autoridades públicas, ordenándoles entre otras cosas: elaborar planes de acción, fijar la dimensión del esfuerzo presupuestal, prever planes de contingencia, responder oportunamente las peticiones presentadas, instruir sobre derechos básicos a la población desplazada, entregar ayuda humanitaria, prestar servicios de salud (incluidos medicamentos), garantizar el acceso al sistema educativo y ordenó a los organismos de control (Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo) mantener un estricto seguimiento a la manera como se cumplían las órdenes contenidas en la sentencia.

Pese a la integralidad de protección que este fallo le ofreció a la población desplazada, enfocada a la satisfacción de sus derechos de primera y segunda generación, no abordó el caso especial de constitucionalización del vínculo obligacional existente entre un deudor que padece desplazamiento forzado y su acreedor. Ese aspecto en particular fue abordado en la sentencia T-419 de 2004, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, instante propicio para que la Corte, al aprovechar la oportunidad para tutelar el derecho de petición de un desplazado, quien ostentaba la condición de deudor moroso del Banco Agrario de Colombia S.A. y había solicitado el mismo tratamiento del deudor secuestrado, fijó el criterio de que la entidad financiera accionada, al formular su respuesta al peticionario relacionada con el crédito vigente en mora, al no tener en cuenta su condición de desplazado, así como su situación económica, vulneró su derecho de petición y le ordenó garantizarle una fórmula de arreglo que se compadeciera con la especial situación del deudor, todo ello en atención al deber especial de solidaridad que le asistía como acreedora.

No obstante que el recurso de amparo instaurado por el deudor desplazado, tenía la pretensión de que a través de este instrumento se lograra la condonación de la deuda (bajo el entendido de que al tratarse de un banco con participación accionaria mayoritaria estatal, esta

petición era viable) motivada en las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, argumento que reclamaba la aplicación analógica de la tesis ya acogida por la Corte en los casos de secuestro, el fallo del alto Tribunal fue muy limitado en sus alcances, pues simplemente se limitó a determinar el desconocimiento o no del derecho constitucional de petición y si bien se reconoció que la reclamación del deudor había sido atendida por el banco destinatario de la misma, en la correspondiente respuesta no se había considerado la situación de debilidad manifiesta de su deudor, justificante de un tratamiento diferenciado que debía poner de relieve la caótica situación que padece un desplazado y de ahí el porqué de la exigencia de la Corte de que las fórmulas de arreglo, que no se plantearon como opción sino como un imperativo, debían orientarse a minimizar la dificultad financiera del deudor.

El mandato del fallador en el caso que se comenta, impuso una obligación posterior al contrato de mutuo celebrado con el Banco Agrario de Colombia S.A., derivada de la interpretación del principio abstracto de solidaridad social, aplicado a un caso específico de desplazamiento forzado y con ello, el contrato original se alteró en virtud de una disposición judicial que tomó partido en la fijación de nuevas condiciones contractuales, las cuales, si bien la Corte no las dibujó de forma tan precisa, como sí lo hizo en la sentencia T – 520 de 2003, necesariamente aparecerían evidenciadas cuando la entidad financiera le planteara a su deudor las nuevas condiciones favorables de manejo de la deuda.

b.- La Corte Constitucional consideró que los portadores del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) debían ser incluidos en aquellos grupos poblacionales que denotan una evidente situación de debilidad manifiesta que justificó, a todas luces, el diseño de una línea jurisprudencial dirigida al reconocimiento y protección de una gama de derechos fundamentales que sistemáticamente eran inaplicados y de los cuales eran titulares, tanto los portadores del VIH

sanos o asintomáticos, como aquellos sintomáticos o con el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) ya en curso.

Tal como ocurrió en los casos de secuestrados y desplazados, la inoperancia del ejecutivo y el legislativo en materia de formulación de unas políticas claras orientadas a alivianar la de por sí difícil situación padecida por portadores del VIH, motivó a la Corte Constitucional a adoptar, no de forma tímida sino contundente, una serie de medidas dirigidas a atacar diversos focos identificados de vulneración de derechos.

Si bien el VIH fue identificado a comienzos de la década de los ochentas, momento a partir del cual comenzaron a evidenciarse sus estragos en todo el mundo, para el caso colombiano solamente hasta la expedición del Decreto 559 de 1991, norma dictada en la vigencia de la Constitución anterior, el VIH y SIDA hicieron su aparición en el panorama jurídico nacional, en épocas en las cuales el concepto de derechos fundamentales aún no había arribado a Colombia. Este decreto en nada mitigó la difícil situación que ya empezaba a evidenciarse en un cada vez más amplio grupo poblacional, carente hasta ese momento de mecanismos eficaces de protección de sus derechos.

La entrada en escena de la Corte Constitucional, en hora buena, permitió que el derecho judicial, no el legislado, entrara a paliar el complejo cuadro que padecían portadores sanos o con el SIDA ya en curso, agudizado por una serie de conductas sociales discriminatorias que tornaban aún más aciaga su vida en sociedad, al convertirlos en pacientes de la denominada “tercera epidemia”, referida a las consecuencias sociales del SIDA, a saber: discriminación laboral, abandono familiar, omisión de asistencia médica, violencia y desconocimiento de mínimos derechos fundamentales (la primera epidemia alude a las personas que portan el VIH con síntomas y se encuentran en capacidad de transmitirlo a otras y la segunda epidemia abarca ya a portadores con síntomas de SIDA) (Luque, 2001, p. 31 y ss).

Si bien ni aún en la época más crítica de proliferación del VIH, cuando todavía se lo consideraba un virus mortal, la Corte apeló a medidas extremas como la declaratoria del estado de cosas inconstitucional, que sí procedió frente al fenómeno del desplazamiento forzado, la Corte sí asumió el rol de abanderada de la causa de los portadores del VIH, al fijar en sus sentencias una clara línea de pensamiento judicial, que atacaba de frente esos focos de perturbación de sus derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, derechos como la vida y la salud (cfr. v.gr. sentencias T-484 de 1992, M. P. Fabio Morón Díaz, T-505 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T – 271 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-518 de 1997, M. P. Hernando Herrera Vergara, T-1120 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero, T- 919 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra), derechos de índole laboral (cfr. v.gr. SU-256 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-635 de 2003, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, T-469 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil) y no discriminación (cfr. v.gr. T-082 de 1994, M. P. Jorge Arango Mejía, T-337 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-465 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda), comenzaron a ser reconocidos en sendas sentencias, génesis de subreglas, algunas de las cuales fueron acogidas por vía de derecho positivo, en disposiciones como la ley 972 de 2005, norma que, de forma por demás muy tímida, confirió a portadores del VIH algunos derechos de naturaleza legal, superados con creces por aquellos reconocidos por vía jurisprudencial.

Esta introducción sirve para ilustrar cómo dentro de la gama de derechos reconocidos a los portadores del VIH, se encuentran aquellos conferidos a aquellos que ostentaban la calidad de deudores del sistema financiero, los cuales aún se mantienen en el terreno del derecho judicial, pues ni la ley 972 de 2005 ni norma posterior alguna, los han consagrado expresamente, a diferenciación de lo ocurrido en el caso de los secuestrados.

En la sentencia T-170 de 2005, M. P. Jaime Córdova Triviño, la Corte Constitucional extendió un manto de protección a dos portadores del VIH deudores de la entonces denominada Corporación Nacional de Ahorro y Vivienda - CONAVI, entidad vinculada al sistema financiero, al imponer a este acreedor hipotecario una suerte de exigencias derivadas de los deberes constitucionales de actuar con buena fe y solidaridad, disponiéndose la suspensión de un proceso ejecutivo hipotecario prácticamente ya culminado (frente a la pasividad defensiva de los demandados y la ausencia de postores en la diligencia de remate, el inmueble hipotecado ya había sido adjudicado al acreedor hipotecario, encontrándose pendiente solamente la entrega del mismo), así como la reliquidación del crédito, operación financiera en la cual debía ser tenida en cuenta la situación de debilidad manifiesta de dichos deudores.

Se destaca de este caso la generosidad interpretativa de la Corte Constitucional, pues de los hechos relatados en la sentencia, se deduce que todo conspiraba en contra de la prosperidad de la acción de tutela incoada por los deudores demandados, si se considera que en el proceso judicial adelantado en su contra se evidenció la inexistente vulneración de su derecho al debido proceso y de otro lado, siempre estuvo latente la idea de la accesoriedad de este recurso de amparo, pues la defensa de los derechos en conflicto, en principio, debía hacerse valer en el correspondiente proceso adelantado por la justicia ordinaria, en el cual el derecho de defensa de los demandados brilló por su ausencia, imputable ésta a motivos de salud.

La especial condición de ser portadores del VIH motivó a la Corte a obviar las evidentes causales de improcedencia de la acción de tutela y darle curso a la misma, en un caso en el cual el formalismo positivista indicaría que los deudores demandados se encontraban condenados indefectiblemente a la resignación, pues en la justicia ordinaria ya no contaban con recursos para atravesársele a la diligencia de entrega del inmueble y menos aún, para lograr su recuperación. Tal como aconteció con el caso del deudor secuestrado, la Corte fundó su protección en el

principio de solidaridad, pero este argumento se reforzó con otro vinculado al respeto al postulado de la buena fe que, como imperativo de conducta, rige a particulares y autoridades públicas, según previsión del artículo 83 constitucional, norma de amplio espectro cuyos alcances fueron fijados en la sentencia C-622 de 1998, M. P. Fabio Morón Díaz, citada en el fallo comentado, en el aparte que recuerda que la buena fe debe ser entendida como el deber de actuar con lealtad (aspecto activo) y el derecho a esperar que los miembros de la colectividad actúen de forma similar (aspecto pasivo), aspectos que en la doctrina son calificados como buena fe objetiva y buena fe subjetiva, respectivamente (Neme Villareal, 2009, p. 48 y ss.), ya expuestos en un acápite anterior y que ahora se reiteran.

La Corte puntualizó que aquellos asuntos relativos a la aplicación de la buena fe son del resorte de la justicia ordinaria, pero aceptó que cuando su inaplicación trasciende al ámbito de los derechos fundamentales, adquiere relevancia constitucional y se justifica por tanto su protección. En un ejercicio de potenciación de los deberes de actuar con solidaridad y buena fe, desconocidos por CONAVI al haber tratado con indiferencia absoluta a sus deudores, la Corte determinó la suspensión del proceso judicial por un lapso de 60 días, período en el cual el acreedor debió considerar la “posibilidad de refinanciar el crédito concedido a los deudores, atendiendo las circunstancias de debilidad manifiesta” en que se hallaban (considerando No. 32 de la decisión).

Tal como ya había ocurrido en los casos aquí analizados, la Corte, prescindiendo de consideraciones iusprivatistas, fundó su decisión exclusivamente en principios y deberes constitucionales, de los cuales dedujo obligaciones post contrato, no consensuadas por las partes sino impuestas por el fallador en aras de la protección de la parte deudora, quien ostentó una condición invisible para su acreedor, invisibilidad que justificó la protección de los derechos fundamentales a la igualdad y dignidad de los tutelantes.

La protección a los portadores del VIH se ha hecho extensiva, inclusive, al caso de una compañía aseguradora que, so pretexto de la autonomía de la voluntad, se había negado a otorgar una póliza de seguro de vida a unos portadores asintomáticos del virus, que reclamaban este amparo para poder acceder a un crédito que les permitiría acceder a una vivienda de interés social. En efecto, en la sentencia T-1165 de 2001 M. P. Alfredo Beltrán Sierra, la Corte Constitucional abordó el conocimiento de un asunto en el cual, la Compañía Aseguradora de Colombia se abstuvo de otorgar un seguro de vida requerido por los solicitantes, por el único motivo de su condición de portadores sanos del virus, situación oportunamente informada al ente asegurador. Esta conducta mereció el reproche de la Corte en este fallo, quien después de recordar que la actividad aseguradora es de interés público, al tenor de lo dispuesto en el artículo 335 constitucional, encontró desmedida la actitud del ente asegurador de abstenerse de contratar con los potenciales tomadores, bajo la única y exclusiva razón de su condición clínica, conducta que se convirtió en un obstáculo para su acceso a la vivienda, derecho a la postre protegido, dada su conexidad con el derecho a la vida digna (2º acápite, 4ª consideración).

Nótese que en casos como el ahora comentado, la Corte no introdujo a la relación obligacional analizada en sede de tutela, cargas post facto o posteriores a la celebración del contrato, tal como aconteció en casos ya expuestos. El espectro de protección va más allá de la constitucionalización de acuerdos contractuales ya consolidados y se extiende inclusive, a la generación del deber de contratar, el cual se consolida cuando al tomar la decisión de no contratar, se compromete derechos fundamentales de aquellas personas que tienen esa pretensión: contratar deja de ser una opción y se convierte en una obligación, pues atender la misma, conllevará el reconocimiento de derechos fundamentales por parte de particulares, dada la eficacia horizontal de los mismos, para el caso concreto, eficacia mediata (teoría de la *mittelbare dritwirkung*) pues se requirió de la intervención o mediación del juez constitucional para su

efectividad, frente a la omisión del particular obligado que privó de su eficacia inmediata a los titulares del derecho (teoría de la *unmittelbare dritwirkung*) (Anzures Gurría, 2010; Corte Constitucional, sentencia T- 720 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa).

3.2.3.- El caso del incendio del Centro Comercial La 17 (Corte Constitucional, sentencia T-769 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández)

- Elementos fácticos: una sociedad comercial en liquidación, propietaria de un edificio adecuado para centro comercial, celebró sendos contratos de arrendamiento de locales con diversos comerciantes que adecuaron en ellos sus establecimientos de comercio. Los acuerdos contractuales se mantuvieron en ejecución hasta el momento de la ocurrencia de un incendio que destruyó los locales habilitados para ser arrendados, circunstancia que supuso la terminación de los contratos de arrendamiento.

Ocurrida la rehabilitación del inmueble, los propietarios se dispusieron a celebrar nuevos contratos con arrendatarios diferentes a los iniciales (quienes sufrieron la terminación del contrato), circunstancia que motivo a estos a invocar su derecho a ser preferidos en la celebración de los contratos a celebrarse con posterioridad a la reparación de los locales, sin que se encontraran obligados a pagar primas o valores adicionales. La petición fue negada por la sociedad propietaria, quien exigía el pago de cánones incrementados, según los accionantes, en valores que bordeaban el 100 y en otros casos el 150 por ciento. Algunos de los otrora arrendatarios, frustrados por su fallida pretensión, instauraron acciones de tutela que fueron seleccionadas para su revisión por la Corte Constitucional.

- El caso en el Derecho privado: el litigio derivado de la falta de reconocimiento del derecho de preferencia del arrendatario de locales comerciales, encontraba una prístina solución en una serie de normas que interpretadas de forma sistemática, concurrían a la respuesta del caso. Códigos de Comercio y Civil se integran para ilustrar cuál era la situación jurídica de los antiguos arrendatarios, antes de la interposición de sus recursos de amparo constitucional: (i) el contrato de arrendamiento de locales comerciales encuentra su fundamento normativo en el Estatuto Mercantil colombiano (arts. 518 y ss. C.Co.), pero dado lo escueto de la reglamentación, la misma normatividad reenvía al intérprete al Código Civil (art. 822 C.Co.) a efecto de que se apliquen sus disposiciones generales, en aquellos asuntos no regulados expresamente por disposiciones especiales y en este orden de ideas, dado que el Código de Comercio no contempla todas las causales de terminación del contrato de arrendamiento de locales comerciales, habrá que acudir a la legislación civil, en aquellos asuntos no contemplados por aquél y tal es el caso alusivo a la destrucción de la cosa arrendada como causal genérica de terminación de un contrato de arrendamiento (art. 2008, núm. 1º C. C. colombiano) y (ii) los antiguos arrendatarios, muy a pesar de haber ostentado la calidad de comerciantes, especialmente protegida por la legislación pertinente, no se encontraban arropados por el derecho de preferencia, al no concurrir los presupuestos fácticos que justificarían su exigibilidad, concretados al hecho de que la preferencia frente a otros eventuales arrendatarios se puede hacer valer, entre otros casos, cuando el contrato vigente se hubiere dado por terminado por una decisión unilateral del arrendador, motivado por la demolición seguida de una reconstrucción o la realización de trabajos de remodelación o reparaciones de tal magnitud que justifiquen la desocupación del inmueble, exigencias

que no hicieron su aparición en el caso concreto, en el cual la destrucción de la cosa arrendada sobrevino a un incendio no provocado por el arrendador (art. 521 C. de Comercio colombiano).

Fuerza es concluir que un derecho como el de preferencia, que surge de la calidad de comerciante arrendatario en ejecución de un contrato vigente, carece de exigibilidad cuando ya no existe contrato, en atención a la desaparición de la cosa material arrendada. La pretensión de los demandantes, en los terrenos del iusprivatismo, hubiera caído en saco roto.

- El fallo de la Corte Constitucional: la Corte ordenó a los propietarios volver a arrendar a los antiguos arrendatarios y en similares condiciones contractuales, los locales ya reparados, al reconocer una especie de “derecho constitucional de preferencia”, muy diferente al que hace referencia el Código de Comercio, derivándose aquél del principio constitucional de solidaridad, génesis de un derecho que de no hacerse efectivo, afectaría a su vez derechos fundamentales como el trabajo, debido proceso y mínimo vital.

La sentencia objeto de estos comentarios, es un claro ejemplo de prescindencia absoluta del Derecho privado en un caso típico de Derecho privado. La Corte pretendió proteger los derechos de unos contratistas que resultaron damnificados por la conflagración de sus establecimientos de comercio que funcionaban en locales arrendados y a partir de esta categoría de creación jurisprudencial, la del “contratista damnificado”, la Corte construyó un argumento endeble, orientado a desplazar al Derecho privado, para solucionar el conflicto exclusivamente con principios constitucionales.

Se califica el argumento de endeble por dos principales razones: en primer lugar, no se justificó de manera argumentada la inaplicación de las normas vigentes de rango legal, en un caso donde no se palpaba una flagrante violación de derechos fundamentales y de otro lado, la Corte incurrió en una serie de desaciertos representados en crasos errores (confunde establecimiento de comercio con local comercial), falacias (las actividades comerciales que garantizan el sostenimiento económico de los antiguos arrendatarios, solamente podían ejecutarse en los locales reparados, olvidando otras alternativas existentes) y exigencia de imposibles fácticos (los arrendadores debieron desahuciar a los arrendatarios con seis meses de anticipación a la fecha de un incendio que no se sabía que tendría ocurrencia) (acápite 6°).

De la aplicación directa de principios constitucionales, la Corte dedujo para el caso concreto una subregla según la cual, en atención al principio de solidaridad, los arrendatarios de locales comerciales que ostenten la condición de damnificados (perjudicados por un suceso ajeno a su voluntad que motive la terminación del contrato), tienen el derecho a ser preferidos en el arrendamiento de locales reparados, muy a pesar de que no concurren los requisitos para el ejercicio del derecho de preferencia de naturaleza comercial. De esta forma, se preservan los derechos fundamentales al trabajo, mínimo vital y debido proceso de los accionantes.

3.2.4.- Los casos de las afrocolombianas privadas de su derecho a ingresar a unas discotecas cartageneras (sentencias T-1090 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández y T-131 de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra)

- Elementos fácticos comunes en las dos sentencias: si bien los sucesos ocurrieron con seis meses de diferencia, en esencia corresponden a una misma situación de hecho, consistente en el deseo frustrado de dos mujeres afrodescendientes colombianas, de ingresar a dos discotecas localizadas en Cartagena (La Carbonera LTDA. y QKA-

YITO), frustración que obedeció exclusivamente a una circunstancia: la raza de estas clientes potenciales. Si bien en un principio, los encargados de controlar el ingreso a estos establecimientos de comercio disimularon el verdadero motivo que impedía el ingreso, con argumentos tales como que los locales habían ya completado el cupo permitido, frente a las nuevas indagaciones orientadas a descifrar la motivación subyacente que les negaba el ingreso a las accionantes, el personal a cargo les expresó una frase lapidaria que, curiosamente, aparece textual en estas dos sentencias de la Corte y que refleja la verdadera razón del no ingreso: “Aquí los dueños del establecimiento nos tienen prohibido dejar ingresar a personas de tu color a menos que sean personas que tengan mucho reconocimiento o con mucho dinero” (párrafos 5º y 4º, acápite “Hechos”, sentencias T-1090 de 2005 y T-131 de 2006, respectivamente).

La evidente discriminación sufrida por las protagonistas de estos casos, que implicaba su negación del derecho a la igualdad, que las blindaba de cualquier tipo de trato diferenciado por razones de raza, las motivó a instaurar acciones de tutela falladas por autoridades judiciales cartageneras y seleccionadas por la Corte Constitucional para su revisión.

- El caso en el Derecho privado: si se trata de ubicar los contratos que se celebran con los propietarios de establecimientos de comercio, como las discotecas, dentro del amplio listado de contratos típicos o nominados que nos ofrece la ley colombiana, la figura a considerar sería la compraventa mercantil de bienes y servicios, que en atención al principio de consensualidad que rige la contratación comercial (art. 824 Código de Comercio colombiano), nace a la vida jurídica por la sola expresión del consentimiento de las partes, al tenor de lo estipulado en el artículo 1500 del Código Civil nacional. Dado que la manifestación de voluntad proveniente de los

comerciantes propietarios, expresada a través del personal a cargo, fue negativa, se frustró el nacimiento a la vida jurídica del contrato en cuestión, privando a las interesadas de la posibilidad de efectuar alguna reclamación en el terreno de la responsabilidad civil contractual.

No obstante lo expresado, no sobra recordar que en materia mercantil también debe considerarse la responsabilidad pre contractual, que impone a las partes, antes del perfeccionamiento del contrato, el actuar de buena fe en la etapa precontractual (art. 863 C. Co.), que arranca con una oferta o propuesta que puede ser pública (como en el caso de establecimientos de comercio abiertos al público) y de naturaleza irrevocable (arts. 846 y 848 C.Co.).

En los terrenos del Derecho privado, las evidentes molestias constitutivas de perjuicios, derivadas de la negativa de la celebración de contratos de compraventa de bienes y servicios, podían sacarse a relucir en juicios donde se acredite la culpa *in contraendo* o “culpa en el curso de los tratos contractuales” (Arrubla, 2007, p. 168), lo cual va atado a una eventual mala fe de los comerciantes, evidenciada en impedir el ingreso a potenciales clientes contratantes, so pretexto del cupo lleno de los locales que justificó su negativa en un comienzo, ratificada con posterioridad por la deleznable razón que justificó la intervención del Alto Tribunal.

La invocación de la reserva del derecho de admisión, considerado como una expresión de la autonomía de la voluntad, que permite teóricamente a los contratantes (vendedores de bienes y servicios) contratar con los clientes que libremente se escojan (compradores), no sería de recibo en los terrenos de la responsabilidad precontractual, pues la oferta de bienes y servicios que se realiza a partir de establecimientos de comercio es pública, irrevocable, en la cual debe observarse los postulados de la buena

fe y en el caso, se evidencia que dicha oferta no tenía destinatarios particulares pertenecientes a una raza determinada, posibilidad reprochable desde todo punto de vista.

- Los fallos de la Corte Constitucional: la similitud de supuestos de hecho hacía suponer que las dos decisiones judiciales, expedidas con pocos meses de diferencia, abarcarían el mismo rango de protección, lo cual no aconteció. En paralelo, se presentan a continuación los principales razonamientos que justificaron la protección deprecada y en qué consistió esta última:

Tabla 3.

Comparativo Sentencias

SENTENCIA T – 1090 DE 2005	SENTENCIA T-131 DE 2006
El razonamiento judicial: la Corte Constitucional desestimó de entrada la tesis expuesta por el juzgador de instancia, consistente en la improcedencia de la acción de tutela por tratarse de un hecho consumado, al considerarse que este recurso constitucional procede para mitigar los efectos a futuro de la vulneración de los derechos fundamentales. Al apelar al bloque de constitucionalidad, al Derecho internacional de los derechos humanos y principios constitucionales superiores, previa consideración de que la tutela procede contra	El razonamiento judicial: Al tener en consideración la identidad de hechos, pretensiones y accionados relacionados en la sentencia T-1090 de 2005, la Corte reiteró la doctrina constitucional adoptada en dicho fallo. Con fundamento en la tesis de que el juicio de diferenciación debe considerar necesariamente los valores adoptados por la Constitución de 1991, la Corte resolvió tutelar los derechos fundamentales a la igualdad y dignidad humana, sin considerar en este caso el libre desarrollo de la personalidad, sí tenido en

particulares cuando se pretenda proteger intereses colectivos, la Corte sentenció que la prohibición del ingreso a las discotecas por probadas razones de exclusión racial, constituía un flagrante atentado contra el derecho a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad, honra y dignidad humana (numerales 5º, 6º y 7º de la sentencia).	cuenta en el fallo precedente. La Corporación, para efectos de sustentar su decisión, tal como aconteció en la sentencia paralela, fundamentó su fallo, tanto en el bloque de constitucionalidad, como en principios constitucionales. Si bien los sustentos teóricos de la decisión son, en esencia, similares, existen variaciones en los alcances de la protección conferida.
Los alcances de la protección conferida: una vez se determinó la vulneración de los derechos fundamentales supra referidos, la Corte adoptó una serie de medidas orientadas a: (i) mitigar los efectos ya causados, derivados de la conducta de los accionados y (ii) evitar que en lo sucesivo se repliquen estos comportamientos con la consecuente vulneración de derechos a otros titulares. Para cumplir estos propósitos la Corte determinó: a.- Prevenir a los “representantes legales de las discotecas” a que en lo sucesivo no incurran en comportamientos como los ya censurados en la sentencia, de lo cual darán cuenta la Defensoría del Pueblo y las autoridades distritales de	Los alcances de la protección conferida: muy a pesar de que la Corte le otorgó relevancia a la comunidad de hechos, pretensiones y accionados presentados entre esta sentencia y los descritos en la T-1090 de 2005, el alcance de la protección resultó en principio similar, pero difirió en un aspecto sustancial, aparte del de vincular a la Procuraduría General de la Nación a la vigilancia del cumplimiento del fallo: omitió el pronunciamiento sobre la condena en abstracto en materia de reconocimiento de perjuicios morales a la accionante, los cuales sí fueron tenidos en cuenta en el fallo paralelo. Si bien resulta viable que en la demanda de tutela dichos

Cartagena;	perjuicios no hubieran sido materia de
b.- Que la Defensoría del Pueblo impartiera un curso de formación en derechos humanos, donde se destaquen los derechos de la población afrocolombiana, dirigido a los “representantes legales, socios y trabajadores de los establecimientos comerciales” implicados en el caso;	pretensión específica, la facultad de fallar extra petita, reconocida en diversos fallos por la Corte Constitucional, legitimaría al Alto Tribunal para haber adoptado una protección similar, en procura de la protección integral de derechos implicados en el juicio de tutela. Sin embargo, la omisión en el pronunciamiento
c.- Exhortar al Congreso de la República para que legisle sobre las sanciones a conductas que conlleven segregación racial, en atención a la Convención Internacional sobre todas las formas de Discriminación Racial, y	sobre la condena en abstracto, que debería haber sido adoptada en atención a la similitud de hechos, pretensiones y accionados, condujo a que la Corte ofreciera a la accionante de este caso un tratamiento menos amplio, en
d.- Condenar en abstracto “a los establecimientos de comercio (sic) “La Carbonera LTDA” y “QKA-YITO” al pago del daño emergente representado en el daño moral” (sic).	comparación con el conferido a la otra accionante que, encontrándose en similar situación fáctica, recibió el beneficio indemnizatorio, ausente en la sentencia que en este aparte se analiza.

A diferencia de otros casos relativos a contratos ya celebrados, que la Corte analizó en perspectiva constitucional y no iusprivatista, en esta oportunidad el análisis se concretó a acuerdos contractuales que aún no se habían celebrado, pues su perfeccionamiento dependía de una consensualidad que no se dio por la expresión negativa de una de las partes, que excusó la no contratación en razones operativas de los establecimientos de comercio (cupó lleno), excusa que

no satisfizo al Tribunal Constitucional, el cual siempre consideró, a partir de las evidencias probatorias, que la discriminación racial fue el factor único y determinante que sirvió de base para que a las accionantes afrodescendientes, no les hubieren permitido el ingreso a las discotecas del Corralito de Piedra.

Si bien la Corte, a través de estos fallos, no pudo retrotraer el tiempo y lograr que a través del amparo constitucional deprecado se celebren los contratos que en su momento no vieron la luz, pues el hecho superado, que había justificado la negativa a la procedencia de la acción de tutela expuesta por jueces de instancia, efectivamente había hecho su aparición, la Corte pensó a futuro y las disposiciones adoptadas se justificaron en la medida de que se enfilaban a evitar que en lo sucesivo se repitieran las conductas objeto de reproche al interior de estos establecimientos de comercio, donde *prima facie* se evidenció que la conducta discriminatoria a la población afrodescendiente era recurrente, pues no de otra forma se entiende cómo, dos casos ocurridos con escasos seis meses de diferencia, hayan ameritado la interposición de tutelas que por vía de revisión arribaron a la Alta Corporación.

Analizada la parte decisoria de las dos sentencias en perspectiva del Derecho de los contratos, lo que fluye es que la Corte impartió una orden de contratar a futuro, a elección de los potenciales clientes, quienes cuando hicieran uso de su deseo de contratar con los dueños de las discotecas, generarían para estos el deber, no el derecho, de vender bienes y servicios genéricos, propios de estos negocios mercantiles, so pena, por supuesto, de que el desacato conlleve la imposición de medidas coercitivas como la privación de la libertad. Este es otro evento en el cual se presenta una especie de desnaturalización de la potestad de contratar, entendida tradicionalmente como un derecho subjetivo y ahora convertida en obligación jurídica, justificada en el principio constitucional de igualdad, que subsume el de no discriminación.

Llama la atención que en las sentencias ahora analizadas, la Corte incurrió en un inadecuado manejo de conceptos propios del Derecho privado, corriéndose el riesgo de que los destinatarios de estas decisiones, apelando a la literalidad de las expresiones contenidas en las mismas, hubieren encontrado excusas para sustraerse a su cumplimiento por la indeterminación que se advierte en la parte resolutive de los fallos: (i) en las dos sentencias se lee que se aceptó la procedencia de la tutela contra “los establecimientos de comercio “La Carbonera LTDA. y QKA-YITO” (primera decisión, parte resolutive, sentencias T-1090 de 2005 y T-131 de 2006, respectivamente), equiparándose los establecimientos de comercio, que jurídicamente son bienes mercantiles en la modalidad de universalidades (art. 515 C. de Co. Colombiano), a personas naturales o jurídicas, ergo, la Corte falló contra cosas, no contra personas sujetos de obligaciones; (ii) La Corte formuló una prevención a los representantes legales de “La Carbonera LTDA. y QKA-YITO” (segunda decisión, parte resolutive, sentencias T-1090 de 2005 y T-131 de 2006, respectivamente), cuando del acervo probatorio allegado al expediente y relacionado en los fallos se evidencia que “La Carbonera LTDA.” sí estaba organizada como persona jurídica y por ende contaba con representante legal, pero lo propio no ocurría con “QKA-YITO”, establecimiento de comercio que no cuenta con representación legal por carecer de personería, evento en el cual la orden de tutela debió dirigirse contra el propietario y administrador (si dichas calidades reposaban en personas diferentes), personas que no aparecen relacionadas en las sentencias, circunstancia particular que permite afirmar que, en estricto sentido jurídico, el mandato de la Corte cayó en el vacío y (iii) en la sentencia T-1090 de 2005, fallo que de manera exclusiva abordó el tema de la condena en abstracto, pues el otro no hizo referencia al mismo, la Corte persistiendo en el yerro de sentenciar por este concepto a establecimientos de comercio que, se reitera, jurídicamente son bienes, no personas, ordenó el “[p]ago del daño emergente representado en el daño moral” (sexta decisión, parte resolutive), brindándole al daño emergente

un alcance que no tiene, pues este se entiende como el “perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento..” (art. 1614 C.C.) y se considera como una de las variantes del daño material, el cual tiene una connotación y tratamiento diferente al daño moral.

Lo decidido en los citados fallos permite apreciar cómo la Corte generó para los propietarios de los establecimientos de comercio, una obligación en abstracto consistente en celebrar, en el futuro, contratos de compraventa de bienes y servicios cuando las accionantes así lo soliciten, obligación civil derivada de la interpretación, que para el caso concreto, hizo de los principios de igualdad y no discriminación, abriéndose la puerta para que en lo sucesivo, en casos similares, se pueda solicitar indemnización de perjuicios derivados, no de las figuras de la responsabilidad pre contractual o responsabilidad civil contractual, sino del trato discriminatorio por motivos raciales.

3.2.5.- El caso de los prometientes compradores que no podían ejercer su libertad de expresión por una cláusula mordaza (Corte Constitucional, sentencia T- 411 de 1999, M. P. Fabio Morón Díaz)

- Elementos fácticos: después de la celebración de sendos contratos de promesa de compraventa (no compraventa, como lo consigna la Corte por error en varios de los apartes de esta sentencia), setenta accionantes interpusieron la acción constitucional, entre otros motivos, por el malestar que les generó una cláusula contractual que se transcribe a continuación, entendida como una especie de mordaza, impuesta por la prometiente vendedora (Constructora Colmena S.A.), y que a su juicio les coartó su libertad de expresión:

“**4.17 Obstaculizaciones** : Los Prometientes Compradores incondicionalmente se obligan a abstenerse de efectuar actos tales como obstaculización de la entrada de personas al proyecto, fijación, exhibición o circulación de pancartas, avisos, afiches, carteles, escritos, volantes, cartas, o circulares que indiquen, expresen o sugieran que los inmuebles del proyecto adolecen de mala calidad o de dotaciones defectuosas o deficientes, o que el Prometiente vendedor lo ha engañado (sic) o le ha mentado (sic) o no le ha cumplido (sic) a cabalidad respecto de las características generales o específicas del mismo y de las condiciones previstas en los respectivos contratos de promesa de compra-venta o en la publicidad y propaganda que se haya hecho por parte del Prometiente vendedor para el proyecto. El incumplimiento del deber aquí estipulado le acarreará al Prometiente comprador y a favor del Prometiente vendedor, el pago de una multa equivalente a mil (1000) unidades de poder adquisitivo constante (UPAC), sin perjuicio del cumplimiento de la obligación principal. Queda claramente entendido que las obligaciones establecidas en el presente literal no impiden, ni limitan, ni coartan los derechos del Prometiente comprador para reclamar, exigir y requerir el cabal cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones a cargo del Prometiente Vendedor.”

Como es de normal ocurrencia en los contratos celebrados con entidades del sector financiero, las promesas de venta se diseñaron en la modalidad de adhesión, práctica que permite que una de las partes diseñe todo el clausulado y la otra solamente se limite a aceptar o no el mismo, sin que le asista la posibilidad de participar activamente en su configuración. La tutela no versó sobre un evento de exigibilidad de esta cláusula, simplemente se cuestionó su existencia y validez contractual en un juicio de tutela, al considerarse que la misma comprometía el ejercicio de un derecho subjetivo constitucional, descrito en el artículo 20 de la Carta como la libertad de expresión, pensamiento y opiniones.

- El caso en el Derecho privado: el fallo en su recuento fáctico permite evidenciar que los tutelantes le endilgaban al prometiente vendedor el incumplimiento de sus

obligaciones contractuales, en lo atinente a la buena calidad de las construcciones, pues una vez realizada la entrega de las unidades habitacionales, éstas reflejaron una serie de deficiencias estructurales que, a juicio de los accionantes, amenazaban ruina.

De haberse publicitado este conjunto de falencias y frente al ejercicio de las acciones judiciales por parte de la constructora, enfiladas a la efectividad de la multa contemplada en la cláusula de marras, a los eventuales demandados les asistía dos herramientas defensivas, con potencialidad de enervar las pretensiones de la demanda: (i) la cláusula tercera de la promesa de compraventa, dentro de las obligaciones especiales del prometiente vendedor, contempló su expresa responsabilidad si los inmuebles perecían o amenazaban ruina en todo o en parte, consecuencia necesaria derivada del incumplimiento contractual, que de haberse presentado, legitimaría a los demandados a proponer la excepción de contrato no cumplido, consagrada expresamente en el artículo 1609 del Código Civil colombiano, que a la sazón dispone que en los contratos bilaterales, como la promesa, a ninguno de los contratantes se le puede imputar mora por no cumplir el contrato, si el otro no ha hecho lo propio o al menos se ha allanado a cumplirlo, y (ii) si los demandados eran del parecer y efectivamente eso ocurrió, que la cláusula mordaza comprometía sus derechos fundamentales a la libertad de expresión, esta inconstitucionalidad permitiría, teóricamente hablando, sustentar la excepción de nulidad absoluta de la cláusula por objeto ilícito, pues la misma comprometería disposiciones de derecho público (arts. 1519 y 1740 C.C.).

Estas reflexiones sobre la existencia de adecuados mecanismos de defensa, cuestionan la viabilidad de la tutela en este caso, inicialmente por su carácter residual y enseguida, porque no se evidenció en el mismo la clara presencia de un perjuicio

irremediable, pues quien podría alegar la exigibilidad de la cláusula de la multa a su favor, se encontraba incurso en incumplimiento contractual y podía ser castigado con la *exceptio non adimpleti contractus* o la eventual declaración de ineficacia de la cláusula, por encontrarse aquejada de nulidad.

- El fallo de la Corte Constitucional: la Corte detectó en la referida “cláusula mordaza” un ejercicio abusivo del derecho y una violación de los principios fundamentales de autonomía y libertad de expresión (5ª decisión, parte resolutive) y por ende ordenó su inaplicación al prever que de mantenerse esta estipulación contractual y obrarse en abierta oposición a la misma, el prometiende vendedor podía hacer efectiva la cláusula penal pactada, con el consecuente compromiso patrimonial que dicho proceder conllevaría para los prometientes compradores.

El razonamiento que se evidencia en este fallo permite suponer que la Corte consideró como inadmisibile que el incumplimiento de una cláusula que involucra el desconocimiento de un derecho fundamental, pueda convertirse en génesis del cobro de perjuicios previamente estimados a manera de una cláusula penal o multa, como refiere impropiamente la cláusula castigada con la inconstitucionalidad.

La sentencia planteó una subregla que podría formularse así: si en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes diseñan una cláusula contractual que implica una violación o amenaza de violación de un derecho fundamental, esta se inaplicará por su inconstitucionalidad y por ello perderá su eficacia. Esta subregla no aporta nada nuevo a las técnicas de interpretación constitucional de los contratos, pues simplemente reafirma la regla de prevalencia de la Carta (jerarquía normativa) contemplada en el artículo 4º constitucional y en la ya vetusta pero vigente ley 57 de 1887 (art. 5º).

El real impacto de esta tesis jurisprudencial es que niega que a partir del ejercicio del poder de configuración del contrato, entendido como la “facultad de determinar libremente los términos y condiciones” (Hernández & Guerra, 2012, p. 31), las partes del mismo puedan, de forma válida, limitar el ejercicio de derechos fundamentales, limitaciones que muchas veces, hacen parte de la compilación normativa del contrato y tradicionalmente se han considerado como válidas.

Lo señalado se argumenta mediante los siguientes ejemplos: si en un contrato de edición, el objeto del mismo es la publicación de unas memorias del autor del libro, bajo la lógica de la Corte se vería comprometido su derecho fundamental a la intimidad (art. 15 C.P.) y lo mismo acontecería cuando un personaje público emite una autorización contractual que le permitiría a una programadora de televisión, la recreación de algunos pasajes de la vida de dicho personaje; si en un contrato de constitución de propiedad fiduciaria (art. 794 y ss. C.C.), fideicomitente y fiduciario aceptan que la condición para que el fideicomiso pase a manos del beneficiario o fideicomisario sea que éste acceda a determinada titulación profesional, esta estipulación contractual podría cuestionarse por su eventual inconstitucionalidad, al afectar un derecho fundamental de un tercero que, para acceder al fideicomiso, deberá abstraerse del ejercicio del derecho fundamental a escoger libremente profesión u oficio (art. 26 C.P.); si en un contrato de prestación de servicios, en desarrollo de una cláusula de confidencialidad se estipula que el contratista no podrá salir del país mientras el pacto contractual se encuentre en ejecución, este aspecto particular del contrato resultaría inconstitucional, por atentar directamente contra el artículo 24 superior, consagratorio del derecho fundamental a entrar y salir libremente del territorio; si en un contrato celebrado entre una productora cinematográfica y un actor, en una de las cláusulas se dispone que, para fines publicitarios, este último no utilizará su propio nombre sino uno artístico, esta previsión contractual podría vulnerar, según se infiere de la reflexión de la

Corte, derechos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad del artista (art. 16 C.P.).

En fin, los casos a mencionar serían muchos, pues no se puede desconocer que una de las consecuencias prácticas de la celebración de los contratos, es la limitación consensuada del ejercicio de derechos fundamentales, a veces en beneficio colectivo, como cuando en el contrato que permite el acceso a un teatro para apreciar una obra, se restringen ciertas prácticas comportamentales que en otros escenarios estarían permitidos (hablar o reírse de forma estridente), o en los eventos en que una normatividad complementaria a un contrato de prestación de servicios educativos universitarios (estatutos) les prohíba a los estudiantes la ejecución de conductas legítimas cuando se realicen extra aula, pero no en las instalaciones del alma mater, como consumir licor, prácticas que materializan el libre desarrollo de la personalidad, restringido cuando se enfrenta a un interés general.

En los ejemplos presentados a título ilustrativo, se aprecia cómo la restricción consentida en el ejercicio de derechos fundamentales solamente compromete intereses de las partes contratantes y no se evidencia que con esta autolimitación en el ejercicio de un derecho, se consolide la consecuente vulneración del mismo.

En el caso de la cláusula mordaza, la Corte extinguió la posibilidad futura de hacer efectiva una obligación válidamente adquirida por los prometientes compradores y eliminó de plano la posibilidad de materializar un derecho personal de carácter contractual, cuya exigibilidad pudo cuestionarse válidamente en los terrenos de la justicia ordinaria, sin incurrir en el abuso de la jurisdicción constitucional. Decisiones como la comentada, involucran un modo de extinción de obligaciones diferente a los plasmados en el artículo 1625 del Código Civil colombiano, norma que prevé un modo convencional (las partes convienen en dejar sin efecto una carga obligacional) y once modos adicionales desarrollados por el legislador (solución o pago,

novación, transacción, remisión, compensación, confusión, pérdida de la cosa debida, nulidad, rescisión, condición resolutoria y prescripción).

En gracia de discusión podría afirmarse que la inaplicabilidad de la que se ha denominado cláusula mordaza, correspondería en la práctica a la nulidad, modo de extinción consagrado a partir del artículo 1740 del Código Civil y se basaría en la ilicitud en el objeto (art. 1519 C. C.), no obstante lo anterior, esta afirmación encontraría un reparo consistente en que la declaratoria de nulidad de una cláusula contractual es del resorte de la justicia ordinaria, no de la justicia constitucional y por ello la Corte optó por la declaratoria de inaplicabilidad por razones constitucionales, modo extintivo que escapa al listado taxativo del artículo 1625 del Estatuto civil nacional.

Por otra parte, la Corte encontró que se hallaba frente a un caso manifiesto de abuso del derecho (art. 95 num. 1º C.P. y 830 C. Co. colombiano) enmarcado en el poder ostentado por el prometiende vendedor para imponer las cláusulas del contrato de promesa de compraventa a los prometientes compradores, entre ellas la cuestionada por el Alto Tribunal, todo en virtud de la adhesión contractual y no en el proceso de libre discusión que pudo controvertir o mitigar el alcance de este pacto de silencio, que beneficiaba exclusivamente a la parte que ejercía una posición dominante, habida consideración del bajo nivel económico de los accionantes, reconocido en el fallo por la Corte Constitucional. Este principio general del derecho, hoy de rango constitucional, fue utilizado como argumento para sustentar la inaplicabilidad de una cláusula que conllevaba una obligación jurídica, extinta por el pronunciamiento judicial.

No debe olvidarse que la inmensa mayoría de los contratos mercantiles se celebran en la modalidad de adhesión y que a su celebración concurren normalmente partes que podrían ser consideradas como privilegiadas desde el punto de vista económico y de ello se derivaría, en palabras de la Corte, su “capacidad de imposición” (Corte Constitucional, sentencia T- 411 de

1999, 5ª consideración). Esta realidad palpable, es terreno ya abonado para que, por vía de la constitucionalización de un litigio contractual de naturaleza mercantil, donde normalmente una de las partes tiene esa capacidad de imposición de cláusulas contractuales, se pueda litigar la inaplicabilidad de previsiones contractuales que restrinjan el ejercicio de derechos fundamentales, bajo el entendido de que se trata del ejercicio abusivo del derecho del oferente de bienes y servicios mercantiles.

Cuando la Corte Constitucional alude a la “capacidad de imposición” de cláusulas contractuales, ejercida por una de las partes frente a la otra, como caldo de cultivo del abuso del derecho, ratifica la idea expuesta por la doctrina según la cual, la adhesión contractual, fruto de la “estandarización de los contratos” derivada de la concentración del capital (Arrubla, 2007, p. 46), es uno de los factores determinantes de lo que hoy en día se ha denominado como la crisis de la autonomía de la voluntad, agudizada por otros fenómenos como el dirigismo contractual estatal, de carácter legislativo o judicial, que han minado los alcances de la “libertad contractual y la fuerza obligatoria del vínculo”, traducándose todo ello en la denominada “declinación de la soberanía del contrato” (Fierro, 2007, p.11). Una clara muestra del dirigismo judicial es la sentencia del caso que, para los propósitos de este trabajo, se ha bautizado como el de la cláusula mordaza.

3.2.6.- El caso de la modelo afectada por una cláusula de exclusividad (Corte Constitucional, sentencia T-160 de 2010, M. P. Humberto Sierra Porto)

- Elementos fácticos: la accionante, dedicada profesionalmente a la actividad de modelaje, celebró un contrato con la agencia Booking Producciones Ltda., la cual desarrollaría en Colombia las actividades de asesoría, representación y promoción de su actividad como modelo.

La sentencia informa que la petente sustentó su solicitud de tutela con fundamento, principalmente, en dos situaciones que a su juicio comprometían sus derechos fundamentales al trabajo, libertad de escoger oficio y a un salario mínimo, vital y móvil, conexo con el derecho a la subsistencia en condiciones dignas y justas: en primer término, los citados derechos fundamentales se vieron comprometidos debido al incumplimiento contractual relacionado con el pago oportuno de los honorarios profesionales causados en atención a diversos servicios de modelaje efectivamente prestados, circunstancia que dio lugar a que la accionante terminara unilateralmente el contrato con la referida agencia y de otro lado, el acuerdo contractual contempló una cláusula de exclusividad, común en el ámbito del modelaje, dirigida a evitar que la modelo preste sus servicios a otras agencias, situación que, en opinión de la demandante, agudizó aún más la vulneración de sus derechos, pues aparte de no recibir oportunamente los honorarios a que tenía derecho, las puertas de su desarrollo profesional se habrían clausurado, dada la imposibilidad de ofrecer sus servicios en otros ámbitos, pues el oficio de modelo solamente podría ejercerse en aquellos espacios que, con la intermediación y representación de la agencia demandada, fueran posibles.

Lo expuesto motivó a la profesional del modelaje a solicitar, por la vía expedita de la tutela, que se atendieran sus requerimientos relativos al incumplimiento contractual y de otro lado, que dada la terminación del contrato de representación, cesaren de inmediato los efectos que hacia terceros se derivaban de la cláusula de exclusividad, pretensiones que enfrentaron la oposición de Booking Producciones Ltda., que arguyó en su defensa tres ideas principales: (i) que el incumplimiento contractual es atribuible a la accionante, no a ellos, dada la violación del deber de

exclusividad, pues la modelo acudió a otro tipo de representaciones; (ii) la presencia de una cláusula compromisoria, que transfiere la competencia de solución de litigios a un tribunal de arbitramento y (iii) la existencia de igualdad contractual, que descarta de plano la subordinación e indefensión, presupuestos de la prosperidad de la tutela contra particulares.

- El caso en el Derecho privado: en la relación de los hechos de la sentencia se aprecia una amalgama de contratos que van, desde la prestación de servicios de asesoría profesional, pasando por el contrato de comisión y arribando al contrato de representación artística. Esto se desprende del amplio objeto contractual que se describe en la sentencia, aparte del uso diverso de denominaciones propias de contratos típicos y atípicos, nominados e innominados.

En realidad, el único contrato celebrado en el caso corresponde a aquellos que se han dado en denominar como de “management”, anglicismo que permite suponer y efectivamente así ocurre, que esta contratación es atípica e innominada, caracterizada por contar con un mánager que, a cambio de una remuneración, ofrece unos servicios a un representado en todo lo atinente al desarrollo y protección de su profesión, tal como ocurre en la práctica con artistas y personas del mundo del modelaje. Si bien en la sentencia se alude a que la agencia actuaba como comisionista y en el cruce de misivas entre accionante y accionada se citan normas del Código de Comercio, propias del contrato de comisión (arts. 1287 y ss.), lo cierto es que las comisiones recibidas no serían algo diferente a la remuneración que la agencia mánager percibía por su gestión.

La normatividad aplicable a este contrato, no contemplado expresamente en la legislación colombiana, sería inicialmente la propia del acuerdo contractual y

necesariamente debe acudirse también, dada la actividad de representación que ejerce el mánager, al contrato mercantil de mandato (arts. 832, 1262 y ss. C. Co. y en lo previsto en ellos, arts. 2142 y ss. C. C.).

Este contrato de *management*, que prima facie se califica como válido, pues el hecho de ser atípico e innominado no lo convierte *per se* en nulo, es fuente de obligatoriedad de las cláusulas relacionadas con prestaciones económicas, así como de otras contentivas de obligaciones diferentes a dar: pactos de exclusividad y arbitral, dotadas ambas de viabilidad legal, pues la primera de las mencionadas no cuenta con prohibición normativa expresa y la segunda cuenta con permiso explícita (hoy regulada por la ley 1563 de 2012, art. 3º).

De presentarse un incumplimiento del clausulado, la justicia ordinaria contaba con los remedios para lograr su efectividad o su terminación, no resolución, por ser un contrato de tracto sucesivo y la accionante siempre contó con el derecho a hacer valer la excepción de contrato no cumplido que la legitimaba para dar por terminado el contrato de manera unilateral, como efectivamente lo hizo, sin necesidad de esperar la complacencia de su contraparte.

- El fallo de la Corte Constitucional: la Corte construyó su argumento a partir de una premisa inicial, donde diferenció el alcance de los derechos fundamentales en perspectiva sustancial y procesal, pues mientras estos derechos irradian todas las actividades entre particulares, reguladas tradicionalmente por el Derecho privado, la acción de tutela frente a aquellos no siempre procede, pues la ley ha establecido precisas causales de exigibilidad de estos derechos de rango superior a sujetos que no ostenten la calidad de autoridad pública (considerando No. 3 del fallo).

Una segunda premisa recordó que si bien la regla general es que las disputas contractuales escapan a una solución por el mecanismo de la tutela, el juez constitucional debe determinar en este tipo de asuntos su relevancia constitucional, una especie de pasaporte funcional que le permite traspasar las fronteras del Derecho privado y adentrarse en los terrenos de la principalística constitucional, que le ofrece a este juez soluciones fruto de una lógica y hermenéutica diferentes a aquellas propias del iusprivatismo, aplicables por ejemplo a la fijación del sentido y alcance de cláusulas contractuales sospechosas de amenazar o violar derechos fundamentales, sospecha que justificaría la intervención del juez constitucional con una intensidad variable, dependiendo esta última del grado de afectación del derecho o derechos en juego (considerando No. 4 del fallo).

Finalmente, la Corte al entrar a analizar en específico el caso concreto, determinó que varias estipulaciones contractuales fruto de la autonomía de la voluntad, se revelaban como violadoras de derechos fundamentales, en particular, aquellas relacionadas con la cláusula compromisoria y la prórroga contractual que efectivamente se puso en práctica. En efecto, el Alto Tribunal consideró que el citado pacto arbitral no constituyó un mecanismo idóneo para enmendar de manera inmediata el desconocimiento de los derechos fundamentales esgrimidos por la peticionaria, amén de que la conocida onerosidad de los tribunales de arbitramento dificultaba su convocatoria, dada la difícil situación financiera expuesta por la modelo y por otra parte, la Corte estimó que la prórroga contractual decretada por la empresa mánager, que abarcaría tres años, a pesar de estar contemplada en el contrato, no se compadecía con la difícil situación económica de la accionante, pues la imposibilidad de celebrar nuevos contratos, aunada al pobre desempeño de la empresa mánager,

reflejado en los exiguos honorarios cancelados a la profesional del modelaje, mostraban un cuadro de evidente desconocimiento de derechos fundamentales (considerando No. 5 del fallo).

Los argumentos supra referidos sustentaron la protección que a la postre impartió la Corte Constitucional, determinándose el amparo a los derechos al mínimo vital y a la libertad de escoger profesión u oficio y para ello, se dio por terminado el contrato suscrito entre la modelo y la empresa *mánager*, así como su renovación, sin que se haya entrado a dilucidar lo relacionado con el eventual incumplimiento contractual, asunto que se delegó a la justicia ordinaria.

El punto de partida del caso estudiado por la Corte, es un contrato que se ha calificado como de *management*, caracterizado de entrada como un contrato atípico, esto es, desprovisto de tipicidad, que para el caso del Derecho contractual consiste en la determinación, por parte del ordenamiento o sistema jurídico, de una serie de “elementos, características o disciplina específica para cada contrato en particular” (Arrubla, 2008, p. 29), infiriéndose en consecuencia que los contratos atípicos serían aquellos “que la ley no ha regulado en sus aspectos esenciales” (Salcedo, 2013, p. 258).

Los contratos atípicos son la prueba fehaciente de que las realidades sociales superan con creces las previsiones del legislador, que la riqueza de las relaciones interpersonales con consecuencias económicas, trascenderán siempre los cerrados espacios o marcos dispuestos por un ordenamiento que siempre mantendrá su rezago frente a la velocidad de los acontecimientos que ameritan una regulación particular, en la cual fluirá la creatividad de los contratantes en ejercicio de su poder de configuración del contrato, orientada a solventar la necesidad de “adaptar

los instrumentos jurídicos a las necesidades que imponen la vida moderna, los cambios y el desarrollo de la economía” (Arrubla, 2008, p. 35).

La evidente utilidad de los contratos atípicos ha permitido que prácticas contractuales reguladas por la costumbre o modelos contractuales extranjeros, cobijados por la característica común de la atipicidad, operen válidamente en Colombia e inclusive su generalización ha motivado al legislador para introducir *a posteriori*, una normatividad que regule fenómenos ya creados por las dinámicas contractuales particulares. Dos ejemplos ilustran lo dicho:

a.- En el sur de Colombia, concretamente en el Departamento de Nariño, opera un contrato que coloquialmente se lo denomina como “anticrés”, muy diferente al contrato típico y nominado de anticresis, al cual se refieren los artículos 2458 y siguientes del Código Civil. En virtud de aquél, a cambio de una suma global de dinero se permite el uso de un inmueble durante el plazo pactado y al finalizar el mismo, se realiza la devolución del bien raíz y del dinero, sin intereses. Este modelo contractual dista bastante del reglamentado en la ley, pues el contrato de anticresis está pensado en un mecanismo de extinción de una obligación pre existente, la cual opera mediante la explotación económica de una “finca raíz” (art. 2458 C. C.), mientras que en el contrato de “anticrés”, las obligaciones de devolución del dinero y del inmueble, surgen simultáneamente, o en otras palabras, el permitir la tenencia del bien no tiene como finalidad extinguir una obligación dineraria previa.

b.- La figura del tiempo compartido o “timesharing”, así como los contratos asociados a la misma, que en Europa vienen operando desde hace más de cuatro décadas (Castañeda, 2009), hicieron su aparición en Colombia y sólo hasta la entrada en vigencia de la Ley General del Turismo (ley 300 de 1996, arts. 95 a 99), se contó con unos elementos normativos básicos que permitieron perfilar las características de una figura, que hasta entonces, se regulaba por el contrato y la costumbre. Así, por ejemplo, el disfrute del tiempo compartido en calidad de

copropietario, usufructuario o socio, se hace normalmente por semanas y su costo (mayor o menor) dependerá de la temporada (alta, media o baja), todo ello es regido por la costumbre que se recoge en los acuerdos contractuales (Velásquez, 2008).

Rescatada la importancia de los contratos atípicos reflejada en su utilidad práctica, se entra a analizar los alcances de una sentencia que reconoce la existencia de cláusulas contractuales ajustadas a la ley, que pueden trastocarse en inconstitucionales, bajo ciertas circunstancias de aplicación: un contrato nace válido en atención a que reúne los elementos esenciales (capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita), pero en el transcurso de su ejecución puede adquirir ribetes de inconstitucionalidad cuando se consideran, por parte del juez constitucional, ciertas vicisitudes padecidas por los contratantes, que se conservarán o agudizarán de cumplirse las estipulaciones contractuales en la forma pactada, con claro desmedro de sus derechos fundamentales.

Las cláusulas contractuales censuradas por la Corte (exclusividad y pacto arbitral en la modalidad de cláusula compromisoria), no resultan exóticas en el panorama jurídico colombiano, todo lo contrario, resultan usuales en el tráfico civil y comercial e inclusive, en materia laboral la exclusividad del servicio de un trabajador en beneficio de un único empleador es una realidad normativa (arts. 24 y 44 C.S.T). Lo anterior permite afirmar que en la celebración de contratos típicos y atípicos como el de *management*, en principio es perfectamente viable pactar las cláusulas indicadas y se reitera, así lo acepta la Corte, dada la validez intrínseca de las mismas, lo cual no es óbice para que el juez que conoce de un litigio contractual constitucionalizado por vía de tutela, deje sin efectos este tipo de previsiones contractuales, cuando atiende las particulares condiciones, principalmente económicas, del contratante.

El fallo analizado contiene unas subreglas que ameritan la reinterpretación del Derecho privado en lo atinente a algunas figuras válidas, frecuentemente adoptadas por los contratantes en

ejercicio de la autonomía de la voluntad: (i) la onerosidad que normalmente conlleva el apelar a un tribunal de arbitramento, se convierte en excusa válida del contratante en situación económica difícil, quien acude a la tutela para obviar este mecanismo alternativo de solución de conflictos, el cual adquiere el carácter de no idóneo para proteger un derecho fundamental; (ii) La cláusula de exclusividad en un contrato de *management*, resulta inaplicable en el evento de que la ejecución del contrato no haya generado los dividendos económicos necesarios que garanticen al contratante su derecho al mínimo vital, punto en particular que condiciona la validez de esta cláusula, no únicamente a elementos jurídicos, sino a la concurrencia de factores económicos que garantizarían su viabilidad y (iii) la prórroga del contrato de *management* se torna inviable cuando en el decurso inicial el *mánager* no satisfizo las expectativas económicas del representado, con la consecuente vulneración de uno o varios derechos fundamentales bajo su titularidad.

El contrato de *management* puede pactarse bajo las modalidades de gestión y de resultado, según la forma en que se haya concebido el objeto contractual y tanto en una como en la otra modalidad es posible que se evidencie un incumplimiento contractual que eximiría al contratante, fiel al contrato, del cumplimiento de las obligaciones a su cargo. El reproche que formula la tutelante a su *mánager* se circunscribe a dicho incumplimiento, que la relevaría del deber de mantenerse atada a cláusulas como la exclusividad.

Parece que el Alto Tribunal confunde en su sentencia, cláusulas contractuales inconstitucionales con comportamientos inconstitucionales a cargo de uno de los contratantes y esto permitiría entender la aparente contradicción contenida en la afirmación de que cláusulas legales son inconstitucionales, por resultar violatorias de derechos fundamentales y por ello se justificaría su inaplicación. El comportamiento por acción o por omisión del *mánager* es el que en realidad se cuestiona en el fallo, inclusive bajo una cuestionable presunción de mala fe en que

incurrió la Corte cuando afirmó, a partir de una simple suposición, que la prórroga contractual por tres años tenía como finalidad presionar a la modelo en procura de una solución negociada.

Las cláusulas contractuales nacen válidas o viciadas, se ajustan o no a la Constitución y a la ley, pero en este caso el Tribunal Constitucional encontró una especie de “inconstitucionalidad sobreviniente” de algunas de ellas, soportada no en el clausulado *per se*, sino en la conducta de una de las partes. Este razonamiento equivale a suponer que la Corte podría declarar la inconstitucionalidad de la normatividad que consagra la sociedad con un solo socio (ley 1258 de 2008), porque puede ser utilizada para evadir obligaciones tributarias o laborales o aquella que desarrolla la figura constitucional de la extinción de dominio (ley 1708 de 2014), porque fomenta el testaferrato: no se puede calificar la constitucionalidad de una norma solamente a partir de lo que el intérprete o aplicador pueda hacer con ella.

3.2.7.- El caso de la inaplicación de la figura de la prescripción extraordinaria en un contrato de seguro (Corte Constitucional, sentencia T-662 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva)

- Elementos fácticos: la accionante, quien contaba con 62 años de edad, adquirió un crédito respaldado con garantía hipotecaria con el hoy denominado Banco Caja Social (antes Banco Colmena). El cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de mutuo de dinero, aparte del contrato de hipoteca, se garantizó con un segundo contrato accesorio, específicamente de seguro, en la modalidad de vida grupo de deudores, otorgado por la compañía Liberty Seguros S.A., generadora de la póliza que cubriría los riesgos de muerte e incapacidad total y permanente en un porcentaje superior al 50%.

La deudora sufrió un infarto agudo al miocardio, que motivó a la Junta Regional de Calificación de Invalidez respectiva, a fijar una pérdida del 80.93% de su capacidad

laboral, sustento fáctico que motivó a la mutuaria y simultáneamente deudora hipotecaria, a solicitar conjuntamente al banco acreedor y a la compañía aseguradora la efectividad de la póliza de seguro, habida consideración de la ocurrencia del siniestro, consistente en la pérdida de la capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%. Esta petición fue desatendida por el ente asegurador, quien se arropó con la figura de la prescripción para sustraerse efectivamente del cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

Esta decisión de la aseguradora, calificada como “arbitraria e injusta” por la accionante, fue cuestionada por ella al calificar de inapropiada la invocación de la prescripción, que a su juicio era inoperante, aparte de que la respuesta negativa sumió a la deudora en el desasosiego, pues la imposibilidad de laborar conllevaría al no pago de las cuotas correspondientes del crédito hipotecario, basamento que indefectiblemente conduciría a la pérdida del inmueble ofrecido en garantía, con el consecuente compromiso de los derechos fundamentales cuya protección imploró a partir de la acción de tutela (acápito 1º, numerales 1.1 a 1.9 del fallo).

- El caso en el Derecho privado: a partir de la sintética descripción de los hechos realizada por la Corte en la sentencia, fácilmente puede concluirse que el caso en perspectiva iusprivatista hace parte de aquellos denominados fáciles, pues a partir de una simple subsunción de los hechos en la norma, ésta genera la consecuencia a aplicarse y así se soluciona la litis o controversia. El punto sometido a discusión no versó sobre la legalidad o inconstitucionalidad de cláusulas contractuales, fruto todas ellas de contratos celebrados en la modalidad de adhesión (contratos bancarios de mutuo e hipoteca, así como el de seguro), permanentemente cuestionados mediante acciones de tutela, dada la posición de inferioridad e indefensión que a veces asumen los clientes frente a las entidades del sistema financiero con las que contratan: el debate se concentró en la determinación de si

la prescripción extintiva se había consolidado y por ello la aseguradora se habría visto liberada de sus cargas al operar esta causal válida de extinción de obligaciones civiles (art. 1625 num. 10º C. C.), configurada por el no ejercicio de derechos y acciones en el espacio temporal prefijado por el legislador (art. 2512 C. C.).

Esta conducta omisiva del titular del derecho, que resulta castigada por la ley con la extinción del mismo, no resulta extraña al contrato de seguro, pues el Estatuto Mercantil le regula sus modalidades y requisitos, adoptándose en el mismo las dos formas clásicas del modo prescriptivo, ordinaria y extraordinaria, la primera configurada en 2 años, contados a partir del momento en que el interesado “haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción” y extraordinaria, que requiere 5 años que corren para todas las personas “desde el momento en que nace el respectivo derecho” (art. 1081 C. Co. Colombiano). De la narración del caso se infiere que desde la ocurrencia del infarto que estructuró la invalidez, hasta la fecha de la reclamación ante la aseguradora, transcurrieron más de cinco años y por ende operó la extinción de la obligación y por ende del derecho, al haber sobrevenido la prescripción extintiva.

Esta solución, en principio simplista pero muy técnico-jurídica, no fue avalada por la Corte, quien pretendió encontrar una mejor en el terreno de la principalística constitucional, tal como pasa exponerse a continuación.

- El fallo de la Corte Constitucional: el punto de partida del argumento judicial es la reiteración de la doctrina judicial alusiva a que la indefensión que padecen los clientes del sistema financiero justifica, por excepción, la intervención del juez constitucional en el análisis de contratos celebrados en el marco de la prestación de un servicio público y la actividad bancaria y aseguradora ostentan este carácter. La regla de la accesoriedad de la acción de tutela frente a las acciones ordinarias, cede frente a la

presunción de inidoneidad que cobija a estas últimas cuando se trata de personas sujetos de especial protección, como discapacitados e incursos en la tercera edad, presunción creada por la Corte Constitucional y que sirvió de argumento adicional para ratificar su competencia para conocer del caso.

Después de analizar la razón de ser de la prescripción y las diferentes corrientes interpretativas judiciales sobre el alcance del artículo 1081 del Código de Comercio, la Corte concluyó que para el caso concreto y habida consideración de la doble calidad de su protagonista (de la tercera edad e incapacitada), la aplicación de la prescripción resultaba “razonable pero desproporcionada”; razonable, por cuanto esta figura cumple el fin de garantizar seguridad jurídica, pero desproporcionada porque si bien los contratos de seguro, dado su carácter patrimonial y la aleatoriedad que los caracteriza, no tienen el poder de afectar los derechos de los interesados en las coberturas ofrecidas, en ciertas situaciones definidas por la Corte, la amenaza de vulneración de derechos fundamentales resulta aceptable como hipótesis, cuando se considere la situación de invalidez del afectado, su difícil situación económica que le impide solventar sus necesidades financieras y se le exija el certificado idóneo que acredite su incapacidad y la fecha cierta en que la invalidez se estructuró efectivamente.

En eventos como el señalado, la Corte estimó que la prescripción a considerar solamente sería la ordinaria, pues apelar a la extraordinaria conllevaría consecuencias nefastas para los sujetos de especial protección, que verían comprometidos sus derechos al mínimo vital, vivienda y vida digna entre otros, cuando quiera que se les impute comportamientos negligentes, a juicio del Alto Tribunal ausentes, dado que la no reclamación oportuna obedeció a razones de imposibilidad para hacerlo. La

consecuencia necesaria de lo anterior sería que la seguridad jurídica perseguida por figuras como la prescripción, pasa a un segundo plano frente a una evidente vulneración de derechos fundamentales.

La inaplicación de la prescripción extraordinaria en el caso en estudio, parte de la premisa de la prescripción como castigo: la figura debe surtir sus efectos solamente en los eventos en que el titular de un derecho por él conocido, apelando a su voluntad toma la decisión no hacerlo efectivo, a *contrario sensu*, quien desconoce su titularidad no puede resultar afectado por las nocivas consecuencias que se derivan de la aplicación de la prescripción extintiva.

La Corte resolvió inaplicar el artículo 1081 del Código de Comercio en el componente de la prescripción extraordinaria y darle viabilidad a la protección constitucional reclamada, ordenando en consecuencia la efectividad de la póliza y la terminación del proceso ejecutivo hipotecario, en el evento de que ya se hubiere iniciado por parte del banco y de no haber ocurrido, abstenerse de promoverlo.

El autor colombiano Arturo Valencia Zea (2004), al desarrollar una idea propuesta por Pothier, plantea dos dimensiones de la prescripción extintiva: (i) como un modo de extinción de las obligaciones, tal como explícitamente la consagra el Código Civil y (ii) como un recurso probatorio para acreditar el cumplimiento de las mismas y por ello este autor define a este tipo de prescripción como “carta de pago” y encuentra su razón de ser en la presunción de que las obligaciones no exigidas en determinado período de tiempo, fueron honradas en su debida oportunidad, idea que desemboca necesariamente en la garantía de seguridad jurídica de las relaciones jurídicas de naturaleza contractual, punto coincidente con lo expuesto por la Corte Constitucional.

El fenómeno de la prescripción ha sido considerado como un asunto de naturaleza meramente objetiva, pues en su concepción tradicional, requiere simplemente el transcurso de un tiempo determinado durante el cual no se haya ejercido el derecho, el cual comienza a contarse por regla general, a partir del momento de la exigibilidad de la obligación (art. 2535 C. C.). La sentencia en comento tiene la virtualidad de desnaturalizar la figura de la prescripción como un fenómeno objetivo y transformarlo en un asunto de naturaleza subjetiva, en el sentido de que para analizar la procedencia o no de este modo extintivo obligacional, el Alto Tribunal entró a considerar la situación particular del sujeto contra el cual se harían valer las consecuencias negativas derivadas de esta figura.

En efecto, la situación de invalidez que agudizó la ya de por sí difícil situación económica de la accionante, quien se encontraba *ad portas* de perder su vivienda por la inminente efectividad de la garantía hipotecaria, se convirtieron en factores determinantes para que la Corte mirara con reserva las reglas de la prescripción, llegando hasta el punto de ordenar la inaplicación de una norma vigente del Código de Comercio, todo en aras de lograr la protección efectiva de una serie de derechos fundamentales en juego.

La lógica argumentativa de la Corte, en materia de inoperancia de la prescripción en atención a razones subjetivas, puede servir de base para acudir a la misma solución en un sinnúmero de casos en los cuales podrían ser consideradas las particularidades que acompañan a los sujetos que podrían ser castigados por la prescripción, particularidades que a la postre podrían hacer nugatoria la figura cuando el principio de la seguridad jurídica deba ceder el paso al avance de derechos fundamentales que podrían verse comprometidos en litigios, que si bien obedecen a disputas de índole patrimonial, adquieren relevancia constitucional. Para la muestra un ejemplo hipotético diseñado con fines académicos que ilustra la aplicabilidad de esta subregla concebida por la Corte:

Una persona vinculada a la fuerza pública es víctima de un secuestro y sus familiares pierden todo contacto con él durante un plazo superior a dos años. Adelantadas las averiguaciones respectivas por parte de la familia y las autoridades, no es posible acceder a pruebas que certifiquen la supervivencia del desaparecido, situación que motiva a su cónyuge e hijos a instaurar ante el juez de familia del domicilio del desaparecido una demanda de declaración de muerte presunta la cual, una vez cumplidas las ritualidades procesales del caso (arts. 97 C. C. y 584 C. G. P.) desemboca en una sentencia que acoge las pretensiones, declarándose al desaparecido como legalmente muerto.

Después de la publicación del fallo que ordena la ley, se inicia el proceso de liquidación tanto de la sociedad conyugal conformada con el cónyuge supérstite, como de la herencia, consecuencias necesarias derivadas de la extinción de la personalidad del desaparecido. Pasados más de diez años a partir de la publicación del fallo, el desaparecido reaparece y relata su odisea, su familia se entera en ese momento que estuvo secuestrado a manos de un grupo al margen de la ley y al enterarse de la disposición de su patrimonio, pretende recuperar sus activos encontrándose con la renuente respuesta de los destinatarios de los bienes, germen de un litigio que motiva una demanda de rescisión de las sentencias aprobatorias de la adjudicación y partición.

La defensa no se hace esperar y los demandados proponen la excepción de prescripción, por haber transcurrido más de diez años contados a partir de la publicación de la sentencia que declaró muerto en forma presunta al ahora demandante (art. 584 num. 3º C. G. P.).

El formalismo jurídico indicaría que en este caso ficticio el demandado perdió su derecho a reclamar la devolución de sus bienes por el simple transcurso del tiempo que configuró la prescripción, pero una decisión anti-formalista, de aquellas que permanentemente hace gala la

Corte Constitucional, conduciría a que la situación del reaparecido, quien estuvo secuestrado y no hizo valer su derecho en tiempo, no porque omitió hacerlo por un acto voluntario sino debido a su pérdida de libertad fruto del secuestro, justificaría la inaplicación de la prescripción y en consecuencia encontraría allanado el camino para la prosperidad de su pretensiones.

La subregla expuesta por la Corte, que introduce elementos subjetivos en la valoración de la aplicabilidad de la prescripción, dejó abierta la puerta para que esta figura resulte inoperante en múltiples casos del Derecho privado que, gracias a la figura de la tutela, puede otorgárseles relevancia constitucional y ser resueltos bajo el amparo de los principios, con prescindencia de las reglas vigentes de índole legal aplicables a los mismos.

3.2.8.- El caso del contrato de difusión de un video pornográfico (Corte Constitucional, sentencia T-407 A de 2018, M. P. Diana Fajardo Rivera)

- Elementos fácticos: la accionante, quien solamente se identificó en el fallo con el nombre de Ana, interpuso una acción de tutela en contra de Carlos, propietario de una empresa de videos y otros dos accionados en su condición de titulares de derechos sobre unas páginas web.

El litigio que alimentó la acción de tutela, según los hechos relatados por la propia Corte, reposó en la disparidad de la interpretación del alcance de las cláusulas de un contrato celebrado entre Ana y Carlos, quienes ofrecieron versiones dispares sobre lo ocurrido: Ana afirmó que participó en dos castings, el primero consistente en una sesión fotográfica en ropa interior y el segundo, relativo a la filmación de un video pornográfico que generó una remuneración para la accionante, sin que de su parte haya existido autorización expresa para su difusión pública a través de plataformas de internet u otro medio, punto que a la postre se convirtió en la piedra angular de la

discordia, pues Carlos afirmó contar con esa autorización que lo convierte en titular de derechos sobre el video. Dada la efectiva utilización del material visual en diversos sitios de internet, la accionante consideró vulnerados sus derechos a la propia imagen, intimidad y buen nombre, por lo cual solicitó al juez de tutela su protección inmediata, la cual se lograría con la orden de retiro de todos los contenidos visuales donde apareciere la imagen de la tutelante.

- El caso en el Derecho privado: las circunstancias particulares de los sucesos dificultan al extremo la determinación de las condiciones en que se celebró el acuerdo contractual que sirvió de antecedente a la filmación y difusión de un video de contenido pornográfico, dificultad que radica en el hecho de que no se contó con documento u otra prueba fidedigna que aseverara las afirmaciones de una u otra parte del litigio, reduciéndose todo el debate a la versión de una parte en contraposición con la versión de la otra. Con independencia de lo expresado, lo narrado por la Corte facilita la apreciación de algunos elementos que permiten encuadrar lo acontecido en la órbita del Derecho privado:

a.- No existe discusión en torno a la celebración de un contrato que permitió la generación de unos productos previamente consentidos, representados en unas fotos y un video pornográfico. Tampoco existe una problemática asociada a la incapacidad de la modelo o actriz, pues se informó en la sentencia que para la época de los hechos contaba con veintiséis años de edad, circunstancia que permite afirmar que al estar presente un consentimiento libre de vicios proveniente de personas capaces, sin que se haya cuestionado la ilicitud del objeto o causa del contrato, éste en principio es válido, al menos en lo que respecta a la elaboración de los productos visuales.

b.- Desde las épocas de la redacción del Código Civil colombiano ya se afirmaba que las producciones del ingenio y del talento son una especie de propiedad de sus autores (art. 671 C. C.) y en desarrollo de este postulado, la legislación sobre derechos de autor ha dispuesto expresamente que productos como fotos y obras cinematográficas confieren derechos a sus autores (art. 2º ley 23 de 1982) y les otorgan las facultades de disponer de su obra a título gratuito u oneroso y aprovecharla con o sin fines de lucro (art. 3º ídem). Por obra cinematográfica se entiende la “cinta de video y videograma; la fijación de soporte material, de sonidos sincronizados con imágenes, o de imágenes o de imágenes sin sonido” (art. 8º literal s), ídem) y es aquí donde se ubicaría el video de contenido pornográfico.

c.- Las reglas de interpretación de los contratos indican que el intérprete debe apelar en primer término a la intención de los contratantes (art. 1618 C. C.) y de no ser posible el uso de esa regla primordial, que da prevalencia al criterio subjetivo frente al meramente objetivo que podría deducirse de la literalidad de las palabras, se puede acudir a otras reglas particulares que permiten fijar un sentido y alcance a disposiciones contractuales (arts. 1619 a 1624 C.C.). Un grave obstáculo se presenta para aplicar esa regla fundante de la interpretación, pues de lo reseñado por la Corte se observa la intención de filmar el vídeo, pero no aparece diáfana la intención concurrente de las partes orientada a generar su difusión masiva y este es el Florero de Llorente del caso.

d.- El litigio analizado en perspectiva iusprivatista, muestra que existió un consentimiento válido, una remuneración consecuente con un producto protegido con derechos de autor para su titular y frente al incumplimiento o no de la supuesta obligación de no difusión de la obra a cargo del accionado, la ambigüedad de esta

cláusula debe interpretarse a favor del deudor, por querer del artículo 1624 inciso 1º del Código Civil colombiano. Además, no se deduce de la sentencia que se haya acreditado el incumplimiento del contrato, al no existir prueba de la cláusula de autorización o prohibición de difusión, solamente existen versiones encontradas que la Corte pretendió aclarar al exigirle reiteradamente al accionado que presente copia del contrato, pretensión fallida pues éste alegó que el documento se había destruido por motivos de humedad y en su defecto aportó una declaración notarial de un testigo que dio fe de la firma del contrato, pero no hizo referencia a si se había autorizado o no la difusión del video.

e.- El incumplimiento de un contrato y las consecuencias del mismo, por regla general, se ventilan ante la justicia ordinaria, no ante la justicia constitucional, consideración expuesta por los jueces de instancia y que contribuyó a sustentar la negativa a la protección reclamada por Ana, la cual se mantuvo hasta la revocatoria generada por la Corte Constitucional.

f.- A manera de conclusión, la visión iusprivatista del caso, para después confrontarla con la visión constitucional del mismo, sería la siguiente: se celebró un contrato regulado por el derecho privado, con apariencia de legalidad, cuyo objeto reposó en la producción de unas fotos y video de contenido pornográfico, que se encuentran protegidos por derechos de autor de conformidad con la ley colombiana; si bien no se desconoce la autorización para la realización del video proveniente de su protagonista, sí existe discusión en torno a la cláusula de autorización de su difusión, pues no existe prueba contundente al respecto y todo se reduce a la exposición de versiones encontradas, por ende, el supuesto incumplimiento del contrato no aparece acreditado; los eventuales perjuicios y demás consecuencias derivadas del incumplimiento

debieron tramitarse mediante proceso ante la justicia ordinaria, dado el carácter residual de la acción de tutela, pero la prosperidad de la demanda se vería comprometida, aparte de la orfandad probatoria relativa al incumplimiento del contrato, por la existencia de la regla de interpretación de contratos según la cual la ambigüedad de una cláusula se resuelve a favor del deudor. Esta visión fue desestimada por completo por la Corte Constitucional, tal como pasa a explicarse a continuación.

- El fallo de la Corte Constitucional: a partir de la consideración de que la protagonista de la historia perdió el control sobre la difusión de contenidos visuales por internet en los cuales participó, la Corte concluyó que Ana se encontraba sumida en una situación de indefensión frente a un particular, aspecto que a la postre se convirtió en justificante de la protección impartida por el Alto Tribunal, el cual desechó de plano argumentos invocados por jueces de instancia para desestimar la súplica incoada en la acción de tutela, relacionados principalmente con: (i) La falta de inmediatez de la acción (la publicación del material visual había ocurrido varios años antes), pues se configuró un caso de violación de derechos fundamentales con vocación de permanencia en el tiempo o de carácter permanente y (ii) la subsidiaridad de la acción de tutela frente a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, pues para los *a quo* y *ad quem* era claro que el litigio instaurado por Ana podía ser resuelto por la justicia ordinaria al versar sobre un aparente incumplimiento contractual, argumento desechado de plano por la Corte al considerar que aquellos carecían de idoneidad y eficacia que en nada contribuían a proteger los derechos fundamentales conculcados en el caso, la celeridad era una necesidad que el Tribunal evidenció para evitar la irremediabilidad del perjuicio.

Después de justificar su intromisión en un asunto de derecho contractual privado, dada su “especial relevancia constitucional” (considerando 2° del fallo), la Corte expuso un argumento orientado a justificar la protección reclamada por Ana, basado exclusivamente en principios constitucionales, con prescindencia absoluta de reglas del Derecho privado que, tal como ya fue objeto de exposición, tenían cabida en la regulación de la litis. Los puntos principales expuestos por la Corte y que serán objeto de ulterior análisis son los siguientes:

a.- El derecho fundamental a la intimidad está asociado a la protección del sujeto frente a la divulgación de asuntos de naturaleza privada, cuando quiera que de forma previa no haya mediado la autorización del titular del derecho a reclamar su privacidad y se sustenta en cinco principios que “aseguran la inmunidad del individuo frente a la innecesaria injerencia de los demás” (argumento 4.3 del fallo), a saber: (i) libertad, la exposición pública de datos personales requiere consentimiento previo del individuo, el cual puede ser expreso o tácito, salvo que intereses superiores justifiquen el imperativo de revelar esa información; (ii) finalidad, amparada por principios o valores constitucionales, que justifiquen la publicación de datos personales; (iii) necesidad, la información a revelarse de forma pública debe estar atada a la finalidad que se persigue cumplir con la exposición pública de los datos; (iv) veracidad, principio que impone que los datos revelados correspondan a la realidad y no al terreno de la ficción y finalmente (v) integridad, se exige la completitud en la información que se hará pública.

La Corte percibió en el caso de Ana un compromiso del primer principio de los ahora enunciados, al no contar con la evidencia probatoria que certificara el

cumplimiento de los requisitos del consentimiento que debió expresar la titular del derecho fundamental a la intimidad.

b.- En el caso específico de difusión de imágenes video grabadas, la Corte, fundándose en reiterada jurisprudencia, fue consistente en sostener que la órbita de la intimidad del individuo, sólo puede ser invadida cuando preceda la voluntad del mismo titular o sea la consecuencia de una orden proveniente de autoridad pública competente para hacerlo y es precisamente por ello que imágenes o voces recaudadas con fines probatorios, sin que medie una de las dos circunstancias anteriores, invalida una eventual prueba que pueda ser utilizada en procesos judiciales (cfr. Corte Constitucional, sentencia T-233 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), por ser invasiva de la privacidad y atentatoria contra el derecho a la intimidad (argumento 4.4 del fallo).

c.- La Corte reconoció la existencia del derecho a la propia imagen como derecho autónomo con respecto a otros derechos fundamentales, confiriéndole la connotación de “inherente” a la persona (argumento 5.1 del fallo), inherencia que basada en tesis iusnaturalistas y acogida por la Carta Política colombiana (art. 94), niega la existencia de listados de derechos contentivos de una enunciación taxativa o cerrada, plasmados en disposiciones de derecho positivo y por el contrario, acepta que derechos no positivizados puedan ser reconocidos y aplicados en beneficio de la persona, dada su inmanencia a ella. No obstante la autonomía del derecho a la propia imagen, se acepta que el mismo pueda ser vulnerado de forma concurrente con otros derechos fundamentales como intimidad, honra, buen nombre e inclusive, dignidad y libre desarrollo de la personalidad, dados los estrechos puentes que los unen y precisamente por lo mismo es que se erigen barreras de protección que impiden que terceros puedan

disponer de las “características externas” que integran la “fisonomía” de la persona (argumento 5.2 del fallo) sin la debida autorización proveniente del titular del derecho.

d.- La Corte ha fijado el criterio, ya expuesto en varias de sus sentencias (cfr. sentencias T – 471 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-634 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa), consistente en que si en determinado escenario contractual el titular del derecho a la propia imagen ha emitido su autorización para que se haga uso de la misma, esta especie de concesión desde ningún punto de vista puede ser asumida como una renuncia al derecho que, dado su carácter de “inherente” a la persona, ostentaría la calidad de irrenunciable (argumento 5.2 del fallo). A partir de esta consideración del derecho a la propia imagen como un derecho inseparable del titular dada su inmanencia, la Corporación retomó las consecuencias o alcances prácticos de la autorización para el uso de la propia imagen, reiterándose la idea de que no basta un simple consentimiento y por el contrario, se requiere uno que podría denominarse como “calificado”, esto es, el consentimiento informado que debe concretarse al uso de la imagen y su finalidad, expresión de voluntad que no puede considerarse como la fuente de una autorización absoluta sino relativa, si se considera que la libertad de autodeterminación y el libre desarrollo de la personalidad, siempre serán límites que se convierten en un llamado al respeto a los derechos fundamentales y que debe ser atendido por las partes contratantes beneficiadas de dicha autorización que los faculta para el uso de una imagen ajena.

e.- Como colofón de lo anterior, la Corte fijó una subregla según la cual, en los contratos que se celebran con empresas a cargo de la producción de videos pornográficos, se requiere el consentimiento informado de los partícipes, como una extensión del derecho a recibir información (art. 20 Constitución Política de

Colombia) orientada a generar claridad sobre las consecuencias prácticas de este tipo de contratación (argumentos 8.1 y 8.3 del fallo), en cuyo clausulado deberá pactarse expresamente el uso y fines de las fotos o videos, el alcance de su comercialización, su impacto y consecuencias, el valor de los emolumentos a cancelar a quienes figuran en las imágenes, así como un término dentro del cual deberá ratificarse el consentimiento previamente emitido (argumentos 8.8.1 a 8.8.4 del fallo).

f.- Finalmente, la Corte exhortó a los jueces que puedan conocer de casos similares a verificar si el contrato de producción y difusión de material pornográfico estuvo precedido de un consentimiento informado que debe atender los parámetros judiciales ya expuestos. En caso afirmativo, el contrato se mantendrá incólume pero *a contrario sensu*, de acreditarse la falta de requisitos de ese consentimiento especial, el juez de tutela deberá intervenir, a fin de proteger derechos fundamentales como intimidad y propia imagen, que a la postre fueron protegidos en la sentencia analizada mediante la orden de retiro de los videos de las plataformas en las que estaban circulando (argumento 8.10 del fallo).

La Corte Constitucional advirtió expresamente que con su decisión “no está[ba] estableciendo un modelo contractual” sino “fijando los límites en este tipo de contratación para garantizar la protección de la intimidad, la propia imagen y la dignidad de las personas que voluntariamente deciden autorizar a terceros el uso de su imagen en contenidos pornográficos”, todo ello en procura de evitar situaciones de abuso o explotación, lo cual no es óbice y así lo consignó el Tribunal, para que aquellos jueces que se vean abocados al conocimiento de asuntos semejantes, puedan introducir en su análisis particular elementos nuevos, incluso provenientes de la legislación civil (argumento 8.10 del fallo). No obstante la expresa advertencia de que con esta

decisión no pretendía imponer un modelo de contrato, la Corte sí rediseñó por vía jurisprudencial un elemento esencial del mismo: el consentimiento.

A partir del análisis del contenido del artículo 1502 del Código Civil colombiano, la doctrina ha ofrecido una mirada crítica a la forma como se plantea el consentimiento, dada la sinonimia que tradicionalmente se ha establecido con la expresión voluntad, aunque se ha pretendido atribuir la expresión voluntad a la conformación de negocios unilaterales, mientras que el consentimiento, entendido como acuerdo, quedaría reservado para los bilaterales y entre ellos, el contrato (Betancourt, 1996). Esa expresión de voluntad, que en el caso de los actos jurídicos unilaterales no ofrece tanta complejidad, sí plantea serios desafíos cuando se analiza en perspectiva de la contratación, pues aquella voluntad ya bajo la forma del consentimiento, debe entenderse en una doble vía: aquella que permite suponer la intención de contratar y de otro lado, el deseo de que dicha intencionalidad coincida con el querer de la otra parte y a partir de esta concurrencia, se pueda comenzar a hablar de contrato (Ospina & Ospina, 2000).

Tanto el Código Civil colombiano como su referente, el francés, omiten los elementos normativos que permitan apreciar cómo se forma el consentimiento, a diferencia de lo acontecido en la legislación mercantil, donde el Código de la materia sí puntualiza las fases o etapas que preceden su formación (cfr. arts. 845 a 863 C. Co.) representadas en la oferta y la aceptación, normatividad que por vía analógica tendría cabida en negociaciones civiles (Ospina & Ospina, 2000).

La naturaleza del contrato que permite la realización de contenidos pornográficos y su eventual difusión masiva, permite ubicarlo en el terreno de los negocios consensuales, pues no asoma exigencia alguna que condicione su validez al cumplimiento de solemnidades o entrega de bienes (contratos solemnes y reales, respectivamente) y de ahí que el simple consentimiento sirva para lograr su nacimiento a la vida jurídica, libre, espontáneo, sin vicios e informado, siendo esta

última característica una nueva exigencia que por vía del derecho judicial ingresa al terreno de la normativa contractual y se convierte en un condicionante de la validez del contrato que tiene por objeto actividades asociadas a la pornografía, calificada por la misma Corte como una actividad lícita.

De lo expuesto se infiere que si la validez del consentimiento y por ende, del contrato depende de que aquél haya sido “informado” y en él hayan concurrido los requisitos mínimos plasmados por la Corte en su fallo o exigidos por jueces de instancia de conformidad con las particularidades del caso (puerta que dejó abierta la Alta Corporación en su decisión), de presentarse falencias en la estructuración de lo que aquí se ha denominado un “consentimiento calificado”, aparecería de suyo una nulidad contractual de origen constitucional que invalidaría la contratación. La Corte ya había advertido tempranamente en su decisión que la Constitución “irradia la interpretación de los contratos” (argumento 6° del fallo) y por ello no puede descartarse de plano la acción de tutela en pleitos originados en ellos, consideración que cimentó el descubrimiento de una nulidad constitucional por falta de consentimiento informado.

La duda probatoria en el caso que enfrentó a Ana con Carlos en el juicio de tutela, se resolvió a favor de la primera, quien afirmó que no había mediado consentimiento previo orientado a la difusión del video, afirmación que colisionó con la versión de Carlos, quien sostuvo lo contrario. Este choque de versiones que inicialmente hicieron parte de un litigio privado de incumplimiento contractual y después adquirió ribetes de pleito constitucional, permitió que la Corte adoptara implícitamente un principio de interpretación según el cual la duda se resolvería a favor del accionante (una especie de *in dubio pro actore*), tesis que encontraría respaldo a su vez en el principio pro homine, faro que ilumina los sistemas normativos de derechos humanos y se relaciona con la favorabilidad: preferencia interpretativa y de normas (Blanco, 2010).

Un asunto de incumplimiento contractual, que en los campos del Derecho privado hubiera ameritado la aplicación del postulado de la carga de la prueba, a partir de su constitucionalización fue resuelto con una lógica diferente: exigibilidad de un requisito constitucional para la validez del consentimiento y la aplicación del principio de favorabilidad en un terreno tradicionalmente árido para su germinación, pero harto fértil por los lados de los derechos penal y laboral, principalmente.

La creación de modelos contractuales o la aplicación del principio *in dubio pro actore*, no han resultado extrañas para la Corte Constitucional, pues en otros fallos también se ha apreciado cómo en el desarrollo de las revisiones de tutela, se ha acudido a este tipo de estrategias argumentativas no exentas de críticas, tal como pasa a mostrarse a continuación con ejemplos de uno y otro caso:

a.- En la sentencia T-968 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa, la Corte abordó el conocimiento de un caso relacionado con una acción de tutela interpuesta contra una decisión judicial emanada de un juzgado de familia del circuito de Cali, mediante la cual se autorizó la salida de dos menores del país para que pudieran residir en Estados Unidos con su padre. Este asunto, que en principio podría parecer como un típico litigio familiar, desprovisto de la influencia del derecho de los contratos, tuvo su origen precisamente en un acuerdo contractual que de manera coloquial e impropia se ha denominado alquiler de vientres o de manera más adecuada por la doctrina como maternidad subrogada (cfr. Rodríguez – Yong & Martínez, 2012; Regalado, 2016). Precisamente, este contrato permitió que el padre contratara a la madre subrogada para que después de su embarazo asistido diera a luz a una pareja de gemelos, alternativa a la que debió acudirse en atención a que los óvulos de la esposa no permitieron su fertilización y debió acudirse por ello a material biológico de la propia madre subrogada. La relación paterno – materno filial existente con respecto a los gemelos, originó una disputa por la

custodia y cuidado personal de los menores, entre unos progenitores a los cuales no los unía un vínculo afectivo o contractual matrimonial.

Si bien el objeto central de debate en esta sentencia versó sobre la mejor manera de proteger el interés superior de los menores y no recayó sobre la legalidad de los contratos atípicos de maternidad subrogada en Colombia, la Corte aprovechó esta oportunidad para ahondar sobre una temática que el legislador no ha querido afrontar de manera decidida, más aún si se considera que el juez de familia, autor de la sentencia cuestionada por vía de tutela, hizo reposar la tesis del disminuido derecho de la madre sobre sus hijos en la existencia de un contrato de maternidad subrogada. En efecto, después de aceptar de manera implícita que estos contratos resultarían válidos por cuanto no están expresamente prohibidos, aparte de que encontrarían respaldo constitucional representado en el artículo 42 inciso 7º de la Carta Política colombiana (referido a la igualdad de derechos y deberes de los hijos procreados con asistencia científica) y apoyada en doctrina que no cuestiona y parece compartir, la Corte expuso las características que deberían ostentar este tipo de contratos, entre ellas: (i) existencia de traumas fisiológicos que impidan a la madre quedar en estado de embarazo; (ii) que los óvulos no sean aportados por la madre subrogada; (iii) inexistencia de ánimo de lucro, por lo tanto estos contratos siempre deberán celebrarse de forma gratuita; (iv) que la madre subrogada sea capaz, que ostente sanidad mental y ya sea madre de forma previa; (v) que la madre subrogada sea sometida durante todo el proceso a valoraciones médicas y psicológicas; (vi) confidencialidad en la identidad de las partes contratantes; (vii) consentimiento informado que impedirá la retractación de la madre subrogada en el cumplimiento de la obligación de entrega del bebé; (viii) exclusión de la posibilidad de rechazo del bebé proveniente de los padres biológicos contratantes; (ix) que de sobrevenir la muerte de los padres contratantes, el menor no pueda quedar desprotegido y (x) la madre

subrogada solamente podrá interrumpir su embarazo por orden médica, aparte de otras características que la Corte omite consignar en la sentencia (argumento 8.1 del fallo).

Esta caracterización del contrato de maternidad subrogada que hizo la Corte, le permitió concluir que en caso *sub examine*, éste no había hecho su aparición, pues el óvulo genitor fue aportado por la propia madre subrogada, incumpléndose de esta forma la segunda de las reglas supra expuestas. Si bien la reflexión que hizo la Corte sobre la validez de este tipo de contratos puede matricularse en los predios de los argumentos *obiter dictum*, no puede desconocerse la ligereza con la que el Alto Tribunal actuó al conferir prontamente validez a un acuerdo contractual que analizado en perspectiva civilista puede ser castigado con nulidad absoluta por las razones que sucintamente se entran a exponer:

- (i) La regla de cierre argumentativa según la cual, lo que no está prohibido está permitido, expuesta por la Corte Constitucional como argumento inicial para avalar la tesis de la legalidad de los contratos de maternidad subrogada en Colombia no es de recibo, pues si bien, efectivamente no existe norma expresa que prohíba este tipo de contratos que en épocas de redacción del actual Código Civil podrían ser considerados como pertenecientes a la incipiente ciencia ficción, la realidad es que sí existen prohibiciones implícitas contenidas en normas vigentes de orden público;
- (ii) Los asuntos relativos a la filiación son regulados por disposiciones de orden público y por ello no podrían ser susceptibles de disposición contractual (López de Armas & Amado Amado, 2014, p. 11), al encontrarse esta posibilidad expresamente prohibida en el artículo 16 del Código Civil colombiano, el cual prohíbe dejar sin efectos, a través de convenios particulares, este tipo de disposiciones normativas y no sobra recordar que asuntos atinentes al estado civil de la persona, definido como “su situación jurídica en la familia y sociedad”, dada su connotación de orden público,

ostenta un carácter “indivisible, indisponible e imprescriptible” y su asignación corresponde exclusivamente a la ley (art. 1º Decreto 1260 de 1970);

- (iii) Si bien la paternidad se maneja a partir de presunciones legales que admiten prueba en contra y en este orden, los hijos concebidos durante el matrimonio o uniones maritales de hecho tienen por padre al marido o compañero permanente, respectivamente (art. 1º ley 1060 de 2006), para el caso de la maternidad, el criterio contemplado en la legislación colombiana vigente es el de que madre es quien da a luz, auspiciado por el aforismo romano según el cual *mater semper certa est* (siempre se sabe quién es la madre) (López de Armas & Amado Amado, op.cit) y por ello la madre subrogada, para todos los efectos legales, será considerada como madre del bebé, independientemente de que la madre biológica pueda adelantar, con los recursos legales existentes, un proceso de impugnación de la maternidad. El artículo 49 del Decreto 1260 de 1970, relacionado con la forma de acreditar el nacimiento, hace referencia a la madre que intervino en el parto, no a la madre biológica;
- (iv) El contrato de maternidad subrogada genera el efecto colateral de patrocinar la cesión contractual de la filiación materna, pues lo que se busca es que la madre contratada, al cumplir sus obligaciones contractuales, pierda su calidad de tal y convierta en madre, desde el punto de vista jurídico, a la madre biológica, quien en un principio, por no haber dado a luz, no es reconocida por la ley como tal, al menos temporalmente o hasta que sobrevenga la impugnación de la maternidad;
- (v) Finalmente, el argumento expuesto por la Corte, relacionado con que este tipo de contratos encuentra su amparo constitucional en el artículo 42 inciso 7º de la Carta Política, no es de recibo, por cuanto esta norma lo que pretende es extender el manto protector del derecho a la igualdad a todos los hijos, matrimoniales o

extramatrimoniales, procreados de manera natural o con asistencia técnico – científica, pero de esta norma no se desprende el derecho implícito a negociar, a través de un contrato, la filiación materna que surge del parto. La permisión de este tipo de prácticas contractuales en que incurrió la Corte, aunado a la ausencia de reglamentación legislativa, se ha convertido en foco de prácticas malsanas (falsificación de documentos, registro fraudulento de bebés) a las cuales se acude para llenar los vacíos que deja una práctica aparentemente no prohibida (Ulloa, 2017).

En conclusión, apréciase cómo la Corte Constitucional, por vía de un cuestionado derecho judicial, ofreció elementos que permiten sostener la validez del contrato de maternidad subrogada, confiriéndole al mismo un perfil apoyado en tesis doctrinarias que la Corte no cuestiona y por ende avala. El Alto Tribunal inaplicó claras disposiciones de orden público que no de manera expresa, pero sí de forma implícita, reprochan estos vínculos contractuales que padecen de orfandad legislativa y menos aún encuentran su soporte en el ya referido artículo 42 constitucional, que si bien consagra muchos principios fundantes de la familia, no osa permitir, ni expresa ni implícitamente, la negociación contractual de la filiación materna.

b.- La aplicación del principio *in dubio pro actore* ha dado pie para que la Corte adopte por vía de revisión de acciones de tutela, algunas decisiones que son miradas con reserva desde una óptica privatista, pues bajo la ya inexorable constitucionalización del Derecho privado, muchos de sus postulados, referidos entre otros, a obligaciones y contratos, se han reformulado en casos que, siendo propios de la jurisdicción ordinaria, dada su relevancia constitucional, han ameritado su reestudio a partir de la principalística constitucional y la teoría de los derechos fundamentales que parecerían, en ocasiones, un tanto o muy incompatibles con la forma en que el Derecho

privado había manejado de forma tradicional esa casuística, v.gr. relacionada con la responsabilidad civil de las personas jurídicas.

Uno de esos casos paradigmáticos, donde se evidencia ese divorcio entre la respuesta al asunto ofrecida por el Derecho Privado y aquella derivada de la constitucionalización del litigio por vía de acción de tutela, está representado en la sentencia de la Corte Constitucional SU-645 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz, punto final de un debate surgido entre un particular y la Clínica Palermo de la capital de la República, relacionado con la eventual responsabilidad civil extracontractual de esta última, derivada de un caso de transmisión del VIH que pudo tener ocurrencia por el uso de una bolsa de sangre contaminada con el virus (a pesar de contar con el sello nacional de calidad) proveniente de un laboratorio particular que contaba con el aval del Ministerio de Salud , utilizada en un procedimiento de transfusión requerida por el accionante quien arribó a las instalaciones de la Clínica después de sufrir un accidente de tránsito.

El accionante reclamó del ente hospitalario la asunción de su plena responsabilidad derivada de la aparente negligencia que condujo a la transmisión del virus que, para la época de los hechos, se consideraba mortal en todos los casos, reclamo que conllevó la exigencia de la prestación de todos los servicios médicos, incluyéndose en ellos los de naturaleza quirúrgica y hospitalaria, requeridos de manera expedita por una persona que, aparte de su grave estado de salud, acusaba una difícil situación económica que le impedía asumir los costos patrimoniales que implicaba su tratamiento.

La accionada expuso en su defensa la causal eximente de responsabilidad civil extracontractual relativa al “hecho de un tercero”, pues en todo momento desconoció algún tipo de culpa o negligencia atribuible a su actuar, dado que la sangre utilizada contaba con todos los sellos que acreditaban la calidad del producto, el cual se suponía, no contenía el virus para entonces mortal, aparte de que, según lo informan los hechos descritos en la tutela, la justicia

ordinaria ya se había pronunciado sobre la responsabilidad penal del dueño del laboratorio, su director y el donante del producto sanguíneo contaminado, los cuales fueron condenados por los delitos de violación de medidas sanitarias y propagación de epidemia. En materia de responsabilidad civil, de acreditarse el “hecho del tercero”, este cuenta con un efecto liberador de responsabilidad frente al agente imputado, pues se presenta una “ruptura del nexo causal” (Martínez & Martínez, 2003, p. 253), alegándose en su favor que dada la inexistencia de vínculo contractual con el Estado, que obligaba al ente hospitalario a asumir este tipo de prestaciones asistenciales, implicaba que aquél estaba a cargo de ello.

Para la Corte Constitucional la determinación de responsabilidad civil en el asunto *sub examine* pasó a un segundo plano, pues su prioridad fue la adopción de medidas inmediatas que garantizaran la salud y vida de un portador del VIH, que hace algunos lustros aún no tan lejanos, contaba con un pronóstico médico muy negativo frente a la ausencia de tratamientos eficaces con los que sí se cuenta hoy en día. La ratio decidendi de este fallo se encuentra en el siguiente párrafo, en el cual se pretende justificar la negativa de esperar las resultas de un proceso civil donde se fije responsabilidad extracontractual:

El sida, como lo señala el ad-quem es hasta ahora una enfermedad mortal que ocasiona un deterioro progresivo del paciente, el cual requiere de cuidados y medicamentos especializados, no sólo para mejorar su estado sino para evitarle graves y prolongados sufrimientos. Esos cuidados, que se traducen en la necesidad de oportunos tratamientos médicos dada la inminencia del peligro que tiene el paciente de generar otras patologías, son en el caso que se revisa, dada la gravedad la enfermedad, de carácter urgente, configurándose claramente el perjuicio irremediable para el actor si no se protegen sus derechos a la salud y a la vida, pues esperar la decisión judicial que deberá adoptar el juez ordinario, para decidir si la demandada tiene o no responsabilidad en el caso, sencillamente implicaría para éste el riesgo de morir sin haber sido debida y oportunamente asistido, dado que sus condiciones físicas y económicas no le permiten asumir los

gastos que ocasionan esos tratamientos (Corte Constitucional, sentencia SU-645 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz, considerando 4.2 del fallo).

En el punto concreto de la responsabilidad civil a cargo de la Clínica Palermo, la Corte motivó su decisión en un argumento asaz contradictorio, por cuanto si bien inicialmente afirma con solaz la existencia de una relación de causalidad entre el hecho objetivo de la transmisión del VIH al accionante y el tratamiento médico recibido en la entidad accionada, del cual se derivó la contaminación, en la misma providencia aceptó expresamente la existencia de duda sobre la responsabilidad, habida cuenta de las diversas versiones que figuraban en el proceso, duda que “debe resolverse a favor de quien solicita dicha protección para su derecho fundamental a la vida” (considerando 4.2 del fallo). Muy a pesar del litigio pendiente que definiría la suerte de la responsabilidad civil en juego, la Corte impuso que en ejercicio del deber constitucional de solidaridad, el ente de salud debía asumir todos los costos alusivos al tratamiento del paciente, relevó al Estado de la responsabilidad que en este caso le asistía (y reconocida en muchos casos previos, en tratándose de personas de escasos recursos) y la trasladó a un particular aún no condenado en un juicio civil.

La subregla derivada de este caso se construye y presenta de la siguiente forma: si un enfermo con su salud y vida comprometidas sostiene una litis con una persona particular (natural o jurídica), presunta responsable de ese estado clínico, ésta deberá asumir a plenitud los costos derivados del tratamiento médico clínico, aún antes de una sentencia definitiva emitida en un juicio ordinario de responsabilidad civil. De presentarse dudas sobre la procedencia de la protección constitucional reclamada o sobre la eventual responsabilidad del accionado, éstas se resolverán a favor del accionante, quien inclusive resultará beneficiado con una presunción de culpa de aquél (Chinchilla, 1999, pp. 31 y 32) del tipo *iuris et de iure*, por cuanto en el juicio de

tutela no se admitió prueba en contra y su posibilidad de controversia se trasladó de manera exclusiva al juicio ordinario.

Este fallo controversial no fue adoptado por unanimidad por los magistrados integrantes de tan Alta Corporación y las aclaraciones de voto formuladas dan cuenta de la ardua discusión en torno a la configuración de los elementos constitutivos de responsabilidad civil, entre ellos la falta de certeza del nexo causal entre la culpa de la accionada y el daño padecido por el accionante y frente a esta ruptura de causalidad, apareció en el debate el Estado, como eventual responsable por haber avalado, a través del ente competente, la calidad de la sangre que ofició como vehículo transmisor del VIH (cfr. aclaraciones de voto de los magistrados José Gregorio Hernández, Hernando Herrera Vergara y Vladimiro Naranjo Meza).

Esta sentencia y so pretexto de la protección de los derechos fundamentales a la salud y vida, desestructuró los elementos constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual al prescindir del nexo causal, factor determinante para la imputación de la misma, tanto en las teorías objetivas como subjetivas (Martínez & Martínez, 2003), pues el daño a resarcir debe ser consecuencia de un hecho culposos o no culposos atribuible a una persona natural o jurídica (Valencia & Ortiz, 2004). Se le atribuyó a un particular una onerosa carga económica bajo una pretendida responsabilidad que la Corte fue temerosa en declarar, por la falta de certeza sobre la misma y relevó de ella al Estado, en este caso directo responsable de asumir los costos del tratamiento médico de un paciente de escasos recursos.

Finalmente, si bien la acción de tutela ha sido impregnada del principio de informalidad, que libera a los accionantes del cumplimiento de estrictos requisitos formalistas o fórmulas sacramentales, que sólo de cumplirse darían curso positivo al amparo reclamado (cfr. Corte Constitucional, sentencias T-227 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-317 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre otras), dicho principio no libera a la Corte de la precisión

jurídica que debe caracterizar a sus fallos. Tal como ha sido recurrente en el Alto Tribunal, la Corte confunde un bien con una persona: la Clínica Palermo en sí misma considerada no es una persona jurídica, sino un bien que pertenece, seguramente, a una persona jurídica con o sin ánimo de lucro (sociedad o fundación, respectivamente), suposición que se justifica si se considera que en la sentencia, la Corte no individualizó la persona, sujeto de obligaciones, contra la cual se dirigió la orden de tutela.

3.3.- A manera de conclusión: de cómo la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha erigido en fuente autónoma de obligaciones civiles y de causales de extinción de las mismas

El muestreo jurisprudencial seleccionado permite apreciar que a partir de la constitucionalización de litigios contractuales entre particulares por vía de acción de tutela, el máximo juez constitucional frecuentemente crea obligaciones post contrato, no contempladas previamente en el sistema tradicional de fuentes obligacionales, vigente al momento de la celebración del acuerdo contractual. Estas obligaciones originadas en el derecho judicial, se convierten en fuentes de derechos personales y escapan al consentimiento previo, elemento tradicional de validez de los contratos, pues se trata de cargas jurídicas no consensuadas, sino impuestas por sentencia judicial, llegándose hasta el punto de que, so pena de desacato, el juez obliga a contratar, cuando con ello se garantiza la aplicabilidad de derechos fundamentales que, de no contratarse, resultarían vulnerados o amenazados.

La Corte ha apelado a una gran creatividad orientada a perfilar nuevos tipos obligacionales, formas contractuales, categorías de contratantes, modos de extinción de obligaciones, adicionales a los contemplados en las disposiciones iusprivatistas y con ello, la jurisprudencia constitucional se instituye en una fuente obligacional, diferente a aquellas

aceptadas en las teorías sobre la materia que tradicionalmente han permeado el ordenamiento jurídico colombiano, pues el Derecho judicial que se consigna en los fallos de tutela se considera Derecho nuevo, post facto, post contrato, no vigente al momento del perfeccionamiento del acuerdo contractual y derivado de la interpretación y aplicación de principios constitucionales, explícitos e implícitos.

3.4.- Acerca de la propuesta doctrinaria de considerar a la jurisprudencia constitucional como una fuente autónoma de obligaciones civiles

La recepción de la teoría de los derechos implícitos en la jurisprudencia constitucional ha permitido el nacimiento de obligaciones no consensuadas, en el sentido tradicional del término, erigiéndose la jurisprudencia en fuente autónoma de las mismas. Esta idea se desarrollará a partir de una propuesta doctrinaria.

Dentro de la enseñanza tradicional en las facultades de Derecho en Colombia, fundamentada principalmente en el conocimiento de la dogmática jurídica, ha sido común impartir la idea de que la denominada “doctrina” es una fuente formal del derecho, que ocupa su sitio al lado de otras, como la ley, la jurisprudencia y la costumbre, bien sea como criterio de autoridad (Monroy Cabra, 2001, p. 128) o por vía indirecta o coadyuvante en la formación de otras fuentes (Álvarez Ledesma, 1997, p. 131) o por contar con respaldo legal que así la califica de forma expresa (González Ramírez, 1995, p. 106), tal como acontece, para el caso colombiano, en el derecho laboral (art. 19 Código Sustantivo del Trabajo) y procesal (art. 7º Código General del Proceso), aparte de que el artículo 230 constitucional califica, en general, a la doctrina como criterio auxiliar de la actividad judicial.

En efecto, los estudios doctrinarios apuntan a reflejar una realidad jurídica que muchas veces dista de aquello plasmado en disposiciones normativas, hijas de un derecho legislado, que

por el avatar del paso del tiempo se ven superadas por otras realidades, apadrinadas por un derecho judicial que *in crescendo*, se posiciona con firmeza en terrenos otrora abonados exclusivamente para la germinación de la ley. De esta forma, la doctrina asume el papel de puente que permite estrechar las distancias que suelen avizorarse entre manifestaciones normativas y ese sentir de los jueces que se plasma en sus sentencias.

Es el caso de las fuentes de las obligaciones, estructuradas a partir de un esquema jurídico *ius civilista* cerrado, aparentemente contentivo de un listado taxativo, respetuoso de una tradición histórica acogida por el derecho continental, complementado con posterioridad por un estatuto mercantil que positiviza algunos principios generales del derecho, que a la postre, sirven de sustento a la Corte Suprema de Justicia para erigir en fuente de obligaciones al abuso del derecho y enriquecimiento sin causa.

Muy a pesar de estas adiciones al listado original del Código Civil, la irrupción de la Constitución Política de 1991 y su teoría de los derechos fundamentales nos plantea un nuevo panorama: la Corte Constitucional por vía de revisión de acciones de tutela, ha construido una nueva doctrina judicial de las obligaciones, a partir de la formulación de subreglas, entendidas como “normas constitucionales de origen jurisprudencial incorporadas argumentativamente en el campo semántico de otras normas constitucionales” (Arango y Lemaitre, 2002, p. 8), derivadas de la interpretación y aplicación de normas superiores con estructura de principios, a asuntos propios del *iusprivatismo*. Hoy un nuevo derecho judicial de las obligaciones, fundado en la teoría de los derechos implícitos, convive con un derecho vigente de rango legal y lo suele desplazar (sin que necesariamente se haga operar la excepción de inconstitucionalidad), prohiendo una fuente obligacional aún no reconocida como tal: las subreglas en materia de litigios contractuales surgidas en la jurisdicción constitucional.

Una vez expuesta y desarrollada la idea de que la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia sobre constitucionalización de litigios contractuales privados por vía de tutela, ha impactado la teoría clásica de las fuentes de las obligaciones adoptada por el Derecho civil colombiano, se exponen a continuación una serie de vicisitudes que pueden derivarse de la tesis de que la Corte Constitucional, a través de sus sentencias, crea nuevo derecho contentivo de obligaciones civiles no contempladas en el sistema de fuentes obligacionales vigentes al momento de la celebración del contrato.

3.5.- Vicisitudes derivadas de la propuesta doctrinaria de considerar a la jurisprudencia de la Corte Constitucional como nueva y autónoma fuente de obligaciones civiles y causales de extinción de éstas

Una vicisitud hace referencia a la “inconstancia o alternativa de sucesos prósperos y adversos” (RAE, 2018) y esto es precisamente lo que puede derivarse de una propuesta doctrinaria, que apuesta por considerar a la Corte Constitucional como un ente creador de obligaciones no consensuadas previamente por las partes que constituyen la relación contractual, idea que invita a cuestionarla, a determinar su real naturaleza y a indagar sobre las eventuales consecuencias que podrían derivarse de ella, a las cuales podrían apelar los contratantes que se consideren sorprendidos por interpretaciones que trascienden el plano de las reglas, donde usualmente se encuentran las soluciones a los litigios contractuales de Derecho privado y ahondan en el campo de los principios, espacio con posibilidades infinitas, infinitud que puede hacer mella en el principio de la seguridad jurídica que patrocina lo predecible en el terreno de las decisiones judiciales.

3.5.1.- Primera vicisitud: reducir la discusión a que la ley es la fuente de las obligaciones civiles contractuales surgidas de fallos de tutela

La primera y más elemental crítica que se puede oponer a la propuesta doctrinaria de que la jurisprudencia de la Corte Constitucional es una nueva y autónoma fuente de obligaciones civiles e incluso, de causales de extinción de las mismas, puede reposar en el siguiente argumento lógico deductivo: la Corte Constitucional toma sus decisiones con base en normas; los principios constitucionales son normas, por lo tanto, cuando el Alto Tribunal toma una decisión que finiquita un litigio contractual, constitucionalizado al haber sido analizado en un juicio de tutela, no incurre en abandono del ordenamiento jurídico pre existente, simplemente aplica la ley (aquí cabe la Constitución Política, entendida en un sentido material, no formal) sin incurrir por ende en un acto de creacionismo normativo. Considerado lo anterior, las cargas impuestas a los contratantes, con la consecuente derivación de derechos de ellas, no constituirían nuevas obligaciones de origen judicial, pues se desprenderían de la Constitución que consagra los principios que sirven de base para la formulación del nuevo catálogo obligacional plasmado en el derecho de los jueces y en síntesis, la fuente sería la ley.

En un aparte anterior se dejó sentado ya que la consagración de la ley como fuente de obligaciones no está exenta de críticas doctrinarias, pues a pesar de su indudable estatus de fuente en el Derecho positivo, no han faltado los cuestionamientos dirigidos a marginar del listado de fuentes a ese querer abstracto del legislador. En esta dirección, al comentar el alcance del artículo 1089 del Código Civil español, los autores Mariano Pérez y Rafael Álvarez Vigaray (1995) apuntan que:

La Ley, en sí, no es una fuente, sino que las crea, considerando fuentes, además de las expresamente citadas (contratos, cuasicontratos, actos y omisiones ilícitos, culpa o negligencia), cualquier otro hecho al que la Ley anude el nacimiento de una obligación (p.253).

En el mismo sentido y al destacar al respecto la precisión de que hace gala el derecho germano, los autores José Guillermo Castro y Nattaly Ximena Calonje (2015) apoyan la teoría de abstraer a la ley en sí misma considerada de su condición de fuente obligacional, dado el carácter “impersonal y abstracto de una situación jurídica, que de ninguna manera puede vincularse específicamente a nadie” y recuerdan que el Código Civil Alemán (BGB), a diferencia de otros estatutos como el francés, español, chileno, colombiano, no dispuso que la ley ostentara el carácter de fuente obligacional, pues si bien se acepta que “es fuente mediata de todas las obligaciones” de manera inmediata “nunca tiene esa facultad”, si se considera el aroma de la generalidad que la impregna (p. 100).

Para ilustrar la idea propuesta, los autores en cita proponen como ejemplo el caso de los alimentos que por ley se deben a un largo listado de titulares de este derecho, descritos en el artículo 411 del Código Civil colombiano, caso que a su vez le sirve al legislador para explicar el alcance del concepto de derecho personal o crédito, entendido como el que “sólo puede reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene (...) el hijo contra el padre por alimentos” (art. 666 Código Civil colombiano). Por el sólo hecho de haberse consagrado la obligación alimentaria en la citada norma y en otras, como los artículos 24 y 111 del Código de la Infancia y la Adolescencia (ley 1098 de 2006), nadie se convierte en prestatario de pensiones alimenticias, pues la obligación se derivará de los instrumentos particulares o concretos que las impongan, como la sentencia o acta de conciliación, títulos que a la postre se ejecutarán y “no el artículo 411 del Código Civil” (Castro & Calonje, 2015, p. 100-101), todos ellos precedidos de un acto humano sin el cual la obligación alimentaria no existiera: la creación de progenie.

A este discurso se suma el tratadista Jorge Cubides Camacho (2005), quien, después de aceptar que considerar a la ley como fuente de las obligaciones sería una posición académica

cómoda, “no es propio incluirla dentro de las fuentes directas pues la ley es categoría inmutable, constante condición del dualismo situación jurídica-norma jurídica, y no fuente específica” (p. 178). Este autor remata su idea afirmando que dado que la ley siempre va a estar vinculada a las cuestiones fácticas con potencialidad de obligar, comprendería en la práctica a todas las fuentes y por ello “tenerla como fuente específica además de anti técnico puede traer mayores confusiones a un tema ya de por sí difícil” (p. 178).

La conclusión que se infiere de lo expuesto es como sigue: en la teoría de las fuentes de las obligaciones, la ley siempre tendrá el poder de absorber a todas ellas, al detentar una naturaleza de fuente mediata o no próxima al verdadero factor generador de la obligación; la ley, dada su naturaleza abstracta, general, impersonal, en el sentido de que no se orienta hacia un destinatario específico, no puede considerarse como fuente obligacional inmediata o próxima; la Constitución Política y su extensa gama de principios, utilizados por el máximo juez constitucional para imponer a particulares contratantes una multiplicidad de cargas obligacionales, no contempladas expresamente en el sistema jurídico de fuentes vigente para la época de la celebración de los acuerdos contractuales, quedan cobijados por el concepto de ley, que según lo expresado, en la realidad no constituye *per se* una fuente; el hecho generador de las obligaciones civiles derivadas de la revisión de sentencias de tutela, reposa en las sentencias expedidas por la Corte Constitucional y es por ello que se ha afirmado que la jurisprudencia constitucional se levanta como una nueva fuente autónoma de las obligaciones, al igual que el contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito, enriquecimiento sin causa y abuso del derecho.

En un aparte anterior, a partir de una amplia muestra de expresiones doctrinarias alusivas a propuestas académicas explicativas de un sinnúmero de esquemas de sistemas de fuentes de las obligaciones, algunas más apegadas que otras a las orientaciones legales al respecto, se pudo establecer que la jurisprudencia constitucional expedida con ocasión de litigios contractuales

solucionados mediante fallos de tutela, aún no se ha contemplado como una fuente obligacional autónoma, en el sentido de no encontrar cobijo o arraigo en otras de las ya tradicionalmente consolidadas. Probablemente, si se pretendiera justificar esta propuesta doctrinaria en un autor que ofrezca elementos para hacerlo, este sería Karl Larenz (1958), previamente citado, quien presenta la fuente bautizada como “relaciones de obligación nacidas de disposición estatal con carácter constitutivo en materia de Derecho privado” (p. 63), para lo cual utiliza como ejemplo – tangencialmente mencionado con anterioridad- una ley alemana de viviendas que facultaba a organismos estatales a solicitar de manera imperiosa a propietarios de inmuebles con espacios óptimos para ser arrendados con fines de vivienda, la “conclusión de una relación jurídica” (p. 63) con personas que por reunir ciertas condiciones, podían ocupar los espacios libres en calidad de tenedores arrendatarios, con la particularidad de que la falta de asentimiento del propietario facultaba al organismo estatal a adoptar una medida con similares consecuencias a las derivadas de un contrato de arrendamiento.

Larenz (1958) explica que la ficción “es en este caso el medio técnico – jurídico que ha de hacer posible la aplicación de las disposiciones sobre contratos de arrendamiento” (p. 63) pues no de otra forma puede entenderse cómo se alude a un contrato, fuente de derechos y obligaciones, sin que haya mediado el consentimiento libre y espontáneo de las partes contratantes, específicamente del arrendador, sujeto pasivo de una imposición originada, a juicio del autor en cita, en “una disposición de soberanía estatal” que el tratadista Nipperdey, citado por Larenz, ubica en el terreno de los “contratos dictados” o “relaciones de obligación análogas a los contratos, impuestas a las partes por disposición de la autoridad, pero que deben considerarse intrínsecamente de acuerdo con las normas de Derecho privado” (p. 64). Los contratos “dictados” corresponderían a lo que la doctrina latinoamericana, principalmente chilena, ha denominado

“contratos forzosos” o aquellos que el “legislador obliga a celebrar o da por celebrado” (López, 1986, p. 127).

Sin lugar a dudas los contratos dictados o forzosos conllevan una limitación o la efectiva anulación de la autonomía de la voluntad, distinguiéndose entre ellos dos categorías que reflejan el grado de injerencia o imposición del Estado en el querer de los particulares: contratos forzosos ortodoxos y heterodoxos, según se aprecie una restricción o la efectiva desaparición de la autonomía de la voluntad. La primera categoría corresponde a aquellos contratos “en el que se recibe un mandato heterónimo de concluir un contrato, conservando la facultad de escoger a la contraparte y negociar con ella todas o algunas de las condiciones de la contratación”, mientras que los heterodoxos son establecidos “íntegramente por la ley, sin haber consentimiento, ni elección del contratante, ni discusión de sus cláusulas” (Walker, 2017, p. 713).

Para el caso colombiano, se ajustaría al concepto de contratos forzosos ortodoxos, a manera de ejemplo, los seguros obligatorios de accidentes de tránsito, requisito para poder transitar por el espacio terrestre colombiano (art. 42, ley 769 de 2002), o los seguros obligatorios que deben tomarse por parte de los administradores de propiedades horizontales que garanticen los riesgos de incendio y terremoto de los bienes comunes (art. 15 par. 1º, ley 675 de 2001), eventos en los cuales, si bien se da una imposición estatal, las partes tomadoras del seguro aún conservan la potestad de escoger la compañía aseguradora, así como cierto margen para discutir las condiciones contractuales. No ocurre lo propio en los contratos forzosos heterodoxos, tal como acontecería en el caso de la sociedad mercantil de hecho, en la cual por querer de la sociedad, todos los socios responden solidaria e ilimitadamente de operaciones mercantiles llevadas a cabo, por ende, la actividad de uno de ellos compromete a los demás, derivándose de esta consideración legal un mandato implícito que carece de un consenso previo de los socios, aspecto que también se evidencia cuando la ley dispone expresamente que la administración de

una sociedad colectiva corresponde a todos y cada uno de los socios (arts. 501 y 310, respectivamente, C.Co.).

Igualmente, en el caso de enajenaciones no voluntarias de bienes cuando han sido decretadas por autoridades públicas en ejercicio de la potestad de expropiar por vía administrativa, se impone en la práctica una venta forzada y es por ello que la ley alude al pago a que tiene derecho el propietario que sufre la expropiación como precio indemnizatorio (art. 67 ley 388 de 1997) y el precio es un elemento esencial del contrato de compraventa (art. 1849 C.C.).

El contrato forzoso heterodoxo de compraventa que está implicado en la expropiación (no únicamente administrativa sino también judicial), constituye una excepción a la característica de la perpetuidad del derecho de propiedad, asignada por la doctrina al derecho real más importante (Velásquez, 2008), signo distintivo del dominio, que debe entenderse desde un doble punto de vista al considerarse que el dueño o propietario: (i) hace gala de dicha condición desde el momento en que accede al derecho a través de cualquiera de los cinco modos de adquisición contemplados en la ley (prescripción, accesión, sucesión por causa de muerte, tradición u ocupación) y se extiende hasta su muerte, evento en el cual se transmite a las personas que jurídicamente cuenten con vocación hereditaria y (ii) conserva el derecho de propiedad hasta que su voluntad lo permita y en atención a la libertad de enajenación que se deriva, para algunos autores del artículo 6º y para otros del artículo 333 de la Constitución Política (Velásquez, 2008), puede llevar a cabo una serie de operaciones jurídicas orientadas a desprenderse de su propiedad, tales como propiciar el perfeccionamiento de títulos traslativos de dominio (como compraventas, permutas o donaciones), intervenir en tradiciones que permiten la transferencia de propiedad mediante la entrega material o jurídica de bienes o incluso, incurrir en actos de abandono de sus bienes para que otra persona se los apropie a través de modos de adquisición (como la prescripción y la ocupación). La característica de la perpetuidad, en consecuencia, no es un

dogma o fórmula de aplicación indefectible en todos los casos, pues presenta varias excepciones, entre ellas la expropiación y la extinción del derecho de dominio, solo que en este último caso no se configura un contrato forzoso, pues el Estado no adquiere la obligación de pagar un precio indemnizatorio (art. 34 *in fine* Constitución Política de Colombia, ley 1708 de 2014, Código de Extinción de Dominio).

Nótese que los contratos dictados o forzosos pueden tener su origen en las ramas legislativa o ejecutiva del poder público, pero hoy en día también son una constante en la rama judicial: la Corte Constitucional obliga a los particulares a celebrar contratos o a prorrogarlos, crea obligaciones, las modifica o extingue mediante subreglas creadas post facto, prescinde del consentimiento como elemento de formación del contrato, crea nuevas categorías jurídicas, pero la ley no es la fuente directa de las nuevas obligaciones civiles surgidas en el marco de la constitucionalización de litigios contractuales. Una paráfrasis, en clara alusión a Karl Larenz, confiere el nombre a esa nueva fuente obligacional: relaciones de obligación nacidas de disposición judicial con carácter constitutivo en materia de Derecho privado.

La fuente obligacional propuesta, si se pretende encontrar su naturaleza o razón de ser, podría asumirse como una expresión de la soberanía del Estado materializada en la función pública de la administración de justicia (art. 228 C.N.) y fue precisamente esa “emanación de la soberanía” la que tiempo atrás sirvió de justificante a la tesis de que los actos del juez no permitían imputar responsabilidad indemnizatoria al Estado, aparte del argumento de la majestad de la cosa juzgada (Martínez & Martínez, 2003), tesis ya replantada pues se cuenta con elementos normativos que permiten atribuir responsabilidad al Estado por daños antijurídicos originados en fallas de la administración de justicia, específicamente en los casos de privación injusta de la libertad, error jurisdiccional o funcionamiento defectuoso (art. 90 C.N. y art. 65, Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia).

Finalmente, contrario a lo que podría pensarse, en las llamadas “ventas forzadas” o realizadas por ministerio de la justicia, entiéndase remates judiciales, en realidad no puede afirmarse la existencia de un contrato forzoso heterodoxo, muy a pesar de que se genera la apariencia de que al deudor se le priva de la propiedad de sus bienes, que pasan a manos de un rematante desconocido, que en virtud del acto de adjudicación y la tradición por vía judicial a que se refiere el artículo 741 inciso 3º del Código Civil, adquiere la calidad de nuevo propietario.

Si bien flota en el ambiente la idea de que el deudor propietario afectado con el remate no ha consentido en el mismo, este pensamiento se aleja de la realidad jurídica, pues por querer del artículo 2488 del Estatuto Civil, consagradorio de la figura de la prenda general de pago de los acreedores, cuando el deudor se obliga ofrece a su acreedor como garantía, todos sus bienes corporales, muebles e inmuebles, presentes y futuros, salvo los protegidos con inembargabilidad (Velásquez, 2008), prenda general que cobija incluso, así la norma no lo exprese, a los bienes incorporeales, pues los derechos personales o créditos también coadyuvan en la garantía de pago y por ello pueden ser objeto de medidas cautelares (art. 593 num. 4º C.G.P.).

La ausencia de contrato forzoso heterodoxo se explica en la autorización tácita o implícita que el deudor otorga a su acreedor de perseguir sus bienes en procura de un pago forzado, en el evento de no lograrse el cumplimiento voluntario de una obligación previa originada en un título traslativo de dominio, requisito *sine qua non* para que el negocio jurídico tradición, que se ubica en el terreno de las convenciones y no de los contratos (pues no crea obligaciones sino que las extingue), pueda finiquitar aquella obligación preexistente (Valencia Zea, 2001; Angarita, 2004). De aceptarse esta interpretación, la ficción jurídica de que en la tradición resultante de ventas forzadas por determinación judicial, el juez actúa como representante legal del deudor demandado, quien oficia de tradente, resultaría innecesaria. A manera de conclusión en este punto, la venta forzada sería el título, mientras que la tradición con participación del juez, acto

posterior, sería el modo de adquisición; en las dos figuras la ley prevé un consentimiento implícito previo derivado de la figura de la prenda general de pago de los acreedores (art. 2488 C.C.), sin que haya lugar a confundir estos dos momentos jurídicos, razonamiento aplicable inclusive a la enajenación forzada de los establecimientos de comercio, mencionada en el artículo 517 del Código de Comercio.

Al hacer un cambio de tercio argumentativo, surge una nueva idea para persistir en la crítica a la referida autonomía de derecho judicial como fuente autónoma de obligaciones civiles: las cargas jurídicas post contrato impuestas por el juez en casos de litigios contractuales constitucionalizados, encuentran su origen en la ley, pues ésta permite presumir obligaciones. Sobre este punto en particular, relativo a la facultad judicial de presumir obligaciones, existen dos tendencias claramente diferenciadas: una, que niega rotundamente esta posibilidad y otra que la acepta como válida, las dos con claros respaldos normativos, tal como entra a exponerse.

A la primera tendencia, esto es, negar a los jueces la posibilidad de presumir obligaciones civiles, se suman los sistemas de Derecho civil español y argentino. En efecto, el artículo 1090 del Código Civil ibérico dispone textualmente:

Las obligaciones derivadas de la ley no se presumen. Sólo son exigibles las expresamente determinadas en este Código o en leyes especiales, y se regirán por los preceptos de la ley que las hubiere establecido; y, en lo que ésta no hubiere previsto, por las disposiciones del presente libro.

De la norma transcrita se infiere que para el legislador español no existen obligaciones implícitas, pues habla de una exigibilidad condicionada a la consagración expresa, aspecto que se comprende si, al apelar a la teleología de la disposición, se concluye que la misma busca convertirse en un bastión de la seguridad jurídica, que exime a las partes del contrato del cumplimiento de obligaciones “descubiertas” por el juez con posterioridad a la celebración del

mismo. Es por ello que la norma en cuestión recalca la idea de que las obligaciones se rigen por las normas preexistentes y descarta la posibilidad de que aquellas se deduzcan, infieran o presuman.

Una legislación más moderna, representada en el Código Civil y Comercial de la Nación argentina (aprobado por ley No. 26.994 y promulgado mediante decreto 1795 de 2014), vigente a partir del 1º de agosto de 2015, adoptó una norma con algunas similitudes con respecto a la ya transcrita del Código Civil español y es la siguiente:

Artículo 727. C.C. y Co. Argentino. Prueba de la existencia de la obligación. Presunción de fuente legítima.

La existencia de la obligación no se presume. La interpretación respecto de la existencia y extensión de la obligación es restrictiva. Probada la obligación, se presume que nace de fuente legítima mientras no se acredite lo contrario.

La norma arriba referenciada contiene tres preceptos claramente individualizados: (i) descarta la presunción de la existencia de obligaciones; (ii) formula una regla de interpretación restrictiva en lo atinente a la existencia y alcance de la obligación, lo cual descartaría de plano, por ejemplo, la imposición de obligaciones por vía de analogía y (iii) consagra una presunción legal que admite prueba en contra, consistente en que una vez la obligación haya sido acreditada, habrá que considerarse que proviene de una fuente legítima, legitimidad que en el contexto de esta norma, debe ser asociada al concepto de legalidad. En apoyo de esta restricción interpretativa, el tratadista Ferri (2001) puntualiza que los efectos del contrato que se derivan del mismo, considerado éste como fuente, deben ser la “exacta proyección de las disposiciones tomadas por las partes, de la regulación creada por éstas” y es por ello que entre regulación contractual y sus efectos “no hay correspondencia aproximada, sino perfecta coincidencia, a menos, se entiende, que alguna disposición negocial no choque contra normas legales inderogables, caso en el que queda afectada de invalidez” (p. 53).

La segunda tendencia, consistente en aceptar la posibilidad de que el juez pueda presumir la existencia de ciertas obligaciones derivadas de contratos, ofrece como exponentes al Derecho civil chileno y colombiano, hermanados por conocidas razones históricas. Las obligaciones ínsitas, implícitas, presuntas, se podrían hallar en dos institutos jurídicos que pasan a analizarse en una vicisitud independiente: considerar a las denominadas cláusulas de la naturaleza de los contratos y al principio de buena fe en la ejecución contractual, como fuentes de las obligaciones adoptadas por jueces constitucionales en fallos de tutela.

3.5.2.- Segunda vicisitud: considerar que las obligaciones post contrato fijadas por el juez de tutela se derivan de la interpretación de las “cláusulas de la naturaleza del contrato” o del postulado de la ejecución de los contratos de buena fe

El artículo 1501 del Código Civil prevé que no todas las cláusulas contractuales tienen la misma importancia con respecto al proceso de formación y perfeccionamiento del contrato y más aún, acepta que aparte de las cláusulas expresas fijadas por las partes, existen otras de naturaleza implícita, que se entienden incorporadas sin necesidad de pacto expreso. En el sentido indicado, la referida norma dispone que al interior de un acuerdo contractual, cada uno de los puntos de consenso vertidos en forma de cláusulas pueden versar sobre asuntos atinentes a su nacimiento a la vida jurídica, pues de no estar presentes en el contrato, éste no nace para el mundo del derecho o se transforma en un acto jurídico diferente (cláusulas de la esencia), tal como acontece con la cosa y el precio en el contrato de compraventa o el factor contractual de la gratuidad en el contrato de comodato, que de ser sustituido por la onerosidad, muta al préstamo de uso en un arrendamiento (Bohórquez, 2005); la norma en cuestión alude también a las cláusulas accidentales, adoptadas por las partes contratantes en ejercicio de la autonomía de la voluntad (tal como ocurre con las cláusulas penal o de arras) y que no se encuadran en el concepto de cláusulas

esenciales ni de la naturaleza, cláusulas estas últimas que merecen un comentario especial en seguida.

El supra citado artículo 1501 del Código Civil define las “cláusulas de la naturaleza del contrato” como aquellas que “no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial”, disposición que resulta idéntica a la adoptada por el Código Civil chileno en su artículo 1444. Normas como las indicadas son las que permiten afirmar que sí pueden existir obligaciones presuntas, derivadas de aquellas cláusulas que le “pertenecen” al contrato, generándose un deber para el intérprete de analizar cuál sería ese clausulado inmerso en cada tipo contractual en específico y bajo este entendido, a manera de ejemplos, la doctrina expone, en tratándose de la compraventa, la obligación del saneamiento por evicción a cargo del vendedor cuandoquiera que su comprador es “privado del todo o parte de ella (de la cosa comprada) por sentencia judicial”, según lo dispone el art. 1894 del Código Civil (Fierro, 2007, p. 51) o la condición resolutoria tácita plasmada en el artículo 1546 del mismo estatuto, aplicable a cualquier tipo de contrato (Baena, 2000).

Lo expuesto permite suponer que el intérprete de un clausulado contractual puede inferir una serie de obligaciones consideradas inmersas en las cláusulas “de la naturaleza” del contrato y aparte de los ejemplos ya indicados, que son recurrentes en la doctrina, podrían exponerse otros tales como: en el contrato de compraventa, una cláusula de la naturaleza del mismo sería que al momento del perfeccionamiento del contrato, el bien debe encontrarse libre de embargos, pues si una de las obligaciones principales del vendedor es la de materializar la tradición del bien comprado con intención de transferir el dominio (art. 740 C.C.), ésta no podría llevarse a cabo si sobre el bien materia del negocio pesa una medida cautelar de embargo que conduciría necesariamente, de celebrarse el contrato, a su nulidad por la ilicitud en el objeto (art. 1521 num. 3º C.C.); en el evento de la venta de cosa ajena, este pacto contractual que resulta válido para la

legislación colombiana (art. 1871 C.C.) involucra una cláusula de la naturaleza, consistente en que para evitar *a posteriori* el incumplimiento contractual, pues quien no es el dueño no puede cumplir con la obligación de traditar bajo el entendido de que nadie puede transferir más derechos de los que tiene (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*), el vendedor deberá lograr una de dos cosas: la ratificación de la venta por parte del dueño o la adquisición de la cosa vendida con posterioridad a la celebración del contrato y sólo en estos eventos se honrará el contrato (arts. 1874 y 1875 C.C.); finalmente y referido también a la compraventa, en el evento de haberse pactado la opción de la retroventa, el comprador debe garantizar al vendedor que pueda hacer uso de la facultad de readquirir la cosa vendida y para ello debe atender una cláusula de la naturaleza de este negocio consistente en abstenerse de enajenar el bien mientras esté vigente la opción de retroventa, pues de darse la enajenación y los adquirentes hubieren actuado de buena fe, la ley protege a estos terceros, salvo que en tratándose de inmuebles, el pacto de retroventa se hiciere constar en el instrumento público registrado (arts. 1939, 1940, 1547, 1548 C.C.).

El estudio de las cláusulas “de la naturaleza del contrato” viene aparejado con las potestades interpretativas que se derivan del principio de ejecución del contrato de buena fe, afirmación sustentada en dos principales razones: (i) el ejecutar el contrato de buena fe se considera una cláusula de la naturaleza, pues sin necesidad de pacto expreso se entiende que se encuentra incorporada en todo contrato, sin excepción y en ello se diferencia de las demás cláusulas de este tipo que son propias de cada contratación, como las arriba aludidas que son particulares de la compraventa, y (ii) por la forma que se consagra este principio en las disposiciones de derecho positivo, el mismo se convierte en una fuente de obligaciones implícitas, no expresas, que surgirán después de un ejercicio de interpretación de cada modelo contractual y según las especificidades del mismo, idea que se desarrolla a continuación.

El artículo 1603 del Código Civil colombiano, en lo atinente a la ejecución contractual de buena fe, preceptúa lo siguiente:

Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella (en un sentido similar, el art. 871 C.Co.).

En el mismo sentido se pronuncian el artículo 1546 del Código Civil chileno, con el agregado de la costumbre, aparte de la ley, como fuente de exigencias contractuales y el artículo 961 del Código Civil y de Comercio de la Unión, de la República Argentina, con la particularidad de que este último no limita el imperativo de actuar de buena fe a la ejecución del contrato, sino que lo extiende a las actividades de celebración e interpretación y servirá como criterio orientador para deducir “todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos (en los contratos), con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”. La ampliación del alcance del principio de la buena fe en materia contractual también hizo parte de la reforma que en el Derecho francés se introdujo al régimen de las obligaciones y contratos a partir de la Ordenanza No. 2016-131 de 10 de febrero de 2016, en la cual se resaltó el carácter de orden público del citado principio, lo cual priva a las partes de la potestad de que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, puedan prescindir de él (Tabares, 2017).

La buena fe como criterio orientador del devenir contractual ostenta un carácter sempiterno, a juicio de cierto sector de la doctrina, por su estrecha relación “con el derecho natural y los principios de estricta justicia” (Anzola, 1918, p. 369), razones que justificarían la validez intemporal de este principio, aplicable a todos los contratos. No obstante que este principio abre la puerta a una intensa actividad judicial que, so pretexto de hacer valer cláusulas de la naturaleza -entre ellas la ejecución del contrato de buena fe-, amplíe el alcance o extensión

inicial del acuerdo contractual, esta potestad interpretativa del juez no es absoluta, pues a éste no le es dable introducir modificaciones al contrato con claro desmedro del principio de la autonomía contractual y del poder de configuración de los contratos atribuido a las partes, previsión que ya encuentra respaldo en códigos contemporáneos de derecho privado (cfr. arts. 958 a 960 Código Civil y de Comercio de la Unión, República Argentina).

En síntesis, a partir de las cláusulas de la naturaleza y del principio de ejecución del contrato de buena fe, que hace parte de aquellas, es posible deducir la existencia de obligaciones inmersas, implícitas o presuntas derivadas del mismo contrato, de la ley o incluso, si se acepta la previsión chilena, que resultaría válida para el caso colombiano, de la costumbre (cfr. art. 871 C.Co) y el punto dilucidar en este aparte sería el siguiente: ¿A partir del descubrimiento de obligaciones implícitas en principios constitucionales y exigibles a las partes de un contrato a partir de la adopción de decisiones judiciales proferidas en litigios contractuales constitucionalizados mediante la acción de tutela, es jurídicamente viable considerar que dichas obligaciones, declaradas post contrato, se derivan de cláusulas de la naturaleza o de la aplicación del principio de la buena fe en la ejecución contractual?

La respuesta se sugiere negativa por las siguientes razones:

a.- Las cláusulas de la naturaleza del contrato y el principio de la ejecución contractual de buena fe parten de una realidad fáctica: resulta en extremo difícil plasmar en un acuerdo contractual todas las obligaciones y los derechos derivados de las mismas que pueden surgir en el transcurso de la ejecución del contrato y es por ello que el legislador apela a este tipo de normas que hacen parte de una voluntad contractual presunta, no expresada, para de esta forma hacer exigibles ciertas cargas que no fueron objeto de consenso previo, pero que se derivan de fuentes pre existentes, las que se entienden de manera implícita incorporadas al contrato (art. 38 ley 153 de 1887). Esta consideración refleja un limitante a la imposición y exigibilidad de obligaciones

implícitas: sólo serán de acogida aquellas derivadas de normas vigentes, cobijadas con aquella suposición de que son previamente conocidas bajo la mentirosa, pero muy útil presunción del conocimiento generalizado de la totalidad de las normas y de allí que su desconocimiento no excuse su incumplimiento (art. 9º C.C.), previsión que garantiza, en palabras de Nicasio Anzola (1918), que “los contratantes adquieran, al amparo de la ley, una posición sólida y segura que los salve de eventualidades caprichosas para ellos ignoradas (p. 383).

b.- Las subreglas constitucionales se crean al compás de los casos en la medida en que éstos van requiriendo mejores soluciones que las ofrecidas por las reglas (normas cerradas) o cuando por su naturaleza de caso difícil, caracterizado por no encontrar respuesta expresa en el sistema de fuentes del derecho, imponen al juez, compelido por el deber de decidir de fondo el asunto, “a crear derecho ex novo” (Laporta, 2002, p. 138), apoyándose para ello, en muchas ocasiones, en la interpretación de normas con estructura de principios, normas abiertas, inacabadas, mandatos de optimización o normas que ordenan que “algo se realice en la mayor medida posible” (Alexy, 2003, p. 95). Si se considera que las subreglas surgen con el caso y este tiene que ver con contratos, no se puede atribuir a las partes o extremos de la relación contractual un conocimiento previo de normas no existentes para la época de celebración del mismo, pues si las subreglas constitucionales aplicables por primera vez a un litigio contractual constitucionalizado, no se conocían aún para la época de fijación de las condiciones contractuales, no puede afirmarse que la atención que deba prestarse a las mismas se deriva del cumplimiento de las cláusulas de la naturaleza o del principio de la ejecución contractual de buena fe, referidos a fuentes obligacionales pre existentes que, se reitera, son las que se incorporan de manera implícita en la cartilla de obligaciones que nacen para las partes de un contrato válidamente celebrado.

c.- Fuerza es concluir entonces que el nuevo derecho judicial en materia de obligaciones civiles, vertido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al no derivarse de cláusulas de la naturaleza ni del principio de ejecución contractual de buena fe, por tratarse de derecho *ex novo*, es una fuente autónoma de obligaciones que se escapa a los dictados de la teoría clásica que, con importantes aportes de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que han cumplido el propósito de su actualización, aún rige esta materia en Colombia.

La creación de derecho judicial nuevo, post contrato, fuente de obligaciones no consensuadas por las partes, estimula la asunción del reto teórico de proponer dos tesis que podrían argüir las partes contratantes que a su juicio, resultaren perjudicadas con la imposición de obligaciones que alteran las cargas iniciales prefijadas en el contrato: la nulidad del contrato por un especial vicio del consentimiento o la imprevisión contractual, ideas que se exponen a continuación a manera de la tercera y cuarta vicisitud.

3.5.3.- Tercera vicisitud: la aplicación de un derecho judicial nuevo, no existente al momento de la celebración del contrato, puede convertirse en un especial vicio del consentimiento que sustentaría una pretensión de nulidad contractual

En líneas precedentes se dejó establecido que si bien el consentimiento se ha considerado tradicionalmente y los estatutos civiles así lo consagran, como un elemento esencial del contrato, lo acaecido en el derecho judicial constitucional de los contratos ha obligado a la reinterpretación de dicho elemento, pues el acuerdo previo de las partes ya no es vital para el surgimiento de obligaciones contractuales, que pueden emanar de una sentencia judicial que las obliga a contratar o a prorrogar contratos ya finiquitados. El contrato ya no necesariamente es un acuerdo, dado que puede tener origen en un acto de soberanía del Estado ejercido por conducto de los jueces investidos de jurisdicción, situación que, se reitera, acerca al contrato a la definición

civilista (lo concibe como acto, art. 1495 C.C.) y lo aleja del concepto comercialista (entendido como acuerdo, art. 864 C.Co.).

Si bien el fenómeno que se ha descrito como decaimiento del consentimiento como elemento esencial del contrato, hoy es una realidad patrocinada por la jurisprudencia constitucional y se evidencia en los casos en que se obliga a contratar en sentencias de tutela, dicho consentimiento se materializaría, no en la concurrencia de voluntades de las partes, sino en el acto de obedecimiento a lo dispuesto por el juez, motivado por el temor que infunde el incurrir en desacato, la espada de Damocles que pende sobre la cabeza de los contratantes. Los fallos en litigios contractuales constitucionalizados, imponen el cumplimiento de obligaciones surgidas de un nuevo derecho, que no hacía parte del sistema de fuentes de las obligaciones vigente en el instante de la celebración del acuerdo contractual, derecho por ende desconocido, que justifica el lanzamiento de una idea que de entrada puede ser vista como una herejía jurídica, pero que encuentra su razón de ser en la especialísima naturaleza del derecho judicial de los contratos: el error de derecho como causal de nulidad contractual.

La posibilidad de alegar la nulidad de un contrato por errores en puntos de derecho encuentra un obstáculo normativo expreso, que indica que estos yerros no tienen la virtualidad de viciar el consentimiento (art. 1509 C.C.), postulado que se compadece con el ya aludido principio de que la ignorancia de la ley no excusa su incumplimiento (art. 9º C.C.). No obstante la claridad meridiana de esta disposición, que privaría a los contratantes de la posibilidad de alegar la nulidad por desconocimiento o indebida interpretación de disposiciones jurídicas, cabe recordar que el derecho exigible es el previamente expedido al acto que se regula, que se supone conocido y por ello se impone, sin que pueda alegarse de forma válida un desconocimiento normativo que exima al destinatario de sus consecuencias.

De manera reiterada aquí se ha hecho referencia a la influencia francesa en la normatividad jurídica relacionada con la estructuración de obligaciones y contratos, dentro de la cual se incluye la temática de los vicios del consentimiento, entre ellos el error. Mientras el sistema francés no excluye los errores de derecho como vicios del consentimiento, la legislación patria, separándose en este punto del modelo galo y al acoger influencia del Derecho romano y español, descarta de plano los errores jurídicos como constitutivos de vicios (Ospina & Ospina, 2000).

Al referirse al caso francés, los autores Guillermo y Eduardo Ospina (2000) explican con claridad el porqué de la racionalidad de la idea de aceptar como vicios del consentimiento a los errores en puntos de derecho:

Desde el punto de vista real, es indudable que la voluntad de la persona que interviene en un acto jurídico se encuentra tan viciada cuando incurre en error respecto de una norma jurídica, como cuando tal error versa sobre una situación de hecho. Las mismas razones que se aducen para justificar la consagración del error de hecho como causa de invalidez de los actos jurídicos sirven para sostener que el propio tratamiento debe ser dispensado al error de derecho (p. 182).

Sin desconocer que la negación del error de derecho como vicio del consentimiento está revestida de practicidad, pues su aceptación conllevaría de suyo inseguridad jurídica al permitírsele a los contratantes invocar el desconocimiento de las normas, sus alcances o efectos, como válvula de escape al cumplimiento de las obligaciones al amparo de la nulidad contractual, los autores supra citados apuestan por el reconocimiento del error de derecho como vicio del consentimiento y acuden para ello a un argumento por analogía:

Si se dice que el error de hecho invalida los actos jurídicos, porque el interesado no prestaría su consentimiento de no incurrir en él, otro tanto puede afirmarse respecto del error de derecho: quien

consiente bajo el imperio de la ignorancia o de un falso concepto acerca de las normas jurídicas, probablemente dejaría de hacerlo si las conociera plena y cabalmente (p. 182).

El profesor Nicasio Anzola (1918) califica a la doctrina que acepta que el error sobre un punto de derecho sea considerado como un vicio del consentimiento “en los mismos casos que lo viciaría si ese error fuese de hecho”, como una herramienta orientada a “corregir muchas injusticias”, no sin antes advertir que la misma protege intereses privados que, de colisionar con intereses generales, deberán ceder frente a estos y recuerda que el sistema jurídico colombiano reconoce excepciones donde los errores en puntos de derecho tienen un tratamiento especial que justifican ciertas consecuencias a saber, todas ellas en el cuasicontrato del pago de lo no debido: (i) el artículo 2315 del Código Civil consagra la procedencia de la acción de repetición de lo que se ha pagado por error de derecho “cuando el pago no tenía por fundamento ni aun una obligación natural”; (ii) el artículo 2317 del mismo estatuto dispone que no existe presunción de donación cuando una persona paga algo que no debe, salvo que se pruebe que “tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho como en el derecho” y en conclusión, un error en un punto de derecho descarta la presunción de donación y justifica la repetición de lo pagado y no debido (p. 291) y (iii) se agrega un tercer ejemplo, esta vez propuesto por el autor Mario Baena (2000) y representado en ciertos errores de derecho que conducen a la rescisión del contrato de transacción (art. 2483 C.C.) y descritos en los artículos 2475 y 2482 (transacción sobre derechos ajenos o inexistentes) del Código Civil. En los casos anotados, el error en un punto de derecho se convierte en fuente de derechos personales y de obligaciones civiles y la ley permite su invocación con miras a no soportar las consecuencias de un perjuicio (Fierro, 2007)

Existe una razón de peso para afirmar que un contrato alterado por cargas obligacionales impuestas por sentencias judiciales en casos de tutela, podría ser cuestionado ante la justicia

ordinaria en ejercicio de una acción de nulidad contractual: los errores en puntos de derecho que no vician el consentimiento, se refieren al derecho pre existente al contrato, según el sistema de fuentes de las obligaciones vigente al momento de su celebración, pero no se extiende al derecho ex novo, surgido con posterioridad al contrato y solamente conocido por las partes una vez proferida y notificada la sentencia de tutela.

Los autores, cada vez que se refieren al aforismo según el cual la ignorancia de la ley no sirve de excusa, sustento de la exclusión del error de derecho como contaminante del consentimiento, parten del supuesto de que la norma haya sido conocida, debidamente promulgada y de ahí es que sigue la presunción *iuris et de iure* de que al ser la ley conocida por todos, no se puede invocar la nulidad soportada en el error jurídico (Ospina & Ospina, 2000; Anzola, 1918; Fierro, 2007; Baena, 2000.), supuesto ratificado incluso por el artículo 56 de la ley 4ª de 1913 (Código de Régimen Político y Municipal), referido a que no puede alegarse la ignorancia de la ley para justificar su incumplimiento “después de que esté en observancia, según los artículos anteriores”, referidos estos últimos al fenómeno de la promulgación, factor determinante para su obligatoriedad (art. 52 ley 4ª de 1913).

Valencia y Ortiz (1997) exponen que al ser consecuente con la doctrina moderna, que aboga por la aceptación del error de derecho como vicio del consentimiento cuando éste ha sido “determinante” -en el sentido de haberse contratado sin una expresión libre de voluntad- la Corte Suprema de Justicia colombiana ya dejó sentado que la disposición limitante del artículo 1509 del Código Civil no se aplica cuando “a consecuencia del error de derecho alguna de las partes ha sufrido un perjuicio, y carece de los otros elementos del contrato, especialmente el objeto y la causa” (p. 446). Esta idea se redondea con otra complementaria: los códigos civiles de Italia, Portugal, México y Nicaragua aceptan expresamente la posibilidad de aceptar el error de derecho como vicio del consentimiento, sólo en el evento de que aquél “sea causa principal y

determinante del contrato” (Baena, 2000, p. 216), por ello si la razón de ser de la contratación cuestionada se fundamentó exclusivamente en dicho error, la ausencia de una causa real y lícita (art. 1524 C.C.) puede sustentar una pretensión de nulidad contractual (cfr. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 29 de septiembre de 1935, analizada en: Baena (2000)).

De lo expuesto se coligen las siguientes ideas conclusivas de este aparte:

a.- El conocimiento previo que se tiene de la ley, dada su promulgación, es el sustento de su obligatoriedad y de ahí que el multicitado principio de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, se erige en el estandarte que pregona la exigibilidad de preceptos normativos. A contrario sensu, la norma previamente no promulgada, no dada a conocer, que no esté en observancia según las reglas de la publicidad del ordenamiento jurídico, no está cobijada con la presunción de su conocimiento.

b.- El error en un punto de derecho no vicia el consentimiento bajo el entendido del conocimiento generalizado de las normas. No obstante, existen importantes expresiones normativas foráneas y doctrina amplia que han cimentado la prosperidad de este vicio como factor enervante de los efectos de un contrato, no con el propósito de evitar el cumplimiento sino los perjuicios derivados de aquél, cuando su causa se sustenta en dicho error.

c.- La teoría del error de derecho como vicio del consentimiento encuentra respaldo en varias disposiciones normativas que en Colombia se han considerado como una excepción a la regla del artículo 1509 del Código Civil, que en manera alguna se considera absoluta e incluso, cuenta con la bendición de la Corte Suprema de Justicia que también ha contemplado la posibilidad de acoger en ciertos casos y bajo algunas condiciones el error en materia de derecho como causa de anulabilidad contractual.

d.- Cuando la Corte Constitucional y en general el juez de tutela, en litigios contractuales constitucionalizados impone obligaciones civiles no pactadas expresamente por las partes del

contrato en ejercicio de su poder de configuración y tampoco corresponden a cláusulas de la naturaleza, ni se derivan del principio de ejecución contractual de buena fe, genera derecho nuevo derivado de la interpretación y aplicación de principios constitucionales caracterizados por su abstracción, circunstancia que, de generar perjuicios al contratante destinatario de esas nuevas cargas patrimoniales sorpresivas, lo legitimaría para reclamar la anulabilidad del contrato por la presencia del vicio del consentimiento denominado error de derecho, bajo el entendido de que de haberse conocido previamente las subreglas constitutivas de las nuevas obligaciones contractuales, posiblemente el contrato no se hubiere celebrado: “quien consiente bajo el imperio de la ignorancia o de un falso concepto acerca de las normas jurídicas, probablemente dejaría de hacerlo si las conociera plena y cabalmente” (Ospina & Ospina, 2000, p. 182).

La imposición de un nuevo derecho posterior al contrato, no previsto por las partes al momento de su celebración, puede convertirse en el detonante de un cuadro de excesiva onerosidad que dificulte a un contratante el cumplimiento de sus cargas, desequilibrio contractual que teóricamente allanaría el camino, no exento de obstáculos, que conduce a la teoría de la imprevisión contractual.

3.5.4.- Cuarta vicisitud: aceptar que la jurisprudencia constitucional constituye una nueva fuente de obligaciones civiles contenidas en derecho surgido de manera posterior al contrato, abre la puerta a la teoría de la imprevisión contractual

Si entre la infinidad de temáticas propias del Derecho privado hay que escoger algunas que generen tantos seguidores como detractores, en los primeros posicionamientos se ubicaría la imprevisión contractual, cuestionada por unos, por atentar contra los principios de soberanía del contrato y el *pacta sunt servanda*, que sintetiza la regla clásica de que los contratos son para cumplirse y avalada por otros, porque otorga un voto de confianza al juez para que pueda

intervenir en la reconfiguración del contrato, cuando quiera que su equilibrio se ha visto alterado, en aplicación de elementales criterios de equidad (Correa, 1988).

La teoría de la imprevisión, antes de su consagración positiva en el artículo 868 del Código de Comercio colombiano, ya había sido de recibo en la jurisprudencia constitucional colombiana y es así como desde el año 1936 en adelante (Arrubla, 2007), la Corte Suprema de Justicia perfiló sus características, posteriormente acogidas por el legislador:

Esta teoría, radicalmente distinta de la noción de error y de fuerza mayor, tiene por base la imprevisión, es decir, que se trata de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificultan en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de mayo de 1938, M.P. Arturo Tapias Pilonieta).

Del criterio jurisprudencial arriba transcrito y de la descripción de los elementos de la figura que hace el artículo 868 del Estatuto Mercantil nacional, se deducen las características o elementos que deben concurrir para que el juez pueda revisar un contrato en firme y de ser el caso, introducir modificaciones al mismo auspiciadas por la equidad o de no ser posible ello, finiquitarlo: (i) el advenimiento de circunstancias extraordinarias, que no fueron previstas por las partes o no pudieron serlo, al momento de la celebración de un contrato de ejecución periódica o sucesiva, y (ii) que dichas circunstancias posteriores, alteren o agraven el cumplimiento de las obligaciones a cargo de una de las partes, en atención a la excesiva onerosidad sobreviniente.

La situación fáctica que justifica esta reflexión es la siguiente: Si después de haberse celebrado un contrato de ejecución sucesiva (suministro, de medicina prepagada, de seguro, de representación, etc.), al cual se le aplica el sistema de fuentes obligacionales vigente al momento de su celebración, se presenta un litigio relacionado con su ejecución o interpretación y este

escapa a la justicia ordinaria porque se constitucionaliza, al someterlo a un juez constitucional que conoce de una acción de tutela y en la decisión respectiva se aplican subreglas derivadas de la interpretación y aplicación de principios constitucionales a un caso de Derecho privado, que alteran el equilibrio contractual inicial, al generar para una de las partes cargas cuyo cumplimiento resulta en extremo gravoso, todo ello so pretexto de proteger derechos fundamentales de la otra parte, se pregunta: ¿quien resulte perjudicado con ello puede apelar a la teoría de la imprevisión contractual ante la justicia ordinaria para que se logre la modulación de los efectos del contrato o se decida su terminación?

La indagación con la que culmina el párrafo anterior podría reformularse así: ¿El nuevo derecho que el juez de tutela le aplica a un litigio contractual constitucionalizado, puede calificarse como circunstancia extraordinaria imprevista e imprevisible que sustente una pretensión de revisión contractual? Claro que, aunado a lo anterior, se requeriría la demostración fáctica, por parte del interesado, de la excesiva onerosidad que le dificulte gravemente el cumplimiento obligacional a su cargo.

De responderse la anterior pregunta de forma afirmativa, un juez civil podría revisar el contrato intervenido por el juez constitucional y ordenará “los reajustes que la equidad indique” o en caso contrario, “decretará la terminación” (art. 868 inc. 2º C. Co.). La tesis de la presencia de una eventual cosa juzgada que impediría el actuar del juez ordinario no sería de recibo, pues si bien puede existir identidad de partes, el objeto del litigio es diferente y como se trata de litigios contractuales, en uno y otro caso la disputa versará sobre intereses privados y no estarán en discusión otros de tipo general o colectivo.

La imprevisión contractual resulta viable tanto en la contratación mercantil, por contar con la ya citada norma expresa, como en la contratación civil, en este último caso y dada la ausencia de norma explícita que la permite para contratos de este tipo, apoyándose su viabilidad

en herramientas hermenéuticas como la analogía a que alude el artículo 8° de la ley 153 de 1887 (Arrubla, 2007), o incluso, la equidad y el espíritu general de la legislación (art. 32 C.C.) han sido considerados como criterios que justificarían la adopción de la figura en el terreno civil, amén de artículos como el 1603 (que permite una interpretación extensiva del contrato a partir del postulado de la buena fe) y 1616 (limitante del cobro de perjuicios a los previsibles, se descartan los imprevisibles) del Código Civil patrio (Correa, 1988). Aparte de lo anterior, no sobra recordar que el artículo 230 constitucional establece que los principios generales y la equidad son criterios auxiliares de la actividad judicial y la teoría de la imprevisión, de un lado, se considera como principio general del derecho y de otro, tal como se ha anotado ya, en esta figura la equidad juega un papel protagónico.

Como consecuencia de lo anterior, si la alteración judicial del contrato original, bien sea de naturaleza civil o mercantil, se considera como perteneciente a la categoría de “hechos anormales, lejos de toda previsión al momento de contratar” (Arrubla, 2007, p. 201), se cumpliría con el primer elemento para la prosperidad de la teoría de la imprevisión, prosperidad que quedaría en tela de juicio si la misma se controvierte con el argumento de que una protección constitucional que benefició a una de las partes, no se puede pretender dejar sin efecto con otra protección que la contraparte aspira obtener en la justicia ordinaria, contraargumento que a su vez se atenuaría si se considera que se trata de litigios con objeto diferente, no interdependientes, provenientes de distintas causas y para el caso de la imprevisión, hay un perjudicado y el perjuicio surge después del fallo de tutela.

Dado que el trámite de la revisión del contrato, en aplicación de la teoría de la imprevisión, no cuenta con un proceso especial, debe someterse a las ritualidades del proceso declarativo a que aluden los artículos 368 y siguientes del Código General del Proceso (ley 1564 de 2012), lo que a juicio de la doctrina hace en la práctica nugatoria la pretensión de revisión,

pues mientras no se dicte sentencia de fondo que quede en firme, el contrato revisado seguirá surtiendo todos sus efectos (Arrubla, 2007). No obstante, existe una posibilidad de que el afectado pueda solicitar la suspensión del contrato a revisar, mientras se profiere fallo de fondo y sería acudir a la figura de las medidas cautelares innominadas, figura que ofrece amplias potestades al juez para adoptar disposiciones “razonables” para la “protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión” (art. 590 num. 1º, literal c) C.G.P.), aunque siempre estará latente el temor del funcionario judicial de que al apelar a este tipo de medidas, se pueda enervar o dejar sin efecto una previa protección constitucional otorgada al ahora demandado en el juicio de imprevisión contractual.

Finalmente, un comentario a las dos últimas vicisitudes: las tesis expuestas según las cuales, existen elementos teóricos para invocar el error en puntos de derecho o la teoría de la imprevisión, para dejar sin efectos o atenuar los alcances de los contratos enriquecidos post facto con subreglas constitucionales, fuente de obligaciones y derechos personales, se enfrentan a la idea ya expresada de que en los contratos o cláusulas forzadas puede evidenciarse una emanación de soberanía estatal, frente a la cual resultarían endebles los argumentos del error de derecho, como criterio de anulación de acuerdos contractuales o la teoría de la imprevisión, como factor para introducirles modificaciones judiciales en virtud de la equidad o propiciar su terminación.

3.5.5.- Quinta vicisitud: la tesis peregrina de los efectos inter partes de las sentencias de tutela, que minarían el alcance de la jurisprudencia constitucional como fuente autónoma de obligaciones civiles y causales de extinción de las mismas

El punto de partida de esta quinta vicisitud es la consideración de que el sistema de fuentes de las obligaciones, al ser concebido por el legislador, cuenta con una pretensión de

generalidad, se trataría de un sistema abstracto, impersonal, del cual escaparía la jurisprudencia constitucional basada en las sentencias de revisión de tutela, dado el alcance *inter partes* que por regla general (pues también se han reconocido efectos *inter pares*, con alcances más amplios pero sin llegar a ser *erga omnes*) se ha conferido a este tipo de decisiones judiciales. Nada más alejado de la realidad jurídica y fáctica.

En párrafos precedentes se explicó cómo resulta incuestionable aceptar la calidad de la ley como fuente del derecho, pero resulta discutible que por sí misma se convierta en fuente de obligaciones, pues a manera de ejemplo, una persona no puede resultar obligada a pagar las expensas comunes necesarias (cuotas de administración) a que alude el régimen de propiedad horizontal, contempladas a partir del artículo 29 de la ley 675 de 2001, si no es propietaria o tenedora a cualquier título de bienes cobijados por esta normatividad. El ostentar la titularidad del derecho de dominio o exhibir el título de arrendatario o comodatario, es lo que concreta el nacimiento de la obligación, no la ley *per se*.

Un análisis similar puede hacerse extensivo a las otras fuentes obligacionales, que muy a pesar de estar consagradas como tales en el derecho positivo, en abstracto resultan inofensivas y sólo adquieren el poder genitor de obligaciones cuando el obligado ha incurrido en circunstancias fácticas que, estas sí, cuentan con la virtualidad de convertirlo en deudor frente a su acreedor, titular de un derecho personal exigible únicamente frente a aquél. En efecto, serán deudores quienes celebren contratos de compraventa, reciban pagos de lo no debido, sean partícipes de conductas punibles o comportamientos culposos no criminales que hayan generado daño que deba ser resarcido o, si se considera también el aporte de la jurisprudencia civil al sistema de fuentes, serán deudores quienes se hayan beneficiado de un enriquecimiento sin causa o hayan ejercido derechos de manera abusiva.

La jurisprudencia constitucional en materia de litigios contractuales, fruto de la revisión de las acciones de tutela, cuenta con dos tipos de efectos, a saber: (i) la decisión resulta obligatoria para las partes del litigio y solamente surtirá efectos en el caso concreto (art. 36 Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela) y (ii) la decisión y su *ratio decidendi* obliga a los jueces cuando se constituyen en precedente del caso sometido a su consideración, obligatoriedad que se justifica en que el respeto al precedente “efectiviza la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, en tanto que la unificación de las interpretaciones y aplicaciones del derecho, le permite a la jurisprudencia cumplir su función ordenadora y unificadora del sistema jurídico” (Quinche, 2016, p. 47), obligatoriedad que no ha estado exenta de tribulaciones al chocar con un sistema tradicional de fuentes del sistema jurídico de corte neoromanista y positivista, tal como lo expone el profesor Diego López Medina (2000) en su reconocida obra “El Derecho de los jueces”.

Privar al derecho jurisprudencial constitucional de las obligaciones, del carácter de fuente de éstas por la sola circunstancia de los iniciales efectos inter partes de los fallos, bajo el entendido de su poca trascendencia, es una idea calificada de peregrina, pues hoy en día resulta extraña si se considera el nivel de obligatoriedad de las sentencias T- o SU- de la Corte Constitucional, que según lo ya expuesto trasciende la órbita de los intereses concretos de los sujetos extremos del litigio y se extiende al ámbito del quehacer judicial, pues los jueces que trasiegan por los intrincados vericuetos de la judicatura, deben considerar en sus fallos futuros las subreglas dictadas en litigios contractuales constitucionalizados, cuando quiera que se vean abocados al conocimiento de asuntos con propiedades comunes relevantes que impongan el respeto al precedente, todo ello en aras de la coherencia de las decisiones proferidas por la justicia constitucional, so pena de que el funcionario se vea expuesto a las rigurosidades derivadas de lo que el profesor Diego López (2016) denomina mecanismos de protección de

coherencia jurisprudencial, particularmente dos de ellos: (i) el desconocimiento del precedente en materia de litigios contractuales decididos por la Corte, puede conducir a una eventual prosperidad de una tutela contra sentencia que materialice una incoherencia jurisprudencial, al encontrarse presente una vía de hecho y (ii) el Derecho penal se convierte en una “herramienta represiva” (p. 76), que al blandir la espada del prevaricato, busca evitar aquella incoherencia que los jueces deben obviar.

Para concluir este apartado, la tesis según la cual la jurisprudencia de la Corte Constitucional, generadora de obligaciones civiles y mecanismos de extinción de las mismas, es una nueva y autónoma fuente obligacional que impacta la teoría clásica francesa de las fuentes vigente en Colombia, con algunos agregados provenientes de la Corte Suprema de Justicia, no cae en saco roto por el solo argumento del limitado alcance de los fallos de tutela.

3.5.6.- Sexta y última vicisitud: considerar que los derechos y las obligaciones que modifican los alcances originales del contrato, derivados de pronunciamientos judiciales en acciones de tutela, se derivan del poder del Estado de incidir en el objeto jurídico del contrato, así esta potestad y sus alcances, sean desconocidos por las partes al momento de su celebración.

Esta vicisitud se desarrolla a partir de la obra “Ineficacia del negocio jurídico”, de autoría de Alonso Paredes Hernández (2018), en la cual el citado tratadista se refiere a diversas modalidades de ineficacia, entre ellas, la inexistencia, nulidad e inoponibilidad, aparte de sanciones especiales previstas en el Código de Comercio. Pero el punto central de análisis corresponde a la primera parte de la obra, en la cual el autor aborda las condiciones de existencia y de validez del acto jurídico; específicamente se hará alusión al primer tipo de condiciones y de manera más puntual, se analizará una de ellas: el objeto jurídico.

Después de precisar que el Código Civil no tipifica las condiciones o requisitos de existencia del acto jurídico, por cuanto ello corresponde a una construcción doctrinal, Paredes (2018) concreta dichas exigencias a tres: la manifestación de la voluntad, el objeto jurídico y las solemnidades. La capacidad, el consentimiento libre de vicios, así como el objeto y la causa lícitos, son calificados por este doctrinante como condiciones de validez del acto jurídico.

Cobra relevancia para el análisis que ahora se propone, la consideración del objeto jurídico, entendido como “el conjunto de efectos perseguidos por la voluntad, los cuales pueden comprender la creación, modificación o extinción de una relación jurídica” (Paredes, 2018, p. 169 y en el mismo sentido Ospina & Ospina, 2000, p. 30). A partir de lo expuesto, el autor reconoce el inmenso poder, que a instancias de la autonomía de la voluntad, tienen las partes para concretar su deseo o aspiración contractual, en procura de que los propósitos que inspiran la contratación se cumplan en la práctica y para ello, esa voluntad coincidente de las partes se exterioriza en el clausulado del contrato.

Frente a la pregunta: ¿las normas jurídicas pueden complementar el querer contractual de las partes y conferir al contrato (entendido como una modalidad de acto jurídico bilateral) efectos diversos e incluso, no queridos por las partes? Paredes, apoyado en la jurisprudencia arbitral propone dos teorías que pretenden dar respuesta a la misma: (i) la teoría del objeto jurídico concreto y (ii) la teoría del objeto jurídico genérico (2018: p. 171). La primera vertiente teórica reposa en el respeto al querer de los contratantes, quienes en ejercicio de su autonomía privada, diseñan el clausulado contentivo de los efectos buscados por las partes, por ello, la normatividad contractual ostentaría un carácter cerrado, en el sentido de que el Estado no podría inmiscuirse en la ejecución contractual y sus efectos, dado que los mismos serán los prefijados por los extremos del contrato; la segunda teoría, acogida por el ordenamiento jurídico colombiano, dispone que el contrato debe integrarse de manera sistemática con el ordenamiento jurídico vigente y por este

motivo, es dable sostener que los derechos y obligaciones adquiridas por las partes a partir del perfeccionamiento del negocio jurídico bilateral, puedan trascender a los expresamente pactados por ellos (cfr. arts. 1603 C.C. y 871 C.Co), punto ya tratado en la segunda vicisitud; Ospina & Ospina (2000), aparte de las dos teorías anteriores, exponen una tercera, denominada teoría del objeto – fin práctico, la cual apunta a que el objeto no está representado en los efectos perseguidos por los contratantes, en concreto o genéricos, sino en el fin perseguido por ellos, teoría acerbamente criticada por los referidos autores, quienes consideran que la misma involucra una confusión entre el acto jurídico y el acto humano.

El punto en particular que ahora se analiza, tiene que ver con la reflexión realizada por Paredes (2018) en torno a las consecuencias que se derivarían de la adopción, para el caso colombiano, de la segunda teoría que se traduce en la potestad del Estado de intervenir en el objeto jurídico del contrato, consecuencias que se resumen en las siguientes ideas: (i) la incidencia estatal en el objeto jurídico puede complementar vacíos, asuntos no tratados o regulados por las partes en el contrato, pero cubiertos por la ley de forma supletiva, tal como acontecería en el evento de que en un negocio mercantil no se hubiere pactado el monto del interés (corresponderá al bancario corriente, de conformidad con el artículo 884 C.Co, modificado por el artículo 11 de la ley 510 de 1999, norma que inclusive, hace referencia a la fórmula para calcular el interés moratorio máximo, a falta de estipulación expresa); (ii) la vinculación de la ley al contrato puede generar la ineficacia jurídica de ciertas cláusulas, muy a pesar de que hayan sido fruto del consenso, situación evidenciable, a manera de ejemplo, cuando en un contrato de arrendamiento de un local comercial, el arrendatario renuncia al derecho a subarrendar hasta la mitad del inmueble o a ceder el contrato cuando la cesión resulte de la enajenación del establecimiento de comercio, renuncia que carece de efecto (cfr. arts. 523 y 524 C.Co.) y (iii) esta injerencia estatal puede erigirse en fuente de sorpresas para los contratantes,

pues el contrato puede convertirse en fuente insospechada de sorpresas jurídicas, toda vez que de la interpretación y aplicación sistemática del contrato y el resto del ordenamiento jurídico, podrían derivarse consecuencias imprevistas e inclusive, no deseadas por las partes, frente a lo cual el consentimiento como elemento esencial del contrato, pasaría a un segundo plano.

Por lo expuesto es que el autor ahora analizado, afirma lo siguiente:

Esta intromisión del derecho en el objeto jurídico puede resultar contradictoria con el carácter voluntario del acto y con la delimitación de sus efectos dentro del límite fijado por la intención de los contratantes, pero debe prevalecer el principio según el cual todos los sujetos deben someterse al derecho, y por ende deben conocerlo, por lo que su ignorancia no es excusa del incumplimiento de la ley, según el artículo 9º del Código Civil (Paredes, 2018, p. 170).

De lo expuesto se podría inferir que todos los efectos contractuales que escapen al consentimiento inicial de los contratantes, pueden atribuirse al inextricable vínculo de la ley con el contrato y por ello, toda consecuencia imprevista, no querida, en extremo gravosa, sufrida por uno de los contratantes, se imputaría al ordenamiento jurídico que se impone, muy a pesar de su desconocimiento, gracias a la famosísima presunción que se desprende del artículo 9º del Código Civil.

No obstante, el razonamiento precedente no puede aplicarse a los efectos no queridos o imprevistos derivados de un contrato, acaecidos después de que un litigio contractual es resuelto por el juez constitucional que aplica a la solución del mismo, derechos y obligaciones implícitas en principios constitucionales. Ello, por dos principales razones que ya han sido desarrolladas a lo largo de este trabajo: (i) la integración de la ley con el contrato puede generar situaciones jurídicas no consensuadas, obligatorias para los contratantes, aún frente a su desconocimiento previo, pero con respecto al sistema jurídico preexistente al acto contractual, al derecho previamente conocido o que se presume conocido, pero ello no puede predicarse con la misma

holgura argumentativa frente a un derecho nuevo (*ex novo*), post contrato (*post facto*), con respecto al cual no opera la máxima alusiva a la ignorancia de la ley, referida a la ya existente al momento de consolidarse el acto contractual y (ii) en la primera vicisitud supra desarrollada, se dejó ya establecido que la ley en sí misma considerada no puede considerarse como fuente directa de obligaciones y que sostener lo contrario resulta una impropiedad jurídica.

Por lo expuesto, la tesis de Paredes (2018) no se convierte en obstáculo para la prosperidad de la tesis doctrinaria que se propone, según la cual la jurisprudencia de la Corte Constitucional se convierte en una fuente autónoma de derechos y obligaciones civiles, con virtualidad para alterar las cargas asumidas inicialmente por las partes en ejercicio de su autonomía privada.

CAPÍTULO 4

De la interpretación legal a la interpretación constitucional del contrato: límites jurídicos a la discrecionalidad judicial en la aplicación de derechos implícitos en principios constitucionales y el problema de la seguridad jurídica

El recorrido teórico adelantado hasta ahora, acompañado de una serie de referencias normativas, jurisprudenciales y doctrinarias, ha pretendido ilustrar cómo los elementos estructurales de la teoría de las obligaciones y contratos en Derecho privado, de raigambre europea, se estacionaron en el Derecho colombiano por razones de importación normativa. Esto deriva, en claro parafraseo a las ideas expuestas por el profesor Diego López Medina (2004) en su obra “Teoría Impura del Derecho”, que Francia se convirtió en el sitio de producción de la teoría de las obligaciones y contratos, con clara influencia del Derecho romano y Colombia asumió el papel de sitio de recepción de esta iusteoría, que asume a partir de entonces un carácter “local, regional o particular” (p. 17).

En efecto, la teoría importada fundamenta la validez del contrato, aparte de otros elementos, en el consentimiento, requisito *sine qua non* para que las normas jurídicas de naturaleza contractual, sean exigibles a los extremos obligacionales a partir del reconocimiento que el Estado les confiere a estas normas de alcance particular, dotadas de coercitividad, al igual que los preceptos normativos de alcance general. En esta teoría, los contratantes en ejercicio de su poder de configuración de las cláusulas contractuales, fijan los alcances de las mismas, todo ello como expresión del ejercicio de la autonomía de la voluntad o autonomía privada,

imponiéndose a los jueces el imperativo de realizar el mejor esfuerzo interpretativo de la ley contractual para tratar de preservar esa voluntad expresada por las partes.

La teoría recepcionada en Colombia estructura la exigibilidad de las obligaciones en fuentes expresas, con pretensión de ser taxativas, en las cuales se describe su origen bajo el claro entendimiento de que dichas fuentes generales son preexistentes a la consolidación del acto jurídico que asumirá el carácter de fuente particular. La apuesta por regular de forma precisa las instituciones jurídicas, investidas del poder generador de cargas obligacionales, se justifica en el dotar a las personas de seguridad jurídica, evidenciada en la circunstancia de conocer de antemano, pre acto, los factores determinantes del surgimiento de compromisos patrimoniales, para de esta forma obviar la aparición sorpresiva de consecuencias que no podían preverse a partir de la interpretación de fuentes pre existentes.

En concreto, al celebrar un contrato, las partes conocen las cláusulas por ellas confeccionadas, bien sea esenciales, de la naturaleza o puramente accidentales, se conoce la ley aplicable al contrato, civil o comercial y aparte de ello, operarán las demás fuentes reconocidas por el legislador (cuasicontrato, delito, cuasidelito), complementadas por aquellas fuentes de creación jurisprudencial, originadas en reconocidos principios generales del derecho que la Corte Suprema de Justicia los adoptó como criterios generadores de obligaciones civiles: el enriquecimiento sin causa y el abuso del derecho. Lo descrito tuvo operancia hasta la adopción del nuevo esquema constitucional, fruto de la adopción del ordenamiento superior plasmado en la Carta Política de 1991, pues la adopción de los conceptos de derechos fundamentales, acción de tutela y tribunal constitucional, alteró la teoría importada de las obligaciones y contratos de Derecho privado en aspectos relevantes que así se sistematizan: (i) se alteró el sistema tradicional de fuentes de las obligaciones civiles, al introducir a la jurisprudencia constitucional como fuente autónoma de las mismas; (ii) el consentimiento ya no es factor determinante para el

perfeccionamiento del contrato, dado que hoy es viable que el juez de tutela obligue a contratar o a prorrogar contratos finiquitados, so pena del desacato que privaría de la libertad al contratante renuente; (iii) la jurisdicción constitucional se ha considerado competente para abordar el conocimiento de litigios contractuales, cuandoquiera que una supuesta vulneración o amenaza de vulneración de derechos fundamentales haga parte de la *litis*, y (iv) en la solución de litigios contractuales constitucionalizados por vía de tutela, el juez apela a normas con estructura de principios, los cuales brindan amplias posibilidades interpretativas, conducentes a la determinación de un derecho implícito, contentivo de derechos y obligaciones de este tipo, descubiertos por el juez por vía de inferencia o deducción y por ello, no existentes al momento de la celebración del acuerdo contractual y que seguramente, de haber sido conocido por las partes, éstas hubieran desistido de la contratación o persistido en la misma, pero en condiciones diferentes.

La interpretación y aplicación de derecho implícito a litigios contractuales, acompañado de la creatividad judicial que se apoya en las diversas categorías de inferencias ya expuestas en capítulo previo, permite preguntarse cómo se han articulado, si es que ha existido alguna articulación, las reglas de interpretación del contrato de rango legal y las reglas constitucionales de interpretación que cobijan, tanto a principios explícitos como implícitos. La respuesta a esta pregunta conducirá a la determinación de cuáles son los límites a la discrecionalidad judicial en materia de descubrimiento y aplicación de derecho implícito a litigios contractuales y cómo se puede ver damnificada la seguridad jurídica contractual cuando el juez hace uso de estas prácticas.

4.1.- La interpretación legal del contrato

Cuando se habla en este punto de la interpretación legal del contrato, se hace alusión a las reglas de hermenéutica contractual, contempladas en el Código Civil colombiano entre los

artículos 1618 a 1624 inclusive, todas ellas vigentes y sin modificación, prácticamente desde su adopción en el siglo antepasado y orientadas a “poner de manifiesto el pensamiento expresado con palabras; en resolver las dudas que nacen de expresiones ambiguas del contrato” (Anzola, 1918, p. 381). Un referente doctrinario obligatorio que debe considerarse para entender la real dimensión de estas reglas de interpretación, está representado en Pothier (1839), jurista francés cuyos aportes a la estructuración del derecho de las obligaciones y contratos fue indiscutible, importancia que viene destacándose desde los primeros capítulos de este trabajo.

Pothier expone en su obra doce reglas que deben seguirse en la interpretación de las convenciones (asimila de manera inapropiada el concepto de convención al de contrato), reglas que no son otra cosa que herramientas de hermenéutica que se van a complementar y enriquecer con aquellas referidas a la interpretación de la ley en general, que aparte de definir cómo se establece el sentido y el alcance de una norma, brindan su apoyo para obviar las analogías y antinomias, todo ello en aras de generar el pleno respeto a la voluntad de las partes y convertirse en freno a la arbitrariedad judicial, al considerarse que estas máximas de interpretación no deben ser asumidas por el juez como “simples consejos para ilustrar su criterio”, sino como preceptos imperativos que, de ser desconocidos, desembocaría en la violación de la ley (Claro Solar, 1939, p. 16).

En este aparte, se analizarán las reglas de Pothier en relación con la normatividad sobre interpretación de contratos adoptada por el Código Civil colombiano, que hunde sus raíces en los artículos 1156 a 1164 del Código Civil francés, que a su vez se soportan en las reglas del citado autor galo (Claro Solar, 1939), para posteriormente arribar a la interpretación constitucional del contrato y concluir si entre estos dos sistemas de interpretación existe articulación o se presenta un divorcio, con las implicaciones que esto pueda conllevar. La exposición de las reglas se

acompaña de ejemplos propuestos por el propio Pothier y de otros tomados de la realidad jurídica colombiana.

4.1.1.- Primera regla. En la interpretación deberá prevalecer la intención de los contratantes antes que la literalidad de las palabras

El debate en torno a la prevalencia de la intención sobre la literalidad de las palabras o viceversa, se remonta a épocas del Derecho Romano y se ubica a la denominada Causa Curiana como un ejemplo paradigmático donde se aprecia esta disputa, que tuvo como protagonistas a reconocidos juristas de la época (año 93 A.C.) que debatieron en torno a un litigio relacionado con la interpretación de un testamento: Liciano Craso defendía la idea, a la postre vencedora, de la prevalencia de la voluntad del testador y su contraparte, Quinto Nuncio – Scévola abogaba por el respeto a la literalidad del acto testamentario (Fierro, 2007). Este debate, surgido en principio en torno al entendimiento de un acto jurídico unilateral, trascendió al terreno de los actos bilaterales y no es una discusión baladí o de poca monta, pues para el caso colombiano, la adopción del principio de prelación de la intención sobre lo textual, irradia las demás reglas de hermenéutica que deberán atenderlo, dado el carácter dominante de esta regla frente a las demás (Claro Solar, 1939).

A manera de ejemplos, en el Derecho colombiano resulta frecuente encontrar contratos denominados como “comodato” (arts. 2200 y ss. C.C.) en dos situaciones diferentes que cuentan con un elemento común: (i) empresas comercializadoras de bebidas entregan “en comodato” a propietarios de establecimientos de comercio, neveras con uso restringido, pues solamente podrán albergar los productos de dichas empresas, pero en seguida, después de establecerse la entrega para uso gratuito del citado bien, el comerciante se compromete a adquirir periódicamente productos para surtir la nevera, muchas veces acompañado este deber de una cláusula de

exclusividad de productos; y (ii) empresas productoras y comercializadoras de medicamentos entregan “en comodato” a entes hospitalarios, equipos para la práctica de exámenes o pruebas de laboratorio, con gastos de mantenimiento incluidos, a cambio de ello, las clínicas u hospitales deberán contratar de forma periódica los reactivos utilizados por los equipos, contratación que ya no está precedida de la supuesta gratuidad que motivó el comodato.

Los contratos que hacen parte de los anteriores ejemplos, ofrecen una serie de problemas interpretativos, dada la concurrencia de cláusulas aparentemente incompatibles, si se tiene en cuenta la naturaleza jurídica del comodato:

- De imperar el criterio de la literalidad, el contrato debería ser considerado como comodato, las primeras cláusulas contractuales referidas al préstamo gratuito de un bien ratifican este calificativo, pero aquellas que conllevan onerosidad para el “comodatario” y buscan el enriquecimiento del “comodante”, resultarían extrañas a este tipo contractual caracterizado por su gratuidad;
- En apoyo del respeto a la literalidad podría esbozarse una idea según la cual los aludidos contratos hacen parte de aquellos que la doctrina denomina como “bilaterales o sinalagmáticos imperfectos”, caracterizados porque al momento de su perfeccionamiento o nacimiento a la vida jurídica, ostentan el carácter de unilaterales (“una parte se obliga para con otra que no quiere obligación alguna”, art. 1496 C.C.) pero durante su ejecución se tornan bilaterales (“las partes contratantes se obligan recíprocamente”, art. 1496, *in fine*, C.C.) (Ospina & Ospina, 2000, p. 59). Esta categoría de construcción doctrinaria no aporta a la defensa de la idea de que, en aras del respeto a la literalidad, los contratos comentados deban ser asumidos como comodatos, pues resulta claro que la categoría de los contratos bilaterales imperfectos nacen unilaterales y se transforman en bilaterales,

característica no operante en el caso tratado, pues en él, los contratos son bilaterales desde el comienzo y esta bilateralidad no se compadece con la naturaleza del comodato.

- Esta primera regla adoptada por el artículo 1618 del Código Civil colombiano, invita a desconocer la literalidad cuando resulte claramente conocida la intención de los contratantes, la cual sin lugar a dudas, no fue celebrar un contrato gratuito de comodato, de aquellos que regula el Derecho civil. El propósito de la contratación se orienta a la obtención de un beneficio mutuo, las partes del contrato son comerciantes y el afán de onerosidad precede sus actividades, fuerza es concluir entonces que, a pesar de la denominación conferida por los contratantes, los acuerdos no se circunscriben al préstamo de uso gratuito, ofreciéndose dos alternativas diferentes que se alejan en menor o mayor medida del factor literalidad: (i) el acuerdo a que llegaron las partes involucra dos contratos simultáneamente: en gracia de discusión, se acepta la existencia de un comodato pero surge un segundo pacto, que por la calidad de los intervinientes y el tipo de prestaciones periódicas o sucesivas, se ubicaría en la categoría del suministro (arts. 968 y ss. C. Co.); y (ii) no existen dos contratos, más aún, no se celebró un contrato de comodato, existe un solo contrato: el suministro y el préstamo gratuito de neveras o equipos médicos, simplemente es una cláusula accesoria de un único contrato mercantil celebrado por las partes, conclusión esta última más técnica, que se opone abiertamente a la literalidad del acuerdo contractual y se sustenta en la denominada “teoría de la absorción”, regla interpretativa que indica que en casos como el anotado, deberá determinarse la “prestación o elemento preponderante” y así el suministro absorberá al comodato (Rengifo, 2008, p. 47). En este último caso, el intérprete se encuentra facultado para cambiar la denominación que las partes le han dado al contrato al evidenciar “un error en la calificación” (Planiol & Ripert, 1997, p. 869).

Claro Solar (1939) expone que la búsqueda de la intención de los contratantes, como un imperativo para el juez, tiene cabida cuando los términos contractuales no ofrecen la debida claridad, precepto que haría suponer que si de las cláusulas se deriva certeza de los alcances de la contratación, el intérprete quedaría relevado del imperativo de buscar la intencionalidad, si se considera que el elemento literalidad garantiza seguridad jurídica del contrato, aspecto no compartido por Planiol y Ripert (1997), quienes otorgan amplia libertad de investigación al juez para desentrañar el aspecto subjetivo de la contratación, pues “[n]ingún texto obliga a los jueces a limitarse al examen del acto escrito para apreciar su sentido; por tanto, pueden buscar la intención de las partes, sea en otros documentos, sea en las circunstancias de la causa” (p. 870), libertad que se compadece incluso con las particularidades interpretativas que ofrecen los contratos verbales. De existir dudas con respecto a la intención, deberá prevalecer la voluntad declarada, bajo la presunción de que los términos adoptados por las partes corresponden a su querer conscientemente expresado (Ospina & Ospina, 2000).

Esta coexistencia de métodos de interpretación, donde a veces prevalece la intención (método subjetivo, francés) y en ocasiones se impone el respeto a la voluntad expresada, aislada de su origen (método objetivo, alemán), ha permitido sugerir que en Colombia se adoptó un método ecléctico o mixto (Fierro, 2007), tesis no compartida por otro sector de la doctrina que afirma la existencia de un único método prevalente: el subjetivo (Ospina & Ospina, 2000), tesis que se erige en la “*communis opinio patria*” y por ello es la prevalente (Jaramillo, 2008, p. 31). Inclusive, esta clasificación que diferencia al derecho galo del teutón, no es de recibo en autores alemanes como Enneccerus (1935), quien expone el principio general que rige la actividad interpretativa así: “En la interpretación de una declaración de voluntad se debe averiguar la voluntad real y no detenerse en el sentido literal de la expresión” entendiéndose, a juicio de este autor, por voluntad real, la “voluntad interna”, pues la voluntad aparentemente declarada que no

corresponde al deseo interno de los contratantes, no corresponde a la realidad de lo deseado (p. 395), consideración doctrinaria que ubicaría a la intención por encima de la literalidad.

4.1.2.- Segunda regla. Si una cláusula puede generar diversos resultados interpretativos, deberá preferirse aquél resultado que genere efectos, con prescindencia del que no lo hace

Esta regla de interpretación, que apela a la lógica, aparece consagrada en el artículo 1620 del Código Civil colombiano y se deriva de la presunción de que si las partes han convenido celebrar un contrato, su deseo es que el mismo surta efectos a partir de la ejecución satisfactoria de las prestaciones convenidas, pues resultaría un contrasentido sostener que el propósito de las partes al celebrar un contrato sea su no ejecución. La regla comentada, que podría denominarse pro eficacia del contrato, es una invitación, en primer lugar a las partes y en segundo término al juez, principales destinatarios de las normas interpretativas (Arrubla, 2007), a la búsqueda de la mejor interpretación y esta será la que otorgue efectos a las cláusulas contractuales, reto que en ocasiones resulta difícil de cumplir y muestra de ello es el siguiente caso.

En un contrato de promesa de compraventa de un inmueble, en el cual se determinó en debida forma el bien objeto del contrato prometido, se estableció la notaría donde se protocolizaría la escritura pública de venta, así como la fecha de celebración de dicho contrato prometido, todo ello en atención a las exigencias jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia al respecto. En el texto respectivo se pueden leer las siguientes cláusulas, las dos relacionadas con el precio y pactadas así en virtud de una falla en la elaboración de la promesa, no advertida por los contratantes al momento de su celebración:

(...)

TERCERA.- VALOR Y FORMA DE PAGO. El precio de la venta prometida se estipula en la suma de DOSCIENTOS CUARENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$240.000.000.oo), que EL PROMETIENTE COMPRADOR pagará al PROMETIENTE VENDEDOR una vez se haya otorgado la correspondiente escritura pública de compraventa, en la oportunidad que se indica a continuación.

(...)

QUINTA. PRECIO Y SU CÁLCULO. El precio de la compraventa se calculará por unidad de medida (metro cuadrado), esto es, resultará de la multiplicación del número de metros cuadrados del predio por DOSCIENTOS VEINTE MIL PESOS (\$220.000.oo), valor que de común acuerdo pactan las partes para la unidad de medida que sirve de base para el cálculo (en la cláusula primera, contentiva de la individualización del inmueble a partir de sus linderos, se determinó que la cabida superficiaria era de 1200 m²).

La evidente contradicción de las cláusulas, apreciada al aplicar la fórmula consignada en la segunda de ellas que da como resultado un precio (\$264.000.000.oo), diferente al pactado en la cláusula precedente (\$240.000.000.oo), da paso a un litigio relacionado con el precio a pagarse, pues mientras el prometiente vendedor se acoge a la cláusula tercera, el prometiente vendedor exige la efectividad de la cláusula quinta, cláusulas convenientemente escogidas, al beneficiar sus intereses patrimoniales. La disputa existente no permite apreciar cuál fue la intención de los contratantes y se hace necesario, a partir de lo expresado por las partes determinar, si el contrato resulta válido, cuál de las dos cláusulas deberá hacerse efectiva o por el contrario, si esta disparidad en el clausulado contractual debe ser castigada con la nulidad, habida consideración de los formalismos extremos que rigen para la validez del contrato de promesa civil de compraventa de inmuebles.

Un ejercicio de interpretación del caso anotado podría tener las siguientes variantes:

- El contrato de promesa es nulo, de nulidad absoluta, dado que el litigio en torno al precio de venta del bien demuestra que no existió acuerdo sobre el mismo, por ende, al faltar un

consenso sobre este elemento esencial de validez, la promesa deviene nula por indeterminación del contrato prometido, nulidad apoyada en el desconocimiento de la exigencia planteada en el numeral 4º del artículo 89 de la ley 153 de 1887, subrogatorio del artículo 1611 del Código Civil.

- El contrato de promesa es válido, dado que el precio consta formalmente en el contrato, pero al figurar en dos cláusulas diferentes que nos ubican en el terreno de la antinomia, habrá que acudir a los principios generales de la hermenéutica para salir adelante de ese problema interpretativo; uno de ellos establece que la norma posterior prevalece sobre la anterior y si se encuentran ubicadas en un mismo cuerpo normativo, se abrirá paso aquella consignada en un artículo posterior, en el caso de contratos, que para el efecto serían considerados cuerpos normativos, la cláusula posterior prevalecerá sobre la anterior (art. 5º num. 2º ley 57 de 1887, subrogatorio del art. 10 del Código Civil).

La segunda variante interpretativa confiere validez a un vínculo contractual que las partes desearon materializar a través de una expresión de voluntad que se concretiza cuando a la cláusula sobre precio se le hace producir efectos, a pesar de la antinomia que resulta superada, a diferencia del primer resultado hermenéutico que priva de efectividad a dicha cláusula y por ello, el contrato se hundiría en el abismo de la nulidad.

4.1.3.- Tercera regla. Cuando en un contrato se utilicen palabras que ofrezcan significados diversos, deberá acogerse aquél más próximo a la naturaleza del contrato

Esta regla se refiere a la utilización en el contrato de términos polisémicos o que desde el punto de vista gramatical ofrecen diversas acepciones, que de presentarse, obligan al intérprete a optar por aquél significado que mejor se compadezca con la razón de ser del acuerdo contractual.

La polisemia fue tratada en un capítulo anterior, cuando se detallaron las fuentes de derecho implícito propuestas por Francisco Laporta, en particular, las reglas inmersas desde el punto de vista conceptual en otras reglas y se utilizaron como ejemplos ilustrativos de éstas los diversos sentidos o alcances que pueden ofrecer expresiones como “tradición” o “martillo”, consideradas desde un punto de vista técnico jurídico o bien sea a partir de un significado natural u obvio.

En este punto de la exposición se acude a un ejemplo que guarda relación con los anteriores, pero específicamente aplicado a la interpretación contractual y atinente a una cláusula que hace parte de un contrato de comodato, cuyo objeto es generar la tenencia gratuita de una oficina entregada a un docente que está reemplazando temporalmente a otro y la misma genera inquietud por cuanto no establece un plazo concreto:

“DURACIÓN DEL COMODATO. Dada la condición precaria (i) del precario (ii), el comodato será precario (iii)”.

¿En una cláusula así pactada, cuál es la duración del contrato? Las expresiones precario-precario cuentan con tres significados diferentes: (i) hacen alusión a precariedad, “que no posee medios o recursos suficientes”; (ii) se refieren a un “docente que ocupa un cargo provisionalmente” (RAE, 2018) y (iii) es precario el comodato en el que el “[c]omodante se reserva la facultad de pedir la cosa prestada en cualquier tiempo” (art. 2219 C.C.). Habrá que concluirse entonces que la duración de este contrato no obedecerá ni a situaciones de necesidad del comodatario, ni a la conservación del cargo de docente en provisionalidad, ni a un plazo fijado de consuno por las partes, sino a la determinación unilateral del comodante.

En el Código Civil colombiano esta regla está prevista en su artículo 1621, al disponer que salvo estipulación expresa, la interpretación de las cláusulas deberá ser consecuente con la naturaleza del contrato. Obsérvese que esta norma permite de manera expresa que las partes

puedan convenir un sentido especial que se otorgará a las cláusulas, aun en contravención de la naturaleza del contrato, aspecto no contemplado en la tercera regla de Pothier; tal sería el caso de un contrato que implica la transferencia de propiedad de un bien, en el cual las partes plasman en una cláusula “un precio simbólico” que denotaría la existencia de una compraventa, no obstante la intención evidenciada de las partes sea la materialización de una donación y en este contexto, la cláusula sobre “precio” no debe interpretarse de conformidad con la naturaleza de la compraventa.

4.1.4.- Cuarta regla. De presentarse ambigüedad en el contrato, aquella deberá resolverse según los usos y costumbres del país

Se retoma en este punto el tema de la costumbre, destacado en líneas anteriores como una fuente importante de derecho implícito, a partir de los comentarios que sobre el tema realiza el autor argentino Carlos Ernst. Esta particular regla de interpretación no fue adoptada por el título XIII del libro 4º del Código Civil, relacionado con la interpretación de los contratos, lo cual no obsta para que sí sea de recibo en un litigio relacionado con ambigüedad de las cláusulas, si se considera que la costumbre es fuente supletiva del derecho y se aplicará a falta de ley y estipulaciones contractuales.

Un caso hipotético permite suponer la aplicabilidad de la cuarta regla de Pothier, relacionado con un contrato de compraventa de dos vehículos automotores usados, de uso particular, uno de ellos matriculado en las oficinas de tránsito de Bogotá D.C., lugar de celebración del contrato y el otro registrado en Barranquilla. La cláusula relacionada con la tradición de los vehículos automotores se redactó de la siguiente forma:

TRADICIÓN. EL VENDEDOR se compromete a adelantar todos los trámites administrativos necesarios para consolidar la transferencia de la propiedad de los vehículos automotores a que se refiere el presente

contrato, entre ellos, los relacionados con el traspaso y la asunción de los costos que ello implique y que a él le correspondan, esto es, que no sean de cuenta del COMPRADOR. La tradición deberá estar protocolizada dentro de los 30 días siguientes a la firma del presente contrato.

De esta cláusula se deriva una obligación cierta que encuentra su amparo en la ley, reflejada en el traditar, carga que solamente puede cumplirla quien ostente la condición de propietario, para el caso específico, se supone que el vendedor. Aparte de ello, esta estipulación prevé que el vendedor asumirá las cargas económicas del trámite de traspaso que no le correspondan al comprador, sin que se precise a ciencia cierta cuáles son los compromisos patrimoniales que debe atender uno u otro de los extremos contractuales y frente al silencio del legislador al respecto, acude en auxilio del intérprete la costumbre, ayuda que no está exenta de problemas interpretativos representados en el hecho de que la costumbre nacional, dada la riqueza de sus diversas expresiones, no es uniforme en todo el territorio y tiene particularidades en las distintas regiones donde operan, especificidades que varían la intensidad del compromiso patrimonial que va a ser regulado por esta fuente del Derecho.

Para el caso anotado, la Cámara de Comercio de Bogotá (2019) certifica, a partir del banco de costumbres mercantiles registradas que maneja este ente, que: “En Bogotá, D. C., en los contratos de compraventa de vehículos particulares usados, es costumbre mercantil que el pago de los gastos de traspaso se asuma por el comprador y el vendedor por iguales partes”, mientras que en otro rincón patrio, en Barranquilla, “es costumbre mercantil que en los contratos de compraventa de vehículos usados, el pago de los gastos de traspaso sea asumido por el comprador” (Villa, 2014, p. 69). Al interpretar la cláusula contractual propuesta como ejemplo y al desentrañar su ambigüedad relacionada con el cumplimiento de obligaciones económicas a cargo de las partes, al buscar el apoyo de la costumbre surgiría una disparidad interpretativa:

- La costumbre del lugar de celebración del contrato (Bogotá D.C.) indica que los costos del trámite del traspaso deben ser asumidos por vendedor y comprador en partes iguales;
- La costumbre de lugar de cumplimiento de las obligaciones no es uniforme, pues dado que los trámites de traspaso deben realizarse en Bogotá D.C. y Barranquilla, según ello, en el primer caso operarían gastos compartidos y en el segundo, la carga económica sería asumida exclusivamente por el comprador, según costumbre certificada por la Cámara de Comercio de Barranquilla (Villa, 2014).

Según lo expuesto, se pregunta: ¿Quién asume el pago de los costos derivados de los trámites de traspaso de los vehículos automotores, de conformidad con la cláusula contractual que deberá interpretarse a partir de la costumbre del país? Poco apoyo presta a la solución de esta pregunta la legislación mercantil, pues al referirse a la validez de la costumbre, el artículo 3° del estatuto de la materia, preceptúa que la costumbre, salvo que sea *contra legem* tiene fuerza de ley, siempre y cuando “los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones (Bogotá D.C. y Barranquilla) o surgido las relaciones que deban regularse por ella (Bogotá D.C.)” (palabras entre paréntesis por fuera del texto). Las referidas disparidades interpretativas se explican por la riqueza que ofrece la costumbre como fuente del derecho.

4.1.5.- Quinta regla. Al interpretar un contrato habrá de considerarse que, a falta de estipulación expresa, se encuentra incorporado al mismo todo aquello aceptado por la costumbre

Pothier (1839) explica esta regla a partir de la obligación implícita del vendedor de salir al saneamiento por evicción, exigible a aquél así este deber no se haya pactado de forma expresa en

el contrato. Este ejemplo propuesto por el clásico autor galo, no se compadecería con la situación particular del Derecho colombiano, pues en este caso la obligación de saneamiento por evicción no obedece a la práctica costumbrista, sino a un imperativo legal (art. 1893 y ss. C.C.) incorporado a los textos contractuales por hacer parte de las denominadas cláusulas de la naturaleza de la compraventa (arts. 1501 inc. 2º y 1603 C.C.).

La quinta regla resultó acogida por el Código Civil colombiano en su artículo 1621 inciso 2º, cuando dispone que: “Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen”. Al retomar el caso de la compraventa de vehículos automotores, se recuerda que no es común establecer en una cláusula especial la obligación del vendedor de entregar ciertos accesorios a su comprador, tal como acontece con la llanta de repuesto, pues esto está sobreentendido y no requiere pacto expreso, dada la costumbre generalizada al respecto y aplicable a las compraventas de carros nuevos y usados, de servicio particular y público, certificada por la Cámara de Comercio de Bogotá (2019).

4.1.6.- Sexta regla. Las estipulaciones contractuales deben interpretarse de forma íntegra, como un cuerpo, anteriores y posteriores encontrarán entre sí su razón de ser, como un todo armónico

Esta regla no es otra cosa que una invitación a interpretar el contrato de forma sistemática, previsión contemplada de forma expresa en el artículo 1622 del Código Civil colombiano con dos agregados: (i) las cláusulas de un contrato podrán interpretarse a partir de lo acontecido en “[o]tro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia” y (ii) un criterio adicional de interpretación está representado en la “[a]plicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte” (incs. 2º y 3º). Se ha considerado que la regla comentada consagra una interpretación auténtica, ya que alude al sentido que las mismas

partes, como creadoras de normas contractuales, le han conferido a sus estipulaciones (Claro Solar, 1939, p. 19), en clara alusión a la interpretación realizada por el mismo legislador y que toma ese nombre (art. 25 C.C.). Obsérvese el siguiente caso:

En una escritura pública de compraventa de un inmueble se puede leer lo siguiente:

(...)

CUARTO. Que el inmueble que vende es de su exclusiva propiedad y no ha sido enajenado ni comprometido anteriormente, se encuentra libre de limitaciones de dominio, gravámenes como hipotecas, embargos, pleitos pendientes, patrimonio de familia, demandas civiles, censos, anticresis, condiciones resolutorias, limitaciones al dominio e impuestos hasta la fecha, obligándose a salir al saneamiento en todos los casos previstos por la ley.”

(...)

OCTAVO. Sobre el inmueble pesa un usufructo constituido en favor de la madre del VENDEDOR, el cual será cancelado dentro de los seis meses siguientes a la firma de este instrumento público, para lo cual el VENDEDOR adelantará todas las gestiones correspondientes para lograr el beneplácito de la actual usufructuaria y asumirá todos los gastos notariales y de registro que implique el trámite.

Dos meses después de celebrado el negocio, el comprador pretende promover en contra de su vendedor una acción judicial por incumplimiento del contrato, amparado en la afirmación contenida en la cláusula cuarta, según la cual, el inmueble se encontraba libre de limitaciones de dominio, cuando al momento de otorgamiento de la escritura pública el bien raíz soportaba un usufructo, enlistado en dichas limitaciones (art. 793 num. 2º C.C.). Si un juez otorga viabilidad a una pretensión en el sentido propuesto, incumpliría el deber de interpretar las cláusulas “unas por otras” (art. 1622 inc. 1º C.C.), pues la estipulación cuarta se interpretaría de forma aislada, independiente de la octava, la cual deberá entenderse como una excepción de la declaración contenida en la primera de las nombradas.

4.1.7.- Séptima regla. La duda presentada al interpretar una cláusula, deberá resolverse en favor del deudor

Esta regla, claramente protectora de los intereses de los deudores, aparece recogida en el artículo 1624 inciso 1° del Código Civil, con un elemento de juicio adicional relacionado con la falta de explicación de la cláusula: si la ambigüedad obedece a esta razón, la estipulación en duda se aplicará contra la parte que la haya generado, bien sea acreedora o deudora. Surge en este punto una inquietud relacionada con el porqué esta herramienta hermenéutica no se aplicó en la solución del caso que ilustro la segunda regla, habiéndose generado de haber sido así, una solución dispar a la indicada, pues se hubiera beneficiado al prometiente comprador en su calidad de deudor; la razón de esta inaplicación reposa en el hecho de que las cláusulas referidas al precio, en sí mismas consideradas, eran lo suficientemente claras y no ofrecían ambigüedad, el problema era la antinomia y para obviarla se aplicaron reglas distintas.

Si a manera de ejemplo, en una cláusula relacionada con el plazo, el cual determinará la exigibilidad de las obligaciones, se hace referencia simultáneamente a días hábiles y calendario, si no se evidencia con claridad la intención de las partes contratantes, habrá que interpretarse esta cláusula en días hábiles, pues de esta forma el plazo se extiende y se beneficia de esta forma al deudor, a *contrario sensu*, de entenderse lo contrario se beneficiaría al acreedor, dado el acortamiento del plazo. Esta regla no cumple otro papel que el de adoptar un principio de favorabilidad en materia de interpretación contractual, pero con carácter residual, dado que en Colombia sólo puede aplicarse cuando las demás herramientas contempladas en los artículos 1618 a 1623 inclusive, han resultado inoperantes.

La doctrina se ha preguntado la razón de ser de esta solución que beneficia al deudor y se ha encontrado una respuesta en el principio de libertad, en el hecho de que las obligaciones no se

presumen y por ello, si se adquiere una deuda que implica restricción de libertad, se requiere la anuencia del deudor, su aceptación (Claro Solar, 1939).

4.1.8.- Octava regla. Las cláusulas contractuales son de interpretación restringida en el sentido de que sus efectos no se extienden a eventos no previstos por los contratantes y se concretarán a lo que se desprenda de su intención

La regla anotada deja sin piso la facultad del intérprete de aplicar las cláusulas del contrato a eventos no contemplados por las partes, generándose una especie de prohibición de interpretación y aplicación analógica de estipulaciones de naturaleza contractual. Pothier (1839) propone el siguiente ejemplo: “Si un legatario ha transigido con el heredero sus derechos resultantes de un testamento; no podrá ser excluido por esta transacción de otro legado que aparezca hecho en un codicilo hallado posteriormente” (p. 66).

Nótese que en el caso transcrito se evidencia la prohibición de aplicación extensiva de una cláusula plasmada en un contrato de transacción, no aplicable a situaciones diferentes, así versen también sobre legados consignados en un “codicilo” de posterior descubrimiento, figura antigua que se refiere a “[t]oda disposición de última voluntad que no contiene la institución del heredero y que puede otorgarse en ausencia de testamento o como complemento de él” (RAE, 2018).

4.1.9.- Novena regla. Si el objeto del contrato versa sobre una cosa universal, cobija a todos los elementos que hagan parte de esa universalidad, así hayan sido desconocidos por los contratantes

Esta regla, así planteada, no encuentra recibo expreso en las reglas de interpretación del Código Civil, pero no obsta para que pueda ser acogida en un ejercicio interpretativo, a partir de los alcances que la doctrina le ha conferido al concepto de cosa universal en sus dos modalidades: de hecho y de derecho, sobre las cuales se pueden realizar diversas operaciones jurídicas

contractuales. A diferencia de las cosas singulares, que hacen alusión a la unidad, las universales se refieren a un conjunto de bienes que, sin contar con un vínculo material, constituyen un “todo unitario” por encontrarse destinados a un mismo fin (Peña & Peña, 2006).

El conjunto de bienes puede estar organizado por una persona para el cumplimiento de un fin determinado (universalidad de hecho) o puede ser el propio legislador el que dispone que determinados bienes, corporales e incorporeales y ciertas obligaciones se organicen, igualmente para el cumplimiento de un fin (universalidad de derecho) (Velásquez, 2008).

A partir de lo expuesto por Pothier en su novena regla, si se celebra un contrato de compraventa de una colección filatélica (universalidad de hecho) o una cesión onerosa de derechos herenciales (universalidad de derecho), en estos negocios quedarán comprendidos aquellos elementos que integren la universalidad, así no se hayan mencionado o conocido por los sujetos extremos de la negociación.

Se concluye que para que un bien no quede cobijado por el concepto de universalidad, el intérprete del contrato deberá verificar si fue objeto de exclusión expresa, de lo contrario quedaría incluido en la negociación pues esta regla “[s]e funda en la presunta intención de las partes de querer tratar todas las cosas que componen una universalidad, ya sea que tengan de ellas noticia, ya que dejen de tenerla; pues así lo dieron a entender por el hecho mismo de tratar de una universalidad indefinida” (Pothier, 1839, p. 66).

4.1.10.- Décima regla. Si en el contrato se utilizan casos para explicar el alcance de su objeto contractual y *a posteriori* ese mismo caso es materia de la contratación, esto no implica la exclusión de otras situaciones fácticas que puedan quedar comprendidas en el contrato

El artículo 1623 del Código Civil colombiano contempla esta regla denotativa de la interpretación extensiva, consistente en que cuando en el contrato se ha apelado a un caso como

medio explicativo de la obligación a contraer, nada impedirá que los efectos de la contratación se apliquen a otros eventos a los “que naturalmente se extienda” (*in fine*). A manera de ejemplo, en un contrato de compraventa de un establecimiento de comercio se adoptó por los contratantes una cláusula del siguiente tenor:

OBJETO. El establecimiento de comercio objeto del presente contrato, se enajena en bloque como unidad económica. Así por ejemplo quedarán comprendidos en la negociación el mobiliario, las mercancías en almacén o en proceso de elaboración, así como la cesión del contrato de arrendamiento del local donde funciona el negocio, la cual no requiere de la autorización del propietario arrendador del local por derivarse de la enajenación del establecimiento de comercio.

Si surge una disputa entre vendedor y comprador en torno a si la negociación incluyó o no la enseña o nombre comercial del establecimiento, no mencionado expresamente en el objeto contractual, al aplicar la regla de interpretación del Código Civil ahora comentada, se concluiría que la razón se otorgaría al comprador, pues los ejemplos mencionados en la cláusula contractual, como elementos integrantes del establecimiento y constitutivos por ende del objeto, no excluyen otros que hacen parte de esa unidad económica y que necesariamente se concluye, hicieron parte de la compraventa, tal como ocurre con la enseña o nombre comercial (cfr. art. 516 num. 1º C. Co.), tesis apoyada por el artículo 525 del estatuto mercantil, consagratorio de una presunción legal relacionada con la universalidad que comprende la enajenación.

4.1.11.- Décima primera regla. De existir una cláusula plural, deberá el intérprete considerar que ésta se puede dividir en muchas cláusulas singulares

Esta regla de manera explícita no está consagrada en el Código Civil colombiano, lo cual no obsta para afirmar que a partir de una interpretación sistemática del clausulado contractual con

el resto del ordenamiento jurídico, se deduzca la existencia de cláusulas plurales de las que se derivarán diversas cláusulas singulares. Si en un contrato civil de compraventa, la parte compradora aparece integrada por tres personas, pactándose a título de precio una suma global, de esta cláusula plural habrá de considerarse que se derivarán cláusulas singulares relacionadas con las obligaciones particulares de cada comprador frente al precio, pues dada la naturaleza civil del contrato, la obligación será conjunta o mancomunada y por ello cada comprador responderá solamente por la tercera parte del precio (cfr. art. 1568 C.C.). Finalmente, se expone la última regla de Pothier.

4.1.12.- Décima segunda regla. Las expresiones consignadas al final de una frase deberán interpretarse de conformidad con toda la frase y no únicamente con los apartes que preceden a dichas expresiones

Tal como acontece con la regla precedente, la 12ª regla de Pothier no cuenta con previsión expresa en el Código Civil, pero se halla inmersa en una interpretación lógica de índole gramatical, semántica y sistemática de las cláusulas del contrato. Este autor propone como ejemplo, un contrato de compraventa de una finca en la cual se incluye “todo el trigo, legumbres, frutas y vinos de la última cosecha” y precisa que la expresión “de la última cosecha” no solo comprende a los vinos, sino a todos los demás elementos relacionados en la cláusula (1839, p. 67), dificultades interpretativas que en el ejemplo de Pothier se hubieran obviado si a la cláusula se le hubiera agregado una coma después de la palabra vinos: “todo el trigo, legumbres, frutas y vinos, de la última cosecha”.

A manera de conclusión, las famosas y ya clásicas reglas de interpretación de los contratos de Pothier que inspiraron la codificación francesa en esta temática, fueron recogidas de forma expresa, en su gran mayoría, por el Código Civil colombiano y aquellas que no cuentan

con consagración explícita se pueden inferir de otras reglas hermenéuticas. Sin embargo, a pesar del cúmulo de herramientas existentes, el tema de la interpretación no es un tema pacífico: ya desde comienzos del siglo pasado, el tratadista Nicasio Anzola (1918) reconocía la claridad de las reglas dadas por el Código, interpretándolas en abstracto, no obstante también detectaba la dificultad de su aplicación frente a casos concretos, fuente de una serie de interrogantes que este tratadista formula pero no responde, como una especie de llamado de atención al juzgador, a quien se invita a actuar con “prudencia y tino”:

¿Cuándo podrá decirse que las palabras de un contrato son contrarias a la intención evidente de los contratantes? ¿Cuándo se podrá decir que el contrato, tomadas sus palabras llanamente, es la verdadera intención de los contratantes? ¿No puede suceder que las palabras, siendo sencillas y llanas y fáciles de entender, puedan expresar un pensamiento contrario o distinto del que tuvieron los contratantes? (pp. 385-386).

A continuación, se analiza si los principios de interpretación constitucional del contrato se articulan con las reglas legales ya expuestas y vigentes en el Derecho privado colombiano.

4.2.- La interpretación constitucional del contrato

El tema de la interpretación constitucional del contrato, que se trata a partir de este momento, tiene como finalidad exponer las características que el plurimentado fenómeno de la constitucionalización del derecho ofrece, en particular, en la órbita del Derecho privado y más específicamente, en la interpretación de la normatividad contractual, cuando ésta se encuentra inmersa en un litigio que tiene como extremos a las mismas partes del contrato. La *litis* se relaciona con la interpretación o aplicación de cláusulas contractuales fruto del poder de configuración del negocio jurídico, emanado de la autonomía de la voluntad y que son revisadas,

no por el juez ordinario, sino por el juez constitucional, dado que el litigio se constitucionalizó al haberse hecho uso, a instancia de una de las partes del contrato, de la acción de tutela, habida consideración de una supuesta violación o amenaza de violación de uno o varios derechos fundamentales, de los cuales aquella sería titular.

Los casos expuestos a lo largo de este trabajo, relacionados con sentencias expedidas por la Corte Constitucional, relativas a litigios contractuales entre particulares, ofrecen una serie de características comunes que permiten perfilar la forma en que el Alto Tribunal aborda lo que podría denominarse “la constitucionalización del caso”, de tipo contractual, entre particulares, a saber:

a.- La excepcionalidad

Ya se dejó establecido en su momento que prácticamente desde el comienzo del trabajo de la Corte Constitucional, esta Corporación determinó la procedencia excepcional de la tutela para dirimir controversias contractuales entre particulares, en claro respeto a la orden contenida en el inciso 3º del artículo 86 de la Carta Política, referido a la inviabilidad de este mecanismo de protección cuandoquiera que el afectado cuente con otro mecanismo de defensa judicial (entiéndase para el caso de litigios contractuales entre particulares, en la jurisdicción ordinaria), salvo que opere la excepción prevista en la misma norma superior: “que aquella (la acción de tutela) se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”, de lo cual se desprende que la regla general a seguir será la siguiente, expresada de manera temprana por este Tribunal:

“[l]as diferencias surgidas entre las partes con ocasión o por causa de un contrato no constituyen materia que pueda someterse al estudio y decisión del juez por vía de tutela ya que, por definición, ella está excluida en tales casos, toda vez que quien se considere vulnerado o amenazado en sus derechos goza de otro medio judicial para su defensa: el aplicable al contrato respectivo según su naturaleza y de conformidad con las

reglas de competencia establecidas por la ley” (Corte Constitucional, sentencia T-594 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández).

La excepcionalidad de la procedencia de la tutela, también aparece reiterada en el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de esta figura y permite afirmar que, de presentarse los eventos contrarios a los mencionados, esto es, que si el afectado con la celebración, interpretación o ejecución de un contrato de Derecho privado, cuenta con otro mecanismo de defensa judicial en la justicia ordinaria o a pesar de no contar con él no se avizora un perjuicio irremediable, habrá que concluirse de manera indubitativa que la tutela se verá abocada al fracaso (Corte Constitucional, sentencia T-900 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

En lo que respecta al perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ya se ha encargado de establecer las características que debe ostentar esta forma especial de daño futuro: (i) debe ser inminente, por lo que justifica la aplicación de medidas inmediatas; (ii) involucra urgencia, el sujeto afectado tiene necesidad de salir adelante de ese perjuicio que le sobreviene y (iii) la gravedad de los hechos debe ser de tal magnitud, que confiere a la protección reclamada el carácter de impostergable (Corte Constitucional, sentencia T-086 de 2012, M.P. Humberto Sierra Porto).

Aparte de todo lo anterior, la Corte ha pretendido cerrar las puertas a la estrategia de litigio, a propósito muy común en el medio judicial colombiano, consistente en utilizar a la tutela como una especie de segunda o tercera instancia, según sea el caso, en el sentido de que el litigante notificado de resultados infructuosos en el litigio del cual participa, de única instancia o agotadas las dos instancias que contemple el trámite, apela a la tutela para revertir los efectos de los fallos judiciales dictados en la jurisdicción ordinaria. La Corporación ha sentenciado que la

acción de tutela no puede ser utilizada como una especie de último medio judicial para exponer la vulneración de un derecho fundamental (Corte Constitucional, sentencia T-086 de 2012, M.P. Humberto Sierra Porto).

No obstante la apariencia de rígidas reglas expuestas por la Corte para admitir la procedencia de controversias contractuales en sede de tutela, a veces la Corporación se confiere a sí misma ciertas licencias para conocer de casos que involucren contratos entre particulares sin atender la característica de la excepcionalidad. Un ejemplo ilustrativo de dichas auto permisiones está reflejado en el caso, estudiado a profundidad, que se ha denominado como el del incendio del Centro Comercial la 17 (Corte Constitucional, sentencia T-769 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández), evento en el cual se concedió el amparo deprecado en contravía de lo decidido por los jueces de instancia, muy a pesar de que no se cumplían los requisitos de excepcionalidad: (i) los comerciantes que interpusieron la tutela contaban con acciones judiciales que debieron desatarse en la justicia ordinaria y (ii) el perjuicio no ostentaba el carácter de irremediable, al no reunir los requisitos estructurados por la misma Corporación: en pocas palabras, se trató de un caso donde por excepción, no se aplicaron las reglas de la excepcionalidad.

b.- La ausencia de dificultad

Los litigios contractuales analizados por la Corte y expuestos en este trabajo, sin excepción, tal como en su momento se lo indicó, contaban con precisas soluciones en disposiciones vigentes de naturaleza civil o comercial, afirmación que descarta la existencia de lagunas normativas. Esto permite ubicar de entrada estos casos en la categoría que la doctrina ha bautizado como casos fáciles, pues los supuestos fácticos que los integran, aparecen descritos en disposiciones legales que a su vez confieren consecuencias, característica esta de las normas con estructura de reglas, de naturaleza cerrada (antecedente – consecuente). No se trató de casos

difíciles, huérfanos de disposición que los regule y que por ende imponen al juez un deber de construcción normativa a partir de las múltiples fuentes del Derecho con que cuenta, aunado a la baraja de reglas de hermenéutica que se encuentran a su disposición (Laporta, 2002).

c.- Descubrimiento de lagunas axiológicas

La Corte Constitucional ha hecho uso de una potestad no conferida expresamente por la Carta, consistente en convertir un caso fácil en difícil, afirmación que se entiende cuando se aprecia cómo la Corporación obvia normas vigentes de rango legal, aplicables a los contratos de Derecho privado y en su proceso de búsqueda de soluciones más satisfactorias, acude a principios y valores constitucionales, algunos de ellos explícitos y otros de naturaleza implícita, fuente estos últimos de derecho objetivo y derechos subjetivos, con los deberes jurídicos igualmente implícitos, que estos últimos conllevan.

d.- Inaplicación de la excepción de inconstitucionalidad

En consonancia con la anterior característica, común a los fallos de la Corte, cuando ésta no aplica normas vigentes de rango legal a controversias contractuales entre particulares, simplemente acude a una elemental regla de jerarquía, donde los principios constitucionales, entre ellos, los comprensivos de derechos fundamentales, se aplican de preferencia a normas de rango inferior, no obstante en muchas ocasiones se sustraiga del deber de explicar las razones de inaplicabilidad de normas vigentes, provenientes del legislador o de la autonomía de la voluntad de los contratantes (cláusulas del contrato), bien sea por resultar inconstitucionales para el caso concreto o por otras razones atendidas por la Corte, expresadas en argumentos que frecuentemente adolecen de una adecuada saturación y en ocasiones acompañados de crasos errores de entendimiento de clásicas instituciones iusprivatistas.

e.- Generación de un derecho extra fuentes, post contrato

Las resultas de un proceso interpretativo basado en principios y valores constitucionales abstractos, indeterminados, muchas veces implícitos, genera un derecho objetivo nuevo, de origen judicial, contentivo de derechos subjetivos y obligaciones jurídicas no consolidados aún al momento de la celebración del contrato y por ello, no contemplados por las partes, pues escapan al sistema de fuentes de derechos personales y obligaciones civiles vigente y que se presume conocido en el instante en que, a partir de un acto intencional, configuran el contrato con una sumatoria de micro acuerdos (cláusulas).

f.- Prescindencia del consentimiento como elemento generador de obligaciones civiles de origen contractual

Si bien se conserva la regla general de que las obligaciones civiles de origen contractual deben haber sido consensuadas por las partes del contrato, se ha evidenciado cómo la decisión del juez constitucional tiene el poder creador de este tipo de obligaciones, no adoptadas por las partes en ejercicio de su autonomía, sino impuestas por un tercero, el Estado representado en sus jueces, creadores de un derecho judicial que contempla las posibilidades jurídicas de obligar a contratar, de prorrogar contratos, de crear, modificar y extinguir obligaciones civiles preexistentes, todo ello sin que el tradicional elemento esencial de validez del contrato, el consentimiento, sea requerido como piedra angular de la exigibilidad de la obligación suscitada en el marco de un contrato.

g.- Inaplicación de las reglas legales de interpretación de los contratos

La revisión de la jurisprudencia constitucional en materia de controversias contractuales entre particulares arroja una conclusión: la Corte no utiliza como herramientas hermenéuticas las reglas de interpretación de Pothier, acogidas por la legislación colombiana a partir de los artículos 1618 y siguientes del Código Civil, de lo cual se infiere que para solucionar litigios contractuales

constitucionalizados por vía de acción de tutela, la Corte no se detiene en auscultar la intención de las partes, ni en disquisiciones de índole gramatical, ni acude a la sistematización de las cláusulas para que puedan ser entendidas unas por otras y menos aún, interpreta cláusulas ambiguas en beneficio de los deudores. Ello se explica porque la Corte, para arribar a las soluciones que ha adoptado, se apoya en elementos extra contrato y extra ley del contrato, representados en principios e incluso valores constitucionales, explícitos o implícitos, procedimiento que el Alto Tribunal podría justificar si se considera que cuando una controversia surgida entre particulares con ocasión de la celebración, ejecución, interpretación o no renovación, es asumida por el juez constitucional, el litigio se torna en uno de esta naturaleza y por ello se considerarán las particularidades propias de un caso que involucra desconocimiento, violación, amenaza de violación de un derecho fundamental o colisión de derechos de este tipo.

De lo anterior, se concluye que en la jurisprudencia constitucional no se aprecia una articulación de las reglas legales de interpretación del contrato, que se mantienen incólumes, con aquellas propias para medir el sentido y el alcance de normas con estructura de principios, entre ellas, las contentivas de derechos fundamentales, abriéndose paso herramientas como la proporcionalidad y sus juicios de diversas intensidades, así como principios particulares de la interpretación constitucional como el *pro homine* o a favor de la persona, orientado a que, en el evento de que concurran al caso diversas interpretaciones viables, fuente de duda en el fallador, deberá prevalecer aquél resultado interpretativo que promocióne la dignidad humana, que logre la materialización de los derechos de la persona, por encima de consideraciones que apunten a lo contrario (Parra, 2018).

Una vez revisadas las características evidenciadas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha abordado la constitucionalización de controversias contractuales, se aborda a continuación el problema de los límites jurídicos a la discrecionalidad judicial, frente a la

posibilidad del juez de descubrir y aplicar derecho implícito nuevo a la solución de casos regulados por disposiciones de rango legal.

4.3.- Límites jurídicos a la discrecionalidad judicial: el problema de la solución de casos difíciles a partir de la aplicación del derecho implícito en los principios constitucionales

Frente a la inoperancia de la técnica de la subsunción, aplicable a casos solucionados con normas con estructura de reglas, la interpretación y aplicación de principios requiere de un ejercicio de ponderación y una u otra técnica serán apreciables si se considera que el operador judicial en su quehacer cotidiano, se ve abocado al conocimiento de casos fáciles y difíciles, clasificación que ahora se retoma por considerarse pertinente en este aparte del trabajo.

Se propone un caso en dos escenarios diferentes:

a.- Primer escenario: se celebra un contrato de compraventa de un inmueble cuyo valor comercial asciende a la suma de cien millones de pesos. El precio pactado y efectivamente pagado fue de cuarenta y cinco millones de pesos. El vendedor en todo momento fue consciente de que el dinero que recibiría a título de precio, era muy inferior al valor comercial del bien, pero la venta debe realizarla para solventar una necesidad económica inaplazable. El vendedor sufre un grave perjuicio económico, pues la compraventa no cuenta con la característica de conmutatividad, dado que no existe proporcionalidad en las cargas económicas atribuidas a las partes.

b.- Segundo escenario: se celebra un contrato de compraventa de un vehículo (bien mueble) cuyo valor comercial asciende a la suma de cien millones de pesos. El precio pactado y efectivamente pagado fue de cuarenta y cinco millones de pesos. El vendedor en todo momento fue consciente de que el dinero que recibiría a título de precio, era muy inferior al valor comercial del bien, pero la venta debe realizarla para solventar una necesidad económica

inaplazable. El vendedor sufre un grave perjuicio económico, pues la compraventa no cuenta con la característica de conmutatividad, dado que no existe proporcionalidad en las cargas económicas atribuidas a las partes.

Obsérvese que los dos contratos, celebrados en escenarios diferentes, presentan similitudes en el valor de los bienes, precios pagados y afectación económica sufrida por el vendedor, pero se diferencian en el objeto: el primero versa sobre un inmueble y el segundo sobre un mueble y este solo elemento genera, para los litigios que pueden derivarse de los casos, un tratamiento jurídico diametralmente opuesto:

- En el primer escenario, la compraventa del inmueble se encuentra aquejada por la figura de la lesión enorme, dado que el precio pagado resultó inferior a la mitad del justo precio del bien (art. 1947 C.C.) y por lo tanto, el comprador, contra el cual se declarará la rescisión del contrato, podrá consentir en ella o completar el valor comercial con una deducción de la décima parte (art. 1948 C.C.). Este caso, que se enmarca en aquellos denominados fáciles, se soluciona a partir de un simple ejercicio de subsunción: las normas citadas, que cuentan con estructura de reglas, contemplan unos presupuestos fácticos, las consecuencias a aplicar y la solución se derivará de la aplicación de una simple fórmula silogística.
- En el segundo escenario se avizora de entrada un caso que también sería calificado como fácil, pues el artículo 32 de la ley 57 de 1887, subrogatorio del artículo 1949 del Código Civil, expresamente dispone que “[n]o habrá lugar a la acción rescisoria por lesión enorme en las ventas de bienes muebles...”, previsión normativa que permitiría despachar de manera desfavorable las pretensiones orientadas a privar de validez una compraventa de cosa mueble, cuestionada por la aparente lesión. No obstante, el afectado con la

contratación, conocedor de esta restricción normativa que daría al traste con la demanda en la justicia ordinaria, decide constitucionalizar el caso, esto es, someterlo a una acción de tutela donde la prosperidad de la pretensión de rescisión del contrato de compraventa del vehículo, se amparará en la vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad y libre acceso a la administración de justicia, al considerarse de su parte que esta restricción de raigambre romanista, no se justifica en pleno siglo veintiuno, pues la norma antigua parte de que la “única riqueza valiosa es la inmobiliaria” y hoy en día la realidad económica supera ese presupuesto, por lo que esta norma restrictiva vigente haría parte de una legislación atrasada, tal como lo considera cierto sector de la doctrina nacional (Valencia, 1988; Cárdenas, 2008b). El juez de tutela en este caso tendría dos opciones: (i) transitar por las sendas del formalismo jurídico y negar la tutela reclamada, bajo la consideración de que el legislador en ejercicio de su poder de configuración legislativa, se encuentra facultado desde el punto de vista constitucional, para establecer requisitos de procedencia de las acciones judiciales, más aún cuando ello implica una manifestación del poder interventor del Estado en la economía del contrato, lo cual hace de suyo improcedente el argumento de la violación del derecho a la igualdad, no desconocido cuando las condiciones fácticas son diferentes. Además, el derecho de acción es un derecho público, radicado en cabeza de todos (art. 229 C.P.) y dado su carácter autónomo, se reconoce y hace valer independientemente de si existe o no el derecho que se pretende proteger (Devis, 1961), de lo cual se infiere que tampoco se encontraría desconocido o amenazado el derecho al libre acceso a la administración de justicia y (ii) apelar a un criterio antiformalista, propio del nuevo derecho, afirmar la existencia de una laguna axiológica, en consideración a que la solución legal no se considera justa, separarse de la solución que al caso le brinda la legislación civil y buscar la misma en el terreno de los

principios explícitos o implícitos, de los cuales a su vez y tal como se lo ha expuesto, se deriva derecho implícito, objetivo y subjetivo, razonamiento que podría conducir a que en respeto de los derechos fundamentales conculcados, se logre la reparación al daño patrimonial derivado de un contrato al cual, por derecho a la igualdad, debería aplicársele las consecuencias derivadas de la figura de la lesión enorme, muy a pesar de versar sobre un bien mueble. Esta solución tendría el carácter de imprevisible, pues escapa a las consecuencias que el sistema jurídico de Derecho civil confiere a los casos analizados a la luz de la institución jurídica de la lesión enorme.

En la segunda opción, referida a la búsqueda de la solución en el terreno de los principios, el juez constitucional tiene en su haber la herramienta de la ponderación, pensada en que la posibilidad de restringir derechos fundamentales no sea ilimitada y dichos límites, en palabras de Alexy (2003), “[p]ueden establecerse en definitiva solamente mediante una ponderación entre el principio de derecho fundamental afectado en cada caso respectivo y el principio contrario, que justifica imponer la restricción” y para ello en la jurisdicción constitucional se utiliza el principio de proporcionalidad (pp. 38-39) que permitirá determinar si la medida restrictiva (no procedencia de la lesión enorme en compraventa de bienes muebles) supera los juicios de: (i) idoneidad, dirigido a “[d]eterminar si el trato diferente y la restricción a los derechos constitucionales son "adecuados" para lograr el fin perseguido”; (ii) necesidad, orientado a precisar si las medidas restrictivas adoptadas son necesarias “[e]n el sentido de que no exista otro medio menos oneroso en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin perseguido”, y (iii) ponderación *strictu sensu*, encaminado a que “[n]o se sacrifiquen valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende satisfacer” (Corte Constitucional, sentencia C-309 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

La técnica argumentativa de la ponderación es descrita por el profesor Manuel Atienza (2010) como un procedimiento que se adelanta en dos fases, en la primera, denominada “ponderación en sentido estricto” se involuciona, pues se pasa del “[n]ivel de los principios al de las reglas, esto es, se crea una nueva regla” y en la segunda fase “[s]e parte de la regla y se subsume en la misma el caso a resolver” (pp. 172-173). Cuando el juez constitucional determina que, en consideración a los derechos a la educación y libre desarrollo de la personalidad, no se puede expulsar del colegio a una estudiante embarazada, así esta sea causal de suspensión unilateral de la prestación de servicios educativos (expulsión), de conformidad con el manual de convivencia, se crea una regla y si esta se aplica al caso de María, expulsada de un colegio religioso por su estado de gravidez, el caso se subsume en la nueva regla de creación judicial.

Si bien el juicio de proporcionalidad, con las fases descritas, es de uso común en la jurisprudencia constitucional colombiana, no se aprecia con toda rigidez en la jurisprudencia sobre controversias contractuales que ha servido de marco para este trabajo, lo cual no obsta para que efectivamente se aprecien juicios de ponderación en los cuales se advierta conflicto entre principios en juego: derecho de propiedad vs. libertad de empresa, libertad de admisión vs. derecho a no ser discriminado, autonomía de voluntad vs. derecho a la intimidad, etc.

La dinámica de la ponderación implica para el intérprete un amplio margen de acción o libertades interpretativas, hasta el punto de generar derecho nuevo, aplicable de manera retroactiva a un caso, específicamente, una controversia contractual, licencias del intérprete que suscitan tanto partidarios como enemigos de esta figura: los primeros, matriculados en corrientes del constitucionalismo, adalides de una “concepción principialista del Derecho” fundada en la “razón práctica” y los segundos, seguidores del positivismo jurídico, quienes “alzapriman la importancia del imperio de la ley y el peligro que para ese valor central de nuestros ordenamientos supone la concepción principialista del Derecho” (Atienza, 2010, p. 159).

Uno de los puntos álgidos presentes en los debates entre estas dos variantes teóricas, se relaciona con los límites jurídicos a los cuales debe atenerse el juez en el proceso de adjudicación que va acompañado de aplicación de derecho implícito, presente en principios constitucionales, a controversias contractuales constitucionalizadas por vía de tutela. La revisión de diversos fallos seleccionados para este trabajo, genera *prima facie* una impresión que, por supuesto, no puede ser acorde con la realidad jurídica: la Corte Constitucional no tiene límites en la interpretación de principios constitucionales, cuando estos se aplican a divergencias contractuales entre particulares, afirmación que se compadece con la ya mentada “elasticidad” que caracteriza a normas de tal alto nivel de abstracción, como los principios constitucionales y en últimas, los límites estarían reflejados en lo que los mismos principios puedan ofrecer.

No obstante, esta aparente ausencia de límites no se compadece con un sistema constitucional caracterizado por la división de poderes y la coherencia armónica de los mismos, lo cual supone restricciones en el ejercicio de actividades propias, para el caso que nos ocupa, del poder judicial y en particular, de la jurisdicción constitucional. En algunos casos, la Corte Constitucional ha permitido evidenciar una indebida constitucionalización de un litigio contractual entre particulares, acompañado de un menosprecio del Derecho privado aplicable a los mismos, fenómeno que Aragón Reyes (1997) al describir la situación que padece el juez que oscila entre el terreno de la legalidad y la constitucionalidad, lo denuncia como el riesgo de “sobrevalorar la Constitución e infravalorar la ley”, pues en seguida, el autor español recuerda que “[e]l principio de constitucionalidad debe ser entendido como un enriquecimiento, y no como una sustitución, del principio de legalidad” (pp. 37- 38).

Incluso, teóricos de los derechos implícitos ya citados, como Laporta (2002), resultan en extremo críticos frente a las amplias libertades interpretativas del juez en materia de descubrimiento y aplicación de derecho implícito, dado que en su parecer, los principios y

valores deben ser desarrollados por el legislador de manera prioritaria y “el derecho implícito inferido presuntamente de principios que se oponga al derecho establecido por el legislador no puede ser utilizado por el juzgador para resolver el caso” (p. 146). Este doctrinante resultaría muy crítico de la jurisprudencia constitucional colombiana sobre controversias contractuales entre particulares, en la cual se aprecia un derecho implícito que obliga a contratar y prorrogar contratos, adopta nuevas causales de extinción de obligaciones civiles y de suspensión de procesos judiciales, impone cargas económicas no consensuadas, entre otras particularidades observadas en este nuevo derecho judicial de las obligaciones civiles y de los contratos privados.

El punto a dilucidar a continuación tiene que ver con la forma de armonizar los principios de constitucionalidad y legalidad, armonización que evite una indebida sobrevaloración de la Constitución e infravaloración de la ley -que cierto sector de doctrina ha denominado autarquía constitucional (Corral, 2004)- en litigios contractuales de naturaleza privada abordados por la jurisdicción constitucional, en claro respeto de los límites que, por supuesto, tiene el juez de la causa.

4.4.- Ruta metodológica para evitar la supravaloración de la Constitución e infravaloración de la ley

En la dinámica del ejercicio profesional es muy común escuchar la expresión: para qué los códigos, si todos los casos pueden solucionarse con la Constitución, lo que en términos técnico jurídicos se traduciría en la siguiente frase: “la denominada “sobreconstitucionalización” del Derecho privado termina por despojar de toda relevancia e interés la existencia de un orden jurídico escalonado” (Calderón, 2008, p. 752), frases que reflejan el desconcierto que a veces se suscita cuando las soluciones que la normatividad vigente ofrece a casos relacionados con Derecho civil o comercial se desatienden, so pretexto de encontrar una mejor solución en los

predios del Derecho constitucional. La revisión de la jurisprudencia constitucional indica que en muchas ocasiones, la Corte prescinde de las disposiciones del legislador sin mayor esfuerzo argumentativo, concretándose exclusivamente a la determinación del alcance de los derechos fundamentales que se estiman vulnerados.

La Corte Constitucional ya ha advertido, se reitera, que la acción de tutela no puede ser utilizada como una especie de última alternativa judicial para lograr la efectividad de una pretensión (Corte Constitucional, sentencia T-086 de 2012, M.P. Humberto Sierra Porto) relacionada con un contrato entre particulares, orientada bien sea al surgimiento de nuevos derechos subjetivos, obligaciones implícitas, modos de extinción de las obligaciones o modificación de las mismas, prórrogas contractuales, terminación o resolución de contratos, entre otras alternativas que pueden surgir como consecuencia de la afirmación de que al haberse celebrado un contrato en determinadas condiciones o no haberse celebrado, se vulneraron o sufren amenaza de vulneración, uno o varios derechos fundamentales de uno de los extremos contractuales, que asumirá la calidad de accionante en el juicio de tutela. La restricción impuesta por la Corte es un llamado de atención a los jueces para que extremen su cuidado y no permitan que el importante recurso de amparo de derechos fundamentales se utilice indebidamente, pues esto conduciría a la desnaturalización de la acción de tutela, al ser utilizada de manera subrepticia para ventilar en la justicia constitucional, asuntos propios de la justicia ordinaria.

En procura de lograr el cometido de evitar los excesos derivados de la constitucionalización de los litigios contractuales entre particulares, se propone una ruta metodológica que permite articular los principios constitucionales con la normatividad de rango legal aplicable a contratos, armonización que, al reconocer la vigencia del Derecho privado contractual, permita su enriquecimiento y lo blinde de una sustitución, según lo expresa el ya referenciado autor Manuel Aragón Reyes (1997).

La ruta metodológica propuesta se construye a partir de la observación de la forma en que la Corte Constitucional ha abordado el conocimiento de controversias contractuales entre particulares constitucionalizadas por vía de tutela y cuenta con las siguientes fases:

a.- Verificación del requisito de excepcionalidad

El juez constitucional debe verificar en primera medida, si se cumplen los requisitos de procedencia para que un litigio contractual entre particulares puede ser analizado a partir de la lógica de la acción de tutela y en este análisis inicial, se determinará la ausencia de otro mecanismo de defensa judicial, para resaltar de esta forma el carácter residual de esta acción o si el perjuicio que se pretende evitar cumple los requisitos de ser irremediable y grave, de conformidad con la normatividad reglamentaria existente al respecto, ya relacionada previamente. Aparte de lo anterior, el juez deberá ser cauto para evitar que la tutela se utilice como una tercera instancia dirigida a lograr aquello que no se ha alcanzado o se pudo alcanzar, en la justicia ordinaria, más aún si se considera que dada la estructura abierta de los principios, no es una tarea para nada titánica tratar de sustentar la vulneración de un derecho fundamental a partir de lo acontecido en el contrato: principios como la dignidad humana o el libre desarrollo de la personalidad, por ejemplo, pueden asomarse en innumerables situaciones y más aún en tratándose de contratos de Derecho privado.

En los fallos analizados, la Corte por regla general cumple con el requisito de verificación de las condiciones de excepcionalidad de la procedencia de la tutela y normalmente esta constatación previa hace parte de los argumentos introductorios de sus sentencias.

b.- Determinación de la forma en que el caso aparece regulado en el Derecho privado

Normalmente, los litigios contractuales entre particulares encuentran una solución en las disposiciones de Derecho privado. La teoría de las obligaciones y contratos se encuentra suficientemente decantada y tanto la normatividad, como la jurisprudencia de la Corte Suprema

de Justicia y la doctrina, se han encargado de fijar unas bases claras de entendimiento sobre la forma en que la autonomía privada puede explayarse en la configuración y consolidación de acuerdos contractuales, autonomía que por supuesto no es absoluta y sus límites son suficientemente conocidos, pues sobre ellos han profundizado las fuentes del Derecho ya mencionadas.

Las normas de rango legal aplicables al contrato, resultan preexistentes al mismo y se presumen conocidas por las partes, se encuentran vigentes y obedecen a un ejercicio del poder constitucional de configuración del legislador. El juez constitucional deberá analizar el marco normativo vigente al momento de la celebración del contrato, considerado por los extremos contractuales al momento de su perfeccionamiento, marco, se reitera, vigente y operante cuando surgió la relación jurídica entre las partes.

Al analizar cada caso de la jurisprudencia constitucional que soporta teóricamente este análisis, se expuso la solución que las reglas de rango legal ofrecían al litigio contractual, ejercicio que frecuentemente no realiza la Corte Constitucional, la cual pretermite este análisis de normatividad vigente y se concreta exclusivamente a buscar las soluciones en el campo de los principios. Los casos fueron calificados en su momento como fáciles, contaban con solución expresa proveniente del legislador y para efectos de la articulación de principios constitucionales con el derecho legislado, Corte y el juez constitucional en general, deben explicar razonadamente el porqué de la pretermisión de las soluciones legales, pues no debe olvidarse que el contrato parte de un consentimiento ejercido en virtud de una autonomía que, en principio, debe ser respetada por el juez, quien cuenta con reglas particulares de interpretación contractual que se encuentran vigentes, orientadas a la prevalencia de la intención de los contratantes.

La solución que a una controversia contractual, constitucionalizada por vía de tutela, le ofrece el Derecho privado, no necesariamente y *per se* deberá ser descalificada por no atender

principios constitucionales, todo lo contrario, es perfectamente viable que se ajuste a dichos preceptos y por ello no puede ser menospreciada *prima facie*.

c.- Inaplicación de la solución legal. Necesidad de buscar una mejor solución al caso en el terreno de los principios y valores constitucionales

Se reafirma la idea de que frente a la presencia de una solución proveniente del legislador, el juez constitucional debe, en claro respeto al principio de la separación de poderes, exponer las razones que lo motivan a separarse de las cláusulas y la ley propia del contrato, en aras de constitucionalizar un litigio contractual que será solucionado de conformidad con principios constitucionales. En este orden de ideas, el fallador, según sea el caso, contará con varias alternativas:

- Describir la existencia de una laguna normativa, evento que lo facultaría para acudir a diversas herramientas orientadas a cubrir el vacío detectado, entre ellas, hacer uso de principios constitucionales, alternativa de difícil ocurrencia por una razón previamente expresada: la profusa y ancestral regulación de las obligaciones y contratos en Derecho privado.
- Exponer la ocurrencia de una laguna axiológica, caso en el que el juez constitucional, sabedor de la existencia de una solución que se puede ofrecer al caso, presente en las fuentes del derecho vigentes, considera que aquella no es la mejor que se puede acoger y a partir de este argumento valorativo, prescinde del tratamiento legal y construye una solución nueva a partir de la aplicación de principios e incluso valores, expresos o inferidos, dada su naturaleza implícita. Esta segunda alternativa implica para el juez una carga argumentativa adicional que justifique la inaplicación de derecho vigente y no bastará el argumento simplista de la jerarquía normativa de los principios, pues se

recuerda que el clausulado contractual que sirvió de base para el surgimiento de derechos y obligaciones civiles que se pueden cuestionar en sede de tutela, obedeció a una intencionalidad fruto de la soberanía de los contratantes, que si bien no es absoluta, sí resulta bien amplia. En la jurisprudencia constitucional revisada no se aprecia este tipo de argumentaciones.

- Aplicar para el caso concreto, la excepción de inconstitucionalidad del artículo 4º de la Carta Política y justificar la inaplicación de la solución de rango legal en una razón más objetiva que subjetivo-valorativa, derivada de la confrontación de las normas que resultan aplicables al caso con los principios constitucionales en juego y al concluir su incompatibilidad, se allana el camino para que el caso sea resuelto exclusivamente por este tipo de normas. Se pudo evidenciar que este tipo de análisis la Corte Constitucional lo realiza cuando determina la inaplicación de cláusulas contractuales que se estiman contrarias a la Carta, pero no se hace uso de esta excepción para justificar la inaplicabilidad de disposiciones contenidas, v.gr. en los códigos civil, de comercio o leyes especiales que regulen prácticas contractuales.

d.- Determinación de la fuente del derecho implícito aplicable al caso

Cuando la solución se adopta a partir del derecho implícito de origen judicial, dada su naturaleza *ex novo* o post contractual y su poder generador de nuevas condiciones contractuales no contempladas en su momento por los contratantes, se impone el elemental deber de explicar la fuente o categoría generadora del derecho implícito aplicable, a manera de orientación, de aquellas relacionadas en un capítulo anterior, así como el proceso de inferencia que condujo a su adopción. Cabe recordar que ese nuevo derecho tiene capacidad de generar obligaciones civiles, con la consecuente restricción de la libertad que ello conlleva (Guastini, 2014) y que justificaría que al juez constitucional se le exija la exposición de un argumento saturado que sustente la

adopción de nuevas cargas que escapan al sistema de fuentes obligacionales civiles, vigente al momento de la celebración del contrato.

e.- Presencia de contratantes pertenecientes a categorías especialmente protegidas

No siempre en el terreno de la contratación particular, las partes contratan en un plano de igualdad jurídica y económica y por supuesto, nunca podrá considerarse un exceso en la constitucionalización del derecho de las obligaciones y contratos, el tratamiento preferencial que ciertas personas puedan recibir del juez constitucional, lo cual no lo exime del deber de razonar sus argumentos, de conformidad con los criterios precedentes. Sin lugar a dudas y así lo demuestra la jurisprudencia constitucional, la presencia en el litigio de menores de edad representados o beneficiarios de contratación, personas de la tercera edad, contratantes pertenecientes a grupos poblacionales tradicionalmente discriminados o sujetos de especial protección el Estado, ha dotado a la Corte Constitucional de herramientas adicionales para argumentar sus decisiones, que sin lugar a dudas, han dotado al Derecho privado de una nueva fisonomía, sin que esto implique la abolición de las características definitorias del iusprivatismo.

Este activismo judicial, del cual ha hecho gala la Corte Constitucional, ha permitido que la doctrina foránea la califique como un modelo de reconocimiento de derechos en América Latina, tal vez solamente superada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica (Herdegen, 2006), activismo que se ha convertido en el mecenas de la promoción de derechos, principalmente de grupos tradicionalmente excluidos de las regulaciones estatales, lo cual torna en plausible el trabajo adelantado por la Corte Constitucional. La ruta metodológica propuesta se dirige, no a evitar las consecuencias de la constitucionalización del derecho de las obligaciones y contratos de Derecho privado, fenómeno que se antoja irreversible, todo lo contrario, se propugna por una articulación adecuada entre principios constitucionales y Derecho privado, a fin de que

este último se alimente del Derecho constitucional, se potencialice, se enriquezca, se dinamice y se evite su reemplazo o desplazamiento por disposiciones exclusivas de Derecho público, consecuencia que se pretende evitar a fin de mantener la autonomía de la voluntad como elemento fundante de las relaciones particulares, vital en un sistema donde imperan libertades individuales y sustento de la estructuración del Derecho Privado.

La pretensión que conlleva esta propuesta metodológica se concreta, en síntesis, a prevenir los excesos de la constitucionalización de litigios contractuales que daría al traste con el esquema jurídico iusprivatista.

4.5.- Verificación de la aplicación de la ruta metodológica en tres sentencias de la Corte Constitucional, relativas a controversias contractuales

En primer término, se toma como base la sentencia de la Corte Constitucional T-769 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, identificada en el desarrollo de este trabajo como el caso del incendio del Centro Comercial La 17, un clásico ejemplo de constitucionalización del derecho privado y objeto de un análisis jurídico previo. El contenido del fallo se somete a una verificación del cumplimiento de los pasos constitutivos de la ruta propuesta y ello permitirá apreciar si hubo articulación o no de los principios constitucionales con el Derecho privado, con el subsecuente riesgo de haberse incurrido en supervaloración de la Constitución e infravaloración de la ley.

Tabla 4.
Sentencia T-769 DE 2005

SENTENCIA T-769 DE 2005 – M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ		
FASES DE LA RUTA METODOLÓGICA	SE APRECIAN EN EL DESARROLLO DEL FALLO?	OBSERVACIONES
1.- Verificación del requisito de excepcionalidad.	SI	Se estudió formalmente este requisito, aunque materialmente no se reunían las condiciones de excepcionalidad. Aparte de lo anterior, la Corte consideró una supuesta situación de indefensión de los accionantes, en realidad inexistente.
2.- Determinación de la forma en que el caso aparece regulado en el derecho privado.	NO	Se observa una prescindencia absoluta del Derecho Privado en la argumentación de la Corte.
3.- Inaplicación de la solución legal. Necesidad de buscar una mejor solución al caso en el terreno de los	NO	La Corte no sustenta la razón de ser de la inaplicación de normas vigentes a un caso de

principios y valores constitucionales: descubrimiento de lagunas normativas o axiológicas o aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.		Derecho privado, so pretexto de encontrar una mejor solución en el Derecho constitucional.
4.- Determinación de la fuente del derecho implícito.	SI	El reconocimiento de un derecho constitucional de preferencia de los antiguos arrendatarios, de naturaleza implícita, ausente en el Derecho comercial en la forma que la Corte lo declaró, que obligó a los antiguos arrendadores a reconocerles a los accionantes un derecho de tenencia, se fundamentó en reglas producto de enunciados interpretativos (conceptos jurídicos indeterminados) y enunciados normativos de principios y valores, tales

		como el principio de solidaridad y los derechos fundamentales al trabajo y debido proceso.
5.- Presencia de contratantes pertenecientes a categorías especialmente protegidas.	SI	La Corte creó la categoría del “contratante damnificado” (antiguo arrendatario perjudicado con el incendio) como sujeto de especial protección, conforme al deber de solidaridad social, argumento acompañado de la falacia del olvido de alternativas, pues la Corte circunscribe, de forma errada, la actividad de los comerciantes de manera exclusiva a los antiguos locales ocupados y descarta la posibilidad de que la misma se pueda desarrollar en otra parte.

CONCLUSIÓN: En esta sentencia no se evidencia una articulación de los principios constitucionales con el Derecho privado, el cual resulta desplazado, sin argumentos, en un caso claramente solucionado por disposiciones de Derecho civil y comercial, carente del presupuesto de vulneración o amenaza de vulneración de derechos fundamentales y menos aún de un perjuicio irremediable y grave, cuya protección se reclamó en una controversia contractual entre particulares que debió tramitarse en la jurisdicción ordinaria. Este es un claro ejemplo de supervaloración constitucional e infravaloración legal, exceso que el juez constitucional está llamado a evitar y por ello corresponde a un ejemplo de lo que la Corte Constitucional no debe hacer.

En segundo término, se analizan dos sentencias de la Corte Constitucional que cuentan con propiedades comunes relevantes y así fueron estudiadas en el desarrollo de este trabajo en un capítulo precedente bajo la denominación de “los casos de las afrocolombianas privadas de su derecho a ingresar a unas discotecas cartageneras” trabajados en las sentencias T-1090 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-131 de 2006, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, fallos que ahora se analizan en perspectiva de la ruta metodológica propuesta.

Tabla 5.**Sentencias T-1090 DE 2005 y T-131 de 2006**

SENTENCIAS T-1090 DE 2005 – M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ Y T-131 DE 2006, M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA		
FASES DE LA RUTA METODOLÓGICA	SE APRECIAN EN EL DESARROLLO DEL FALLO?	OBSERVACIONES
1.- Verificación del requisito de excepcionalidad.	NO	Se recuerda que estas sentencias no se refieren a contratos ya celebrados, sino a contratos que no pudieron celebrarse por querer de una de las partes y por ello, no se trata propiamente de una controversia contractual sino precontractual, de donde surgió a la postre la obligación jurisprudencial de contratar, para de esta forma, obligar a los empresarios renuentes a ofrecer bienes y servicios, inicialmente negados a las accionantes por razones

		netamente discriminatorias.
2.- Determinación de la forma en que el caso aparece regulado en el derecho privado.	NO	Se observa una prescindencia absoluta del Derecho Privado en la argumentación de la Corte.
3.- Inaplicación de la solución legal. Necesidad de buscar una mejor solución al caso en el terreno de los principios y valores constitucionales: descubrimiento de lagunas normativas o axiológicas o aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.	NO	La Corte no sustenta la razón de ser de la inaplicación de normas vigentes a un caso de Derecho privado, so pretexto de encontrar una mejor solución en el Derecho constitucional.
4.- Determinación de la fuente del derecho implícito.	SI	El derecho implícito que permite el ingreso a establecimientos de comercio, con la consecuente generación del deber, igualmente implícito, de contratar la compraventa de bienes y servicios, se

		infirió de enunciados interpretativos (conceptos jurídicos indeterminados) y enunciados normativos de principios y valores explícitos, tales como: igualdad, libre desarrollo de la personalidad, honra y dignidad humana.
5.- Presencia de contratantes pertenecientes a categorías especialmente protegidas.	SI	La Corte Constitucional protegió a miembros de la comunidad afrodescendiente, frecuentemente sujetos de actos de discriminación, que afectan sus derechos fundamentales.
CONCLUSIÓN: Si bien en estas sentencias tampoco se evidencia una articulación de los principios constitucionales con el Derecho privado, pues las alusiones al mismo son mínimas y erradas, una solución fundada netamente en disposiciones de Derecho civil y comercial, no aparece clara y procedente, dada la evidente vulneración de derechos fundamentales de las potenciales contratantes, asunto que por su especial naturaleza escaparía a la jurisdicción ordinaria, donde se carecería de elementos sustanciales y		

procesales para obligar a contratar a unos empresarios en contra de su voluntad. La afectación de derechos fundamentales desde ningún punto de vista puede ser patrocinada por el Derecho privado, que si bien aboga por el respeto a la autonomía privada, reconoce su carácter relativo, al aceptar la existencia de límites (Arrubla, 2010). De ahí que autores como Cárdenas (2008a) califiquen la negativa a contratar como un comportamiento ilícito, cuando ésta obedece a motivos contrarios a principios y valores superiores, como aquellos que involucran discriminación. Esta protección también se ha evidenciado en antecedentes de la jurisprudencia comparada, v.gr. en el caso *Heart of Atlanta Motel vs. Estados Unidos*, donde la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en 1964, reconoció que todas las personas son titulares del derecho a la igualdad, inclusive en servicios ofrecidos por particulares, obligándose a los propietarios del motel Heart of Atlanta a hospedar a personas de raza negra (Carrillo, 2003). Los fallos analizados no son ejemplos de supervaloración constitucional e infravaloración legal, todo lo contrario, enriquecen el Derecho Privado.

A continuación, se exponen los límites que deben respetar los funcionarios judiciales que, actuando como jueces constitucionales, abordan el conocimiento de controversias contractuales, reguladas en principio, por disposiciones válidas de Derecho privado, límites que se concretan al respeto de los principios de interpretación constitucional desarrollados en el siguiente acápite.

4.6.- Principios de interpretación constitucional que se convierten en límites jurídicos a la discrecionalidad judicial

En un momento determinado se dejó expresado que dada la estructura abierta de los principios, que permite incluso inferir derecho implícito de los mismos, la potestad interpretativa

del juez constitucional es enorme, inconmensurable, hasta el punto de que a veces se genera la impresión de que los límites son mínimos, casi inexistentes y eso le ha permitido al Tribunal Constitucional colombiano generar un derecho judicial tan rico en temáticas, ausentes en el trabajo del legislador o incluso, nunca consideradas por éste.

No obstante esta primera impresión que se deriva del trabajo de la Corte Constitucional, lo cierto es que los jueces que integran la jurisdicción constitucional tienen claros límites, en particular, cuando asumen el conocimiento de controversias contractuales entre particulares, las cuales, tal como se dejó establecido, normalmente cuentan con soluciones conferidas por el derecho legislado. La asunción de principios para sentenciar un litigio contractual constitucionalizado por el uso de la tutela, que implique un desplazamiento del derecho de rango legal vigente, impone una carga argumentativa cuya intensidad dependerá de la calidad o condiciones particulares de los sujetos que integran el vínculo contractual, tal como previamente se lo expuso y de ahí surge el primer deber del juez relacionado con la debida motivación de los fallos judiciales, deber que tiene como espejo "un derecho fundamental de los ciudadanos, como posición jurídica concreta derivada del debido proceso" (Corte Constitucional, sentencia T-214 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), motivación que, a juicio del Alto Tribunal, tiene una doble finalidad: (i) conferir legitimidad a los fallos judiciales y (ii) eliminar la arbitrariedad en las decisiones de los jueces, cometidos que así los ha expuesto la Corte de forma reiterada:

"[l]a principal obligación de los jueces consiste en motivar sus decisiones aduciendo las razones de hecho y de derecho que le permiten arribar a la decisión que ponga fin a la controversia planteada, motivación que no sólo permite a las partes conocer los fundamentos que tuvo el juzgador para llegar a una conclusión determinada, sino el mecanismo a través del cual se busca erradicar la arbitrariedad del Estado" (Corte Constitucional, sentencias T-806 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-232 de 2017, M.P. (e) Iván Humberto Escrucería Mayolo).

Es precisamente, en atención a este deber, que el juez constitucional que conoce de un litigio contractual debe explicar las razones adecuadas y suficientes que justifican la adopción de ciertas fuentes del derecho y la omisión de otras, para descartar de esta forma eventuales atisbos de caprichos judiciales, que denoten arbitrariedad. Pero aparte de este deber, exigible en todo tipo de jurisdicción, el juez adquiere otros cuando transita por los terrenos de la interpretación constitucional y se convertirán en límites que deberán ser considerados al momento de aplicar justicia a litigios contractuales privados constitucionalizados por vía de tutela.

La muy especial naturaleza de las controversias contractuales de índole particular y la coexistencia en su solución de disposiciones de índole constitucional y legal, hacen que el juez, en claro respeto al principio democrático, deba atender el principio de conservación del derecho o principio conservacionista, claramente vinculado a otro principio, el de interpretación de la ley conforme a la Constitución, uno y otro explicados claramente por la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional:

El principio de interpretación conforme a la Constitución impide a la Corte excluir del ordenamiento una norma cuando existe por lo menos una interpretación de la misma que se concilia con el texto constitucional. Este principio maximiza la eficacia de la actuación estatal y consagra una presunción a favor de la legalidad democrática (Corte Constitucional, sentencia C-070 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

A su vez, en la sentencia C-038 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto, la Corte Constitucional, al referirse a la utilidad de las sentencias de constitucionalidad condicionada, expresó lo siguiente, en referencia a los principios de interpretación comentados:

El principio de la conservación del derecho constituye una obligación para los Tribunales Constitucionales de mantener al máximo las disposiciones normativas o leyes emanadas del Legislador, en virtud del principio democrático. Así, en virtud de este principio, la Corte decide adoptar una decisión que permita

preservar, antes que anular, la labor del Congreso, es decir, mantener la voluntad del Congreso y, por ende, garantizar el principio democrático (en el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en las sentencias C-100 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-054 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre otras).

La exigencia de respeto a los mencionados principios que se atribuye al juez constitucional, debe ser entendida dentro del siguiente contexto: si bien la conceptualización que sobre estos principios realiza la Corte se enmarca en la facultad que ostenta esta Corporación para declarar la inexequibilidad de normas de origen legislativo mediante sentencias C-, en ejercicio de un control abstracto de constitucionalidad con efectos erga omnes, no debe olvidarse que en las sentencias T y SU con efectos inter partes, la Corte también puede inaplicar normas de origen legislativo, so pretexto de violentar preceptos constitucionales, en aplicación de un control concreto de constitucionalidad y de ahí que se justifique la exigencia de articulación de los principios constitucionales con las disposiciones de Derecho privado, pues desatender esta últimas, desconocer su vigencia y eventual operatividad, so pretexto de fallar en atención a principios explícitos o implícitos, puede constituir una vulneración de los principios democrático, conservacionista o de interpretación conforme a la Constitución.

El referido deber del juez corresponde a lo que en la doctrina foránea se ha denominado el principio de deferencia razonada, deferencia judicial o auto restricción judicial, tradicionalmente fundados en la autonomía del legislador y la presunción de constitucionalidad de sus actos, elementos a considerarse cuando quiera que el juez constitucional realice un control abstracto o concreto de constitucionalidad, que se traduce en una función de legislador negativo o cuando, en sentido contrario, actúa como legislador positivo al insertarse precisamente en la órbita del legislador (cfr. Martínez, 2014; Poyanco, 2013).

Finalmente se aborda el tema del eventual compromiso del principio de la seguridad jurídica cuando un juez constitucional decide controversias contractuales con fundamento en un derecho no explícito sino implícito.

4.7.- Aplicación de derecho implícito y eventual afectación del principio de seguridad jurídica

En este aparte final del trabajo, el concepto del principio de seguridad jurídica que se abordará, será el expuesto y reiterado por la Corte Constitucional en diversos fallos, el cual se convierte en el punto de partida para determinar si la inferencia y aplicación de derecho implícito a litigios contractuales constitucionalizados mediante la figura de la tutela, puede generar una transgresión de este importante principio, el cual conlleva que “la interpretación y aplicación del derecho (sea) una condición necesaria de la realización de un orden justo y de la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos”, en orden a que sólo cuando se atiende la garantía de seguridad jurídica “podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite” (Corte Constitucional, sentencia C-284 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo) .

La seguridad jurídica ha sido entendida por la Corte como sinónimo de garantía de certeza, previsión contemplada en la sentencia T-522 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet, cuando, después de exponer que este principio de rango constitucional (derivado del preámbulo y de los artículos 1,2,4,5 y 6 constitucionales) comprende diversas dimensiones, se concreta a una de ellas: la certeza de que las normas aplicables al litigio por parte del juez, sean aquellas que se encontraban vigentes al momento del nacimiento de la relación jurídica, entiéndase, celebración del contrato, de lo cual se deduce que normas posteriores, no podrían aplicarse a situaciones jurídicas consolidadas en el pasado. Este concepto de seguridad jurídica, Radbruch (2007) -conocido teórico sobre la materia- lo vincula a la exigencia de positividad, “si

no puede fijarse lo que es justo, hay que establecer lo que debe ser jurídico” (p. 144), lo cual supone fuerza y exigencia de practicabilidad a cargo de la magistratura.

En la sentencia C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, referida a la constitucionalidad de la antigua figura de la doctrina probable, la Corte realizó una amplia disertación sobre el alcance del principio de seguridad y su importancia en la prestación del servicio público de administración de justicia, destacándose en el fallo una serie de elementos que ahora se resaltan:

- La seguridad jurídica se relaciona con el derecho a la igualdad, el cual es a su vez un objetivo primordial de la administración de justicia y aquél se complementa a su vez con el postulado de la buena fe, que obliga al funcionario judicial a obrar coherentemente para honrar de esta forma la confianza ciudadana, derivándose de ello la estabilidad, como garantía que permea la interpretación y aplicación del derecho y que blinda a los extremos de la *litis* de interpretaciones que carezcan de razonabilidad, consistencia y uniformidad;
- Un segundo elemento de la seguridad jurídica es la previsibilidad de las decisiones judiciales, la cual se asocia con la certeza de que los jueces interpretan el ordenamiento de una forma coherente.

En la sentencia C-284 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo, la Corte Constitucional, aparte de reiterar los elementos expuestos en la sentencia C-836 de 2001, precisó que la garantía de seguridad jurídica consiste en permitir que los ciudadanos puedan “prever las reglas que les serán aplicadas” y al apoyarse en la cláusula del Estado de Derecho, estatuye que es un imperativo para los jueces adoptar sus decisiones con apoyo “en reglas preexistentes y no con fundamento en su propia voluntad” (considerando 6.2.2). Para lograr esta certeza jurídica, la Corte ha fijado los siguientes instrumentos:

- (i) La Constitución establece que la actividad de los jueces está sometida al imperio de la ley, *“lo que constituye no solo una garantía de autonomía e imparcialidad, sino también de igualdad en tanto el punto*

de partida y llegada de toda la actuación judicial es la aplicación de la ley"; (ii) la ley contempla criterios de interpretación para resolver las tensiones al comprender y aplicar las normas jurídicas; (iii) la Constitución determinó la existencia de órganos judiciales que tienen entre sus competencias *"la unificación de jurisprudencia como forma de precisar con autoridad y vocación de generalidad el significado y alcance de las diferentes áreas del ordenamiento jurídico"*; (iv) la jurisprudencia constitucional ha incorporado un grupo de doctrinas que, como la cosa juzgada y el deber de respeto del precedente judicial, *"tienen entre sus propósitos garantizar la estabilidad de las decisiones y reglas judiciales fijadas con anterioridad"*; y (v) algunos estatutos como el CPACA incorporan normas que tienen por propósito asegurar la eficacia de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado a través, por ejemplo, de su extensión (arts. 10 y 102) (Corte Constitucional. Sentencia SU-072 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, considerando No. 21, fallo en el cual se sistematizan los mismos instrumentos que se habían indicado en la sentencia C-284 de 2015, las frases entre comillas y cursiva, originales del texto, corresponden a esta última sentencia).

Presentado el concepto de seguridad jurídica adoptado por la Corte Constitucional, vinculado al respeto a la ley y los precedentes jurisprudenciales, surge la pregunta final: ¿se afecta este principio cuando el juez aplica derecho implícito surgido post facto y por ello no conocido por las partes, generador de obligaciones que escapan al sistema de fuentes regulado por el Derecho privado y vigente al momento de la celebración del contrato?

Los ejemplos de decisiones judiciales que se han expuesto en el desarrollo de este trabajo han denotado imprevisibilidad, que se traduce en falta de certeza, originada en la sustitución o desplazamiento, no argumentado, de normas vigentes de Derecho civil o comercial, por otras representadas en principios, cuya textura abierta le ha permitido al juez constitucional derivar de ellos una serie de subreglas, derecho nuevo, aplicado a situaciones consolidadas al amparo de un normatividad preexistente al contrato. Se trata de una paradoja en la cual, la jurisprudencia constitucional propugna por el reconocimiento y efectividad de la seguridad jurídica como

principio superior, pero simultáneamente y a partir de sus propias prácticas, propicia situaciones que al generar incertidumbre, eliminan el factor certeza.

La falta de certeza, que se traduce en inseguridad jurídica, es el fundamento de una serie de controversias que en un capítulo anterior se denominaron “vicisitudes derivadas de la propuesta doctrinaria de considerar a la jurisprudencia de la Corte Constitucional como nueva y autónoma fuente de obligaciones civiles y causales de extinción de las mismas”.

La obligación de celebrar o prorrogar contratos derivada de un fallo de tutela basado en principios o la decisión de imponer obligaciones civiles de naturaleza contractual a una persona sin contar con su aquiescencia previa, motivan nuevos temas de reflexión que no encuentran asidero en instituciones tradicionales del derecho privado, sino en el nuevo constitucionalismo, que permea hoy en día prácticamente todos los escenarios jurídicos y justifica la “intervención del Estado en la contratación privada, en busca del tránsito de una justicia formal a una justicia material”, siendo esta una de las manifestaciones del paso “de un Estado liberal a un Estado social de derecho” (Giraldo, 2014, p. 227), justificación que no está libre de excesos.

5. Conclusiones

El desarrollo de esta investigación permitió llegar a las siguientes conclusiones:

El derecho colombiano, en lo pertinente al régimen de las obligaciones y contratos, goza de una marcada influencia romano-francesa, heredada de formas jurídicas adoptadas por el Código Napoleónico. Dicho régimen se construyó inicialmente a partir de normas con estructura de reglas, en aquellas épocas donde la primacía de la fuente ley, restringía las libertades interpretativas del juez, quien se veía limitado a un papel de aplicador de normas preestablecidas.

La casuística vinculada a la exigibilidad de derechos, obligaciones y responsabilidad civil contractual, tradicionalmente era tratada a la luz de disposiciones civiles o comerciales consignadas en estatutos atinentes a estas temáticas y en normatividad contractual, lo cual le permitía a los sujetos de la relación obligacional conocer *ab initio* las cargas obligacionales que asumían, punto importante para generar el consentimiento, ligado necesariamente a la voluntad, génesis de todo acto jurídico. Antes de la Constitución actual, la problemática relacionada con obligaciones y contratos se solucionaba indagando las respuestas en los códigos, no en la Carta de 1886. La técnica de la subsunción permitía que las diversas situaciones fácticas se enmarcaran en el precepto a aplicar y en caso de conflicto entre normas – reglas, se hacía uso de una serie de disposiciones orientadas a evitar las antinomias y consecuentemente, una norma resultaba anulada por otra. La previsibilidad de las decisiones judiciales se encontraba a la orden del día, pues era fácil suponer que si se encontraban acreditados los presupuestos de hecho de la regla, debía entonces aplicarse la consecuencia ahí misma contemplada.

Salvo el caso de las denominadas cláusulas de la naturaleza de los contratos (que involucran obligaciones implícitas, como ejecutar la prestación de buena fe), la tendencia imperante consistía en que las partes de la relación jurídica, de entrada, eran conscientes de sus

derechos y obligaciones, sin que haya lugar al cumplimiento de deberes o cargas sorpresivas, derivadas verbi gratia, de interpretaciones judiciales. Se expresan estas ideas en pasado, pues el panorama actual resulta bien diferente al anteriormente descrito: la entrada al escenario de las disposiciones constitucionales con estructura de principios o normas abiertas, íntimamente relacionadas con el concepto de derechos fundamentales y acaecida con la promulgación de la Carta de 1991, rompió el esquema tradicional de la obligaciones, sus fuentes y ergo, hay que repensarlas en función de los principios constitucionales.

A partir de lo acontecido con la doctrina expuesta por la Corte Constitucional sobre controversias contractuales entre particulares, constitucionalizadas mediante la acción de tutela, el concepto tradicional de obligación civil, en particular, aquella derivada del contrato y sus elementos integrantes, ha sufrido modificaciones. La voluntad, considerada durante siglos como un elemento esencial para hablar del surgimiento de una obligación contractual basada en el consentimiento, ya no es necesaria para el nacimiento de cargas obligacionales a cargo de una de las partes del contrato, las cuales se pueden derivar directamente de una sentencia del juez constitucional, quien se ha considerado dotado de la capacidad de imponer obligaciones post contrato nuevas, no pactadas por las partes, ni existentes al momento de la celebración del negocio jurídico bilateral.

El nuevo derecho judicial de las obligaciones y contratos, construido en torno a la teoría de los principios constitucionales, aparte de convertirse en un motor *sui generis* generador de obligaciones civiles, ha perfilado las características de ciertos contratos y de elementos esenciales para su validez, como el consentimiento y a partir de lo acontecido, el concepto de contrato en perspectiva del Derecho civil, entendido como acto, se revitaliza y se reimpone a la noción comercialista, que lo asume como acuerdo, noción esta última que se afecta frente a la existencia de contratos forzosos, como aquellos derivados del cumplimiento de sentencias judiciales; de

similar forma la Corte Constitucional ha adoptado nuevas causales de extinción de las obligaciones e inclusive, en los terrenos del Derecho procesal se han dispuesto atípicas causales de suspensión y terminación de procesos judiciales adelantados por la justicia ordinaria y originados en litigios contractuales.

La metodología utilizada, consistente en la argumentación mediante ejemplos, permitió arribar a una conclusión según la cual, a partir de una serie de casos expuestos por el máximo tribunal constitucional, se evidenció cómo a través del derecho judicial, el juez de tutela genera cargas obligacionales diferentes a las derivadas del sistema de fuentes contemplado en la legislación civil, el cual todavía hace honor al clasicismo francés adoptado en diversas disposiciones aún vigentes en el Código Civil colombiano. La conclusión que se ha pretendido cimentar según la cual, la jurisprudencia constitucional en casos de litigios contractuales tramitados en sede de tutela constituye una fuente autónoma de obligaciones civiles, dado su poder creador de nuevo derecho, genera una consecuencia inicial e inmediata: la modificación del Código Civil y de la ley 57 de 1887, en el componente de fuentes de las obligaciones, pues las mismas ya no solamente surgen de la ley, contrato, cuasicontrato, delito y cuasidelito (arts. 1494 C.C. y 34 ley 57 de 1887).

Habría que considerarse entonces a la jurisprudencia constitucional como una nueva fuente, surgida de manera posterior al contrato y con efectos no generales, como aquellos que se evidencian en las fuentes ya relacionadas, sino de naturaleza particular, pues en principio se aplican solamente a las partes intervinientes del litigio contractual constitucionalizado por vía de tutela, lo cual no obsta para que en el futuro y por vía de precedentes, se apliquen a casos análogos, caso en el cual el derecho judicial productor de subreglas, ya ostentará el carácter de preexistente con respecto a los litigios futuros que cuenten con propiedades jurídicas relevantes y ameriten la aplicación del ya mentado precedente.

El concepto de derecho implícito desarrollado por la doctrina foránea y las diversas categorías que permiten su nacimiento a partir de ejercicios de inferencia a cargo del juez constitucional, dotan a éste de herramientas para adoptar un nuevo derecho de las obligaciones y contratos, construido a partir de la interpretación de principios, normas de estructura abierta que confieren al fallador amplias posibilidades interpretativas. En aplicación de este concepto, la Corte Constitucional ha desarrollado un trabajo que ha implicado el descubrimiento de una serie de obligaciones ínsitas en normas con estructura de principios, las cuales alteran el peso de las cargas obligacionales, hasta el punto de que, probablemente de haberse conocido con anterioridad, las partes extremos de la relación no las hubieran consentido, pues estas son las titulares de la libertad de configuración interna del contrato. Lo anterior, en virtud de que la Corte Constitucional, al resolver litigios contractuales de origen particular, frecuentemente se separa de las reglas de derecho aplicables al caso regulado por ellas y busca una mejor solución en el terreno de los principios constitucionales, al encontrarse frente a una especie de laguna axiológica. Para ello, el Alto Tribunal se margina de las reglas legales de interpretación del contrato, vigentes en el Código Civil y adopta un procedimiento de interpretación contractual basado en la hermenéutica constitucional, sin que se aprecie articulación alguna entre uno y otro sistema.

La falta de predictibilidad de las resultas posteriores de un contrato, en lo que respecta a las consecuencias patrimoniales derivadas del mismo, teóricamente podría comprometer la seguridad jurídica de este tipo de relaciones, fundamentales en el devenir de la economía privada y esto se explica en la medida de que el consentimiento, en ciertos eventos, ya no es determinante para el surgimiento de obligaciones contractuales, pues bastaría la orden del juez constitucional para consolidarlas. El principio de la seguridad jurídica impone que las partes de un contrato hayan previsto de antemano las obligaciones jurídicas derivadas del mismo y para ello, los

contratantes, atendiendo a su poder de configuración de la norma – contrato, fijan el contenido y el alcance del mismo al cobijo de unas fuentes pre establecidas que les permiten avizorar con un elevado grado de confianza, dada la previsibilidad que se deriva de las normas con estructura de reglas, tanto las cargas obligacionales como los derechos con efectos inter partes que encontrarán su amparo en el sistema normativo pre existente al acto contractual, más aún si se considera que “en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración” (subrayado por fuera del texto original), por querer del artículo 38 de la ley 153 de 1887. Por ello, la adopción de nuevas cargas obligacionales, no consensuadas, surgidas de manera posterior al contrato, que incluso conllevan desplazamiento del Derecho privado vigente, imponen al juez constitucional del caso, en respeto al principio de legalidad y conservación de las normas, explicar de manera razonada las razones de la inaplicación de normas vigentes, preexistentes al contrato, so pretexto de solucionar el caso a partir de principios constitucionales, fuente de derecho implícito. De esta forma se evita un ejercicio arbitrario de la administración de justicia.

Finalmente, habrá de concluirse que se impone una articulación argumentativa del Derecho privado con los principios constitucionales, para evitar una desmedida y a veces innecesaria constitucionalización del Derecho civil y comercial, excesos reflejados en una sobrevaloración de la Constitución e infravaloración de la ley. La articulación propuesta permite dotar al Derecho privado de nuevas herramientas, sin que pierda su esencia, se propugna por un enriquecimiento conceptual que evitará su menosprecio, a veces evidenciado en la jurisprudencia constitucional de litigios contractuales entre particulares.

Referencias Bibliográficas

REFERENCIAS DOCTRINARIAS

AGUILÓ, J. (2000). Teoría general de las fuentes del Derecho. Barcelona: Editorial Ariel.

ALCHOURRON, C. y BULYGIN, E. (1974). Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Buenos Aires: Editorial Astrea.

ALESSANDRI, A. (1934). Teoría de las obligaciones. Santiago de Chile: Imprenta El Esfuerzo.

ALEXY, R. (2003). Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, traducción de Carlos Bernal Pulido. Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 28. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia.

ALVAREZ, M. (1997). Introducción al Derecho. México: Editorial McGraw Hill.

ANGARITA, J. (2004). Lecciones de Derecho civil, t. II, Bienes, 4ª edición. Bogotá D.C.: Editorial Temis.

ANGARITA, J. (2005). Lecciones de Derecho civil, t. 1, Personas y representación de incapaces, 5ª edición. Bogotá D.C.: Editorial Temis.

ANZOLA, N. (1918). Lecciones elementales de Derecho Civil colombiano, curso 2º Sucesiones y obligaciones. Bogotá D.C.: Librería colombiana Camacho, Roldán y Tamayo.

ARAGÓN, M. (1997). El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.

ARANGO, R. y LEMAITRE, J. (2002). Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital. En: Estudios ocasionales CIJUS, Bogotá D.C.: Ediciones Uniandes.

- ARRUBLA, J. (2007). Contratos mercantiles, tomo I. Teoría general del negocio mercantil, 12ª Edición. Medellín: Editorial Diké.
- ARRUBLA, J. (2008). Contratos mercantiles, t. III. Contratos atípicos, 7ª edición. Medellín: Biblioteca jurídica Diké.
- ATIENZA, M. (1997). Derecho y Argumentación. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- ATIENZA, M. (2006). El derecho como argumentación. Barcelona: Editorial Ariel.
- ATIENZA, M. (2010). Interpretación constitucional. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Libre.
- BAENA, M. (2000). De las obligaciones en Derecho civil y comercial, 3ª edición. Bogotá: Editorial Legis.
- BAYÓN, J. y RODRÍGUEZ, J. (2003). Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales, serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No. 27. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- BERGALLI, R. (1994). Protagonismo judicial y representatividad política. En Revista Doxa (15-16), pp. 423 - 445. Universidad de Alicante.
- BERNAL, C. (2005). El derecho de los derechos. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- BERNAL, C. (2006). La Corte Constitucional dentro del Estado social de derecho colombiano, un órgano legitimador del derecho dentro de una sociedad. En: Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo, Ricardo Sanín (coordinador académico), pp. 245 - 257. Bogotá D.C.: Editorial Legis.
- BERNAL, C. (2009). El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia.

- BETANCUORT, M. (1996). Derecho privado. Categorías básicas. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Nacional de Colombia.
- BLANCO, G. (2010). De la interpretación legal a la interpretación constitucional. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- BOBBIO, N. (2002). Teoría general del derecho, 2ª edición. Traducción de Jorge Guerrero. Bogotá D.C.: Editorial Temis.
- BOHÓRQUEZ, A. (2005). De los negocios jurídicos en el Derecho privado colombiano. De algunos contratos en particular, vol. 3. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley.
- BOHÓRQUEZ, A. (2016). Principio de completitud y creación judicial del derecho. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- BONNECASE, J. (1997). Tratado elemental de Derecho civil, trad. Enrique Figueroa Alfonso. Editorial Harla: México D.F.
- CALDERÓN, J. (2008). La constitucionalización de controversias contractuales. En: A.A.V.V. Los contratos en el Derecho privado, pp. 751- 769. Bogotá D.C.: Editorial Legis
- CALDERÓN, J. (2011). La constitucionalización del Derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia. Bogotá D.C.: Editorial Temis.
- CALAMANDREI, P. (1980). El elogio de los jueces escrito por un abogado. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América
- CÁRDENAS, J. (2007). Los derechos fundamentales y el derecho privado contractual. La situación en derecho colombiano, en: AA.VV. Constitucionalización del Derecho Privado, Actas del Tercer Congreso Internacional de la Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- CÁRDENAS, J. (2008a). Justicia y abuso contractual. En: A.A.V.V. Los contratos en el Derecho privado, pp. 693- 720. Bogotá D.C.: Editorial Legis.

- CÁRDENAS, J. (2008b). La protección del contratante y la protección del derecho contemporáneo. En: A.A.V.V. Los contratos en el Derecho privado, pp. 771- 807. Bogotá D.C.: Editorial Legis.
- CARNELUTTI, F. (1989). Cómo nace el derecho. Bogotá D.C.: Editorial Temis.
- CARRILLO, J. (2003). Tendencias del derecho de las obligaciones. El concepto en el derecho público y el derecho privado. En: A.A.V.V. Estudios de Derecho civil. Obligaciones y contratos, tomo 1, pp. 229-267. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- CASTAÑO, A. (2005). Teoría Dinámica del Derecho. Medellín: Editorial Comlibros.
- CASTRO, J. y CALONJE, N. (2015). Derecho de obligaciones. Aproximaciones a la praxis y a la constitucionalización. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.
- CEPEDA, M. (1997). Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, 2ª edición. Bogotá D.C.: Editorial Temis.
- CEPEDA, M. (2001). Derecho constitucional jurisprudencial. Las grandes decisiones de la Corte Constitucional. Bogotá D.C.: Editorial Legis.
- CLARO, L. (1936). Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado, t. 10, De las obligaciones 1. Santiago de Chile: Editorial Nascimento.
- CLARO, L. (1937) Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado, t. 11, De las obligaciones 2. Santiago de Chile: Imprenta Nascimento.
- CLARO, L. (1939). Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado, t. 12, De las obligaciones III. Santiago de Chile: Imprenta Nascimento.
- COLIN, A. y CAPITANT H. (1952). Curso elemental de Derecho Civil, t. III. Madrid: Editorial Reus.

- CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil (2014). Las sentencias de unificación jurisprudencial y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional de Colombia.
- CORREA, G. (1988). Lo imprevisible en la contratación mercantil. En: AA.VV. Las transformaciones del Derecho mercantil moderno. Medellín: Editorial Diké.
- CUBIDES, J. (2005) Obligaciones. 5ª Edición. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- CHINCHILLA, T. (1999). Qué son y cuáles son los derechos fundamentales. Bogotá D.C.: Editorial Temis.
- DEMOGUE, R. (1923). Traité des obligations en general, t. I, sources des obligations. Paris: Editorial Arthur Rousseau.
- DEVIS, H. (1961). Tratado de Derecho Procesal Civil, parte general, tomo 1, Bogotá D.C.: Editorial Temis.
- DWORKIN, R. (1989). Los derechos en serio. 2ª edición, traducción de M. Gustavino. Barcelona: Editorial Ariel.
- ENNECCERUS, L. (1935). Derecho Civil (parte general), vol. 2, traducción de Blas Pérez González y José Alguer. Barcelona: Casa Editorial Bosch.
- ERNST, C. (1994). Los derechos implícitos. Córdoba: Editora Marcos Lerner.
- FERRI, L. (2001). La autonomía privada. Trad. Luis Sancho Mendizábal. Granada: Editorial Comares.
- FIERRO, R. (2007). Teoría general del contrato. Contratos civiles y mercantiles. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley.
- GARCÍA, A. y GASCÓN, M. (2003). Interpretación y argumentación jurídica. San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial.

- GIORGI, J. (1928a). Teoría de las obligaciones en el derecho moderno, volumen 1, Definición de las obligaciones. 2ª edición. Madrid: Editorial Reus.
- GIORGI, J. (1928b). Teoría de las obligaciones en el derecho moderno, volumen 2, Efectos de las obligaciones. Madrid: Editorial Reus.
- GIORGI, J. (1929). Teoría de las obligaciones en el derecho moderno, vol. III Fuentes de las obligaciones – contratos. Madrid: Editorial Reus.
- GIRALDO, C. (2014). El contrato y la justicia: una relación permanente y compleja, serie Tesis Doctorales No. 2. Bogotá D.C.: Ed. Universidad Externado de Colombia.
- GONZÁLEZ, A. (1995). Introducción al Derecho, 5ª Edición. Bogotá D.C.: Ediciones Librería El Profesional.
- GUASTINI, R. (2014). Otras distinciones, serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 68. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- GUERRA, Y. (2009). Formación en investigación. Bogotá D.C.: Editorial Ciencia y Derecho.
- HERDEGEN, M. (2006). La Corte Constitucional en la relojería del Estado de Derecho. En: A.A.V.V. Justicia Cosntitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo, pp. 65-80. Bogotá D.C.: Editorial Legis.
- HINESTROSA, F. (1964). Derecho civil. Obligaciones. Bogotá. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- HURTADO, J. (2006). El proyecto de investigación, 4ª Edición. Bogotá D.C.: Editorial Quirón.
- ITURRALDE, V. (2015). El precedente como una fuente de interpretación (perspectiva desde el derecho continental). En: Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial, Carlos Bernal Pulido y Thomas Bustamante (editores). Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 71. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia.

- JARAMILLO, C. (2008). Importancia de la interpretación contractual y esbozo de los sistemas tradicionales de interpretación de los contratos, pp. 27-45. En: A.A.V.V. Los contratos en el Derecho privado. Bogotá D.C.: Editorial Legis.
- JOSSERAND, L. (1952). Derecho civil, t. II, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- KENNEDY, D. (1999). Libertad y restricción en la decisión judicial – Una fenomenología crítica, estudio preliminar de César Rodríguez. Bogotá D.C.: Ediciones Uniandes.
- KENNEDY, D. (2001). Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado. En: Sociología del Derecho – Teoría y sociología del Derecho en Estados Unidos, Mauricio García Villegas (editor). Bogotá D.C.: Editorial Universidad Nacional.
- LARENZ, K. (1958). Derecho de obligaciones, tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- LÓPEZ, D. (2000). El derecho de los jueces. Bogotá D.C.: Editorial Legis.
- LÓPEZ, D. (2004). Teoría impura del Derecho. Bogotá: Editorial Legis.
- LÓPEZ, D. (2016). Eslabones del derecho. Bogotá D.C.: Editorial Legis.
- LÓPEZ, J. (1986). Los contratos: parte general. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- LUQUE, R. (2001). El sida en primera persona. Bogotá D.C.: Editorial Panamericana.
- MADRINÁN, R. (1986). Principios de Derecho comercial. Bogotá D.C.: Editorial Temis.
- MARTÍNEZ, G. y MARTÍNEZ, C. (2003). Responsabilidad civil extracontractual, 11ª edición. Bogotá D.C. Editorial Temis.
- MAZEAUD, H.L. y J. (1959). Lecciones de Derecho Civil, 2ª parte. Trad. Luis Alcalá Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- MONROY, M. (2001). Introducción al Derecho, 12ª Edición, Bogotá D.C.: Editorial Temis.
- NINO, C. (2003). Introducción al análisis del derecho, 11ª edición. Barcelona: Editorial Ariel.

- OSPINA, G. y OSPINA, E. (2000). Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Bogotá D.C.: Ed. Temis.
- OSPINA, G. (2005). Régimen general de las obligaciones, 8ª edición. Bogotá: Editorial Temis.
- PAREDES, A. (2018). Ineficacia del acto jurídico. En: Derecho de las obligaciones con propuestas de modernización, t. II. Marcela Castro de Cifuentes (Coordinadora), 2ª edición. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes.
- PARRA, N. (2018). Temperamentos interpretativos. Interpretación del contrato, la ley y la Constitución. Bogotá D.C.: Editorial Legis.
- PEÑA, E. y PEÑA, G. (2006). El derecho de bienes, 2ª edición. Bogotá D.C.: Editorial Legis.
- PEREZ, F. (1942). Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá D.C.: Ed. Voluntad.
- PÉREZ, M. y ÁLVAREZ, R. et al. (1995). Derecho Civil, Código Civil. Madrid: Editorial McGraw-Hill.
- PÉREZ, Á. (1968) Teoría general de las obligaciones, vol. II 1ª Parte. Bogotá D.C.: Editorial Temis.
- PLANIOL, M. y RIPERT, J. (1936). Tratado práctico de Derecho civil francés, t. VI, Las obligaciones (primera parte), traducción de Mario Díaz Cruz. La Habana: Editorial Cultural.
- PLANIOL, M. y RIPERT, J. (1997). Derecho Civil, traducción de Leonel Pereznieta Castro. Editorial Harla: México D.F.
- POSNER, R. (2011). Cómo deciden los jueces, trad. Victoria Roca Pérez. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- QUINCHE, M. (2006). Seguridad jurídica y volatilidad constitucional en un estado complejo. En: Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo, Ricardo Sanín (coordinador académico), pp. 209-222. Bogotá D.C.: Editorial Legis.

- QUINCHE, M. (2016). El precedente judicial y sus reglas. Bogotá D.C.: Editorial Legis.
- RADBRUCH, G. (2007). Filosofía del Derecho, traducción de José Medina Echavarría. Madrid: Editorial Reus.
- RAMOS, R. (1999). De las obligaciones. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- RENGIFO, E. (2008). Interpretación del contrato atípico a la luz de la jurisprudencia colombiana. En: A.A.V.V. Los contratos en el Derecho privado, pp. 47- 70. Bogotá D.C.: Editorial Legis
- ROCHA, A. (2009). Lecciones sobre Derecho Civil Obligaciones. Revisado, actualizado y completado por Betty Mercedes Martínez Cárdenas. Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario.
- SANTOS, B. (2009). Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho. Bogotá D.C.: ILSA.
- SCHAPP, J. (1998). Derecho civil y filosofía del derecho. La libertad en el Derecho. Traducción Luis Villar Borda. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 8. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- TABARES, F. (2017). La reforma del Código Civil francés. Un proemio al cambio estructural de los principios de Derecho privado del Código Napoleónico. En: Revista Verba Iuris 12 (38), pp. 155-169. Bogotá D.C.: Universidad Libre.
- UPRIMNY, R. y RODRÍGUEZ, A. (2006). Interpretación judicial, 1ª edición. Bogotá D.C.: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- VALENCIA, A. (1988). Derecho civil, tomo IV, De los contratos, 7ª edición. Bogotá D.C.: Editorial Temis.

VALENCIA, A. y ORTIZ, Á. (1997). Derecho Civil t. I. Parte general y personas, 14ª edición. Bogotá D.C.: Editorial Temis.

VALENCIA, A. y ORTIZ, Á. (2001). Derecho Civil, t. II, Derechos reales, 10ª edición. Bogotá D.C.: Editorial Temis.

VALENCIA, A. y ORTIZ, Á. (2004). Derecho Civil t. III. De las obligaciones, 9ª edición. Bogotá D.C.: Editorial Temis.

VELÁSQUEZ, L. (2008). Bienes, 11ª edición. Medellín: Librería Jurídica Comlibros.

VILLA, S. (2014). Costumbres mercantiles en el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla. Barranquilla: Editorial Universidad Libre.

VON TUHR, A. (1934). Tratado de las obligaciones, t. I. Trad. W. Roces. Madrid: Editorial Reus.

WESTON, A. (2007). Las claves de la argumentación, 13ª edición. Barcelona: Editorial Ariel.

WEBGRAFÍA

ACEVEDO, Á. (2011). Teoría general de las obligaciones (2ª edición). Madrid: Editorial Dykinson, [Recuperado en: <http://site.ebrary.com.bdatos.usantotomas.edu.co:2048/lib/bibliotecaustasp/reader.action?docID=11046068>. Fecha de consulta: 22 de junio de 2017].

ACOSTA, J. (2016). La interpretación constitucional: entre legicentrismo, neoconstitucionalismo y constitucionalización. En: Revista del Instituto de Ciencias Jurídica de Puebla, Año X, No. 37, Enero – Junio de 2016, pp. 83-102.[Recuperado en: <file:///C:/Users/hp/Downloads/Dialnet-LaInterpretacionConstitucional-6629460.pdf>. Fecha de consulta: 02 de septiembre de 2020].

- ANZURES, J. (2010). La eficacia horizontal de los derechos fundamentales, en Revista Mexicana de Derecho Constitucional, No. 22, enero – junio de 2010, pp. 3-51. [Recuperado en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n22/n22a1.pdf>. Fecha de consulta: 21 de septiembre de 2018].
- ARNAU, F. (2008). Lecciones de Derecho civil II. Obligaciones y contratos. Castellón: Editorial Universitat Jaume I. [Recuperado en <http://libros.metabiblioteca.org/bitstream/001/142/8/978-84-691-5640-7.pdf>. Fecha de consulta: 04 de julio de 2017] .
- ARRUBLA, J (2010). La constitucionalización del Derecho privado. En: Revista Nuevo Derecho, vol. 5 No. 7, julio – diciembre de 2010, pp. 47-73, Institución Universitaria de Envigado, [Recuperado en: <http://revistas.iue.edu.co/revistas/iue/index.php/nuevoderecho/article/view/271/421>. Fecha de consulta: 30 de agosto de 2020].
- CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ (2019). Listado de costumbres mercantiles. [Recuperado en: <https://www.ccb.org.co/Transformar-Bogota/Costumbre-Mercantil/Listado-de-Costumbres-Mercantiles>. Fecha de consulta: 20 de mayo de 2019].
- CANDIA, G. (2014). Analizando la tesis de los derechos implícitos: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el requerimiento de inaplicabilidad rol No. 2.408-2013 de 6 de marzo de 2014. En: Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, año 21, No. 1, pp. 497-521 [Recuperado en: <http://www.scielo.cl/pdf/rducn/v21n1/art17.pdf>. Fecha de consulta: 11 de junio de 2015].
- CASTAÑEDA, M. (2009). Naturaleza jurídica del tiempo compartido. En: Régimen jurídico del turismo y de la zona marítima. Memoria del Congreso Internacional de Derecho

Turístico, pp. 417- 440. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

[Recuperado en:

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2722/26.pdf>. Fecha de consulta: 10

de diciembre de 2018].

CORRAL, H. Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho privado. En:

Revista Derecho Mayor, No. 3, octubre 2004, pp. 47-63. Universidad Mayor, Temuco,

Chile

[Recuperado

en:

<https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/05/constitucionalizaciond-privado.pdf>.

Fecha de consulta: 5 de septiembre de 2020].

EZQUIAGA, F. (1986). El argumento a contrario en la jurisprudencia constitucional

[Recuperado en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142100.pdf>. Fecha de

consulta: 17 de mayo de 2019].

FAVOREU, L. (2001). La constitucionalización del derecho. En: Revista de Derecho, vol. XII,

No. 1, 2001, pp. 31 a 43, Universidad Austral de Chile [Recuperado en:

<http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v12n1/art03.pdf> . Fecha de consulta: 2 de septiembre de

2020].

FAYOS, A. (2016). Derecho civil: Manual de derecho de obligaciones. Madrid: Editorial

Dykinson

[Recuperado

en:

[http://site.ebrary.com/bdatos.usantotomas.edu.co:2048/lib/bibliotecaustasp/detail.action?d](http://site.ebrary.com/bdatos.usantotomas.edu.co:2048/lib/bibliotecaustasp/detail.action?docID=11361813&p00=fuentes+obligaciones)

[ocID=11361813&p00=fuentes+obligaciones](http://site.ebrary.com/bdatos.usantotomas.edu.co:2048/lib/bibliotecaustasp/detail.action?docID=11361813&p00=fuentes+obligaciones). Fecha de consulta: 13 de julio de 2017].

FERRANDIS, J. (1958). Una revisión crítica de la clasificación de las fuentes de las

obligaciones. En: Revista Anuario de Derecho Civil, vol. 11 No. 1, pp. 115-146. Madrid:

Ministerio

de

la

Presidencia.

[Recuperado

en:

https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1958-10011500146. Fecha de consulta: 13 de julio de 2017].

GARCÍA, J. (2001). Sobre el argumento a contrario en la aplicación del Derecho. En: Revista Doxa No. 24, Universidad de Alicante, 2001, pp. 85-114. [Recuperado en: <https://doxa.ua.es/article/view/2001-n24-sobre-el-argumento-a-contrario-en-la-aplicacion-del-derecho> . Fecha de consulta: 24 de mayo de 2019].

HERNÁNDEZ, H. (2013). Los principios generales del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano: Criterios para la configuración del abuso del derecho. En: Revista UIS Humanidades, vol. 41 No. 2, julio – diciembre de 2013, pp. 123 - 137 [Recuperado en: <https://revistas.uis.edu.co/index.php/revistahumanidades/article/view/4935/5050>. Fecha de consulta: 16 de febrero de 2019].

HERNÁNDEZ, H. y PARDO, O. (2014). La aplicación de la teoría del abuso del derecho en la jurisprudencia colombiana. En: Revista Opinión Jurídica Universidad de Medellín, Vol. 13, N° 26, pp. 109-124 - Julio-Diciembre de 2014 [Recuperado en: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/959>. Fecha de consulta: 8 de febrero de 2019].

HERNÁNDEZ, K. y GUERRA, D. (2012). El principio de autonomía contractual civil. Sus límites y limitaciones. En: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa No. 6, pp. 27-46. [Recuperado en: <http://www.eumed.net/rev/rejie/06/hfgc.pdf>. Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2015].

LACRUZ, J., SANCHO, F. y LUNA, A. (2011). Elementos de Derecho civil: derecho de las obligaciones. Tomo II, Vol. I, 5ª edición. Madrid: Editorial Dykinson [Recuperado en: <http://site.ebrary.com/bdatos.usantotomas.edu.co:2048/lib/bibliotecaustasp/reader.action?docID=11046046&ppg=28>. Fecha de consulta: 17 de julio de 2017].

- LAPORTA, F. (2002). La creación judicial y el concepto de derecho implícito. En: Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid No. 6, pp. 133-151. [Recuperado en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3092/14239_6RJ132.pdf?%20sequence=1. Fecha de consulta: 4 de junio de 2015].
- LÓPEZ, K. y AMADO, C.. Determinación de la filiación materna en Colombia en la práctica de la maternidad delegada. En: Revista de Derecho Privado No. 52, julio – diciembre de 2014, pp. 2-17. Universidad de los Andes [Recuperado en: <http://www.redalyc.org/html/3600/360033223023/>. Fecha de consulta: 16 de noviembre de 2018].
- MARTÍNEZ, J. (2014). Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve análisis de sus orígenes y su desarrollo. En: Revista Estudios Constitucionales, año 12, No. 1, 2014, pp. 365-396. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. [Recuperado en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v12n1/art09.pdf>. Fecha de consulta: 20 de mayo de 2019].
- NEME, M. (2009). Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. En: Revista de Derecho Privado No. 17-2009, Universidad Externado de Colombia, pp. 45 - 76. [Recuperado en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download/410/390>. Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2018].
- PABÓN, A. y UPEGUI, O. (2017). El acceso a las técnicas de reproducción asistida como una garantía de los derechos sexuales y reproductivos: la jurisprudencia de la Corte Constitucional a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En: Revista Justicia No. 31, Universidad Simón Bolívar, enero – junio de 2017, pp. 171-187

[Recuperado en: <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n31/0124-7441-just-31-00171.pdf>.

Fecha de consulta: 14 de abril de 2019].

POTHIER, R. (1839). Tratado de las obligaciones, parte 1ª. Sin traductor conocido. Barcelona:

Imprenta y litografía de J. Roger. [Recuperado en:

[https://books.google.com.co/books?id=41x1MN-](https://books.google.com.co/books?id=41x1MN-AxwYC&pg=PA152&lpg=PA152&dq=tratado+de+las+obligaciones+del+autor+pothier+robert+joseph+interpretaci%C3%B3n+de+contratos&source=bl&ots=ZAXHyawXaZ&sig=1B6Q236rwgbx__eODbx0D4CY_cg&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwj9z_G8tb3aAhXux1kKHSB4AdE4ChDoAQg1MAM#v=onepage&q=interpretaci%C3%B3n%20del%20contrato&f=false)

[AxxwYC&pg=PA152&lpg=PA152&dq=tratado+de+las+obligaciones+del+autor+pothier](https://books.google.com.co/books?id=41x1MN-AxwYC&pg=PA152&lpg=PA152&dq=tratado+de+las+obligaciones+del+autor+pothier+robert+joseph+interpretaci%C3%B3n+de+contratos&source=bl&ots=ZAXHyawXaZ&sig=1B6Q236rwgbx__eODbx0D4CY_cg&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwj9z_G8tb3aAhXux1kKHSB4AdE4ChDoAQg1MAM#v=onepage&q=interpretaci%C3%B3n%20del%20contrato&f=false)

[+robert+joseph+interpretaci%C3%B3n+de+contratos&source=bl&ots=ZAXHyawXaZ&](https://books.google.com.co/books?id=41x1MN-AxwYC&pg=PA152&lpg=PA152&dq=tratado+de+las+obligaciones+del+autor+pothier+robert+joseph+interpretaci%C3%B3n+de+contratos&source=bl&ots=ZAXHyawXaZ&sig=1B6Q236rwgbx__eODbx0D4CY_cg&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwj9z_G8tb3aAhXux1kKHSB4AdE4ChDoAQg1MAM#v=onepage&q=interpretaci%C3%B3n%20del%20contrato&f=false)

[sig=1B6Q236rwgbx__eODbx0D4CY_cg&hl=es-](https://books.google.com.co/books?id=41x1MN-AxwYC&pg=PA152&lpg=PA152&dq=tratado+de+las+obligaciones+del+autor+pothier+robert+joseph+interpretaci%C3%B3n+de+contratos&source=bl&ots=ZAXHyawXaZ&sig=1B6Q236rwgbx__eODbx0D4CY_cg&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwj9z_G8tb3aAhXux1kKHSB4AdE4ChDoAQg1MAM#v=onepage&q=interpretaci%C3%B3n%20del%20contrato&f=false)

[419&sa=X&ved=0ahUKEwj9z_G8tb3aAhXux1kKHSB4AdE4ChDoAQg1MAM#v=one](https://books.google.com.co/books?id=41x1MN-AxwYC&pg=PA152&lpg=PA152&dq=tratado+de+las+obligaciones+del+autor+pothier+robert+joseph+interpretaci%C3%B3n+de+contratos&source=bl&ots=ZAXHyawXaZ&sig=1B6Q236rwgbx__eODbx0D4CY_cg&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwj9z_G8tb3aAhXux1kKHSB4AdE4ChDoAQg1MAM#v=onepage&q=interpretaci%C3%B3n%20del%20contrato&f=false)

[page&q=interpretaci%C3%B3n%20del%20contrato&f=false](https://books.google.com.co/books?id=41x1MN-AxwYC&pg=PA152&lpg=PA152&dq=tratado+de+las+obligaciones+del+autor+pothier+robert+joseph+interpretaci%C3%B3n+de+contratos&source=bl&ots=ZAXHyawXaZ&sig=1B6Q236rwgbx__eODbx0D4CY_cg&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwj9z_G8tb3aAhXux1kKHSB4AdE4ChDoAQg1MAM#v=onepage&q=interpretaci%C3%B3n%20del%20contrato&f=false). Fecha de consulta: 15 de

abril de 2018].

POYANCO, R. (2013). Los jueces constitucionales, la política y la deferencia judicial. En:

Revista Derecho Público Iberoamericano, No. 2, 2013, pp. 67-101. [Recuperado en:

<https://doctrina.vlex.cl/vid/jueces-constitucionales-politica-deferencia-648750061>. Fecha

de consulta: 21 de mayo de 2019].

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA (2018). Diccionario de la lengua española.

[Recuperado en: <https://dle.rae.es>. Fecha de consulta: 20 de mayo de 2019].

REGALADO, M. (2016). Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada. En:

Revista Femeris, vol. 2, No. 2, pp. 10-34 [Recuperado en: [https://e-](https://e-revistas.uc3m.es/index.php/FEMERIS/article/download/3756/2356)

[revistas.uc3m.es/index.php/FEMERIS/article/download/3756/2356](https://e-revistas.uc3m.es/index.php/FEMERIS/article/download/3756/2356). Fecha de consulta:

12 de noviembre de 2018].

RODRÍGUEZ, C. y MARTÍNEZ, K. (2012). El contrato de maternidad subrogada: la experiencia

estadounidense. En: Revista de Derecho (Valdivia) vol. 25, No. 2, pp. 59 – 81

[Recuperado en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000200003. Fecha de consulta: 12 de noviembre de 2018].

SALCEDO, Á. (2013). Los contratos atípicos y los mecanismos para su interpretación. En: Revista Análisis Internacional No. 7, pp. 251 - 270 [Recuperado en: <https://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/view/870/882>. Fecha de consulta: 10 de diciembre de 2018].

SANTIAGO, A. (2008). Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo. En: Revista Dikaión, año 22, No. 17, diciembre de 2008, pp. 131-155, Universidad de La Sabana, Chía [Recuperado en: <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1400/1537>. Fecha de consulta: 06 de septiembre de 2020].

ULLOA, M. (2017). En Colombia se alquilan vientres desde \$5 millones. En: Diario El Tiempo, versión digital, 17 de septiembre de 2017 [Recuperado en: <https://www.eltiempo.com/vida/salud/como-funciona-el-alquiler-de-vientres-en-colombia-131472>. Fecha de consulta: 16 de noviembre de 2017].

WALKER, N. (2017). Bases para una deconstrucción del concepto de rescisión por lesión. En: Revista Chilena de Derecho, vol. 44 N° 3, pp. 703 – 725 [Recuperado en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v44n3/0718-3437-rchilder-44-03-00703.pdf>. Fecha de consulta: 8 de marzo de 2019].

REFERENCIAS NORMATIVAS

NORMATIVA NACIONAL

República de Colombia, Constitución Política de Colombia de 1886.

República de Colombia, Constitución Política de Colombia de 1991, Gaceta Constitucional No. 127 del 10 de octubre de 2001.

Congreso de la República, Acto legislativo No. 2 de 2009, Diario Oficial No. 47570.

Congreso de la República, Código Civil colombiano, ley 57 de 1887. Diario Oficial No. 2867.

Congreso de la República, Ley 57 de 1887. Diario Oficial No. 2867.

Congreso de la República, Ley 153 de 1887. Diarios oficiales Nos. 7151 y 7152.

Congreso de la República, Ley 95 de 1890. Diario Oficial No. 8264.

Congreso de la República, Ley 169 de 1896. Diario Oficial No. 10235.

Congreso de la República, Ley 4ª de 1913. Diario Oficial No. 15012.

Congreso de la República, Ley 28 de 1932. Diario Oficial No. 22139.

Congreso de la República, Ley 9ª de 1979. Diario Oficial No. 35308.

Congreso de la República, Ley 23 de 1982. Diario Oficial No. 35949

Congreso de la República, Ley 56 de 1985. Diario Oficial No.37031.

Congreso de la República, Ley 73 de 1988. Diario Oficial No. 38623.

Congreso de la República, Ley 79 de 1988. Diario Oficial No.38648.

Congreso de la República, Ley 84 de 1989. Diario Oficial No.39120.

Congreso de la República, Ley 45 de 1990. Diario Oficial No. 39607.

Congreso de la República, Ley 25 de 1992. Diario Oficial No. 40693.

Congreso de la República, Ley 40 de 1993. Diario Oficial No. 40726.

Congreso de la República, Ley 100 de 1993. Diario Oficial No. 41148.

Congreso de la República, Ley 270 de 1996. Diario Oficial No. 42745.

Congreso de la República, Ley 300 de 1996. Diario Oficial No. 42845.

Congreso de la República, Ley 388 de 1997. Diario Oficial No. 43091.

Congreso de la República, Ley 472 de 1998. Diario Oficial No. 43360.

Congreso de la República, Ley 510 de 1999. Diario Oficial No. 43654.

Congreso de la República, Código Penal, Ley 599 de 2000. Diario Oficial No. 44097.

Congreso de la República, Ley 675 de 2001. Diario Oficial No. 44509.

Congreso de la República, Ley 769 de 2002. Diario Oficial No. 44932.

Congreso de la República, Ley 820 de 2003. Diario Oficial No. 45244.

Congreso de la República, Ley 861 de 2003. Diario Oficial No. 45515.

Congreso de la República, Ley 919 de 2004. Diario Oficial No. 45771.

Congreso de la República, Ley 972 de 2005. Diario Oficial No. 45970.

Congreso de la República, Ley 986 de 2005. Diario Oficial No. 46015.

Congreso de la República, Ley 1060 de 2006. Diario Oficial No. 46341.

Congreso de la República, Ley 1098 de 2006. Diario Oficial No. 46446.

Congreso de la República, Ley 1236 de 2008. Diario Oficial No. 47059.

Congreso de la República, Ley 1258 de 2008. Diario Oficial No. 47194.

Congreso de la República, Ley 1437 de 2011. Diario Oficial No. 47.956.

Congreso de la República, Ley 1474 de 2011. Diario Oficial No. 48128.

Congreso de la República, Ley 1480 de 2011. Diario Oficial No. 48220.

Congreso de la República, Ley 1555 de 2012. Diario Oficial No. 48486.

Congreso de la República, Ley 1563 de 2012. Diario Oficial No. 48489.

Congreso de la República, Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso. Diario Oficial No. 48489.

Congreso de la República, Ley 1708 de 2014, Código de Extinción de Dominio. Diario Oficial No. 49039

Congreso de la República, Ley 1774 de 2016. Diario Oficial No. 49747.

Congreso de la República, Ley 1801 de 2016, Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana. Diario Oficial No. 49949.

Congreso de la República, Ley 1805 de 2016. Diario Oficial No. 49955.

Congreso de la República, Decreto 1260 de 1970. Diario Oficial No. 33118.

Presidencia de la República, Código de Procedimiento Civil colombiano, Decreto 1400 de 1970, Diario Oficial No. 33150.

Presidencia de la República, Código Sustantivo del Trabajo colombiano, Diario Oficial No. 27622.

Presidencia de la República, Código de Comercio colombiano, Decreto 419 de 1971, Diario Oficial No. 33339.

Presidencia de la República, Decreto 1355 de 1970. Diario Oficial No. 33139.

Presidencia de la República, Decreto 100 de 1980. Diario Oficial No. 35461.

Presidencia de la República, Decreto 559 de 1991. Diario Oficial No. 39699.

Presidencia de la República, Decreto ley 2591 de 1991. Diario Oficial No. 40165.

Presidencia de la República, Decreto 2493 de 2004. Diario Oficial No. 45771.

Presidencia de la República, Decreto 019 de 2012. Diario Oficial No. 48308.

EXTRANJERA

Organización Internacional del Trabajo, Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 27 de junio de 1989.

República Argentina, Constitución Política de la Nación Argentina de 1994.

República Argentina, Código Civil argentino (anterior).

República Argentina, Código Civil y de Comercio de la Unión, ley No. 26.994 de 2014.

República de Chile. Código Civil chileno.

República Española. Código Civil español.

República Francesa. Código Civil francés.

República Francesa, Ordenanza n° 2016-131 de 10 de febrero de 2016

República Italiana. Código Civil italiano.

JURISPRUDENCIA

NACIONAL

CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencias de constitucionalidad

Corte Constitucional (1993). Sentencia C- 104 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (1993). Sentencia C-486 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (1993). Sentencia C-542 de 1993, M.P. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional (1994). Sentencia C-221 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional (1994). Sentencia C-224 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional (1994). Sentencia C-415 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (1994). Sentencia C-544 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional (1995). Sentencia C-540 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional (1996). Sentencia C-070 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (1996). Sentencia C-100 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (1997). Sentencia C-239 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional (1997). Sentencia C-309 del 25 de junio de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (1997). Sentencia C-429 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (1998). Sentencia C-622 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional (1999). Sentencia C-068 de 1999 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra)

Corte Constitucional (1999). Sentencia C-595 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional (2000). Sentencia C-087 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional (2001). Sentencia C-252 de 2001, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional (2001). Sentencia C-332 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional (2001). Sentencia C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional (2004). Sentencia C-722 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional (2006). Sentencia C-038 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional (2006). Sentencia C-355 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional (2006). Sentencia C-820 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional (2006). Sentencia C-993 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional (2010). Sentencia C-063 de 2010, M.P. Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional (2012). Sentencia C-317 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional (2013). Sentencia C-313 de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional (2015). Sentencia C-284 de 2015 M.P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional (2016). Sentencia C-054 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional (2017). Sentencia C-348 de 2017, M.P (e) Iván Humberto Escrucería Mayolo.

Corte Constitucional (2018). Sentencia C-128 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

Sentencias de tutela

Corte Constitucional (1992). Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional (1992). Sentencia T-414 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional (1992). Sentencia T-426 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (1992). Sentencia T- 450 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional (1992). Sentencia T- 506 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional (1992). Sentencia T-594 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández.

Corte Constitucional (1992). Sentencia T-484 de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional (1992). Sentencia T-505 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (1993). Sentencia T-511 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (1994). Sentencia T-082 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional (1994). Sentencia T-125 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (1994). Sentencia T- 284 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Meza.

Corte Constitucional (1994). Sentencia T-328 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional (1994). Sentencia T-340 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (1994). Sentencia T-524 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (1995). Sentencia T-015 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional (1995). Sentencia T-219 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (1995). Sentencia T – 271 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (1995). Sentencia T-337 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (1995). Sentencia T- 605 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional (1996). Sentencia T- 374 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional (1997). Sentencia T-037 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional (1997). Sentencia T-227 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (1997). Sentencia T-375 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (1997). Sentencia T- 414 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández.

Corte Constitucional (1997). Sentencia T-518 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional (1998). Sentencia T- 554 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional (1998). Sentencia T-643 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional (1998). Sentencia T-781 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional (1999). Sentencia T-107 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (1999). Sentencia T- 411 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional (1999). Sentencia T – 471 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional (2000). Sentencia T-081 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (2000). Sentencia T-806 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional (2000). Sentencia T-949 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (2000). Sentencia T - 1030 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (2000). Sentencia T- 1120 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (2000). Sentencia T-1634 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (2000). Sentencia T-1635 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández.

Corte Constitucional (2001). Sentencia T- 033 de 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional (2001). Sentencia T-043 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional (2001). Sentencia T-327 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Corte Constitucional (2001). Sentencia T-1165 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional (2002). Sentencia T-098 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional (2003). Sentencia T-520 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional (2003). Sentencia T-465 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional (2003). Sentencia T-587 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional (2003). Sentencia T-635 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional (2003). Sentencia T- 919 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional (2004). Sentencia T-025 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional (2004). Sentencia T-419 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional (2004). Sentencia T-469 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional (2004). Sentencia T-699 de 2004, M.P.(E) Rodrigo Uprimny Yepes.

Corte Constitucional (2005). Sentencia T-170 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional (2005). Sentencia T-424 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional (2005). Sentencia T-724 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional (2005). Sentencia T-769 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional (2005). Sentencia T-1090 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional (2006). Sentencia T-131 de 2006, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional (2006). Sentencia T-227 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional (2007). Sentencia T-233 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional (2009). Sentencia T-317 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional (2009). Sentencia T-732 de 2009, M.P. Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional (2009). Sentencia T-968 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional (2010). Sentencia T-160 de 2010, M.P. Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional (2010). Sentencia T - 585 de 2010, M.P. Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional (2010). Sentencia T-629 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao.

Corte Constitucional (2012). Sentencia T-086 de 2012, M.P. Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional (2012). Sentencia T-155 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional (2012). Sentencia T-214 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional (2012). Sentencia T-627 de 2012, M.P. Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional (2012). Sentencia T-155 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional (2013). Sentencia T- 034 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional (2013). Sentencia T-634 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional (2013). Sentencia T-662 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional (2014). Sentencia T- 720 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional (2014). Sentencia T-900 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional (2014). Sentencia T-903 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional (2015). Sentencia T-057 de 2015, M (e).P. María Victoria Sáchica.

Corte Constitucional (2016). Sentencia T-150 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

Corte Constitucional (2016). Sentencia T-199 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio.

Corte Constitucional (2016). Sentencia T-282 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional (2016). Sentencia T-512 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional (2016). Sentencia T- 594 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz.

Corte Constitucional (2017). Sentencia T- 073 de 2017, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional (2017). Sentencia T-098 de 2017, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional (2017). Sentencia T-232 de 2017, M.P. (e) Iván Humberto Escrucería Mayolo.

Corte Constitucional (2017). Sentencia T-678 de 2017, M.P. Carlos Bernal Pulido.

Corte Constitucional (2018). Sentencia T-020 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

Corte Constitucional (2018). Sentencia T-407 A de 2018, M.P. Diana Fajardo Rivera.

Corte Constitucional (2018). Sentencia T-426 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

Corte Constitucional (2018). Sentencia T – 449 de 2018, M.P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional (1996). Sentencia SU-256 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional (1997). Sentencia SU-645 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional (2000). Sentencia SU-1150 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (2012). Sentencia SU-458 de 2012, M.P. Adriana María Guillén Arango.

Corte Constitucional (2018). Sentencia SU-072 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Plena

Corte Suprema de Justicia (1988). Sala Plena, sentencia del 11 de agosto de 1988, M.P. Jairo E. Duque Pérez.

Sala de Casación Civil

Corte Suprema de Justicia (1936). Sala de Casación Civil, sentencia del 20 de mayo de 1936,

M.P. Eduardo Zuleta Ángel.

Corte Suprema de Justicia (1936). Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de septiembre de

1936, M.P. Ricardo Hinestrosa Daza.

Corte Suprema de Justicia (1938). Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de mayo de 1938,

M.P. Arturo Tapias Pilonieta.

Corte Suprema de Justicia (1940). Sala de Casación Civil, sentencia del 6 de septiembre de 1940,

M.P. Hernán Salamanca.

Corte Suprema de Justicia (1955). Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de mayo de 1955,

M.P. Ignacio Gómez Posse.

Corte Suprema de Justicia (1958). Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de junio de 1958,

M.P. Arturo Valencia Zea.

Corte Suprema de Justicia (1961). Sala de Casación Civil, sentencia del 27 de octubre de 1961,

M.P. José Hernández Arbeláez.

Corte Suprema de Justicia (1994). Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de octubre de 1994,

M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Corte Suprema de Justicia (2000). Sala de Casación Civil, sentencia del 24 de noviembre de

2000, M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

Corte Suprema de Justicia (2004). Sala de Casación Civil, sentencia del 5 de octubre de 2004,

M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

Corte Suprema de Justicia (2005). Sala de Casación Civil, sentencia del 29 de abril de 2005, M.P.

Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Corte Suprema de Justicia (2007). Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de agosto de 2007,

M.P. Pedro Octavio Munar Cadena

Corte Suprema de Justicia (2007). Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de agosto de 2007,

M.P. Pedro Octavio Munar Cadena

Corte Suprema de Justicia (2009), Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de octubre de 2009,

M.P. Edgardo Villamil Portilla

Corte Suprema de Justicia (2012). Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de abril de 2012, M.P.

Jesús Vall de Rutén Ruiz.

Corte Suprema de Justicia (2012). Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de diciembre de 2012,

M.P. Jesús Vall de Rutén Ruiz.

Corte Suprema de Justicia (2013). Sala de Casación Civil, sentencia del 4 de abril de 2013, M.P.

Ruth Marina Díaz Rueda.

Corte Suprema de Justicia (2014). Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de julio de 2014, M.P.

Margarita Cabello Blanco.

Corte Suprema de Justicia (2018). Sala de Casación Civil, sentencia del 4 de abril de 2018, M.P.

Luis Armando Tolosa Villabona

CONSEJO DE ESTADO

Sala de Consulta y Servicio Civil

Consejo de Estado (2013). Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto No. 2177 del 10 de

diciembre de 2013, C.P. William Zambrano Cetina.

Sala de lo Contencioso Administrativo

Consejo de Estado (2013). Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 26 de noviembre de 2013, C.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado (2014). Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 12 de diciembre de 2014, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

EXTRANJERA

Tribunal de Apelaciones de Nueva York. Caso Riggs vs. Palmer (1889) 115 NY 506 [traducción al español consultada en: Revista Telemática de Filosofía del Derecho No. 11, 2007/2008, pp. 363-374, disponible en <http://www.rtfed.es/numero11/21-11.pdf>, fecha de consulta: 31 de mayo de 2019].

REFERENCIAS CINEMATOGRAFICAS

Película “Una propuesta indecente”, título original: “Indecent proposal”. Director: Adrian Lyne, USA, 1993.