

**TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO  
-SOLIDARISMO CONTRACTUAL-**

JUAN PABLO CASTAÑEDA AGREDO  
ANA DEL ROSARIO CORREDOR MONTERROSA

***MENCIÓN MERITORIA***



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
FACULTAD DE DERECHO  
BOGOTÀ  
2011

**TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO  
-SOLIDARISMO CONTRACTUAL-**

JUAN PABLO CASTAÑEDA AGREDO  
ANA DEL ROSARIO CORREDOR MONTERROSA



Director de Tesis  
JOSÉ ELBERT CASTAÑEDA DURÁN

***MENCIÓN MERITORIA***

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
FACULTAD DE DERECHO  
BOGOTÁ  
2011

## 1. TABLA DE CONTENIDO

1. Tabla de Contenido .....	3
2. Introducción.....	4
3. Noción General de Autonomía Privada .....	7
3.1. Voluntad, declaración y Consentimiento.....	7
3.2. Autonomía privada y su relación en los Códigos Civiles... 11	
3.2.1 Crisis de la autonomía privada .....	15
3.3. Negocio Jurídico y Contratos.....	17
3.3.1 Contratos .....	17
3.3.2 Negocios Jurídicos .....	21
3.4. Límites de la Autonomía contractual.....	27
3.4.1 Orden Público y Buenas Costumbres.....	27
3.4.2. Seguridad Jurídica.....	30
3.4.3. Solidarismo contractual y demás figuras.....	31
4. Efectos de los contratos.....	36
4.1. Efectos preliminares .....	36
5. Dilema solidarismo – Individualismo contractual.....	39
5.1 Nociones de Solidarismo Contractual .....	39
5.2 Principio de Eficiencia y costes de transacción.....	42
5.3 ¿Solidarismo como función social del Contrato en Colombia? 45	
5.3.1 Legislación.....	47
5.3.2 Doctrina.....	53
5.3.3 Jurisprudencia.....	54
5.4 Dilema solidarismo – Individualismo en Colombia .....	62
6. Solidarismo Contractual.....	67
6.1. Deberes contractuales.....	67
6.1.1. Deber de Buena fe y lealtad negocial.....	67
6.1.2. Deber de Cooperación.....	69
6.1.3. Deber de Coherencia.....	70
6.1.3.1 Doctrina Actos Propios.....	70
6.1.4. Deber de Información.....	72
6.2. Deberes secundarios de conducta.....	73
7. Conclusión.....	76
8. Bibliografía .....	79

## 2. INTRODUCCIÓN

No es fácil asimilar hoy la historia del Derecho Romano, sus solemnidades, ritualidades y la forma como estas instituciones ayudaban a los fines sociales conforme a la estabilidad y la seguridad jurídica de su tiempo, toda vez que resulta totalmente ajeno a la realidad comercial de la globalización y la consumación de los nuevos paradigmas de los contratos en sustitución de los viejos esquemas de las leyes.

No pretendemos demeritar el sistema romano, que ha contemplado por ejemplo, la teoría de la buena fe, hoy entendida como perspectiva de una serie de conceptos moldeables a cada época, constituyendo un instrumento necesario para la protección de la relaciones entre contratantes, bien con simetría (Business to Business) o mediando asimetría (Insider to Outsider)<sup>1</sup>, teoría que viene a ser el fundamento de las nuevas causales de nulidad ajenas al derecho común<sup>2</sup>.

En este orden de ideas, con la caída del Imperio Romano cesa la vigencia del derecho romano en toda Europa y por consiguiente la tradición jurídica común<sup>3</sup>, consecuentemente las nuevas concepciones doctrinales surgidas en territorios franceses, germanos e ingleses fueron desarrolladas en los siglos siguientes utilizando bases distintas del derecho romano, del cual fueron apartándose en algunos casos.

En este sentido, durante este tiempo, posterior a la caída del Imperio, esto es en los siglo XVIII, XIX y XX, las codificaciones occidentales otorgan una nueva definición al contrato o contractus, como consentimiento acuerdo de voluntades, desconocida en toda la época romana, y a la par, se concibe la teoría del Abuso

---

<sup>1</sup> V. ROPPO. *El contrato del Dos Mil*. Cit, Pág. 47

<sup>2</sup> La doctrina más especializada en la materia viene sosteniendo desde hace varios años la insuficiencia de las causales de nulidad contempladas en el derecho común (Código civil), no en vano se ha esgrimido la violencia económica o generalizada como una causal de nulidad nueva, ajena al Código civil. Igualmente el doctrinante Joaquin Acosta, dice: ‘... *La Corte de Casación francesa eleva la violencia económica al rango de instrumentos que permiten sancionar los contratos manifiestamente desequilibrados. Se trata de la consagración de la violencia económica como instrumento de equilibrio contractual.*’. En J. ACOSTA. *El nuevo orden contractual colombiano*. Cit, Pág. 11

<sup>3</sup> Autores difieren del Derecho Romano en sentido amplio y sentido estricto, escriben lo siguiente: ‘Si se habla del derecho romano en sentido amplio, es decir, como derecho del Imperio Romano y no sólo como derecho de la ciudad del Tíber, entonces hay que tener en cuenta que el territorio dominado por Roma coexistieron, junto con el Derecho Romano estricto, el derecho itálico, el derecho latino, el derecho de las ciudades federadas que estaban ligadas a Roma por un tratado (foedus) y el derecho de las ciudades sometidas (civitates). En G. RAVASSA M. *Historia del comercio y del derecho mercantil*. Cit, pp. 82 y 83.

Sin lugar a dudas, no se desconoce derechos anteriores o coetáneos al derecho romano del imperio en toda Europa conquistada pero referente a los derechos en Europa diferentes al del imperio, fueron absorbidos más no fusionados con el derecho romano en sentido estricto, por esa razón se sostiene una tradición jurídica común.

del Derecho<sup>4</sup> como criterio suficiente para corregir las asimetrías contractuales. Para finales del siglo XIX, surgido con fundamento sociológico, se da a conocer el solidarismo contractual<sup>5</sup>, como fuerte oposición a las garantías irrestrictas brindadas por el código de Napoleón a la autonomía de la voluntad, todos estos tres ejemplos de concepciones frescas ajenas al derecho romano.

Sin embargo, la importancia del Derecho Romano no desaparece íntegramente después de su caída. Es en Alemania en el siglo XIX donde el derecho romano logra su máxima expresión desde su caída, aparece la teoría de la *Jurisprudencia de Conceptos* para la época de la codificación del código civil alemán. La doctrina alemana plasma los fundamentos del derecho romano adaptado a la realidad germana.

Recapitulando, será esta nueva concepción doctrinal del solidarismo contractual<sup>6</sup>, la que atraerá nuestra atención en esta tesis, al ser un tema que no ha sido suficientemente desarrollado por la doctrina en el medio colombiano. La solidaridad en materia contractual surge entonces *como un pensamiento garantista* (en contraposición a la visión individualista del derecho), que intenta corregir los desequilibrios contractuales, teniendo en cuenta el interés del otro. La solidaridad, en su concepción más pura, busca formarse una idea de la función social del derecho entendida como una necesaria limitación al principio de la libertad contractual (autonomía privada), principio este que la teoría considera individualista y anacrónico.

En este orden de ideas, se hace necesario desarrollar los efectos que la perspectiva particular de la solidaridad contractual juega en la formación y ejecución del Negocio Jurídico – Contrato, sobre el entendido de que todos los contratos tienen unos *efectos preliminares*.

Es precisamente en el efecto preliminar donde se concentrará el estudio que contiene la presente Tesis de Grado<sup>7</sup>, indagando la existencia o no de un enfoque solidarista por parte de la Constitución Política colombiana de 1991. Para tal efecto habremos de efectuar básicamente un análisis de los fallos considerados solidaristas en Colombia.

En suma, analizaremos a través de todo este texto si la constitución política tiene o no un enfoque solidarista; e igualmente examinaremos el *solidarismo contractual como posible criterio amplio*, que atribuye un sentido común o integrador a las distintas figuras que se erigen como límites de los contratos y/o remedios de equilibrio jurídico y económico.

---

<sup>4</sup> L. JOSERRAND, Del Abuso del Derecho y otros ensayos.

<sup>5</sup> Uno de los primeros exponentes esta materia es el autor francés Emilie Durkheim

<sup>6</sup> Al utilizar en este texto el nombre solidarismo contractual nos referimos al enfoque jurídico que imprime una interpretación en la Teoría General de Contrato y en ningún caso hacemos alusión al estudio de las obligaciones, correspondientes a las obligaciones solidarias u facultativas, que describe el Art. 1568 del Código Civil Colombiano.

<sup>7</sup> Dejando de lado la fase de ejecución

Por consiguiente al finalizar esta tesis estamos obligados a resolver las siguientes preguntas básicas:

- 1.- ¿tuvo en sus orígenes o tiene actualmente la constitución política vigente, un enfoque solidarista para aproximarse a la materia contractual?
- 2.- ¿Debe entenderse la función social del derecho o contrato como criterio del modelo solidarista?
- 3.- ¿Es el solidarismo un criterio amplio y comprensivo de otras figuras?

### 3. NOCIÓN GENERAL DE AUTONOMIA PRIVADA

#### 3.1 Voluntad, Declaración y Consentimiento

Antes de entrar a discutir las teorías de la voluntad y de la declaración de voluntad, es preciso señalar la forma como se manifiesta la voluntad exteriormente. El estudio de las formas de manifestar la voluntad resulta indispensable, toda vez que del mismo se concluye que la voluntad y su manifestación, no son la misma cosa; y que otra parte pueden tener un sentido final que resulte diferente.

Con respecto a la declaración de la voluntad, es del caso señalar que la misma puede efectuarse mediante las siguientes formas de manifestación externa:

- 1) Expresa: manifestación de la voluntad mediante el lenguaje (entendiendo que este puede expresarse de manera verbal o escrita)<sup>8</sup>
- 2) Tácita: manifestación de la voluntad sin expresarse verbalmente o por escrito (se sobreentiende por la conducta de la otra persona que quiere realizar el negocio jurídico<sup>9</sup>)
- 3) Presunta: manifestación de la voluntad por medio de una conducta, normativamente entendida como señal de aceptación, no entendible a simple vista<sup>1011</sup>

Ante la posibilidad de que la voluntad y su manifestación no coincidan, corresponde determinar a cuál de las dos habrá de prestarse atención prevalente.

Entramos pues al campo de las teorías de la voluntad, precisando previamente que ni la voluntad ni su declaración constituyen por sí mismas el negocio o contrato, ya que solo son un -precepto<sup>12</sup> de la autonomía privada-.

Las teorías formuladas al respecto son las siguientes:

---

<sup>8</sup> Esta manifestación expresa encuentra límites, con las formalidades ad substantiam actus. En A.TAMAYO LOMBANA. *Manual de Obligaciones – Teoría del Acto Jurídico y otras fuentes* -. Cit, Pág. 135. - Existen otras formalidades: a- habilitantes y de protección, b- Ad probationem y c- de publicidad -.

<sup>9</sup> Tamayo reseña un ejemplo elocuente, referido a la persona que sube a vehículo de transporte público sin decir nada, se asume tácitamente su intención de manifestar su voluntad. En A.TAMAYO LOMBANA. *Manual de Obligaciones – Teoría del Acto Jurídico y otras fuentes* -. Cit, Pág. 135

<sup>10</sup> Respecto a esta manifestación mediante la presunción, un ejemplo, traído por el autor Tamayo, nos refiere a la prescripción extintiva (Art.(s) 1923, 1926, 1938, 1943 y 2535 C.C Colombiano). Ley asume el silencio de los verdaderos propietarios, conforme a los nuevos derechos adquiridos por los poseedores. En A.TAMAYO LOMBANA. *Manual de Obligaciones – Teoría del Acto Jurídico y otras fuentes* -. Cit, Pág. 137

<sup>11</sup> Igualmente otros autores como el argentino Juan M. Farina señalan que la manifestación puede ser declarativa y no declarativa.

<sup>12</sup> Término acuñado por el maestro Emilio Betti

- *Dogma de la voluntad (teoría volitiva)*: Es la teoría que prioriza el querer o motivación particular (unilateral) de la persona en el derecho, que sirve de base del acto en el negocio jurídico. Esta teoría defendía a ultranza la voluntad como germen de los efectos jurídicos. En cuanto a la declaración de esa voluntad, es un instrumento mediante el cual la voluntad interna llega a conocerse por su par contractual o por los terceros.
- *Teoría Declaracionista*: En esta teoría se presta atención preferente a la declaración sobre la voluntad interna, y por tal, poco importa que la declaración manifieste exactamente la voluntad interna; basta el querer hacer la declaración.

En este sentido, repetidas veces las personas que van a realizar un negocio jurídico se hacen la pregunta, ¿Qué pasa si existe conflicto entre la voluntad y la declaración de voluntad?, Si la carta de navegación es la teoría volitiva, el negocio que presente conflicto entre voluntades, está destinado a no producir efectos. En la otra orilla, por razón de la declaración de voluntad, el negocio estará destinado a producir efectos.

¿Qué solución brinda el ordenamiento jurídico colombiano a la dicotomía de soluciones que plantean las teorías expuestas?. En Colombia hay dos corrientes que dan solución a la pregunta planteada. En primer lugar, contemplamos el *método subjetivo*, inspirado en la Autonomía de la Voluntad orientada a garantizar la prevalencia de la voluntad real<sup>13</sup>.

El código civil colombiano acogió el método subjetivo (teoría de la voluntad interna) siguiendo los códigos chileno y francés<sup>14</sup>. El Código Civil en su artículo 1618 establece lo siguiente:

“ARTICULO 1618. *Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*”;

Si bien la legislación civil colombiana acoge el método subjetivo influenciado por la legislación chilena y francesa, se vislumbran excepciones al método subjetivo. En efecto, el *método objetivo* de origen alemán o técnica de interpretación ceñida a lo literal del contrato, se formula en algunos casos como solución excepcional frente al método mayoritario del código civil<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Más adelante se explicara el origen del código civil colombiano como mimetismo de las consagraciones legislativas francesas y chilena. Término mimetismo acuñado por el autor francés Jean Du Bois Gaudusson en el Congreso de Derecho Público, en la Universidad Santo Tomás - Bogotá.

Dicha solución se adopta para precisar los efectos de un acto frente a terceros, y al efecto el art. Del C.C, señala:

*“ARTICULO 1766. Las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros.*

*Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero.”*

*ARTICULO 1779. No se admitirán en juicio escrituras que alteren o adicionen las capitulaciones matrimoniales, a no ser que se hayan otorgado antes del matrimonio y con las mismas solemnidades que las capitulaciones primitivas.*

*Ni valdrán contra terceros las adiciones o alteraciones que se hagan en ellas, aún cuando se hayan otorgado en el tiempo y con los requisitos debidos; a menos que se ponga un extracto o minuta de las escrituras posteriores, al margen del protocolo de la primera escritura.”*

*ARTICULO 1934. <CLAUSULA SOBRE PAGO DEL PRECIO EN LA ESCRITURA DE VENTA>. Si en la escritura de ventas se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario sino la nulidad o falsificación de la escritura, y sólo en virtud de esta prueba habrá acción contra terceros poseedores.*

La interpretación del contrato o la determinación del sentido vinculante que le corresponde, efectuada de forma subjetiva u objetiva, reviste gran importancia para el mundo contractual. Habida cuenta de que la mayoría de las normas reguladoras de los contratos típicos son de carácter supletorio, rara vez un contrato de esta naturaleza se presenta sin modificaciones al contenido de la regulación determinada por la ley, lo que impone al intérprete recurrir a las reglas de interpretación<sup>16</sup>.

Lo anotado se predica con mayor razón de los contratos atípicos, en los cuales la mayoría de su contenido final es determinado por el concierto de las partes.

Al margen de la disputa interpretativa de la voluntad y la declaración de voluntad del texto contractual antepuesta, posteriormente se esboza el contrato a manera de consentimiento<sup>17</sup>, siendo esta la expresión del acuerdo de voluntades. El objeto de interpretación del contrato era, por consiguiente, la coincidencia de las

---

<sup>16</sup> J. FARINA. *Contratos Comerciales Modernos I*. cit, Pág. 399

<sup>17</sup> Esta concepción del consentimiento en la formación del contrato encuentra también antecedentes en Roma con **D. 2.14.1.3 Ulpiano**; Comentarios al Edicto, libro IV.- ‘... porque aun la estipulación, que se hace palabra, es nula, si no tuviera el consentimiento’.

voluntades de varias personas: el consentimiento<sup>18</sup>. En suma, se cedía la libertad de cada uno.

Suponían el consentimiento y no la voluntad la pieza fundamental de las relaciones contractuales. En consecuencia, el contrato era un intercambio de declaraciones de voluntad.

El consentimiento, es considerado actualmente en la doctrina, parte integrante de la formación del contrato<sup>19</sup> y una de las condiciones para la eficacia de este<sup>20</sup>. Mantiene en nuestros días su importancia dentro de las definiciones clásicas del contrato formuladas por los códigos civiles occidentales. Así, es común referirnos a los vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo) para referir la validez de este. Adicionalmente, las fases para la formación del consentimiento se resumen en la necesidad, la oferta o propuesta (que se analizara más adelante), la aceptación y luego la formación del contrato estimado<sup>21</sup>.

Actualmente la noción de consentimiento, entendido como expresión del acuerdo de voluntades, debería replantearse a consecuencia de considerar los contratos en masa, adhesión, relaciones jurídicas de hecho o demás modalidades, que no entrarían en el rango del contrato como consentimiento.

En estos contratos en masa, una de las partes redacta el contrato y será otra (consumidor, la mayor parte de las veces), quien acepta o no. Evidenciamos total ausencia de acuerdos de declaraciones de voluntad común expresada en el consentimiento. Pero no necesariamente, deben excluirse del mundo contractual.

No obstante, el concepto clásico del contrato como acuerdo de voluntades expresada por el consentimiento, resulta insuficiente. Pregonamos un concepto más amplio del contrato. No se debe excluir del concepto de contrato, los comportamientos voluntarios lícitos, no necesariamente a modo de expresión de la declaración de voluntad común en el consentimiento<sup>22</sup>.

El derecho no debe negar las realidades sociales y económicas, asimismo el concepto amplio de contrato debe entenderse, a manera de comportamientos voluntarios lícitos y/o expresión de declaración de voluntad común expresada como consentimiento, acogiendo tanto los contratos negociados y los considerados en masa (no negociados). Resulta afortunada la definición de contrato del argentino Juan M. Farina: 'Contrato es el acto jurídico entre vivos, bilateral o plurilateral, mediante el cual las partes regulan sus derechos susceptibles de apreciación pecuniaria, en virtud de la aceptación que una de ellas hace de la oferta que la otra fórmula'.

---

<sup>18</sup> H. HATTENHAUER. *Conceptos fundamentales del Derecho Civil*. Cit, Pág. 68

<sup>19</sup> Junto con la capacidad, el objeto y causa lícita

<sup>20</sup> A.TAMAYO LOMBANA. *Manual de Obligaciones – Teoría del acto jurídico y otras fuentes* -. Cit, Pág. 131

<sup>21</sup> A. ORTIZ MONSALVE. *Manual de Obligaciones*. Cit, Pág. 63

<sup>22</sup> J. FARINA. *Contratos Comerciales Modernos I*. cit, Pág. 235 y ss

En suma, esta debe ser la interpretación en el ordenamiento colombiano, el mismo artículo 1495 del código civil, que define el concepto de contrato, en ningún lugar se hace necesario una indispensable declaración de voluntad común expresada en el consentimiento.

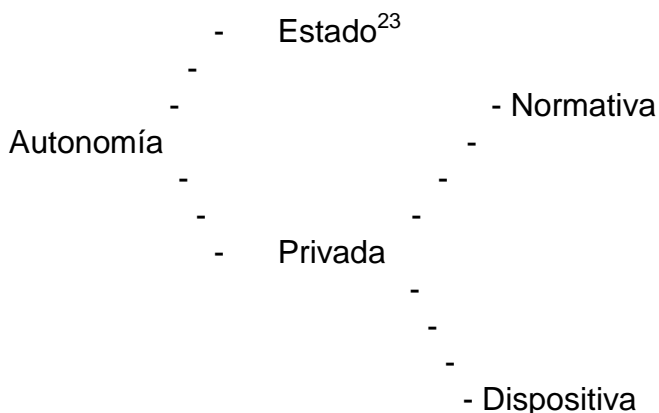
*ARTICULO 1495. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.*

En conclusión, el modelo solidarista o individualismo contractual, debe impregnar tanto los contratos negociados como los contratos en masa, adhesión y las relaciones jurídicas de hecho.

### **3.2 Autonomía privada y su relación en los Códigos Civiles**

En el presente acápite abordaremos sucintamente temas generales de la autonomía de privada, para posteriormente relacionarla con el Código de Napoleón y demás códigos civiles adoptados posteriormente en América.

Empezamos con el siguiente esquema.



---

<sup>23</sup> Tradicionalmente la autonomía del Estado o de la administración ha sido conocida como *discrecionalidad administrativa*, consistente en las normas que habilitan a la administración para llevar a cabo la gestión de los intereses generales. Precisamente la sección tercera del Consejo de Estado de Colombia ha dicho lo siguiente: ‘Con otras palabras, el ejercicio de la discrecionalidad radicaría en la transformación del elemento cúpula de la norma que la habilita, es decir, en la sustitución del operador permisivo que ésta contiene en origen (el podrá o estar autorizado a) – según se diría en la lógica deóntica – por un operador imperativo (deberá o está obligado a)’. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, C.P Alier Hernández Enríquez, rad. No. 11001032600019950307401, Exp. 13074.

La Autonomía tiene implicaciones tanto para el Estado como para la sociedad civil, pero el aspecto de interés será la autonomía privada (sociedad civil), tratándose la posibilidad particular de disponer de lo suyo. Este poder de darse normas a si mismos, *autonomía normativa*, es una esfera de intereses y poder de iniciativa atribuido por ley a los particulares.

Nos preguntamos, ¿Qué representaciones puede tomar la autonomía privada?

El ordenamiento jurídico le reconoce de dos formas:

A- fuente creadora de relaciones jurídicas que disciplina sus propias relaciones formando parte del orden jurídico que las reconoció (esto es como autonomía normativa).

B- Fuente de relaciones jurídicas ya disciplinadas de antemano en abstracto o general por las normas jurídicas (esto es como autonomía dispositiva).

Esta autonomía privada normativa ha seguido un curso evolutivo, que nos lleva en primera instancia a los comienzos del Imperio Romano, donde la manifestación de la voluntad no es requisito *sine qua non* para constituir una obligación, por consiguiente su libertad estaba limitada en sus efectos. Justamente, la libertad contractual y obligacional estaba restringida a los contratos nominados<sup>24</sup>.

Aceptada la constitución de las obligaciones civiles en los contratos nominados e innominados, la libertad contractual y más específicamente la autonomía privada toma nuevos matices. No se debate si está permitida o no la libertad contractual sino el alcance que debe darse a esta autonomía privada. Y será el contrato, la gran manifestación jurídica de la libertad individual en el mundo de las relaciones económico – jurídicas<sup>25</sup>

Refiriéndonos a un caso posterior al derecho romano, de gran importancia para la autonomía privada, se hace necesario referirnos al Código de Napoleón elaborado por una comisión integrada por el juez del Tribunal de Apelaciones de París llamado Coulomb, Vignon, presidente del Tribunal de Comercio, Mourgues administrador de los Hospicios, Boucier antiguo Juez de Comercio, Legrand jurisconsulto y Vital Koux negociante<sup>26</sup>. El Code Civile napoleónico de 1804 fue concebido con neutralidad ideológica, flexibilidad, claridad y generosidad, características claves para la longevidad e inspiración para otros códigos<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> J. FARINA. *Contratos Comerciales Modernos I*. cit, pp. 367 y S.S

<sup>25</sup> Autores Varios. *Responsa Jurisperitorum digesta*. V 5. Cit, Pág. 17

<sup>26</sup> G. RAVASSA. *Historia del comercio y del derecho mercantil*. Cit, Pág. 408

<sup>27</sup> F. MONTOYA. La imprevisión frente al dilema solidarismo-individualismo contractual. En *E-mercatoria* V 8, 2005, Pág. 137

Sin embargo, la aplicación del código civil francés no podría permanecer neutral demasiado tiempo. Es connatural a la sociedad adaptarse a la realidad de los grupos dominantes de cada época. Conforme a lo planteado hace su arribo el individualismo liberal<sup>28</sup>, producto de una profunda revolución económica y social.

La nueva concepción del Código Civil francés, estuvo determinada por la influencia individualista y voluntarista, sometiendo la buena fe a lo que estuviese acorde con la voluntad de las partes<sup>29</sup>. Esta exaltación de la voluntad no es más que un producto del deseo social por desvincularse del yugo real, y clerical decadente en ese tiempo.

Sin volver a profundizar en el curso evolutivo de la voluntad o declaración de voluntad<sup>30</sup>, si es necesario afirmar la indiscutible influencia del código civil francés en los demás sistemas continentales.

La influencia jurídica francesa que propició un mimetismo jurídico<sup>31</sup> Americano nos lleva a Don Andrés Bello (especialista en el idioma y cultura francesa, designado por Chile para redactar el código civil, que basó su contenido en el código civil francés), y a los Generales Francisco de Paula Santander y Simón Bolívar.

Ahora, el caso colombiano empieza con La Gran Colombia<sup>32</sup> (1819 – 1830, conocida en ese tiempo sólo como Colombia<sup>33</sup>), se promulga la primera

---

<sup>28</sup> Por consiguiente, entra también el Individualismo Contractual, modelo criticado por el Solidarismo Contractual.

<sup>29</sup> M. BERNAL. El deber de coherencia en los contratos y la regla del Venire Contra Factum Propium. En *Internacional Law*, num. 13, Pág. 3

<sup>30</sup> Figura principal del código napoleónico

<sup>31</sup> Término acuñado por el maestro francés Jean Du Bois de Gaudusson en el Congreso de Derecho Público, en la Universidad Santo Tomás – Bogotá.

<sup>32</sup> 'El 17 de diciembre de 1819 el Congreso de Angostura (Venezuela) declaró constituida la República de Colombia, más conocida como La Gran Colombia para distinguirla de la actual. La Gran Colombia fue la realización del sueño del Libertador Simón Bolívar y quedó formada por tres departamentos, Cundinamarca, Quito y Venezuela. Así que las Provincias Unidas de Nueva Granada (hoy Colombia y Panamá), pasaron a ser un departamento de la Gran Colombia con el nombre de Cundinamarca y la ciudad de Santa Fe pasó a llamarse Bogotá.

La República de Colombia se disolvió en 1830 pero se continuaron emitiendo las mismas monedas hasta 1836 a pesar de que en 1831 se decretó la formación del estado de Nueva Granada'. En J. RESTREPO. *Monedas de Colombia*. Tercera edición. Cit, Pág. 158

<sup>33</sup> La referencia Colombia además de ser el nombre oficial de la actual república, atañe un sentimiento patriótico por la tierra que nos vio nacer. No obstante, desconocemos el origen del nombre Colombia, debido a esto nos referiremos a un texto de Carlos Restrepo Piedrahita que aclara las dudas, 'Nueva Granada fue el nombre de identificación que la monarquía hispánica dio al conjunto de provincias cuyos territorios forman hoy el Estado colombiano, aproximadamente las mismas que en la época de la Independencia pertenecían al Nuevo Reino.

Se sabe con certidumbre que el nombre "Colombia" -homenaje a Columbus, Colón-, lo empleó a fines del siglo XVIII el venezolano Francisco de Miranda, mientras no se compruebe de modo incontrovertible que lo hubiese sido antes que él, como por ejemplo, por Madame du Boccage, autora de un poema titulado "Colombiade", o por el norteamericano Joel Barlow, también compositor de otro poema "Colombiada". "En el siglo XVIII -escribe Javier Ocampo López- el nombre de Colombia fue popularizado en las colonias inglesas de Norteamérica y en el Canadá, para designar algunos distritos, ciudades, ríos, etc. En Estados Unidos existe

constitución de 1821, dejando vigente leyes españolas que regían todas las materias. Expedida la constitución del Estado naciente, el General Francisco de Paula Santander expide un decreto creando la comisión de letrados encargada del proyecto de Código Civil y Criminal, con el fin de presentarlo al Nuevo congreso.

El primer experimento del General Santander no rinde resultado, no obstante, en 1829 Simón Bolívar ordena una nueva comisión encargada de estudiar el Código Civil de Napoleón con el objeto de reformarlo según sea el caso y presentar un proyecto de código civil al Congreso Constituyente.

Posteriormente el estado de Cundinamarca (integrante de la Nueva Granada) por medio de la asamblea constituyente ordena la elaboración de diez (10) códigos. La persona encargada del proyecto de código civil será Miguel Chiari que desempeñaba el cargo de secretario del interior, quien cumpliendo su encargo, basó su resultado en el código civil chileno, con algunas modificaciones.

En suma, ejemplares que habían sido enviados desde Chile a Manuel Ancizar fueron entregados al señor Manuel Murillo Toro, quien como presidente del Estado Federal de Santander, introduce variaciones y se constituye en el segundo Estado en adoptar el código realizado por Don Andrés Bello.

En 1861 el General Mosquera crea el Estado del Tolima y asigna la misma regulación del Estado de Cundinamarca, siendo el tercer estado en mantener el código civil chileno reformado y en últimas, en seguir la orientación del código napoleónico de donde se basó el chileno.

En 1859 el Estado de Cauca y en 1861 el Estado de Panamá sancionaron el código civil basándose en el modelo del estado de Cundinamarca. Pero no es sino en 1861 en el Congreso de Plenipotenciarios de siete Estados, que se suscribe en Bogotá el pacto de Unión creando los Estados Unidos de Colombia (el pacto no lo suscriben Antioquia y Panamá, el primero enfrentado al General Mosquera y el segundo que permanecía neutral) y la vigencia nacional del código civil colombiano fuertemente influenciado por el realizado por Bello en Chile y este a su vez basado en el Código Civil de Napoleón.

Ya bajo la vigencia de la constitución de 1863, el proceso descrito continuó en Boyacá, donde se adopta el código civil del Estado de Cundinamarca mediante ley 10 de diciembre de 1863. Del mismo modo, Antioquia adopta el código civil del

---

el Distrito Federal de Columbia, cuya capital es Washington: en la misma forma aparece el nombre de la ciudad de Columbia, capital del Estado de Carolina del Sur, y de Columbus, capital del Estado de Ohio; en Canadá existe la provincia de Columbia Británica, cuya capital es Victoria. En Norteamérica existe además el río Columbia, llamado también Oregón, el cual desemboca en el Pacífico; y el monte Columbia en las Montañas Rocosas canadienses. La Universidad de Columbia situada en Nueva York surgió en 1784 de la unión del antiguo King's College y de la Universidad del Estado de Nueva York." Además, Colombo ha sido la capital del antes Estado de Ceilán, hoy Sri Lanka'. En C. RESTREPO PIEDRAHITA. EL NOMBRE 'COLOMBIA', el único país que lleva el nombre del descubrimiento.

Estado de Cundinamarca por mandato de la Asamblea Constituyente del respectivo Estado.

Del mismo modo en 1866, el Estado del Magdalena mediante ley 39, adopta el código civil del Estado de Cundinamarca con algunas modificaciones.

Definitivamente Bajo el mandato del presidente Manuel Murillo Toro la Unión aprueba el código civil para la vida jurídica de los territorios a cargo de la Unión por medio de la ley 84 de 1873.

Esta es la historia que paralelamente introduce el individualismo liberal y el voluntarismo en el Estado colombiano, que posteriormente se ha visto reducido por nuevas tendencias solidaristas, provenientes también de Francia.

### **3.2.1 Crisis de la autonomía privada**

La aparición de la sociedad de consumo y el abuso de las grandes sociedades, hace palpable la desigualdad contractual de las partes, con la necesidad de corregirla o prevenirla.

Es a partir del siglo XIX, cuando se replantea el verdadero alcance de la autonomía privada que consagraba el código civil colombiano, de estirpe francesa. Entra en escena el Estado con sus poderes públicos proclamando la figura del orden público y las buenas costumbres. En el plano judicial, el juez no será más la boca que pronuncia las palabras de la ley, ni se limitara a la exegesis<sup>34</sup>.

Esta nueva forma adopto diversos nombres progresistas, civismo contractual, derecho social, ética contractual, entre otros. Consecuentemente, esta primacía de lo social se enmarca dentro del *modelo solidarista* que surge y expande apresuradamente en todos los sistemas jurídicos del Civil Law o Sistema Continental.

Esta nueva tendencia arriba finalmente al país (Colombia) con la victoria del partido liberal en 1930. Los liberales consideraban la constitución política de 1886 una carta teocrática (Catolicismo, religión oficial del Estado) e identificados con las nuevas corrientes revolucionarias, se dieron a la tarea de dotar al gobierno de herramientas intervencionistas que permitieran corregir conflictos rurales y obreros, orientando la vida económica<sup>35</sup>, pretendiendo de esta forma, conseguir 'el

---

<sup>34</sup> Método de interpretación de las leyes que consiste en buscar el espíritu de las leyes en su sentido estrictamente literal.

<sup>35</sup> J. MELO. Las reformas liberales de 1936 y 1968.

estado de bienestar', en el orden político, manifestación inequívoca de la solidaridad<sup>36</sup>.

Dentro de la agitada vida política, el partido liberal no tuvo gobiernos pacíficos. Como señala la investigadora Silvia Galvis, militares, civiles y los conservadores – con auspicio de los nazis – intentaron reiterados golpes de estados, bajo la batuta de Laureano Gómez, quien sería el dictador en caso de triunfar el golpe (según fuentes de inteligencia de Estados Unidos y Colombia)<sup>37</sup>.

Dejando de lado ahora los conflictos políticos narrados, que truncaban los proyectos vitales del país, el presidente de turno Alfonso López Pumarejo, liberal elegido en 1934, presenta proyectos de reforma a la carta política al Congreso de la República, sin oposición conservadora que se abstuvo de participar en las elecciones. Así, la reforma de 1936 en Colombia introdujo la propiedad como una función social que impone obligaciones; asimismo, se cambió la figura `moral cristiana` por `orden moral`, reformas estas tendientes a la restricción de la autonomía privada.

Nuevamente en 1968 el presidente de turno Carlos Lleras Restrepo saca adelante una reforma social que permitió fortalecer al Estado con la figura de la emergencia económica y la declaración de principios referentes a la intervención estatal, alcanzando finalmente la doctrina de J. Keynes rango constitucional.

En nuestro concepto, la cúspide de las reformas sociales en Colombia nos remite a 1991 con la Asamblea Constituyente. Ahora, el estado se ve en obligación de tomar un papel activo en diferentes áreas, desarrollando una carga intervencionista nunca antes atribuida. Con todo, el estado a pesar de ser intervencionista y solidarista no debe extralimitarse en sus funciones, debe respetar la autonomía privada y la libertad contractual, como lo establece el artículo 333 de la constitución política colombiana<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> I. PÉREZ RODRÍGUEZ DE VERA. Itinerario de la solidaridad desde el pandectas de Justiniano hasta su incorporación en las diferencias disciplinarias. En revista electrónica de estudios filosóficos. Num 14, Cit, Pág. 3

<sup>37</sup> Adicionalmente por su importancia histórica transcribimos líneas del texto de la periodista Silvia Galvis, que resultaran de gran ayuda, 'La idea de que el ala laureanista del partido conservador -permeada por las doctrinas totalitarias del Eje- amenazaba golpear la democracia colombiana, era objeto de preocupación de los liberales. Ya en diciembre de 1940, José Umaña Bemal, político, poeta y amigo personal de López Pumarejo, le había confiado a Vemon Fluharty, quien, además de ser su vecino, era el tercer secretario de la embajada norteamericana: «Estoy absolutamente convencido de que habrá un intento conservador-nazi de llegar al poder a través de un golpe de Estado o revolución. No puedo darle datos concretos, pero como político que sabe de lo que habla, estamos convencidos de que el partido conservador cuenta con la promesa de una ayuda nazi». En S. GALVIS. PERIPECIAS DE LOS NAZIS CRIOLLOS, intentos golpistas en Colombia en los años de la Guerra Mundial.

<sup>38</sup> **ARTICULO 333.** *La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.*

Como luego se demostrará, esta reforma constitucional de 1991 en Colombia se ha prestado en algunos momentos para excesivas intervenciones judiciales en los contratos bajo el amparo del modelo solidarista, incrementando significativamente los costos de transacción y limitando la autonomía privada. Derivado de ello se ha discutido la muerte del contrato debido a la transformación de su funcionamiento y al ocaso de la concepción absolutista de la libertad contractual.

### **3.3 Negocio Jurídico y Contratos**

Explicado los alcances de la voluntad, declaración de voluntad y el consentimiento anotamos que no todos los negocios jurídicos son contratos y no todas las obligaciones derivan de contratos; el negocio jurídico es una disciplina que comprende no sólo los contratos sino también los negocios jurídicos unilaterales como los testamentos<sup>39</sup>.

No obstante, el contrato es el negocio jurídico por excelencia tanto que la construcción de esta categoría ha tomado el contrato como su modelo<sup>40</sup>.

---

*La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.*

*La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.*

*El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.*

*La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. (Subrayado fuera de texto).*

**ARTICULO 334.** *La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.*

*El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones. (Subrayado fuera de texto).*

<sup>39</sup> E. BETTI. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Cit, Pág. 3

<sup>40</sup> Autores Varios. *Responsa Iurisperitorum digesta*. V 5. Cit, Pág. 11

### 3.3.1. Contratos

Por su importancia dedicaremos unas líneas al contrato antes de ingresar al estudio de los negocios jurídicos. Actualmente, el concepto clásico de contrato arraigado en los sistemas continentales y, nacido en los códigos del siglo XIX, consiste en el fruto del consentimiento como expresión del acuerdo de voluntades<sup>41</sup>.

Sin embargo, así resulte revolucionario el concepto de contrato antes descrito, no siempre se acogió de esta forma. La voz 'contrato' viene de 'contrahere'<sup>42</sup> (lo contraído) y a su vez de Trahere (arrastrar)<sup>43</sup>. En este orden de ideas, el vocablo 'contrahere' fue primero que 'contractus', que nació en el último periodo de la República.

En este sentido, el vocablo 'contractus' se utilizó sólo para designar a la obligación que nacía de los actos solemnes y rituales (nexum, sponsio y stipulatio), y por consiguiente, no significaba un acuerdo de voluntades, sino un vínculo en sí como hecho objetivo<sup>44</sup> nacido de los actos solemnes.

El concepto de contrato como consentimiento o expresión del acuerdo de voluntades, no se formó en el Derecho Romano sino posteriormente con los códigos occidentales. No obstante, la concepción clásica tampoco ha sido inmutable a la realidad, y no en vano, se ha hecho necesaria la revisión del concepto de contrato.

El resurgir de la lex mercatoria apareja una nueva fisonomía contractual, los contratos clásicos resultan insuficientes. Igualmente, los contratos en masa donde no se discuten las cláusulas, hacen temblar los conceptos de consentimiento<sup>45</sup>, aspecto que no se analizara en este texto.

## CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

Las más importantes clasificaciones de los contratos distinguen entre:

1. Según la regulación:

- Típicos
- Atípicos

---

<sup>41</sup> J. FARINA. *Contratos Comerciales Modernos I*. cit, Pág. 217

<sup>42</sup> Y lo contraído era una obligación (negotio contractum, obligatio contracta). Literalmente Contrahere significa realizar, perdurar y concitar.

<sup>43</sup> J. FARINA. *Contratos Comerciales Modernos I*. cit, Pág. 218

<sup>44</sup> J. FARINA. *Contratos Comerciales Modernos I*. cit, Pág. 219

<sup>45</sup> La doctrina ha acuñado el concepto de 'relaciones jurídicas de hecho'.

Los contratos típicos son aquellos que están reglamentados de modo expreso por el ordenamiento jurídico contractual. A contrario sensu, los contratos atípicos, no poseen regulación contractual específica por lo que se rigen por los acuerdos contractuales, costumbres y usos mercantiles<sup>46</sup>. Son finalmente estos usos y costumbres que convergen en tipicidad consuetudinaria y conducen, cuando el legislador lo considere oportuno, en tipicidad normativa<sup>47</sup>.

## 2. Según la contraprestación:

- Onerosos
- Gratuitos

Onerosos aquellos que los pagos con bienes muebles o inmuebles se hallan compensados con los beneficios contractuales, son generalmente de carácter conmutativo, ya que las partes contractuales conocen, el alcance de las prestaciones<sup>48</sup>. A diferencia en los gratuitos una de las partes no recibe como contrapartida a ningún sacrificio, Ej. La donación.

## 3. Desarrollo del anterior:

- Conmutativos
- Aleatorios

Considerada más una subclasificación de los contratos onerosos explicados anteriormente. Por consiguiente, será conmutativo cuando el beneficio de las partes es cierto y determinado, Ej. Contrato de compraventa. Sin embargo, los contratos aleatorios ese beneficio depende de un acontecimiento incierto o aleatorio, verbigracia, el contrato de seguro, tal como lo define el Art. 1036 del C. de Co.

En efecto, el interés en esta diferenciación no es otra que la aplicación de la teoría de la lesión enorme, aplicable a los contratos conmutativos y el álea, excluye la lesión<sup>49</sup>.

## 4. Según la denominación:

- Nominados
- Innominados

Las locuciones 'nominado' e 'innominado' hacen referencia a la existencia o no de un nombre o denominación legalmente dispuesto con el cual se le conoce a un contrato típico o atípico. Advertimos que estas expresiones son impropias, ya que

---

<sup>46</sup> Ver, Corte Suprema de Justicia. Cas. Civ, Sentencia del 27 de Marzo de 1998, Exp. 4798. M.p José Fernando Ramírez Gómez.

<sup>47</sup> J. FARINA. *Contratos Comerciales Modernos I*. cit, Pág. 1

<sup>48</sup> J. BONIVENTO. *Los principales contratos civiles, y su paralelo con los comerciales*. Cit, Pág. 6

<sup>49</sup> A. TAMAYO LOMBANA. *Manual de obligaciones, teoría del acto jurídico y otras fuentes*. Cit, Pág. 97

correctamente debemos referirnos a 'contratos con tipicidad legal' y 'contratos con tipicidad consuetudinaria'<sup>50</sup>.

El concepto de contratos nominados e innominados tiene su origen en el derecho romano (sólo el contrato nominado creaba obligación civil). En el derecho moderno no interesa si los contratos tienen una denominación sino, si están regulados en la ley<sup>51</sup>.

5. Según su perfeccionamiento:

- Reales
- Solemnes
- Consensuales

En nuestro ordenamiento jurídico la regla general será la consensualidad de los contratos, es decir, sólo basta el acuerdo de voluntades para perfeccionar el contrato. Sin embargo, la excepción está dada por contratos con solemnidades o reales. En los primeros para nacer a la vida jurídica necesitan una formalidad, Ej. Escritura pública; y los segundos, son aquellos que además del acuerdo de la voluntades o consentimiento requieren ser acompañados de la entrega de una cosa, Ej. El contrato de mutuo. Adicionalmente, la doctrina agrega el contrato de transporte de cosas como real<sup>52</sup>.

6. Según su formación:

- Principales
- Accesorios

Un contrato es llamado principal cuando no necesita de otro contrato para su realización, es decir, tiene existencia propia<sup>53</sup>. A diferencia, los contratos accesorios necesitan de otros contratos matriz para poder ejecutarse, Ej. Contrato de hipoteca.

7. Según la ejecución de las obligaciones:

- De ejecución instantánea
- De tracto sucesivo
- De ejecución diferida

Nos referimos a un contrato instantáneo (o de ejecución instantánea) cuando las prestaciones se ejecutan inmediatamente, aunque el precio sea cubierto por cuotas, no significa que se convierta en tracto sucesivo, por cuanto el contrato se cumple en un solo acto, aun cuando reiteramos, las prestaciones sean

---

<sup>50</sup> J. FARINA. *Contratos Comerciales Modernos I*. cit, Pág. 367

<sup>51</sup> J. FARINA. *Contratos Comerciales Modernos I*. cit, pp 369, 370 y 371

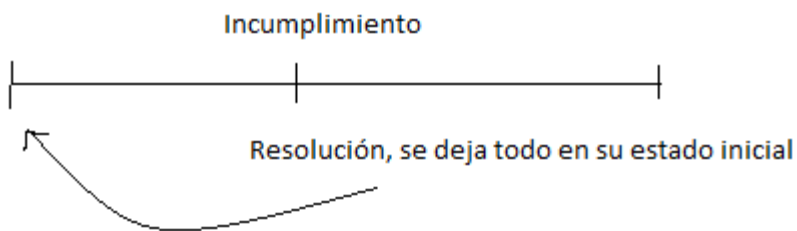
<sup>52</sup> A. TAMAYO LOMBANA. *Manual de obligaciones, teoría del acto jurídico y otras fuentes*. Cit, Pág. 83

<sup>53</sup> J. BONIVENTO. *Los principales contratos civiles, y su paralelo con los comerciales*. Cit, Pág. 402

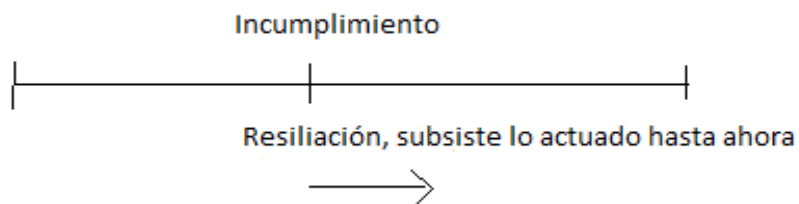
periódicas<sup>54</sup>. A contrario sensu, el contrato de tracto sucesivo (o contrato sucesivo), tiene por objeto prestaciones que no se cumplen en un solo instante, V. Gr. Contrato de arriendo<sup>55</sup>. Así, de esta modalidad de ejecución sucesiva deriva la característica de la terminación o resiliación y no de resolución<sup>56</sup>.

Las explicamos de la siguiente forma:

*Resolución:*



*Terminación o resiliación:*



Finalmente, sólo queda referirnos a la ejecución diferida. Modalidad en la cual un contrato nace a la vida jurídica pero sus efectos, quedan postergados en el tiempo.

### 3.3.2. Negocios Jurídicos

Dejando de lado el análisis del contrato, continuamos nuestro camino hacia la consecución de una definición del negocio jurídico.

Las voluntades de los particulares estudiadas no son el negocio en sí, sino un precepto de la autonomía privada<sup>57</sup>. En efecto, el negocio jurídico será la

<sup>54</sup> J. BONIVENTO. *Los principales contratos civiles, y su paralelo con los comerciales*. Cit, Pág. 7

<sup>55</sup> A. TAMAYO LOMBANA. *Manual de obligaciones, teoría del acto jurídico y otras fuentes*. Cit, Pág. 97

<sup>56</sup> J. BONIVENTO. *Los principales contratos civiles, y su paralelo con los comerciales*. Cit, Pág. 401

<sup>57</sup> E. BETTI. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Cit, Pág. 54

resultante de todos los actos de autonomía privada<sup>58</sup>, Ej. Un contrato o reconocer un hijo. Esta autonomía de los particulares no se debe confundir con la libertad del querer, pues corresponde a las partes contractuales allanarse a las normas imperativas.

A pesar de todo, existe la tendencia a utilizar la noción de negocio jurídico y acto jurídico (en sentido estricto) como sinónimos en las definiciones del contrato, sin tener en cuenta que sus alcances son divergentes; no es vano el tratadista Álvaro Ortiz Monsalve diferencia el negocio jurídico de los actos jurídicos, por cuanto este último produce efectos independientemente de la voluntad<sup>59</sup>; Es justamente en el código civil, por ser más antiguo que se asimila el contrato con un acto jurídico.

*“ARTICULO 1495. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas (Subrayado fuera de texto).”*

A diferencia del código civil, el código de comercio en su artículo 822 consagra un concepto más progresista de acto y negocio jurídico, cuando señala:

*“ARTÍCULO 822. Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.*

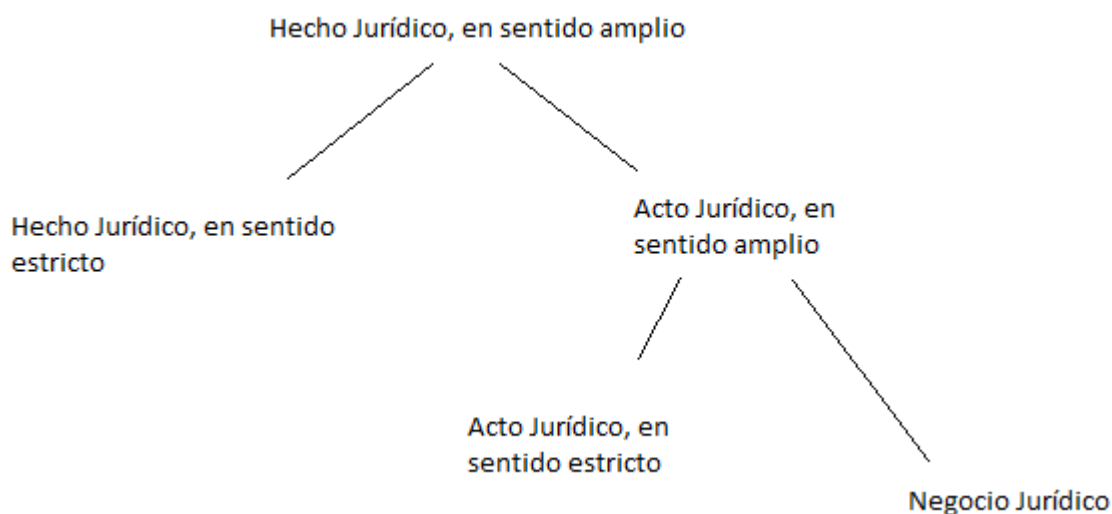
*La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley”*  
*(Subrayado fuera de texto).*

Observamos la diferencia en la concepción, en cuanto el contrato como negocio jurídico o acto según el código que seleccionemos, será necesario responder a la pregunta, ¿Cuál es la diferencia entre el negocio jurídico y los actos jurídicos en sentido estricto?, analizamos el siguiente esquema.

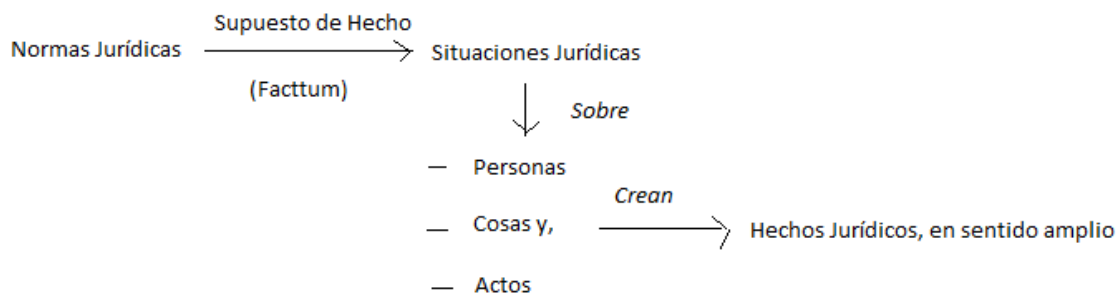
---

<sup>58</sup> Los doctrinantes Guillermo Ospina y Eduardo Ospina, define el negocio jurídico de la siguiente forma, ‘... denominada negocio jurídico al acto cuya voluntad se encamina directa y flexiblemente a la producción de efectos jurídicos, como el otorgamiento de un testamento o la celebración de un contrato...’. En G. OSPINA y E. OSPINA. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Cit, Pág. 4

<sup>59</sup> A. ORTIZ MONSALVE. *Manual de Obligaciones*. Cit, Pág. 35.



Iniciamos comentando que las normas jurídicas le corresponden unos supuestos de hecho de una determinada índole, denominados `fatispecie<sup>60</sup> o `Facttum`, originando situaciones jurídicas, que a su vez causada sobre las personas, cosas o actos crea hechos jurídicos, en sentido amplio. Por consiguiente, los hechos jurídicos en sentido amplio serán todas las modificaciones del mundo exterior que impliquen cambios en una situación jurídica.



Los hechos jurídicos en sentido amplio se dividen en:

- Los hechos jurídicos en sentido estricto
- Los actos jurídicos en sentido amplio y este a su vez en actos jurídicos en sentido estricto y negocios jurídicos<sup>61</sup>

<sup>60</sup> E. BETTI. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Cit, Pág. 4

<sup>61</sup> Bajo los Negocios Jurídicos (ley otorga autonomía y consecuencias), como valoración de la autonomía privada, resulta procedente la aplicación de los modelos solidarista, individualista o completo, aplicados a la estructura general del contrato o restantes negocios jurídicos. En este orden de ideas, la Corte Constitucional, no ha supeditado el deber de solidaridad solamente a las relaciones interpersonales (Ej. C-404 de 1998) sino también a la configuración, ejecución o terminación de un contrato.

Hechos jurídicos en sentido estricto consistirá en fenómenos naturales y obras humanas que la ley no contempla como conducta. Ejemplo, nacimiento, muerte o un vendaval. Y será actos jurídicos en sentido amplio el hecho humano que el sistema jurídico toma y disciplina. Pero ¿Qué diferencia los hechos y actos en sentido amplio?

Una doctrina tradicional *voluntarista* concibe a los hechos jurídicos (en sentido estricto) como factores naturales (Ej. La muerte), y los actos como requisito impuesto por la norma y la voluntad.

Otra teoría más acertada considera los actos con efecto material externo bajo la denominación de *operaciones*<sup>62</sup>. Finalmente, la diferencia radicará en como la intervención humana sea tenida en cuenta por la norma jurídica. Sería el hecho jurídico en sentido estricto, como la muerte, un hecho objetivo que el derecho no valora; se produce y por consiguiente produce efectos en el instante mismo de la ocurrencia, a diferencia en los actos jurídicos en sentido amplio, para los cuales el derecho examina si se tomaron en cuenta las normas imperativas o si la voluntad se expresó libre de vicios del consentimiento, para poder otorgarle una validez y por consiguiente efectos jurídicos.

Establecido que en los actos jurídicos en sentido amplio, el derecho valora la intervención humana (operaciones), la doctrina tradicional atribuye al acto jurídico en sentido estricto unos efectos, al margen de si el autor los quiso o no. Será trascendental que se haya querido el acto, pero no necesario que se haya querido el efecto. A diferencia de lo que podamos pensar, en el acto jurídico no media la autonomía privada, teniendo en cuenta que la ley o norma jurídica toma al acto un supuesto de hecho y atribuye consecuencias predispuestas. De otro lado en el negocio jurídico, si media la autonomía privada, estando la ley o norma jurídica señalando orientaciones y límites.

Se entiende entonces, que los negocios jurídicos son una ley a sus propios intereses y los actos jurídicos, conformidad de los efectos a la conciencia que ordinariamente acompaña a las normas<sup>63</sup>.

En consecuencia, en el negocio jurídico la ley otorga autonomía y consecuencias, y en el acto jurídico (en sentido estricto) ley se reduce a atribuir al comportamiento los efectos que ella misma determina. Es así que la respuesta al interrogante sería la siguiente, los contratos evidentemente son negocios jurídicos donde las partes a través de la autonomía privada regulan el contenido y la norma señala límites y orientaciones a este.

Surge entonces un nuevo interrogante, ¿si de antaño se conoce el contrato como fuente de obligaciones y medio para ejercer la autonomía privada, que hace

---

<sup>62</sup> E. BETTI. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Cit, Pág. 16

<sup>63</sup> E. BETTI. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Cit, Pág. 66

necesario crear una nueva figura que envuelva la disposición de intereses de las personas, llamada Negocio Jurídico?

En efecto, el término Negocio Jurídico se atribuye a los pandectista en el siglo XVIII, quienes influenciados por la aspiración de sistematización del derecho pretendían encontrar una figura general que comprendiera todos los actos lícitos, cuya función consistiera en la disposición de intereses de las personas, en contraposición a la figura del contrato francés, que sólo abarcaba los actos bilaterales lícitos y dejaba por fuera los unilaterales y colectivos lícitos. La respectiva teoría de los negocios jurídicos es acuñada por savigny.

Pasaremos ahora a estudiar la figura del contrato, entendiéndolo como una de las manifestaciones de los negocios jurídicos, no la única. En Colombia al igual que muchos países pertenecientes al Civil Law o sistema continental, las obligaciones y los contratos están regulados en un mismo capítulo, motivo que lleva a frecuente confusión entre los contratos y obligaciones<sup>64</sup>. Reiteramos la premisa inicial, no todas las obligaciones derivan de los contratos pero estos si constituyen una de las principales fuentes de las obligaciones, por consiguiente los contratos y las obligaciones merecen capítulos diferentes en los códigos.

Es tal la importancia de los contratos<sup>65</sup> en las fuentes de las obligaciones<sup>66</sup>, que desde la época romana tratadistas han hecho referencia a ello<sup>67</sup>:

**Gayo. Inst. 3,88.** – Pasemos ahora a las obligaciones, cuya principal división comprende dos clases, pues toda obligación nace de contrato o de delito.

**Justiniano. Inst. 3,14.** Distingue cuatro especies de obligaciones según que ella se contraiga – o desde un contrato, o como desde un contrato, o desde un maleficio, o como desde un maleficio -. (Aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio).

---

<sup>64</sup> R. SCOGNAMIGLIO. *Teoría general del contrato*. Cit, Pág. 14

<sup>65</sup> Adicionalmente se ha pretendido desde tiempos remotos desligar una clasificación entre contrato y convención. Precisamente en **D.2.14.1.3 Ulpiano**; Comentarios al Edicto, libro IV.- ‘La palabra convención es genérica, perteneciendo a todos aquello que para celebrar o transigir un negocio consienten los que entre sí lo tratan; porque así como se dice que convienen los que de diversos movimientos del ánimo consienten en una misma cosa, esto es, se encaminan a un mismo parecer. Más de tal modo es genérica la palabra convención, que, como discretamente dice Pedio, no hay ningún contrato, ninguna obligación, que en sí no contenga convención, ya se haga de obra, ya de palabra; porque aun la estipulación, que se hace palabra es nula, si no tuviera el consentimiento’.

<sup>66</sup> Y por el término obligaciones podemos entender lo siguiente: ‘Es una tesis general que el efecto de una obligación consiste en que el deudor queda sometido a cumplir la prestación que constituye su objeto. Si el deudor se niega a cumplirla voluntariamente, el acreedor tendrá derecho de obligarlo a ello apelando a la fuerza pública o, cuando la ejecución natural no es ya posible, obtener el pago de daños y perjuicios, modo de satisfacción que puede ser llamado *ejecución por medio de equivalente*’. En, A. COLIN y H. CAPITANT. *Derecho Civil, Obligaciones*. Volumen I. cit, Pág. 2

<sup>67</sup> A pesar de ello el Doctor Riccardo Cardilli, expresa lo siguiente, ‘los actuales procesos europeos de unificación del derecho de las obligaciones parece evidenciar una tendencia, consiente o no, a debilitar el vínculo entre contrato y obligación’. En R.CARDILLI. *Contrato y Obligación: la importancia de su vínculo en la tradición del derecho civil*. En revista de derecho privado, Núm. 15, 2008 , pág. 41

A su vez aquellas que provienen – desde un contrato – son de cuatro especies, a saber: re, verbis, litteris o consensos (Just. Inst. 3.13.2).

***Paraphrasis de Teòfilo a las Instituciones de Justiniano*** (Teoph., Paraphr. 3,13,2). Se definió el contrato como – la convención y el consenso de dos o más sobre la misma cosa, con el fin de constituir una obligación, y de vincular uno al otro -.

Estos troncos fundamentales contrato y delito como fuente de las obligaciones, resultaron insuficientes para abarcar los hechos generadores de obligaciones, planteándose figuras con cierta similitud, resultando así el cuasicontrato o cuasidelito. Es así que Gallo amplía la clasificación a una tripartita en primera medida: *‘Las obligaciones nacen o de contrato, o de delito, o por cierto derecho propio, de varias especies de causas’*.

Los textos mencionados constituyen piedra fundamental que se concreta en las Instituciones de Justiniano, la cuadripartición de: delito, cuasidelito, contrato y cuasicontrato. Resaltamos el contrasentido de la figura artificial del cuasicontrato, porque el contrato resulta de un acuerdo de dos o más partes y el cuasicontrato excluye esta posibilidad. De lo que se trató en el derecho romano fue de aplicar a los cuasicontratos el régimen de los contratos, más no de confundirlos o asimilarlos, asignándole un nombre a un hecho generador de eficacia obligacional.

Varios siglos después, el Código Civil de Napoleón en su artículo 1370 acoge la clasificación del jurista francés Photier:

- Cuasidelitos
- Cuasicontratos
- Delitos y,
- Contratos

Equivalentemente el artículo 1494 C.C de Colombia emulando a su par chileno en su artículo 1347, establece:

*“ARTICULO 1494. 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.”;*

Con la lectura del anterior artículo del código civil colombiano, concluimos que las fuentes de obligaciones son de innegable extracción clásica y francesa, clasificación que resultó ampliada cuando la Corte Suprema de Justicia aceptó la figura del enriquecimiento sin causa, materializado en el Art. 831 C. Com., al lado de las demás fuentes de las obligaciones.

### 3.4 Límites de la Autonomía contractual

Sin lugar a dudas el abuso del liberalismo salvaje durante décadas ha dejado una gran huella en la sociedad, que aumenta la convicción de regular la autonomía de la voluntad entablado unos límites eficaces. Sobre este tema de los límites de la autonomía se escribe desde muchos ámbitos, no obstante, son difusas las figuras que sirven para este propósito. Es por esta razón, que proponemos una sistematización que abarque efectivamente la contención ante el abuso.

----- Orden Público y Buenas Costumbres

Límite Autonomía privada<sup>68</sup>

----- Seguridad Jurídica

----- Solidarismo Contractual<sup>69</sup>

#### 3.4.1 Orden Público y Buenas Costumbres

En primer término, entrar a definir exactamente las nociones de Orden Público y Buenas Costumbres resultan de la variabilidad histórico - cultural, asimismo sin entrar en definiciones arbitrarias, las nociones antes mencionadas son figuras indeterminadas moldeables a cada época, que expresan las creencias de su tiempo.

A manera de normas 'tipo en blanco'<sup>70</sup>, se erigen a modo de límites de los *requisitos de validez* de los contratos o cláusulas de estas. El artículo 16 del C.C Colombiano prohíbe derogarse leyes por convenios particulares en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres<sup>71</sup> y el artículo 899 C. Com. Colombiano declara ser nulo absolutamente, el negocio jurídico cuando contraría una norma imperativa<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> Esquema de los autores

<sup>69</sup> Si tenemos en cuenta que el país acoge el modelo solidarista

<sup>70</sup> En terminología del derecho penal

<sup>71</sup> ARTICULO 16. No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres.

<sup>72</sup> ARTÍCULO 899. Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

- 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;
- 2) Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y

Sin lugar a dudas las normas imperativas son parte integrante del espectro del Orden Público y Buenas Costumbres, que no pueden ser derogadas por convenios particulares. A su vez, estas normas imperativas y supletorias se remiten a la clasificación de las cláusulas de los contratos en:

- Esenciales
- Naturales y,
- accidentales

Igualmente, tomando como sinónimos el orden público y las buenas costumbres, abarcan diferentes aéreas, según el grado de cuidado en la cual busquen dirigirse, así encontramos:

- Orden público político
- Orden público de dirección, referente al derecho de la competencia organizando la productividad, y equidad del esquema económico
- Orden público de protección, referente al derecho del consumidor

En este orden de ideas, es importante considerarlos una restricción o prohibición social (que afectará la validez del negocio jurídico), que pretende el amparo de los intereses particulares y generales, que apareja una posible pugna:

#### *Principio Libertad Contractual Vs. Amparo Orden Público y Buenas Costumbres*

Para entender las relaciones de estas dos figuras analizaremos una breve evolución en Europa.

En Francia, el proceso de modificación al Código Civil encuentra sus principales causales a finales del siglo XIX. Es en esta época, que entra en crisis el modelo de la autonomía de la voluntad privada consagrada en el Código de Napoleón, este instrumento permitía al fuerte abusar del débil. Complementariamente surge la sociedad de consumo en Europa y Norteamérica, intensificando el tráfico jurídico en la sociedad, enfocando al juez de contratos al quebrantamiento de una visión igualitaria entre los contratantes, producto de una coyuntura que hacía al consumidor estar más expuesto al abuso de posiciones dominantes (ruptura del esquema de la igualdad formal)<sup>73</sup>.

En réplica a esta problemática surge la noción de Orden Público Económico, derecho del consumidor y derecho de la competencia. Referente al derecho del consumidor y de la competencia, presentan el problema de especialidad, con principios propios y por su naturaleza no aplicable al derecho común.

---

3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.

<sup>73</sup> J. ACOSTA. *El nuevo Orden Contractual Colombiano*. Cit, pp. 11, 12 y 13

En este orden de ideas, la proclamación de la buena fe como referente para las negociaciones contractuales modifica una serie de aspectos, entre los que encontramos los vicios clásicos del consentimiento (error, fuerza y dolo) los cuales se suman la violencia económica<sup>74</sup> entre otros, importando destacar respecto al consumidor, como advierte el Italiano Vincezo Roppo<sup>75</sup> la autorización del derecho de retracto. En este mismo sentido Europa ha evolucionado a pasos gigantesco encontrando el Libro Verde de la Comisión Europea sobre opciones para avanzar hacia un Derecho Contractual Europeo para consumidores y empresas, y Directivas que protegen directamente al consumidor.

Sin embargo, sería injusto endilgar la evolución exclusivamente a Francia. Alemania cuenta con una gran participación de la doctrina y la jurisprudencia influenciados por juristas romano-germánicos con el 'mos italicus'<sup>76</sup> además, de la pandectística y sus interpretaciones vigentes del Corpus Ius Civile como sistema cerrado y completo (plenitud del ordenamiento), imposibilitando las lagunas del ordenamiento jurídico.

Alemania impulsa una serie de normas con carácter imperativo que finalmente terminaban rindiendo un tributo a la protección del orden público y buenas costumbres en los contratos y las obligaciones, Ej. En la actualidad la reforma al derecho de Obligaciones.

Sin lugar a dudas, observado una breve evolución de las figuras este principio de libertad contractual no es absoluto sino relativo, es decir, respetando unas reglas de juego. Estas reglas de juego que se deben respetar (Orden Público y Buenas Costumbres) dependen de una buena aplicación de la seguridad jurídica que se creó para evitar arbitrariedades. La Corte Constitucional en sentencia C-549 de 1993 referente al principio de seguridad jurídica, ley tributaria y derechos adquiridos enuncio:

*'La seguridad jurídica es requisito para la configuración del orden público. Si no hay una estabilidad en cuanto a la consecuencia jurídica, obviamente no pueden los destinatarios de la ley estar gozando del derecho a la seguridad (...).'*

---

<sup>74</sup> Para mayor comprensión ver, F. HINESTROSA. Estado de necesidad y estado de peligro ¿Vicio de debilidad?

<sup>75</sup> V. ROPPO. *El contrato del Dos Mil*. Cit, Pág. 37

<sup>76</sup> 'El derecho medieval fue eminentemente un derecho de juristas, donde importa son las glosas efectuadas por estos. Este método empleado por comentaristas se conoció como 'mos italicus', donde se preocupaban más por su construcción teórica que por su práctica. Estudiaban el derecho romano adecuado a la realidad medieval, hechas por los glosadores. Se caracterizan por su amor hacia la antigüedad y la visión de filósofos como Platón.

En contraposición, aparece el 'mos gallicum', de raigambre humanista, y su oposición era las interpretaciones de los textos romanos.

En L. BENETTI TIMM. 'Descodificación', constitucionalización y recodificación del Derecho Privado: ¿es todavía útil el código civil?. En the latin american and caribbean journal of legal studies, vol 3, Cit, pp. 7 y 8

### 3.4.2. Seguridad Jurídica

Examinamos la seguridad jurídica como segundo límite de la autonomía de la voluntad, advirtiendo una fuerte dicotomía entre libertad contractual y amparo de la seguridad jurídica.

Actualmente, los banqueros (por tomar un ejemplo) cada vez que son afectados con medidas que buscan la justicia para los usuarios, plantean un conflicto filosófico: justicia Vs. Seguridad jurídica, considerándola esta última absoluta. No descartamos la importancia de la seguridad jurídica pero ello no nos lleva a considerarla absoluta, lo que nos lleva a afirmar un falso debate en el anterior enfrentamiento filosófico, que tendremos que sustentar como hicimos en el punto pasado.

Pugna:

#### *Libertad Contractual Vs. Amparo de la Seguridad Jurídica*

Para solucionar la posible pugna empezamos comentando que el derecho romano existía una fórmula trilogica del Corpus Iuris Civilis aplicable a todo el Imperio:

- 1 Honeste vivere (vivir honestamente)
- 2 Alterum non laedere (no hacer mal al otro) y,
- 3 Suum cuique tribuere (dar a cada uno lo suyo)

Sin embargo, cesa la vigencia del derecho romano en toda Europa y por consiguiente la tradición jurídica común, dando inicio a culturas jurídicas diferenciadas, pero esto no es motivo para pensar en un abandono de los dogmas romanos del Corpus Iuris Civilis, es así que los Revolucionarios Franceses se basan en la típica concepción romana y en la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su Art. 4 proclama la libertad consistente en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro<sup>77</sup>. Por consiguiente la definición de libertad (seguridad jurídica) del Código Civil francés (por mimetismo jurídico, el código civil colombiano y chileno) maneja eminentemente los preceptos de la Declaración.

Motivo por el cual, el código civil colombiano la libertad y seguridad jurídica estarán encaminadas en evitar hacer lo que perjudique a otro.

---

<sup>77</sup> J. ACOSTA. La reforma al derecho de la responsabilidad contractual: consecuencias específicas de la constitucionalización del derecho privado. En IUSTA, num 30, 2009, Pág. 98

En efecto, así lo han entendido las cortes más progresistas, el juez que desconoce la seguridad jurídica para impedir el perjuicio de una parte a otra no atenta contra la seguridad, por el contrario, la protege<sup>78</sup>.

Sin lugar a dudas, no hay contradicción entre seguridad jurídica - libertad y como conclusión ha sido la ley inicialmente la que ha regulado estas dos figuras, dejando siempre un espacio inconcluso o abierto para la autonomía de los particulares. Al no existir contradicción solo queda manifestar un vínculo entre indeterminación del proceder y seguridad jurídica.

Ha sido la Corte Constitucional la que ha tomado la batuta y en innumerables fallos ha interpretado la seguridad jurídica como integrante de la libertad, es bajo esta línea de pensamiento que el magistrado Humberto Sierra Porto en una conferencia del 06 de Octubre de 2010, se pregunta ¿De qué hablamos cuando discutimos de la seguridad jurídica?

*La seguridad jurídica existe cuando un Estado es capaz de proporcionar: (i) reglas de juego claras, derechos y obligaciones precisas, de los ciudadanos entre si y de estos frente al Estado, (ii) previsibilidad de las decisiones en dos ámbitos, cuando se ejercen peticiones frente al Estado y previsibilidad en la decisión de conflictos que el Estado dirime, y (iii) mecanismos ágiles y eficaces para resolver los conflictos.*

### **3.4.3. Solidarismo contractual y demás figuras**

Como tercer límite, dentro de nuestro esquema, para la autonomía contractual, hallamos una figura comprensiva de muchas otras; nos referimos al solidarismo contractual (o también llamado derecho social) que propone un fuerte límite al individualismo contractual y al abuso de la autonomía de la voluntad.

Desde su origen desde el punto de vista sociológico, que se atribuye al francés Emile Durkheim, la legislación y la jurisprudencia se han apropiado de estos planteamientos. El referido influjo se ha extendido en la actualidad, y así en la revista de la Corte de Casación francesa, Jean Cedras da cuenta de que la solidaridad contractual proyecta sus efectos no solo durante la formación, sino también durante el desarrollo y rescisión del contrato<sup>79</sup>.

Igual que en Francia, en Colombia la constitución política de 1991 se adapta a las nuevas realidades, llegando a utilizar la palabra solidaridad en 5 oportunidades, la primera en el título I De Los Principios Fundamentales artículo 1, consagrando 'la solidaridad de las personas que la integran y la prevalencia del interés general'.

---

<sup>78</sup> J. ACOSTA. La reforma al derecho de la responsabilidad contractual: consecuencias específicas de la constitucionalización del derecho privado. En IUSTA, num 30, 2009, pp 99, 100 y 101

<sup>79</sup> J. CÉDRAS. Le Solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation. Article 6260

En Colombia la solidaridad es utilizada en varias sentencias de la Corte Constitucional, para solucionar casos de diversa naturaleza.

Tal vez el mayor entusiasmo en la aplicación del concepto se aprecia en Brasil, donde la legislación, doctrina y jurisprudencia han acogido con gran ímpetu la escuela de la solidaridad. En materia de legislación la Constitución Federal, el Código de Defensa del Consumidor y su Nuevo Código Civil son críticos del individualismo contractual, conciben la solidaridad como figura comprensiva de la función social del contrato<sup>80</sup> (Art. 421 C.C.B), y la hacen incidir en el desarrollo de figuras tales como la buena fe objetiva (Art. 422 C.C.B), excesiva onerosidad sobreviniente (Arts. 317 y 478 C.C.B), abuso de derecho (Art. 187 C.C.B), entre otros.

En materia doctrinal y jurisprudencial, cuentan con tratadistas que explican a profundidad los orígenes y funcionalidad de la solidaridad y finalmente, la jurisprudencia brasilera ha llegado a utilizar esta figura en diversas modalidades Vgr. Decisión de apelación Civil No. 70011602091 del tribunal de Justicia: la función social del contrato tiene por objeto evitar la imposición de cláusulas onerosas y dañosas a los contratantes económicamente más débiles (...) <sup>81</sup>; Decisión No. 70002855328 Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul juez Nereu Giacomolli: A partir de la Constitución de 1988 nuestro modelo político es de Estado Democrático y Constitucional de Derecho. Este modelo preconiza la independencia armónica y funcional de los poderes, la defensa de los derechos individuales y sociales amparados por la Carta Magna. La institución del contrato no puede ser simplemente concebida como icono del principio de libertad contractual o de autonomía privada (poder negocial) en la medida en que actúa como ropaje jurídico de operaciones financieras en general y participa de la constitución económica de la sociedad (...).

En consecuencia, consideramos la solidaridad contractual un límite de la autonomía contractual pero no su enemigo. Igualmente la solidaridad es comprensiva de otras figuras como la buena fe, abuso de derecho, deber de coherencia, protección de la confianza, regla *venire contra factum proprium non valet*<sup>82</sup>, explicando algunas de estas a continuación.

*Abuso del Derecho.* Concepción general de perseguir el dolo o fraude, considerando abusivo el acto nocivo. En este orden de ideas, en el ámbito contractual encontramos figuras utilizadas en el tráfico jurídico como *‘El Abuso del*

---

<sup>80</sup> Aunque terminará siendo un error asimilar la función social del contrato con el solidarismo, más adelante explicaremos sus diferencias.

<sup>81</sup> L. BENETTI TIMM. As origens do contrato no Novo Código Civil: uma introdução á função social, ao welfarismo e ao solidarismo contractual. En the latin american and caribbean journal of legal studies, vol 3, Pág. 11

<sup>82</sup> Consideramos que el solidarismo contractual es una figura comprensiva de otras, también tendientes a la concepción proteccionista de las partes en el interés del otro. Por consiguiente, el solidarismo absorberá las figuras que se encuentran dispersas en el ordenamiento jurídico Ej. Buena fe, Abuso de derecho, entre otras.

*Derecho'* para analizar y solucionar vicisitudes de los negocios jurídicos de una forma muy variada, Vgr. Es común considerar las cláusulas abusivas como un abuso del derecho en el contrato; parte de la doctrina no entiende un control de las cláusulas abusivas por medio de la Teoría del Abuso de Derecho, correspondiendo a conceptos distintos<sup>83</sup>. Ratificando de este modo, la falta de comprensión y amplitud de la figura como comprensiva de todas las vicisitudes de los contratos, a diferencia del solidarismo contractual.

Sin menospreciar la figura al punto de convertirla en un concepto vacío, la Teoría del Abuso del Derecho existió desde épocas romanas como instrumento para perseguir el dolo y el fraude, considerando el acto abusivo dotado de una intención nociva; sin lugar a dudas la figura se afianzó con la publicación del libro <Del Abuso del Derecho y otros ensayos> de Louis Josserand, que rompe con una concepción del derecho exacta, de formas absolutas, típica del antiguo derecho romano y pasar a una teoría de la relatividad con contenido social y ondulante<sup>84</sup>.

Para Josserand esta primera concepción exacta del derecho, permite desviación del derecho, permitiendo utilizar de forma lícita, normas del ordenamiento jurídico para desviarlas de sus verdaderos fines sociales. Podríamos nombrar los derechos que tienen los propietarios sobre sus predios y su relación con los vecinos, tratándose este derecho de propiedad como el más tradicional de los derechos absolutos y primer campo de experimento de la Teoría del Abuso del Derecho para el autor. Los campos de experimento de la teoría para el autor son los siguientes:

- 1 Derecho de Propiedad: relativo a la propiedad inmueble, dominio aéreo, subsuelo y el derecho de recobro
- 2 Vías legales: el derecho de acudir a la justicia
- 3 Dominio contractual: relativa a la lesión, acción pauliana, causa

Finalmente el autor antes mencionado propugna por un derecho relativizado con una función económico-social.

Bajo la óptica del ordenamiento colombiano encontramos una profunda descodificación del Código Civil a favor de la constitucionalización del derecho privado, direccionado sus principios y valores hacia la constitución. Viejas son las épocas en donde la constitución era un simple regulador de las políticas y la estructura del Estado y el código civil máximo regulador de las relaciones privadas<sup>85</sup>.

En este orden de ideas, la constitución política de 1991 en su artículo 95 numeral 1 consagra el respeto de los derechos ajenos y el deber de no abusar de los

---

<sup>83</sup> J. GUAL. El control sobre las cláusulas abusivas un régimen en evolución. En IUSTA, num 30, 2009, Pág. 32

<sup>84</sup> L. JOSERRAND. *Del Abuso del Derecho y otros ensayos*. Cit, pp 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7

<sup>85</sup> Ver bibliografía de los autores Joaquín Acosta y Luciano Benetti Timm

propios, irradiando este principio desde lo más alto de la pirámide kelseniana. Entendiendo que es deber de toda persona no abusar de sus derechos, refleja en la doctrina una concepción de la figura como fuente de las obligaciones y en ese mismo sentido el artículo 830 del Código de Comercio ofrece una solución al que abuse de sus derechos, que no es otra que la indemnización de perjuicios.

Igualmente, la constitución política en los artículos 13 (derecho fundamental a la igualdad) y artículo 333 (actividad económica y la iniciativa privada son libres) no sanciona a la persona jurídica o natural por simple hecho de posición dominante, a diferencia, se sanciona el *abuso* de posición dominante en el mercado (Art. 333) o el abuso en persona con debilidad manifiesta (Art. 13).

Finalmente, señalaremos otra figura importante (comprensiva de la solidaridad), la regla '*venire contra factum proprium non valet*', figura surgida del derecho romano que con múltiples manifestaciones es equiparada a la doctrina de los actos propios en nuestra doctrina<sup>86</sup>. La explicaremos mayormente más adelante, solo para enunciar los alcances que ha tenido nos delimitaremos a enunciarlas y describir las condiciones de aplicación.

Modalidades en diferentes ordenamientos:

- 1 Deber de Coherencia (Francia)
- 2 Estoppel (Derecho anglosajón)
- 3 Verwirkung (Alemania)<sup>87</sup>
- 4 Teoría de los Actos propios, Confianza legítima y teoría de la apariencia (Colombia)

Condiciones de aplicación<sup>88</sup>:

1. Una conducta anterior jurídicamente relevante y eficaz

---

<sup>86</sup> M. BERNAL. La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato. En VNIVERSITAS, num 114, Pág. 255

<sup>87</sup> De origen jurisprudencial alemán en el siglo XIX, se utilizó por los Tribunales alemanes para defender a los deudores que se vieron en imposibilidad de pago en época de crisis y años posteriores cuando recuperan su solvencia económica, se ven avocados a cobros jurídicos, por parte de las entidades bancarias a las cuales le debían. Los autores Antoni Vaquer Aloy y Nùria Cucurull Serra, define en su escrito a la *verwirkung* de la siguiente forma, '... no es propiamente una institución, sino un efecto jurídico: la inadmisibilidad del ejercicio de un derecho cuando se aprecia en dicho ejercicio un retraso que se reputa contrario a la buena fe'. En A. VAQUE y N. CUCURRUL. ¿Solvencia recuperada en buen momento?. En INDRET, num 274, Pág. 4

<sup>88</sup> M. BERNAL. La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato. En VNIVERSITAS, num 114, pp 261 y SS

2. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción –atentatoria de la buena fe- existente entre ambas conductas
3. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas

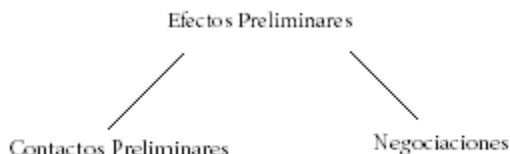
## 4. EFECTO DE LOS CONTRATOS

### 4.1. Efectos preliminares

Se entiende que en los negocios jurídicos se distingue el contenido del negocio y los efectos jurídicos de él<sup>89</sup>. Siendo los efectos jurídicos a diferencia de los efectos naturales, una creación del espíritu humano al reaccionar sobre la realidad social<sup>90</sup>.

Dentro del marco de la tesis, correspondiente a la formación de la solidaridad contractual en las primeras etapas como se expuso en la introducción, nos dedicamos a estudiar los llamados efectos preliminares<sup>91</sup>. Constituyen la fase inicial del acuerdo de voluntad del contrato, que sirven para preparar y hacer posibles los efectos finales. Debiendo incluirse según Scognamiglio la irrevocabilidad, buena fe y los efectos de conservación.

Entre los efectos preliminares, en cuanto a la formación del contrato, distinguimos, los contactos preliminares y las negociaciones, siendo preciso establecer cuales resultan relevantes para el análisis del solidarismo contractual.



Los contactos preliminares considerados actividades distintas a las negociaciones, pueden consistir en sondeos, publicación de los servicios de una sociedad en su página web, etc. Consideramos estos como simples actividades preliminares que no cumplen los requisitos de una oferta<sup>92</sup>. Estas actividades no hacen parte de la fase formativa del contrato y por consiguiente a las mismas no se les aplica las reglas interpretativas propias de lo contractual.

---

<sup>89</sup> E. BETTI. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Cit, Pág. 73

<sup>90</sup> E. BETTI. *Teoría General del Negocio Jurídico*.cit, Pág. 5

<sup>91</sup> R. SCOGNAMIGLIO. *Teoría general del contrato*. Cit, Pág. 192

<sup>92</sup> Requisitos que debe reunir la oferta. Debe ser:

1. Firme
2. Inequívoca
3. Precisa y completa
4. Emanar de la voluntad del oferente, y
5. Dirigida a un destinatario y llegar a su conocimiento

En A. TAMAYO LOMBANA. *Manual de Obligaciones. Teoría del acto jurídico y otras fuentes*. Cit, Pág. 43

Si bien en los contactos preliminares no aplica la normatividad contractual, no por eso se debe desconocer futuras indemnizaciones en casos de fraude, dolo o culpa. Nada impide poder aplicar el artículo 2341 del código civil:

**TITULO XXXIV.**  
**RESPONSABILIDAD COMUN POR LOS DELITOS Y LAS CULPAS**

*ARTICULO 2341. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.*

Nos dedicaremos por consiguiente a estudiar la incidencia del solidarismo contractual respecto de las negociaciones.

El siguiente evento referido a las negociaciones como fase eventual o facultativa de la formación del contrato, implica la bilateralidad. Sumamente importante para la formación de la voluntad, evidenciando en esta fase la posibilidad de vicios del consentimiento, Ej. El error.

Al implicar comportamientos bilaterales, se hace necesario valorar el comportamiento integralmente o incluso los comportamientos asumidos por las partes en contactos antecedentes a la formación del contrato<sup>93</sup>. En el caso de comportamientos anteriormente asumidos, contamos con el caso de la sentencia de tutela T-375 de 1997, correspondiente a un suministro de parafina de un gran empresario a una pequeña empresa. Al considerarse el suministro una compraventa sucesiva en el tiempo, entre las dos partes en su etapa de negociación acuerdan unos precios competitivos bajo unas condiciones específicas.

Posteriormente la suspensión o renegociación del suministro se produce por queja previa de la pequeña empresa de competencia desleal por parte de su proveedor, comprobado por las autoridades públicas. En retaliación el proveedor procede de esta forma, desconociendo comportamientos previos de las negociaciones anteriores bajo un mismo aspecto de tratativas.

La Corte Constitucional colombiana tutela su derecho al trabajo, decretando en el resuelve lo siguiente:

**RESUELVE:**

*Primero.- CONFIRMAR parcialmente la sentencia dictada por el Juez 2° del Circuito de Florencia, en el sentido de conceder a Marcelino Rodríguez Rojas la tutela definitiva de su derecho al trabajo. Por consiguiente, ordénase a TERPEL*

---

<sup>93</sup> Nos referimos a la doctrina de los actos propios explicada anteriormente

*SUR S.A. poner término a la conducta asumida frente al demandante y, en consecuencia, continuar suministrándole parafina en los términos de su propia oferta pública.*

Adicionalmente, algunos comportamientos precontractuales que se presentan en las negociaciones con frecuencia, se valoran en muchos contratos posteriormente. Ej. Declaraciones inexactas emitidas con dolo o culpa grave en los contratos de seguros.

En último lugar la responsabilidad precontractual será una responsabilidad por lesión de la libertad contractual ajena cometida mediante un comportamiento doloso, culposo o fraudulento de la inobservancia de la buena fe.

## 5. DILEMA SOLIDARISMO – INDIVIDUALISMO CONTRACTUAL

### 5.1 Nociones de Solidarismo Contractual

Anteriormente hemos analizado temas de teoría general del contrato y esbozado conceptos preliminares del modelo solidarista (también llamado derecho social<sup>94</sup>), que servirán de base para analizar el tema propuesto en esta tesis. El modelo Solidarista no será otra cosa que la concepción del contrato que tiene por obligatorio para las partes obrar en el interés del otro en el marco de las relaciones negociales, que busca conciliar la libertad contractual y la seguridad jurídica. En todo caso, reconociendo un papel preponderante al juez de contratos a modo de guardián de la justicia y la equidad contractual.

El término solidaridad ha existido desde el derecho romano, no siempre con la acepción esbozada anteriormente. Desde sus inicios la palabra solidaridad evoca dos significados diferentes por un lado, su étimo latino ‘in solidum’, relativo al área de la construcción y en segundo lugar, el relacionado a la jurisprudencia<sup>9596</sup>.

En este orden de ideas, el primer evento constitutivo de uso de la palabra solidaridad en el ámbito jurídico (ajeno todavía a la concepción solidarista como derecho social), se remonta a Roma. En el Digesto o Pandectas de Justiniano, la expresión ‘obligatio in solidum’, hace alusión al estudio del derecho obligacional, correspondiente a las obligaciones solidarias (a diferencia de las obligaciones conjuntas), de los deudores de una relación contractual, actualmente, reconocido en Colombia en el Art. 1568 del Código Civil Colombiano.

Ahora el termino solidaridad como derecho social, hace su arribo en Francia a fines del siglo XIX, pero en un principio como sinónimo de caridad (virtud teologal)<sup>97</sup>. A la postre, la solidaridad se expresó a modo de oposición a los abusos de la autonomía de la voluntad, buscando conciliar los imperativos clásicos de estabilidad y seguridad jurídica<sup>98</sup>.

El autor brasilero Timm considera el origen de este paternalismo del modelo solidarista no sólo como consecuencia de la virtud teologal de la doctrina social

---

<sup>94</sup> L. BENETTI TIMM. As origens do contrato no Novo Código Civil: uma introdução á função social, ao welfarismo e ao solidarismo contractual. En the latin american and caribbean journal of legal studies, vol 3, Pág. 1

<sup>95</sup> I. PÉREZ RODRÍGUEZ DE VERA. Itinerario de la solidaridad desde el pandectas de Justiniano hasta su incorporación en las diferentes disciplinas. En revista electrónica de estudios filosóficos, num 14, Pág. 1

<sup>96</sup> Interesa para esta Tesis el segundo sentido, relativo al campo de la jurisprudencia.

<sup>97</sup> I. PÉREZ RODRÍGUEZ DE VERA. Itinerario de la solidaridad desde el pandectas de Justiniano hasta su incorporación en las diferentes disciplinas. En revista electrónica de estudios filosóficos, num 14, Pág. 2

<sup>98</sup> M. BERNAL. El solidarismo contractual – Especial referencia al derecho francés -. En VNIVERSITAS, num 114, pp 15, 16 y 17

crística sino también en los criterios marxistas, sociología colectivista y solidarista de Comte, Durkheim y Tonnies, como se vio en algunos apartes anteriores.

En definitiva, este resurgimiento de la solidaridad implicó múltiples enfoques, que se expondrán de la siguiente forma

<i>Exponente</i>	<i>Área</i>
Derecho Romano	Solidarismo Obligacional (ajeno a la tesis)
Pierre Lerroux	Solidarismo Antropológico
Emilie Durkheim	Solidarismo Sociológico
L. Bourgeois	Solidarismo Político
Iglesia Católica	Solidarismo Teológico <sup>99</sup>

Ahora bien, respecto al origen del modelo solidarista que más influenció los contratos, nos remite a la sociología. Emilie Durkheim (sociólogo) en su obra 'División del Trabajo Social', incorpora la descripción de dos sociedades:

*Sociedades Mecánicas.* Caracterizadas por la uniformidad del trabajo, creencias y vida de todos los integrantes de la sociedad, comúnmente llamado conciencia colectiva. Realmente resulta utópico concebir una sociedad mecánica pura, un individuo no puede calcar el pensamiento de otro, hablaremos mejor de un grado de acercamiento en cuanto a su visión del mundo, nunca absoluto. Un claro ejemplo en Colombia esta dado con la Constitución Política de 1886, la religión oficial del Estado estuvo en manos de la Iglesia Católica (estado confesional).

Entrando al campo de la solidaridad esta surgirá de la presión de los miembros hacia la diversidad.

*Sociedad orgánica.* A diferencia de la anterior el derecho debe regular las interacciones de las diferentes partes que conforman la sociedad. Si el derecho no cumple esta función, resultará un malestar social. Se hace indispensable en la evolución de una sociedad más rudimentaria de vínculos mecánicos un mínimo de solidaridad social (Orgánica).

¿Qué sucede si en las sociedades mecánicas u orgánicas no funciona debidamente la solidaridad?

Tajantemente afirmamos que si la división del trabajo social no produce solidaridad, es porque las relaciones de los órganos no están reglamentadas, hallándose en estado de anomia. La anomia resultará de un quiebre de las normas jurídicas y/o sociales, muchas veces producto de rápidos cambios sociales.

---

<sup>99</sup> El cuadro es propio de los autores, sin desconocer influencia doctrinal de la Dra. Isabel María Pérez Rodríguez de Vera.

Es de afirmar que no solo Durkheim introduce un grado de solidaridad en el derecho, encontramos autores franceses desde el punto de vista jurídico como Gurvitch, Demogue y Leon Duguit (función social de la propiedad privada), con trazos dogmáticos afines a la idea de la solidaridad, fuertemente contradictoria del individualismo contractual reinante a partir del abuso de la autonomía de la voluntad consagrada en el código civil de Napoleón.

Igualmente, no sólo autores clásicos franceses han estudiado el tema. El profesor brasilero Luciano Benetti Timm, plantea el paradigma justicia distributiva Vs. Eficiencia Económica en el nuevo Código Civil brasileño de 2002. El primer paradigma, llamado modelo solidarista o paternalista, basado en una visión sociológica colectivista de la sociedad y del contrato que pretende equilibrar los poderes económicos y facticos de las partes, concepción imperante en la doctrina brasileña según el autor. El segundo, modelo del Law & Economics, inscrita en la noción individualista<sup>100</sup>.

La iglesia católica merece ser nombrada en este acápite, desde el punto de vista del solidarismo teológico. El Papa Pío XII, formula la doctrina fundamental de la solidaridad, en la encíclica *Summi Pontificatus*<sup>101</sup>.

A la postre, la encíclica *Pacem in Terris* del Papa Juan XXIII, instituye las cuatro virtudes de las relaciones:

- Verdad
- Justicia
- Libertad y,
- Solidaridad

No es la única ocasión en que la Iglesia Católica se pronuncia a favor de un modelo solidarista, mas no socialista. Son reiterados los pronunciamientos del Pontífice de turno con contenido social u otras encíclicas que propugnan protección al débil, justamente, P. Juan Pablo II mediante *Sollicitudo Rei Socialis*<sup>102</sup> (1987) muestra preocupación por la cuestión social, así como P. Benedicto XVI a través de *Caritas in Veritate*, caridad en la verdad.

---

<sup>100</sup> L. BENETTI TIMM. La función social del derecho contractual en el código civil brasileño: Justicia Distributiva Vs. Eficiencia Económica. En RIIM, 2009, pp 5, 6 y 7

<sup>101</sup> I. PÉREZ RODRÍGUEZ DE VERA. Itinerario de la solidaridad desde el pandectas de Justiniano hasta su incorporación en las diferentes disciplinas. En revista electrónica de estudios filosóficos, num 14, Pág. 6

<sup>102</sup> Autores consideran el centro de la Doctrina Social de la Iglesia sobre la solidaridad, atribuible al Papa Juan Pablo II. En consecuencia escribe, ‘Así mismo el centro de la Doctrina Social Católica sobre la solidaridad lo ocupa el Magisterio de Juan Pablo II situándola como elemento nuclear de la sociedad actual. En las encíclicas *Laborem exercens* (1981) se insta a crear movimientos de solidaridad de los hombres del trabajo y con los hombres del trabajo. La *Sollicitudo rei socialis* (1987), es considerada como la encíclica de la solidaridad. Y *Centesimus annus* (1991), examina la solidaridad como principio de organización social’. En I. PÉREZ RODRÍGUEZ DE VERA. Itinerario de la solidaridad desde el pandectas de Justiniano hasta su incorporación en las diferentes disciplinas. En revista electrónica de estudios filosóficos, num 14, Pág. 7

De hecho, dejando de lado los enfoques del solidarismo del cuadro expuesto, los modelos solidaristas o individualistas no son perfectos, el primero es criticado por la excesiva regulación del Estado en los contratos y economía, no acorde con la tendencia global de las integraciones económicas (UE, MERCOSUR, CAN) y Tratados de Libre Comercio (TLC); por su parte el segundo, por permitir abusos justificados en acuerdos preestablecidos, descrito fielmente en la fábula de las abejas de Bernard Mandeville.

La referida Justicia Social del solidarismo en los estados de Bienestar constitucional es una clara manifestación del fenómeno de constitucionalización del derecho privado, razón por la cual instituciones tradicionales del derecho común, empiezan a ser orientadas por criterios de derecho público<sup>103</sup>. El anterior fenómeno no es ajeno a la realidad colombiana, es tema de moda referirse a las directrices de la constitución en los ámbitos privados.

## 5.2 Principio de Eficiencia y Costes de Transacción

Colombia no es un modelo Solidarista puro como sostienen algunos fallos iniciales de la jurisprudencia constitucional. En efecto, el modelo colombiano recibe influencia del individualismo contractual, que hace necesario explicar en mayor medida, los alcances del derecho contractual económico o análisis económico del derecho, a través de la escuela de la Universidad de Chicago que sintetiza fielmente el pensamiento económico norteamericano.

En términos de Cándido Paz-Ares<sup>104</sup>, “La justicia tiene que ser justa pero también eficiente por tanto no puede dejar casos sin resolver, por esto cuando el ordenamiento no da a una solución respecto a un caso o cuando haya una laguna que el legislador no hay querido resolver pero igual se les tiene que dar una solución, se le da al juez esta atribución que se decida a quien le va a imponer el castigo. Hay un problema con los costes de transacción y es a quien se le atribuye a cuál de las partes, esa gran duda que dejó el ordenamiento se le ha dado como una solución que a la parte que más lo valore o asignárselos al mercado”

No obstante, así como el modelo solidarista concibe el contrato paternalista, el análisis económico del contrato, como advertiremos, su pilar está en principio de eficiencia. El principio de eficiencia íntimamente ligado al concepto de economía, trata de asignar recursos escasos logrando el máximo de satisfacción<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup> L. BENETTI TIMM. La función social del derecho contractual en el código civil brasileño: Justicia Distributiva Vs. Eficiencia Económica. En RIIM, 2009, Pág. 16

<sup>104</sup> C. PAZ-ARES. Principio de Eficiencia y Derecho Privado.

<sup>105</sup> R. BARCIA. Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho. En IUS ET PRAXIS, num 2, Pág. 150

Anteriormente se consulto el espíritu del individualismo contractual, concebido actualmente anacrónico y peligroso por los abusos que represento en un pasado el liberalismo salvaje.

Los agentes económicos favorecidos en su tiempo no pueden permitirse entorpecer la agilidad de bienes y servicios del tráfico comercial por un sistema altamente proteccionista, así, la autonomía privada del individualismo toma nuevos matices en la eficiencia y el análisis económico que encuentre el normal flujo del mercado.

En este orden de ideas, de acuerdo al principio de eficiencia surge el análisis de los costes de transacción atribuido al Nobel Ronald Coase (Teorema de Coase<sup>106</sup>). Los costes son los costos que demanda un negocio en el mercado, Ejemplo, escrituras públicas, registros de instrumentos públicos, honorarios profesionales, entre otras.

Igualmente los costes de transacción se dividen en:

- Factores de mercado
- Factores humanos

En cuanto a los factores de mercado son los costos de utilización del mercado que se ejemplificaron anteriormente y en cuanto a los factores humanos harán referencia a las características y personalidad de las personas que utilizan el mercado<sup>107</sup>.

En cuanto a Colombia el tema no pasa por alto, nuestro país es conocido por la alta tramitología a pesar que el Congreso de la República, promulgara la Ley 962 de 2005 (Ley racionalización de trámites). No en vano el Estudio Doing Business del Banco Mundial desciende un puesto a Colombia de 2010 a 2011 en ambiente para realizar negocios. Actualmente, el Ministerio del Interior y Planeación Nacional de Colombia, empezó una cruzada por obtener una lista enunciativa de los trámites innecesarios en el país, que necesitan eliminarse. En puesto 1 del Top 10, se encuentra las autorizaciones de las EPS<sup>108</sup>, además, de solicitar las huellas dactilares en los documentos públicos y privados<sup>109</sup>.

---

<sup>106</sup> Teorema de Coase importa en la resolución de conflictos:

A- Costes de Transacción

B- Correcta definición y asignación del derecho de propiedad

<sup>107</sup> Ibidem 156

<sup>108</sup> Ver Revista Dinero. Los 180 Trámites inútiles en Colombia. <http://www.dinero.com/actualidad/economia/articulo/los-180-tramites-inutiles-colombia/130933>. Recuperado el 11 de Septiembre de 2011.

<sup>109</sup> Trámite considerado innecesario por el presidente de turno de Colombia

Doing Business Colombia arroja los siguientes datos:



**Región** América Latina y el Caribe

**Categoría de ingreso** Ingreso alto medio

**Población** 45.659.709

**INB per cápita (US\$)** 4.950,00

Doing Business 2011 Clasificación	Doing Business 2010 Clasificación	Cambio	
39	38	↓-1	
<b>Clasificación de la Categoría</b>	<b>DB 2011 Clasificación</b>	<b>DB 2010 Clasificación</b>	<b>Cambio</b>
<u>Apertura de un negocio</u>	73	72	↓-1
<u>Manejo de permisos de construcción</u>	32	31	↓-1
<u>Registro de propiedades</u>	55	52	↓-3
<u>Obtención de crédito</u>	65	61	↓-4
<u>Protección de los inversores</u>	5	5	No cambio
<u>Pago de impuestos</u>	118	113	↓-5
<u>Comercio transfronterizo</u>	99	99	No cambio
<u>Cumplimiento de contratos</u>	150	150	No cambio
<u>Cierre de una empresa</u>	29	32	↑3 <sup>110</sup>

Para el caso colombiano esta todo por realizar, el gobierno debe evitar en gran medida los costes de transacción (Ej. escrituras públicas<sup>111</sup>) e igualmente controlar las externalidades surgidas en la configuración, ejecución y terminación de los contratos (Ej. Intervención desmedida del juez constitucional en aspectos contractuales<sup>112</sup>).

<sup>110</sup> Vease <http://espanol.doingbusiness.org/data/exploreconomies/colombia/> . Revisado el 25 de Febrero de 2011.

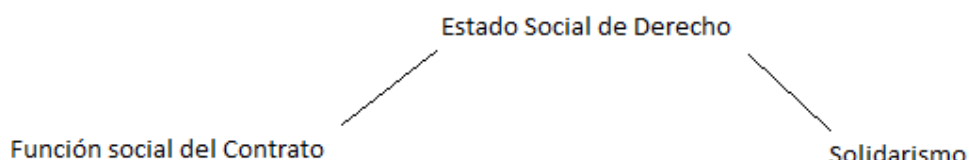
<sup>111</sup> Desde el derecho romano se procuro proteger con la escritura pública el normal desarrollo de los contrato de venta en bienes considerados de alto valor, hablamos de los inmuebles. Actualmente esta figura se encuentra en entredicho, ¿Qué finalidad cumple someterse al alto costo de una escritura pública de un inmueble si un anillo por ejemplo (mueble) puede costar más que esta y no necesita de esta solemnidad?

<sup>112</sup> Bajo el Marco del Congreso Internacional de Derecho Comercial, el Colegio de Abogados Comercialistas expresa lo siguiente: 'Al presentarse la injerencia de los jueces en las relaciones mercantiles para buscar la justicia en los contratos, hace necesario la modificación del ordenamiento de la rama judicial, para que los

En efecto, como analizaremos más adelante el país vive en un dilema, proteger a los más débiles pero a su vez justificar y aclarar celosamente a los inversionistas privados, cualquier evento que consideren lesivo a sus intereses a mediano o corto plazo. No es una afirmación novedosa referirnos al predominio del análisis económico del derecho u contrato en el mundo globalizado. Parte de la culpa simbólicamente la atribuimos a la nueva lex mercatoria dígase Principios Unidroit, Principios Europeos, Uncitral, Normas Incoterms, entre otros. Y evidentemente el modelo solidarista puro no entra en los esquemas del derecho del comercio internacional al no ser afín a los intereses, producto de excesiva regulatoria y renuncia a la racionalidad económica<sup>113</sup>.

### 5.3 ¿Solidarismo como función social del Contrato en Colombia?

Al hablar de la función social del contrato, instintivamente asumimos su relación con el modelo solidarista, tendiente más firmemente a defender a los débiles de una relación contractual, afirmación por cierto algo sesgada. Una cosa es la función social del contrato, el Estado social del Derecho y otra el modelo solidarista. (Esquema de abajo)




---

*jueces de los contratos puedan adoptar medidas provisionales como las presentes en la acción de tutela, lo que permitiría que los problemas entre las partes contratantes se resuelvan por los mecanismos normales y ante los jueces conocedores de la materia. Así mismo, el desarrollo del solidarismo contractual aplicado por la Corte Constitucional en diversas decisiones, está cambiando sustancialmente los principios del derecho privado puesto que se termina trasladando los "riesgos que una persona sufre a otro que contrata con él", lo que indica que la persona que no sufrió un riesgo en su relación contractual "termina asumiendo parte de él por la vía del deber de solidaridad".(Subrayado fuera de texto)*

*Juan Pablo Cárdenas sostuvo que la necesidad de adoptar leyes modelo, crear el mecanismo necesario para el desarrollo del solidarismo contractual'.*

En [http://www.larepublica.com.co/archivos/ASUNTOSLEGALES/2010-05-09/hay-vacios-en-las-normas-mercantiles-afirman-expertos\\_99817.php](http://www.larepublica.com.co/archivos/ASUNTOSLEGALES/2010-05-09/hay-vacios-en-las-normas-mercantiles-afirman-expertos_99817.php)

<sup>113</sup> L.BENETTI TIMM. *O Novo Direito Contratual Brasileiro*. Cit, Pág. 149

Coincidimos plenamente con Benetti Timm, al afirmar que la verdadera función social del contrato es la circulación de bienes y servicios en la sociedad<sup>114</sup>. Si la función social del contrato es la circulación de bienes y servicios será cualquiera de estas posturas la encargada de hacerla valer, si es el solidarismo, desde el estado se controlará y buscará que en el tráfico jurídico los grandes empresarios no abusen del consumidor o pequeño comerciante, si nos referimos al individualismo, será la misma sociedad la que se encargue de establecer unos usos y costumbres concernientes a las negociaciones contractuales.

La función social del contrato esta ahí establecida, el enfoque que se utilice (solidarismo, individualismo o completo del contrato<sup>115</sup>) es la que sellará la diferencia. A diferencia de lo que se puede pensar el análisis económico también proporciona herramientas cuantitativas para estudiar y promover la función social del derecho de contratos<sup>116</sup>. Lo que si debe quedar claro es evitar confundir la solidaridad con la función social del contrato.

La confusión no es única en Colombia, Brasil en su nuevo código civil, el artículo 421, transmite la concepción de la función social de los contratos, equivalente al concepto del modelo solidarista y el Estado Social. Aunque en Colombia el debate no se da vía código civil o código de comercio, puesto que son la Constitución y las sub-ramas privadas del derecho del consumidor y derecho de la competencia, las que mueven el debate doctrinal.

No obstante, la confusión entre la solidaridad, estado social de derecho y función social del contrato, tendemos a considerar que la solidaridad, primordial en la consecución de la justicia social, el único sistema que permite acuerdos `gana-gana` en el argot de las técnicas de negociación, a diferencia de los acuerdos `gana-pierde` o `pierde-pierde`. Esquema<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> Posición distinta a la asumida por el autor Fernando Montoya, 'El contrato no es un mecanismo de distribución de la riqueza sino un acto de disposición de intereses particulares, con reconocimiento social y muchas veces también con consecuencias en el plano social. Pero quien celebra un contrato se desentiende siempre de ellos, por lo que pretender que se solidarice con un grupo de personas para él no sólo desconocidas sino indeterminadas puede ser una actitud ingenua ...'. F. MONTOYA. La imprevisión frente al dilema solidarismo-individualismo contractual. En e-mercatoria, v 8 , 2005 Pág. 145

<sup>115</sup> Terminología acogida por el maestro brasilero L.BENETTI TIMM. *O Novo Direito Contratual Brasileiro*. Cit., Pág. 149.

<sup>116</sup> L. BENETTI TIMM. La función social del derecho contractual en el código civil brasileño: Justicia Distributiva Vs. Eficiencia Económica. En RIIM, 2009, Pág. 34

<sup>117</sup> Esquema suministrado del libro Técnicas de Negociación de FUNDES

<b>GANAR-PERDER</b>	<b>GANAR-GANAR</b>	<b>PERDER-GANAR</b>
Duro	Negociador	Suave
Contraparte es adversario	Coparticipe en la solución de un problema	Contraparte es amigo
Objetivo es vencer	Objetivo es la satisfacción de ambas partes	Objetivo es cuidar la relación
Exige concesiones como condición para mantener relación	Separa las personas del problema y se orienta hacia su solución	Hace concesiones para cuidar la relación
Duro con el problema y con las personas	Suave con la persona duro con el problema	Suave con el problema y con las personas
Engaña respecto a su última disposición	Evita tener una última posición	Da a conocer su última posición
Aplica presión	Inventa opciones de mutuo beneficio	Cede ante la presión

Todos los modelos pueden permitir la función social del contrato o la justicia social, no saber utilizarlos es la dificultad más aguda de un modelo a otro.

Finalmente, la solidaridad no debe confundirse igualmente con el Estado Social de Derecho, siendo este último una forma de *organización política* del estado asumido en Colombia.

Para completar el capítulo pasaremos a examinar desde el punto de vista de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia el enfoque utilizado en Colombia para hacer valer la función social del contrato y el aspecto social consagrado en la Constitución.

### **5.3.1 Legislación**

En la cambiante realidad del derecho y la sociedad actual el ordenamiento nacional da pasos acelerados hacia a una globalización económica, que no encuentra en las leyes de cada país instrumentos adecuados a sus necesidades (leyes son rígidas e inflexibles). Ante el panorama, el contrato se presta como solución jurídica integral en el mundo globalizado.

En este contexto las compañías multinacionales, en procura de obtener una masificación de sus operaciones recurren a la contratación atípica como instrumento ideal del tráfico jurídico, que les permitirá uniformar sus condiciones y garantías a nivel mundial.

Los encargados del gran reto son las firmas de asesoría legal, dedicadas permanentemente a diseñar contratos atípicos estándar (nominados) que suplan las necesidades empresariales. En suma, equivocan los que afirman la muerte del contrato, a contrario sensu, estamos ante el relevo del contrato en lugar de la ley<sup>118</sup>.

Aunque nuestro país atrae una suma importante de inversión extranjera, nuestros contratos siguen siendo en gran mayoría aquellos sujetos a la regulación típica de los códigos y atados al ordenamiento nacional, lo que implica someterse a las normas imperativas aplicables a dichos contratos.

Ahora bien, la normatividad legal nacional respecto al objeto de estudio de la investigación del modelo solidarista en fase inicial en el ordenamiento colombiano, nos lleva a analizar la legislación desde dos puntos de vista:

- Legislación nacional de creación propia (nivel interno puro)
- Legislación nacional que adopta tratados o convenios internacionales (adecuación interna extranjera)

A *nivel interno*, se ha comentado anteriormente, la Constitución Política de Colombia (1991) eminentemente garantista, se acerca pronunciadamente hacia el modelo solidarista o paternalista, aunque sin desconocer las garantías de iniciativa privada y la libertad económica<sup>119</sup>.

En todo caso, no estamos en vigencia de la Constitución colombiana de 1886 donde la constitución era la vigilante de las relaciones políticas y el código civil reguladora de las relaciones privadas. Evidentemente la constitución actual consagra principios de aplicación para los contratos, interviniendo en aspectos económicos. Lo anterior incentiva la creación de leyes con contenido social enmarcadas en el modelo solidarista aparte de las sub ramas del derecho del consumidor y de la competencia. Ahora bien, una ley muy sonada la encontramos en materia de arriendos de vivienda urbana<sup>120</sup> y el nuevo estatuto del consumidor próximo a ser expedido en Colombia y la ley de servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994).

---

<sup>118</sup> Planteamiento sostenido igualmente por el maestro italiano Francesco Galgano

<sup>119</sup> Explicábamos anteriormente la no contradicción entre estas dos posturas, atreviéndonos a considerar actualmente a Colombia y su constitución, un país con un modelo sistémico o completo del contrato y de las relaciones civiles.

<sup>120</sup> Ley 820 de 2003

No obstante, estas leyes de protección al más débil están enmarcadas en conceptos de buena fe, abuso de derecho o cláusulas abusivas, diseñadas para batallar desequilibrios de los contratos (incluidos los considerados en masa).

Aunque no contamos con un régimen de control sistemático de las cláusulas abusivas<sup>121</sup>, leyes de diferentes materias se han encargado de acoger este precepto. De esta manera, encontramos:

- Art. 333 de la Ley 142 de 1994, ley de servicios públicos domiciliarios (consumidor servicios públicos)<sup>122</sup>

---

<sup>121</sup> J. GUAL. El control sobre las cláusulas abusivas un régimen en evolución. En IUSTA, num 30, 2009, Pág. 15

<sup>122</sup> Ley 142 de 1994 Artículo 133. *Abuso de la posición dominante*. Se presume que hay abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos, en los contratos a los que se refiere este libro, en las siguientes cláusulas:

133.1. Las que excluyen o limitan la responsabilidad que corresponde a la empresa de acuerdo a las normas comunes; o las que trasladan al suscriptor o usuario la carga de la prueba que esas normas ponen en cabeza de la empresa;

133.2. Las que dan a la empresa la facultad de disolver el contrato o cambiar sus condiciones o suspender su ejecución, o revocar o limitar cualquier derecho contractual del suscriptor o usuario, por razones distintas al incumplimiento de este o a fuerza mayor o caso fortuito;

133.3. Las que condicionan al consentimiento de la empresa de servicios públicos el ejercicio de cualquier derecho contractual o legal del suscriptor o usuario;

133.4. Las que obligan al suscriptor o usuario a recurrir a la empresa de servicios públicos o a otra persona determinada para adquirir cualquier bien o servicio que no tenga relación directa con el objeto del contrato, o le limitan su libertad para escoger a quien pueda proveerle ese bien o servicio; o lo obligan a comprar más de lo que necesite;

133.5. Las que limitan la libertad de estipulación del suscriptor o usuario en sus contratos con terceros, y las que lo obligan a comprar sólo a ciertos proveedores. Pero se podrá impedir, con permiso expreso de la comisión, que quien adquiera un bien o servicio a una empresa de servicio público a una tarifa que sólo se concede a una clase de suscriptor o usuarios, o con subsidios, lo revenda a quienes normalmente habrían recibido una tarifa o un subsidio distinto;

133.6. Las que imponen al suscriptor o usuario una renuncia anticipada a cualquiera de los derechos que el contrato le concede;

133.7. Las que autorizan a la empresa o a un delegado suyo a proceder en nombre del suscriptor o usuario para que la empresa pueda ejercer alguno de los derechos que ella tiene frente al suscriptor o usuario;

133.8. Las que obligan al suscriptor o usuario a preparar documentos de cualquier clase, con el objeto de que el suscriptor o usuario tenga que asumir la carga de una prueba que, de otra forma, no le correspondería;

133.9. Las que sujetan a término o a condición no previsto en la ley el uso de los recursos o de las acciones que tiene el suscriptor o usuario; o le permiten a la empresa hacer oponibles al suscriptor o usuario ciertas

---

excepciones que, de otra forma, le serían inoponibles; o impiden al suscriptor o usuario utilizar remedios judiciales que la ley pondría a su alcance;

133.10. Las que confieren a la empresa mayores atribuciones que al suscriptor o usuario en el evento de que sea preciso someter a decisiones arbitrales o de amigables componedores las controversias que surjan entre ellos;

133.11. Las que confieren a la empresa la facultad de elegir el lugar en el que el arbitramento o la amigable composición han de tener lugar, o escoger el factor territorial que ha de determinar la competencia del juez que conozca de las controversias;

133.12. Las que confieren a la empresa plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados para el cumplimiento de una de sus obligaciones, o para la aceptación de una oferta;

133.13. Las que confieren a la empresa la facultad de modificar sus obligaciones cuando los motivos para ello sólo tienen en cuenta los intereses de la empresa;

133.14. Las que presumen cualquier manifestación de voluntad en el suscriptor o usuario, a no ser que:

- a) Se dé al suscriptor o usuario un plazo prudencial para manifestarse en forma explícita, y
- b) Se imponga a la empresa la obligación de hacer saber al suscriptor o usuario el significado que se atribuiría a su silencio, cuando comience el plazo aludido;

133.15. Las que permiten presumir que la empresa ha realizado un acto que la ley o el contrato consideren indispensable para determinar el alcance o la exigibilidad de las obligaciones y derechos del suscriptor o usuario; y las que la eximan de realizar tal acto; salvo en cuanto esta Ley autorice lo contrario;

133.16. Las que permiten a la empresa, en el evento de terminación anticipada del contrato por parte del suscriptor o usuario, exigir a éste:

- a) Una compensación excesivamente alta por el uso de una cosa o de un derecho recibido en desarrollo del contrato, o
- b) Una compensación excesivamente alta por los gastos realizados por la empresa para adelantar el contrato; o
- c) Que asuma la carga de la prueba respecto al monto real de los daños que ha podido sufrir la empresa, si la compensación pactada resulta excesiva;

133.17. Las que limitan el derecho del suscriptor o usuario a pedir la resolución del contrato, o perjuicios, en caso de incumplimiento total o parcial de la empresa;

133.18. Las que limiten la obligación de la empresa a hacer efectivas las garantías de la calidad de sus servicios y de los bienes que entrega; y las que trasladan al suscriptor o usuario una parte cualquiera de los costos y gastos necesarios para hacer efectiva esa garantía; y las que limitan el plazo previsto en la ley para que el suscriptor o usuario ponga de presente los vicios ocultos de los bienes y servicios que recibe;

133.19. Las que obligan al suscriptor o usuario a continuar con el contrato por más de dos años, o por un plazo superior al que autoricen las comisiones por vía general para los contratos con grandes suscriptores o usuarios; pero se permiten los contratos por término indefinido.

- Art. 7 de la Ley 1328 de 2009, ley de reforma financiera (consumidor financiero)<sup>123</sup>

---

133.20. Las que suponen que las renovaciones tácitas del contrato se extienden por períodos superiores a un año;

133.21. Las que obligan al suscriptor o usuario a dar preaviso superior a dos meses para la terminación del contrato, salvo que haya permiso expreso de la comisión;

133.22. Las que obligan al suscriptor o usuario a aceptar por anticipado la cesión que la empresa haga del contrato, a no ser que en el contrato se identifique al cesionario o que se reconozca al cedido la facultad de terminar el contrato;

133.23. Las que obliguen al suscriptor o usuario a adoptar formalidades poco usuales o injustificadas para cumplir los actos que le corresponden respecto de la empresa o de terceros;

133.24. Las que limitan el derecho de retención que corresponda al suscriptor o usuario, derivado de la relación contractual;

133.25. Las que impidan al suscriptor o usuario compensar el valor de las obligaciones claras y actualmente exigibles que posea contra la empresa;

133.26. Cualesquiera otras que limiten en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo, tal como se enuncian en el artículo 126 de esta Ley.

La presunción de abuso de la posición dominante puede desvirtuarse si se establece que las cláusulas aludidas, al considerarse en el conjunto del contrato, se encuentran equilibradas con obligaciones especiales que asume la empresa. La presunción se desvirtuará, además, en aquellos casos en que se requiera permiso expreso de la comisión para contratar una de las cláusulas a las que este artículo se refiere, y ésta lo haya dado.

Si se anula una de las cláusulas a las que se refiere este artículo, conservarán, sin embargo, su validez todas las demás que no hayan sido objeto de la misma sanción.

Cuando una comisión haya rendido concepto previo sobre un contrato de condiciones uniformes, o sobre sus modificaciones, el juez que lo estudie debe dar a ese concepto el valor de una prueba pericial firme, precisa, y debidamente fundada.

<sup>123</sup> Ley 1328 de 2009 Artículo 7°. Obligaciones especiales de las entidades vigiladas. Las entidades vigiladas tendrán las siguientes obligaciones especiales:

a) Suministrar información al público respecto de los Defensores del Consumidor Financiero, de conformidad con las instrucciones que sobre el particular imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

b) Entregar el producto o prestar el servicio debidamente, es decir, en las condiciones informadas, ofrecidas o pactadas con el consumidor financiero, y emplear adecuados estándares de seguridad y calidad en el suministro de los mismos.

c) Suministrar información comprensible y publicidad transparente, clara, veraz, oportuna acerca de sus productos y servicios ofrecidos en el mercado.

A *nivel externo*, Colombia ha ratificado la Convención de Viena de 1980 y los Principios Unidroit de 2004<sup>124</sup>. La primera mediante Ley 518 de 1999 y la segunda en Ley 32 de 1992 y ratificada su legalidad por control previo de la Corte Constitucional en la sentencia C-048 de 1994.

A pesar de consagrar los principios Unidroit del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado<sup>125</sup> el principio de la buena fe y lealtad negocial, en

---

d) Contar con un Sistema de Atención al Consumidor Financiero (SAC), en los términos indicados en la presente ley, en los decretos que la reglamenten y en las instrucciones que imparta sobre el particular la Superintendencia Financiera de Colombia.

e) Abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante contractual.

f) Elaborar los contratos y anexos que regulen las relaciones con los clientes, con claridad, en caracteres legibles a simple vista, y ponerlos a disposición de estos para su aceptación. Copia de los documentos que soporten la relación contractual deberá estar a disposición del respectivo cliente, y contendrá los términos y condiciones del producto o servicio, los derechos y obligaciones, y las tasas de interés, precios o tarifas y la forma para determinarlos.

g) Abstenerse de hacer cobros no pactados o no informados previamente al consumidor financiero, de acuerdo con los términos establecidos en las normas sobre la materia, y tener a disposición de este los comprobantes o soportes de los pagos, transacciones u operaciones realizadas por cualquier canal ofrecido por la entidad vigilada. La conservación de dichos comprobantes y soportes deberá atender las normas sobre la materia. (...) (Subrayado fuera del texto)

<sup>124</sup> La importancia que prestan los Principios Unidroit al comercio internacional aumenta con el tiempo. Véase el concepto de F. Galgano, 'El instituto surgido para promover la uniformidad internacional de la legislación se encontró de repente asumiendo una función impensable al momento de su constitución: de recopilar un derecho uniforme espontáneo, como es la *lex mercatoria*. La efectividad de esta especie de nuevo Digesto está avalada por el creciente número de laudos arbitrales internacionales que, al resolver controversias aplicando la *lex mercatoria*, hacen referencia textual a los Principios Unidroit, asumiéndolos como su fuente de conocimiento acreditada'. En Francesco Galgano. *La globalización en el espejo del derecho*. Pág. 80

<sup>125</sup> En concepto de uno de los autores, se explicó anteriormente el contexto de origen del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, al respecto se escribió, 'La *Lex Mercatoria* como se vio anteriormente, nace en el medioevo como un conjunto de reglas de los comerciantes para poder hablar una *lingua franca* (lengua común) en sus relaciones comerciales, que en la época moderna fue nacionalizado por los ordenamientos y posteriormente dio inicio a la nueva *Lex Mercatoria*. Lo mismo sucede en la actualidad, donde el tráfico jurídico a nivel internacional crece de forma desproporcional, dejando rezagado el poder regulatorio a nivel nacional de cada Estado (ordenamientos clásicos). Es la razón por la cual se crean los Principios Unidroit, los Principios de Derecho Europeos, Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Convención de Viena de 1980), UNCITRAL o CNUDMI (comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), FIDIC (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils), términos INCOTERMS de la Cámara de Comercio Internacional, entre otros. La tendencia a la unificación no pretende mediar las leyes nacionales, por el contrario la práctica muestra el establecimiento de principios y soluciones que se adaptan a los lineamientos del comercio internacional.

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, es una organización independiente y especializada al igual que la Organización Mundial del Comercio (OMC). Su creación data de 1926 bajo el marco de la Sociedad de Naciones (más adelante se constituiría en Naciones Unidas), y refundado el 15 de

todo caso resulta extraño para el comercio internacional el modelo solidarista. En efecto, a nivel internacional la cláusula Pacta Sunt Servanta<sup>126</sup> o inmutabilidad clásica del contrato es ampliamente reconocida.

Adicionalmente el comercio internacional con la nueva lex mercatoria o derecho uniforme espontaneo<sup>127</sup> intenta la inclusión del derecho del consumidor en el marco regulatorio del comercio internacional, sin que ello represente una postura solidarista de los agentes económicos mundiales. En esta lex mercatoria por un lado, es una creación de la clase empresarial y por otro los juristas mediante la técnica jurídica satisfacen las necesidades de esas nuevas operaciones económicas.

Para finalizar a nivel externo Colombia ha ratificado una serie de tratados que mencionan figuras como la buena fe, pero en ningún momento hacen referencia a un modelo solidarista.

### 5.3.2 Doctrina

En materia de investigación doctrinal de los modelos solidarista, individualismo contractual o enfoque del análisis económico del derecho, no contamos con una literatura jurídica abundante en nuestro país. Es común encontrar artículos relativos a la buena fe, equilibrio contractual, abuso del derecho entre otros para estudiar los aspectos de la justicia contractual.

A favor de un modelo solidarista contractual encontramos a Joaquín E. Acosta (desde la perspectiva de la constitucionalización del derecho privado<sup>128</sup>), Mariana Bernal Fandiño (desde la perspectiva comparativa con el derecho francés) y José Manuel Gual Acosta (desde la perspectiva de las cláusulas abusivas).

Consideramos que el solidarismo contractual es un esquema que bien manejado por los jueces de contratos y la sociedad, constituye una excelente herramienta para la justicia contractual. Es de advertir sin embargo que el paternalismo extremo en que se incurre en Colombia, constituye un modelo que no está acorde con la realidad global.

---

marzo de 1940, con sede en Roma, Italia'. En J. CASTAÑEDA. Unidroit, alternativa de unificación. Edición No. 7. En Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi. Universidad Santo Tomás. pp. 12 y 13

<sup>126</sup> Locución latina atribuida al jurista romano Ulpiano que traduce 'lo pactado obliga'.

<sup>127</sup> F. GALGANO. La globalización en el espejo del derecho. Cit, Pág. 64

<sup>128</sup> Para entender el origen del término constitucionalización nos remitimos al texto de Benetti Timm, que escribe 'Se debe atribuir el concepto descodificación a Natalino Irti, quien lo popularizó al publicar su artículo L'et à della decodificazione, en 1978, demostrando que el modelo de Estado surgido con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial – llamado Estado Social – transformó la legislación europea, promoviendo una verdadera fuga desde el Código Civil Italiano (de 1942) en dirección hacia los principios y valores de la Constitución italiana (la llamada constitucionalización del Derecho Civil)'. En L. BENETTI TIMM. 'Descodificación', constitucionalización y recodificación del Derecho Privado ¿es todavía útil el código civil?. En the latin american and caribbean journal the legal studies, num 3, 2008, Pág. 1

No es sano intentar hacer prevalecer un modelo sobre el otro sentado en un escritorio, la realidad tarde o temprano prevalecerá. La función del derecho es brindar herramientas a la sociedad para su normal desarrollo, no imponer concepciones que se dirijan en contravía de la historia. En Colombia se intentó entrar al mercado global<sup>129</sup> y a la vez dictar una constitución eminentemente garantista. Justamente, no es raro estar viviendo un cambio de modelo solidarista a un sistema mixto o completo, que se adecue a la realidad a la cual Colombia intentó ingresar, que no será otra, que el comercio internacional y la inversión extranjera.

No intentamos descartar el modelo solidarista, ya que contempla figuras que deben adoptarse en cualquier modelo, por ejemplo, la buena fe y las cláusulas abusivas.

Finalmente, esta nueva etapa a la que estamos entrando, da una vitalidad única a los contratos, no en vano, es común escuchar una especie de locución, 'los nuevos paradigmas de los contratos en sustitución de los viejos esquemas de las leyes'<sup>130</sup>. Creemos que la sociedad no quiere seguir dejando su libertad supeditada a las leyes, pero resulta parcialmente utópico concebir esta locución.

Consideramos que esta locución debe interpretarse solamente alusiva a los contratos reguladores de la vida jurídica privada y en cuando a la organización estatal, no quedan dudas que las leyes seguirán manejando las directrices<sup>131</sup>.

### **5.3.3 Jurisprudencia**

Entramos en un área donde la mayor fuente de consulta del pensamiento jurisprudencial lo concebimos desde la óptica de la Corte Constitucional, que pregona ser guardián de la constitución.

El análisis de la Corte Constitucional se presenta de dos formas en los contratos:

- Fallos con contenido social que no mencionan directamente la solidaridad
- Fallos con mención al Modelo Solidarista

Antes de iniciar el estudio de las jurisprudencias relativas al tema, es conveniente reproducir una crítica reiterada de las asociaciones gremiales en Colombia a raíz de las intervenciones de los jueces, en este sentido en el II Congreso Internacional

---

<sup>129</sup> Se promovió el proceso de apertura económica en el mandato de Cesar Gaviria

<sup>130</sup> No en vano el maestro italiano Francesco Galgano, en el capítulo cuarto de su libro -La Globalización en el espejo del Derecho-, lo tituló 'El Contrato en lugar de la Ley'.

<sup>131</sup> Relativo a este tema véase la sentencia de Constitucionalidad de la Corte Constitucional colombiana C – 804 de 2006

de Derecho Comercial realizado en la Cámara de Comercio de Bogotá, se afirmó lo siguiente:

*‘Al presentarse la injerencia de los jueces en las relaciones mercantiles para buscar la justicia en los contratos, hace necesario la modificación del ordenamiento de la rama judicial, para que los jueces de los contratos puedan adoptar medidas provisionales como las presentes en la acción de tutela, lo que permitiría que los problemas entre las partes contratantes se resuelvan por los mecanismos normales y ante los jueces conocedores de la materia. Así mismo, el desarrollo del solidarismo contractual aplicado por la Corte Constitucional en diversas decisiones, está cambiando sustancialmente los principios del derecho privado puesto que se termina trasladando los "riesgos que una persona sufre a otro que contrata con el", lo que indica que la persona que no sufrió un riesgo en su relación contractual "termina asumiendo parte de el por la vía del deber de solidaridad". (subrayado fuera de texto)<sup>132</sup>.*

En este parte examinaremos la veracidad de estas afirmaciones consultando el criterio jurisprudencial de las altas cortes.

*Fallos con contenido social que no mencionan directamente la solidaridad.* Los fallos de la Corte Constitucional prohibiendo o estableciendo como obligatoria la realización de determinadas conductas en etapa de formación, ejecución o terminación de los contratos abundan. En muchísimos casos, utilizando figuras como la buena fe, abuso de derecho, abuso de posición dominante y cláusulas abusivas o absteniéndose de utilizarlas y sólo decretando la protección del derecho fundamental.

La Corte Constitucional aunque prevé que los conflictos contractuales deben ventilarse ante la jurisdicción ordinaria; aunque si presenta vulneración de un derecho fundamental el juez de tutela debe ser competente para examinar el caso. Dice la Corte:

*‘ámbito del contrato, en principio, está librado a la regulación legal y a la autonomía de las partes. Los litigios comerciales, por consiguiente, normalmente se ventilan ante la jurisdicción ordinaria y a la luz de las fuentes pertinentes y más próximas, las que suelen coincidir con la ley y el contrato’. En T-375 DE 1997.*

Asimismo en tutela T-375 de 1997, la Corte examina un contrato en ejecución por posible vulneración de un derecho fundamental. Corresponde a un suministro de parafina de un gran empresario a una pequeña empresa. Al considerarse el suministro una compraventa sucesiva en el tiempo, entre las dos partes en su etapa de negociación acuerdan unos precios competitivos bajo unas condiciones específicas.

---

<sup>132</sup> [http://www.larepublica.com.co/archivos/ASUNTOSLEGALES/2010-05-09/hay-vacios-en-las-normas-mercantiles-afirman-expertos\\_99817.php](http://www.larepublica.com.co/archivos/ASUNTOSLEGALES/2010-05-09/hay-vacios-en-las-normas-mercantiles-afirman-expertos_99817.php). Recuperado el 14 de Noviembre de 2010.

Posteriormente la suspensión o renegociación del suministro se produce por queja previa de la pequeña empresa de competencia desleal por parte de su proveedor, comprobado por las autoridades públicas. En retaliación el proveedor procede de esta forma, desconociendo comportamientos previos de las negociaciones anteriores bajo un mismo aspecto de tratativas<sup>133</sup>.

La Corte Constitucional colombiana tutela su derecho al trabajo, basado en un abuso de posición dominante, en ningún momento nombra a la solidaridad.

Más adelante en un fallo ajeno a los contratos, la Corte en C-141 de 1998, examina la constitucionalidad del artículo 28 y 29 del Decreto 2282 de 1989, que introduce reformas a los artículos 72 y 73 del Código de Procedimiento Civil, relativos a la responsabilidad patrimonial de las partes y responsabilidad patrimonial de apoderados y poderdantes, respectivamente.

El actor pretende que se declaren inexecutable apartes del artículo 72 del Código de Procedimiento Civil, lo mismo que el artículo 73 del mismo Código, por ser, contrarios al debido proceso, al permitir la condena de las partes, de los apoderados y de los poderdantes, al pago de perjuicios causados, a la otra parte o a terceros, en virtud de sus actuaciones temerarias o de mala fe.

La Corte al examinar la buena fe, recuerda que la buena fe es un elemento fijo e invariable que tiene valor de dogma eternamente verdadero. Y al abordar el tema contractual la buena fe en los contratos, dispone en el artículo 1603 del Código Civil: “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 ley pertenecen a ella”.

Finalmente, la Corte declara executable las normas demandadas, explicando durante toda la sentencia la importancia de la buena fe, dentro de los procesos o en los contratos.

En cuanto a la etapa de formación del contrato sin utilizar reglas como la buena fe, entre otras o el solidarismo contractual, el juez constitucional ha intervenido en los fallos T-1118-02 y T-517-06, los dos relacionados con el sector asegurador.

En la T-1118, la Corporación para la Rehabilitación del Valle de Cauca (agrupación de instituciones de rehabilitación de personas con retardo mental, síndrome de down, entre otros), solicita a la Previsora S.A la cotización de una póliza seguros escolares. La compañía de seguros mediante oficio notifica que no es posible cotizar teniendo en cuenta las características del grupo asegurable.

En la T-517, una señora solicita a Colseguros una póliza para prestar caución y solicitar medida cautelar de embargo sobre unos bienes de un tercero civilmente responsable. La compañía aseguradora niega la expedición de la póliza que

---

<sup>133</sup> Se observa que la Doctrina de los actos propios, también es aplicable a este caso

presta caución en virtud que existe un acuerdo entre las diferentes compañías aseguradoras para no vender seguros cuando por el eventual perjuicio tendría que responder otra aseguradora.

En estos casos las aseguradoras deniegan la expedición de las respectivas pólizas y la Corte obliga a las empresas aseguradoras a expedir los respectivos contratos, recordando que la actuación analizada representa una violación al derecho fundamental a la igualdad e igualmente recuerda que el sector asegurador es de interés público. Fíjese que las anteriores tutelas referentes al sector asegurador, el juez constitucional interviene en materia contractual, protegiendo los derechos fundamentales sobre la libertad contractual, sin utilizar figuras propias de la solidaridad como la buena fe, abuso de derecho, cláusulas abusivas, entre otras.

En cuanto al contrato en etapa de ejecución, la Corte en la tutela T-180<sup>a</sup> de 2010, un estudiante de noveno semestre de la Universidad del Atlántico, se atrasa en el pago de su matrícula en el tiempo estipulado. Motivo por el cual eleva derecho de petición solicitando se amplíe el término para su respectivo pago.

Concluye la corporación que se vulnero su derecho al derecho de petición y educación, teniendo en cuenta que la actuación de la Universidad no se acomoda a los principios de la Buena fe. Para bien o para mal, se traslado un riesgo contractual, a una parte que desde el perfeccionamiento del contrato no lo había asumido.

Otro caso en etapa de ejecución y terminación contractual, la Corte se pronuncia en la tutela T-160 de 2010, a favor de una mujer modelo vinculada contractualmente a la agencia de modelaje Booking producciones Ltda. Se tutela los derechos fundamentales al mínimo vital y a la escogencia de profesión u oficio de la modelo, que decidió terminar con el contrato pero al mismo tiempo la agencia de modelaje renueva el contrato sin su consentimiento.

Lo curioso del fallo anterior lo evidéncianos en el segundo punto de la parte resolutive donde dispone:

*Segundo. Ordenar al representante legal de BOOKING PRODUCCIONES LTDA. a que dé por terminado el contrato suscrito con Alejandra Castillo Múnera y a que cancele la renovación del mismo por un término adicional<sup>134</sup>.*

Nos preguntamos, ¿La Corte constitucional como juez constitucional puede terminar contratos de forma permanente? y ¿De dónde deviene esa competencia?.

La acción de tutela creada mediante el Decreto 2591 de 1991, se constituyo en un mecanismo de protección de los derechos fundamentales, consagrados en la

---

<sup>134</sup> Corte Constitucional T-160-10

constitución. A pesar de ser un mecanismo de protección a los derechos fundamentales existen causales de improcedencia y límites.

El artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, consagró las causales de improcedencia de la siguiente forma:

- Existencia de otro mecanismo de defensa judicial no procede la tutela, excepción como mecanismo transitorio
- No procede la acción de tutela si cabe interponer el recurso de Habeas Corpus
- Improcedencia para proteger Derechos Colectivos
- Existencia de un daño consumado
- Improcedencia frente a actos de carácter general, impersonal y abstracto

En efecto, no se concibe la procedencia acción de tutela por la simple protección ágil de los derechos, si este fuera el caso, deberían llevarse todos los procesos contenciosos y estipular únicamente las acciones de tutela. El juez de tutela debe ser riguroso en su examen de procedencia.

Al juez de tutela igualmente no le está dado modificar relaciones jurídicas patrimoniales expresadas en contratos, algo diferente a la protección de los derechos fundamentales. En el caso de vulneración de derechos fundamentales a través de un contrato, podrá reconocer la protección de este derecho fundamental, pero de forma transitoria en ningún caso, terminando contratos o declarando nulidades de cláusulas contractuales, competencia que será del juez de contratos.

Anteriormente decíamos que Colombia, direcciono sus metas internacionales basado en una constitución eminentemente garantista (hay más derechos que obligaciones en la Constitución Política de 1991). En este sentido, no existe casi ningún evento, que no vulnere un derecho fundamental directamente o por conexidad.

Al tener altísima probabilidad de someter todo a la tutela<sup>135</sup>, no es difícil no evidenciar una tentación del juez de tutela por revisar y fallar temas eminentemente contractuales.

*Fallos con mención al Modelo Solidarista.* En segundo lugar, ingresando a examinar los fallos de la Corte Constitucional directamente relacionados con el modelo solidarista, abordamos la sentencia de constitucionalidad C-404 de 1998 M.P Carlos Gaviria Díaz, la Corte al examinar la exequibilidad del artículo 259 del código penal relativo al acceso carnal, no duda en aseverar que el principio de solidaridad hace referencia al artículo 1 de la Constitución como uno de los fundamentos del Estado colombiano y de la solidaridad social, que se reitera en el artículo 95 en forma de principio rector y valor. En conclusión, el fundamento del

---

<sup>135</sup> Ejemplos, tutela contra actos u omisiones que vulnere un derecho fundamental, contra actos u omisiones de carácter legislativo, actos u omisiones de carácter administrativo y actos u omisiones de los particulares.

Estado colombiano es la solidaridad, considerada como principio y valor al mismo tiempo.

La misma Corte Constitucional al revisar la inconstitucionalidad del Art. 69 de la Ley 45 de 1990 en la sentencia C-332 de 2001, sobre mora en sistemas de pago con cuotas periódicas (tema más específico, la posibilidad de pactar cláusulas aceleratorias), considera que la posibilidad de pactar cláusulas aceleratorias no es motivo de abuso de la libertad de contratación o abuso de derecho. Posteriormente afirma que no es violatoria del deber de solidaridad, al considerar que el Artículo 95 de la Constitución no se refiere a las relaciones contractuales, sólo el deber de solidaridad se aplicara a las acciones humanitarias, no permitiendo ser la interpretación extensiva a las relaciones comerciales.

Por consiguiente, en materia económica el interés privado se rige por la autonomía de la voluntad, sin ningún límite expreso de la solidaridad. En conclusión, el modelo solidarista estará supeditado a las acciones humanitarias, es decir, área civil y en cuanto al área comercial, se regirá por el análisis económico del derecho con su fiel instrumento la autonomía de la voluntad.

En el año 2004, en una escena común de nuestro país, una persona con su grupo familiar es desplazada de su finca por un frente de la guerrilla. El inmueble finca 'El Mirador', se encontraba hipotecada al Banco Agrario antes de su desplazamiento, respecto a esta obligación contraída se incumplió a raíz de su condición.

En su condición de desplazado, solicita al Banco se condone su deuda. El Banco no accede a su petición y sólo ofrece rebaja de intereses, sin considerar su condición de incumplimiento por fuerza mayor.

La Corte Constitucional en la sentencia T-419 de 2004, entra a examinar las peticiones de este grupo familiar desplazado, que se resume de la siguiente forma: se le otorgue el mismo tratamiento reconocido a personas secuestradas y se aplique el deber de solidaridad.

La Corte considera que las personas que son víctima de secuestro o desplazamiento forzado, se consideran circunstancias de debilidad manifiesta, siendo necesarias el deber de solidaridad frente a estas personas. La Corte solamente accede a reconocer su derecho de petición. Resuelve:

#### **RESUELVE :**

*'... En consecuencia, se concede la tutela pedida, con el fin de proteger únicamente el derecho de petición del señor López vulnerado por la entidad financiera.*

*Para el cumplimiento de esta tutela, se ordena que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, el representante legal del Banco, o*

*quien éste delegue, suministre por escrito al actor la información requerida, en los términos señalados en la parte motiva de esta providencia. En esta respuesta, el Banco Agrario de Colombia S.A. tendrá en cuenta la condición del actor de pertenecer a la población desplazada por la violencia y sus condiciones económicas’.*

En fallo de tutela T-520 de 2003, un ciudadano recientemente liberado de un secuestro tutela a varios entes financieros y juzgados, que promovieron y permitieron la ejecución de unos bienes de su propiedad. En esta oportunidad, la Corte precisa que es función del legislador dar alcance a los principios constitucionales y al deber de solidaridad, los anteriores en casos específicos deben constituirse en criterios hermenéuticos de la aplicación de los derechos fundamentales.

En el año 2007, en la tutela T-905 de 2007 un afiliado pensionado a FAVUIS (Fondo de Empleados de la Universidad Industrial de Santander), le niegan un préstamo de vivienda después de realizarle unos exámenes médicos obligatorios, donde le diagnostican VIH. La Corte considera que existe una condición manifiesta de vulnerabilidad y debilidad manifiesta en esta persona. Afirma la corporación la importancia de la protección respecto de personas en situación de debilidad manifiesta basado en la buena fe y el deber de solidaridad.

En igual medida, sostiene una lista de eventos donde la buena fe y el deber de solidaridad son necesarios:

- Régimen tributario
- Seguridad social en salud y pensiones
- Personas de la tercera edad
- Obligaciones alimentarias
- Servicios públicos como el sector financiero y asegurador, entre otros

Por otro lado, en cuanto a las otras Altas Corporaciones en Colombia, no existe una sola sentencia que nombre la terminología solidarismo contractual en la base de datos de Juriscol<sup>136</sup> o la gaceta judicial.

En este orden ideas la Corte Suprema de Justicia, con relación a la defensa del débil no ha utilizado propiamente el modelo solidarista, se limita a tocar temas anexos. Una de las primeras jurisprudencias viene de la lectura del maestro Joserrand, donde la Corte Suprema hace eco del abuso del derecho para defender al débil, en el fallo de la sala civil 21 de febrero de 1938 gaceta XLVI-56,

---

<sup>136</sup> Base de datos jurídica del Banco de la República de Colombia

mucho más adelante se reafirma el abuso del derecho pero como forma de violencia<sup>137</sup>.

En suma, la violencia es nuevamente utilizada por la Corte desde otro punto de vista en 1968 y 1969, violencia generalizada como vicio del consentimiento<sup>138</sup> y rescisión del contrato por violencia<sup>139</sup> generalizada temas novedosos de la Corte Suprema de Justicia en el ámbito jurídico colombiano.

Más reciente resulta los fallos de 2001 que acoge el deber de buena fe y deber de información en la jurisprudencia de sala de casación civil, 2 de agosto – Expediente 6146 y, oferta y buena fe contractual sala de casación civil, 4 de abril – Expediente 05716.

En igual medida el Consejo de Estado no esgrime el modelo solidarista, reproduce en varias ocasiones el deber de buena fe, principalmente de las controversias de la contratación estatal.

En conclusión, enunciemos las siguientes:

- I. El solidarismo Contractual, sólo ha sido utilizado por la Corte Constitucional y en cuanto a reglas que consideramos pertenecientes a este modelo, son frecuentes la buena fe e igualmente utilizados con mayor frecuencia por la Corte Constitucional.
- II. El Solidarismo Contractual de la Corte Constitucional, frecuentemente es utilizado para todos los ámbitos, relativos a las relaciones humanas y comerciales.
- III. La Corte Constitucional así reconozca la jurisdicción ordinaria, siempre ha intervenido de una u otra forma en etapa de formación, ejecución o terminación de los contratos, argumentado en la vulneración de derechos fundamentales.
- IV. Los principios constitucionales tienen una alta injerencia en la configuración contractual, basados en el modelo solidarista o sin expresarlo directamente, por reglas que tienden a pertenecer a ella, como la buena fe. No obstante, no es extraño las quejas de los comercialistas, con las cuales empezamos. A raíz del principio de solidaridad se ha perdido certeza de los riesgos que debe asumir cada parte, siendo trasladados riesgos posteriormente a la configuración del contrato a una parte que inicialmente no lo asumió, por vía del modelo solidarista.

---

<sup>137</sup> Corte Suprema de Justicia, cas. civ., 3 de Mayo de 1984 – En Gaceta CLXXVI- pág. 184

<sup>138</sup> Corte Suprema de Justicia, cas. civ., 4 de Mayo de 1968 – Gaceta CXXIV- pág. 91

<sup>139</sup> Corte Suprema de Justicia, cas. civ., 15 de Abril de 1969 – Gaceta CXXX- pág.21

## 5.4 Dilema solidarismo – Individualismo en Colombia

Retomando el dilema solidarismo – individualismo contractual, desde la perspectiva de la normatividad interna, Colombia a modo de Estado Social de Derecho por virtud de la función social del derecho y del contrato está asociada al modelo solidarista, realidad que anticipa la protección del débil con una activa participación de los jueces, en esta medida los Artículos 1, 48, 49, 95, 367 de la Constitución Política se concentran en priorizar la atención hacia el más débil.

*Artículo 1 C. P. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Subrayado fuera del texto).*

En cuanto a la seguridad social:

*Artículo 48 C. P. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestara bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. (...) (Subrayado fuera del texto).*

*Artículo 49 C.P. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.*

*Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. (...) (Subrayado fuera del texto).*

En cuanto los Deberes y Obligaciones:

*Artículo 95 C.P. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.*

*Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.*

*Son deberes de la persona y del ciudadano:*

*1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;*

2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas; (...) (Subrayado fuera del texto).

En cuanto a los Servicios Públicos:

*Artículo 367 C.P. La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.*

*Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.*

*La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas. (Subrayado fuera del texto)*

De simple lectura de las normas constitucionales deducimos una constitución garantista en un primer momento de su vida jurídica, que mantiene en lo más alto del ordenamiento jurídico, el esquema solidarista y a su vez, el análisis económico del contrato es relegado más no eliminado<sup>140</sup>. Esquema,



Al momento de expedir Constitución de 1991

<sup>140</sup> Resulta paradójico concebir una constitución garantista para llevar a cabo una apertura económica en 1991, que elimine las barreras proteccionistas, acercando a Colombia a los mercados internacionales.

Sin embargo, en cuanto el ámbito jurisprudencial colombiano como se puede apreciar la Corte Constitucional Colombiana, como guardián de la justicia y equidad que consagra la constitución política de 1991, en fase inicial se decanta por utilizar figuras comprensivas del modelo solidarista. A este respecto la Corte Constitucional en sus primeros fallos reconoce el solidarismo y figuras como la Buena Fe, el abuso de derecho, el principio de confianza, la seguridad, los deberes secundarios de conducta entre otros, muchos de ellos preestablecidos como *límites del contrato*, respondiendo parcialmente una de las preguntas planteadas en la introducción de este texto.

En suma, por mandato constitucional se hace necesario adaptar las relaciones privadas a esta nueva visión muy lejana de la doctrina decimonónica del código civil colombiano (1887). Es bajo esta perspectiva que nacen las nuevas ramas del derecho de la competencia (Ley 155 de 1959, Decreto 2153 de 1992) y del derecho del consumidor (Decreto 3466 de 1982<sup>141</sup>), el primero como un orden público de dirección y el otro como orden público de protección. A este tenor, aparte de las anteriores se han expedido leyes que priorizan la protección al débil (¿de corte solidarista?) en materia de arriendos de vivienda urbana (Ley 820 de 2003) entre otras.

De este modo, expuesto el cúmulo de artículos constitucionales y posturas jurisprudenciales, la Corte Constitucional como guardián de esta, se ha arrogado unas funciones de juez de contratos sin precedentes sustentado la solidaridad en una primera etapa posteriormente difunde fallos con función social aunque sin apoyarse en el modelo solidarista. Se destaca la tutela a la vulneración de los derechos fundamentales en estado de origen o ejecución de los contratos buscando evidentemente unos procesos económicos con un mínimo de justicia material. Así, el fallo de tutela T-160 de 2010, ordena a una agencia de modelaje dar por terminado un contrato de agencia y cancelar asimismo el termino adicional prorrogado unilateralmente, argumentando la violación al mínimo vital y ejercicio de una profesión u oficio. Cuestionamos, ¿Corte Constitucional es un juez de contratos?, ¿Tiene competencia para terminar un contrato?.

Por otro lado, hasta el momento sólo nos hemos referido al modelo solidarista sin tener en cuenta la libertad contractual que la misma constitución protege, bajo esta perspectiva, el individualismo contractual es una fiel expresión del liberalismo surgido con el código civil napoleónico que *permitió* a ultranza el desborde de la autonomía de la voluntad y desregularización del mercado con teorías de la mano invisible de Adam Smith.

Sin entrar en confusión con el desarrollo anterior relativo a la proximidad de la Constitución Política con el modelo solidarista, esta misma consagra la iniciativa

---

<sup>141</sup> Hay que tener en cuenta que Colombia se encuentra próxima a expedir un nuevo Estatuto del Consumidor, que regulará temas de derecho electrónico y el derecho de retracto. Para mayor información ver en la página del Senado de Colombia, <http://www.senado.gov.co/sala-de-prensa/noticias/item/12183-estatuto-del-consumidor-a-un-paso-de-ser-ley-de-la-republica-destacan-senadores>, tomada el 08-09-2011.

privada y la libertad económica dentro del modelo económico colombiano, perspectiva decantada en el individualismo contractual, emplazado ahora en el derecho económico contractual o análisis económico del derecho. No en vano se ha protegido la libertad económica con la naciente rama del derecho de la competencia y el auge de la inversión extranjera traducida en el incremento de los contratos de estabilidad jurídica a cambio de grandes inversiones y generación de empleo.

Según datos de Baker & Mckenzie Internacional, las obligaciones del inversionista se determinan así:

Realizar una inversión: mínimo de 7500 Salarios (para 2010 \$3.862.500.000)

Pagar una prima: 0.5% a 1%

Cumplir normas: Laborales, tributarias y de medio ambiente

Finalmente, para Junio de 2010 los contratos firmados ascendían a 48, aprobados 15 para un total de 63. Datos nada despreciables, Colombia se ha convertido en un gran destino inversionista justo cuando esta por obtener la certificación de Grado de Inversión.

No en vano, en el 2011 Colombia ocupa el puesto 45 de 183 países, con una calificación de 68 sobre 100, en el escalafón de Libertad Económica que realiza The Wall Street Journal y la Fundación Heritage. A este tenor, Colombia será privilegiada en el 2050 dentro de las 30 economías más grandes del planeta, ocupando el puesto 26, acompañado de países como Brasil, México, Argentina y Venezuela<sup>142</sup>. Así, el panorama colombiano no es de apatía absoluta a los temas empresariales sino a la protección del débil cuidando de no desestimular el sector empresarial y entorpecer el panorama internacional del país.

Sin embargo reiterando, no debemos pensar en antinomias constitucionales, el deber de pensar en el otro no es ajeno a la consecución de lucro de las relaciones privadas, consideramos la solidaridad no una supresora de la competencia sino su moderadora. En China para citar un ejemplo, las reglas guanxi (o conexiones sociales) son primordiales a la hora de cerrar negocios. De fuerte inspiración confuciana y de componente ético, se basa en el interés y beneficio mutuo, no solo de las relaciones comerciales sino personales.

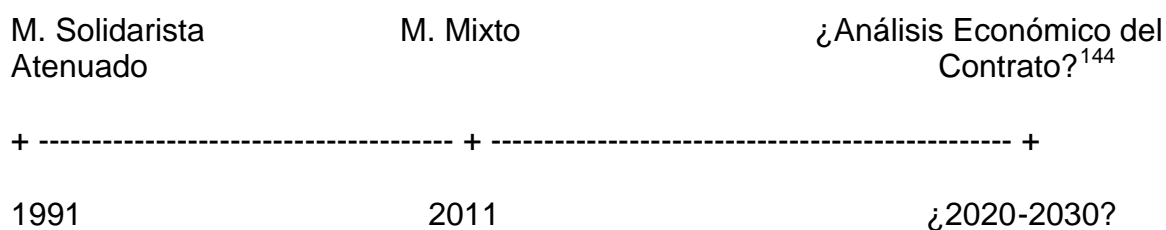
En este orden de ideas, a pesar de los argumentos anteriormente esbozados estamos viviendo un momento de cambio en la estructura general del contrato, pasando inicialmente de un Modelo Solidarista atenuado a un modelo sistémico o completo (Modelo Mixto) del contrato en palabras del brasilero Luciano Benetti

---

<sup>142</sup> Véase <http://www.portafolio.com.co/noticias/economia-hoy/colombia-seria-una-de-las-30-mayores-economias-en-2050>, recuperada el 01 de Abril de 2011.

Timm<sup>143</sup>, con fuerte tendencia en la jurisprudencia en los fallos sociales. Este modelo mixto respeta efectivamente la normatividad social, sin renuncia a la racionalidad económica. Efectivamente en nuestro concepto, Colombia se concibió inicialmente con un modelo solidarista, no obstante las coyunturas económicas y sociales han moldeado esta perspectiva.

### Línea del tiempo



---

<sup>143</sup> 'Portanto, trata-se de uma proposta de leitura funcional 'moderada' do direito contractual, sem o 'radicalismo' do paradigma solidarista, permitindo, justamente, a sobrevivência do instituto do contrato no Novo Código Civil, com sua plena funcionalidade social (congruência de expectativas normativas de diversas ordens e planos), mas inserida dentro de um novo contexto de complexidade social'. En L. BENETTI TIMM. *O Novo Direito Contractual Brasileiro*. Cit, Pág. 149

<sup>144</sup> Basado en la Constitución Política de 1991 o una nueva

## 6. SOLIDARISMO CONTRACTUAL

### 6.1. Deberes contractuales

Dejamos de lado el planteamiento o cuestionamiento de proximidad o no del ordenamiento colombiano al modelo solidarista y concentrarnos en las implicaciones que traería consigo ampararse en este modelo.

Justamente, el modelo solidarista inquiera unos contratos útiles y justos para las partes contractuales en etapa de formación (fase inicial), ejecución y terminación. A pesar de este alcance nos referiremos exclusivamente a la fase inicial, por consiguiente, en fase inicial es ineludible que las partes contractuales observen unas conductas que aseguren la correcta vida del contrato, adoptando unos deberes (algunos como principio) estructuro de la siguiente forma:

- Deber (¿o principio?) de Buena fe y lealtad negocial

Fase inicial - Deber de Cooperación

- Deber de Coherencia

- Deber de Información

- Deberes secundarios de conducta

#### 6.1.1. Deber de Buena fe<sup>145</sup> y Lealtad Negocial

El deber o principio de Buena Fe conlleva una evolución contemporánea de la teoría general del contrato (reconocido en la época romana<sup>146</sup> y olvidado durante la edad media), en el sistema romano-germánico<sup>147</sup>, especialmente en la jurisprudencia francesa y alemana. En suma, esta explosión mediática que llevo a

---

<sup>145</sup> La ‘Venire contra factum proprium’, ‘Prohibición de obrar contra los actos propios’ y ‘la protección de la confianza legítima’, tres formas de llamar a la antigua regla emanada de la Buena fe. En M. BERNAL. La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato. En VNIVERSITAS, num 114, 2010 Pág. 255, pie de página No. 1

<sup>146</sup> Indiscutiblemente los alcances de la Buena fe reconocida en Roma, fue utilizada para solucionar innumerables casos, como la compensación de obligaciones en la época justiniana. Precisamente en **Inst. Just. 4.6.30**. ‘Mas en las acciones de buena fe se entiende que se atribuye al juez libre facultad para estimar, según lo bueno y lo equitativo, cuando deba restituirse al actor. En lo que se comprende también, que si a su vez debiere el actor pagar alguna cosa, hecha la compensación, deba ser condenado por el resto aquél contra quien se reclamó. ...’.

<sup>147</sup> En el Sistema Anglosajón Británico, la Buena Fe no se presume en los contratos.

la Buena Fe a irrigar todas las etapas del proceso contractual y generar nuevos deberes contractuales, es frecuentemente confundida con el modelo solidarista. Por el contrario, no negamos la importancia de la Buena Fe pero el modelo solidarista es mucho más que esta, la buena fe es parte del modelo solidarista en países que acogen este modelo.

La función de la Buena fe a través de los tiempos ha sido diversa, es tanto así que se da a la buena fe, como un criterio de control en expansión por ejemplo, bajo la cual se podrían controlar cláusulas abusivas por resultar impuestas de mala fe<sup>148</sup>.

Por otro lado la evolución y análisis de la Buena fe y lealtad negocial en el ordenamiento jurídico colombiano debe concebirse bajo dos perspectivas:

- Contexto de adopción o creación nacional
- Contexto de adaptación internacional a nacional

El primer numeral afirmamos que este principio cada vez más reiterado en el sistema francés y alemán, encuentra su confirmación en la Constitución Política de 1991 en su artículo 83.

#### *CAPITULO 4.*

##### *DE LA PROTECCION Y APLICACION DE LOS DERECHOS*

*ARTICULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.*

Igualmente íntimamente relacionado con el principio de la buena fe, todas las partes deben comportarse con lealtad en todos los negocios y en todas las etapas especialmente la circunscrita en la tesis, fase inicial, es en esta que el artículo 863 C. Com. Contempla esta posibilidad:

*ARTÍCULO 863 C. Com. Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.*

---

<sup>148</sup> J. GUAL. El control sobre las cláusulas abusivas un régimen en evolución. En IUSTA, num 30, 2009, Pág. 22

No se entiende porque el código de comercio vislumbra la buena fe exenta de culpa, termino ambiguo que parece considerar un atenuante. No es el único articulo donde la establece mírese el articulo 835 C. Com.

*ARTÍCULO 835. Se presumirá la buena fe, aún la exenta de culpa. Quien alegue la mala fe o la culpa de una persona, o afirme que ésta conoció o debió conocer determinado hecho, deberá probarlo.*

Por otro lado la jurisprudencia colombiana no ha sido ajena a la nueva configuración de la buena fe, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en sendas jurisprudencias han dejado caer su importancia para la contratación estatal y privada.

En ámbito de adaptación internacional al contexto nacional los Principios Unidroit – leyes comerciales para comerciantes hecha por comerciantes – contempla la Buena Fe y la Lealtad negocial, destacando que no es válido la creencia de estar obrando legalmente sino a la par de un deber de cooperación que implica brindar información y ayuda. Sin embargo, la adopción legal de los Principios Unidroit aunque principalmente hace relación a las negociaciones contractuales del tráfico jurídico internacional si representan un excelente ejemplo de los principios que debe Colombia observar para lograr la inclusión en el comercio internacional.

### **6.1.2. Deber de Cooperación<sup>149</sup>**

El deber de cooperación implica un comportamiento activo o pasivo determinado dentro del ámbito público y privado. En este orden de ideas, la Corte Constitucional en sentencia C-278 de 2007, expresa que en desarrollo del principio constitucional de solidaridad y en acatamiento de lo señalado en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, toda persona tiene el deber de cooperar con el Estado y la comunidad en la asistencia y seguridad social de acuerdo con las posibilidades y circunstancias.

Por consiguiente el deber de cooperación asumirá el siguiente ámbito de aplicación:

---

<sup>149</sup> Deber irrigado indiscutiblemente por el deber o principio de Buena Fe

----- Estatal  
Deber de Cooperación ----- Comunidad  
----- Particulares

Relativo al tema de Tesis circunscribimos el análisis a la cooperación entre particulares. Anteriormente establecimos que el mayor medio de transferencia de bienes y servicios es el contrato, donde el deber de cooperación debe ser observado en las diferentes etapas contractuales.

Aunque de suma importancia en etapa de ejecución de los contratos nacionales e internacionales de larga duración que garanticen la correcta ejecución de la causa del contrato, no menoscabamos su utilidad en etapa de formación que garantice la correcta configuración del objeto contractual. Doctrina y jurisprudencia internacional reconocen la noción de Cooperación y se basan en una especie de *áffectio contractus*<sup>150</sup>.

### **6.1.3. Deber de Coherencia**

Según este deber las partes deben comportarse como establecieron en el contrato, siendo desleal si se comportan de otra manera, que la otra parte no sopesaba. El deber de coherencia comporta diferentes nombres, encontramos los siguientes:

- Deber de coherencia (Francia)
- Estoppel (Derecho anglosajón)
- Verwirkung (Alemania)
- Venire contra factum proprium (Roma)
- Actos propios, confianza legítima y teoría de la apariencia (Colombia)

Sin importar la denominación que se utilice el deber de coherencia es una exigencia de la buena fe, que indaga la noción de causa en los contratos como instrumento de coherencia<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup> J. ACOSTA. *El nuevo orden contractual colombiano*. Cit, Pág. 25

<sup>151</sup> M. BERNAL. El deber de coherencia en los contratos y la regla venire contra factum proprium. En INTERNACIONAL LAW, num 13, 2008, Pág. 7

Dado lo anterior, nos concentramos en la doctrina de los actos propios, confianza legítima y teoría de apariencia con desarrollo jurisprudencia en el ámbito colombiano.

7.1.3.1 *Doctrina actos propios*. La corte constitucional colombiana en desarrollo de esta doctrina mediante fallo de tutela T 295 de 1999 sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto<sup>152</sup>.

Igualmente, el fallo anterior describe los derroteros en cuanto a aplicación de la doctrina de los actos propios:

- Conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz
- Ejercicio de un derecho subjetivo
- Identidad del sujeto, en ambas conductas

No es único fallo relativo al tema, Corte Constitucional se ha referido en múltiples ocasiones, importa resaltar la sentencia T 910 de 2009 por la envergadura de los sujetos procesales y tema en discusión. El peticionario Jaime Gilinski en acción de tutela contra HSBC Fiduciaria S.A y Bancolombia S.A respecto a la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

En esa oportunidad el actor buscaba la entrega de un depósito en garantía constituido mediante contrato de fiducia originado en el contrato de promesa de compraventa de GDSs, notes y acciones ordinarias del Banco de Colombia S.A y fusión entre el Banco Industrial Colombiano S.A y el Banco de Colombia S.A. Así, el accionante reclama la entrega de la garantía sustentado en la anulación del laudo arbitral en sentido favorable y Bancolombia S.A alegando falta de competencia por ser asunto estrictamente privado contractual.

En este orden de ideas, el análisis de la doctrina de los actos propios para este caso surge de posible contradicción en la que incurre el banco al sustentar falta de competencia por ser asunto estrictamente privado contractual ajeno a la competencia de la Corte Constitucional, resultando contradictorio cuando interpuso tutela anterior a la analizada, para tutelarse un derecho fundamental vulnerado con el fallo del tribunal que revoca el laudo arbitral.

---

<sup>152</sup> Sentencia de tutela Corte Constitucional de Colombia T - 295 - 99

Igualmente, de forma sucinta aclara la Corte el origen administrativo legal de la doctrina, desde la cual ha sido extrapolada a otros campos del derecho, en gran medida al sector financiero. Resulta así transcribir los artículos 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo, fiel acogedora de la doctrina de los actos propios.

*ARTICULO 73. Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.*

*Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.*

*Además, siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos, o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión.*

*ARTICULO 74. Para proceder a la revocación de actos de carácter particular y concreto se adelantará la actuación administrativa en la forma prevista en los artículos y concordantes de este Código. En el acto de revocatoria de los actos presuntos obtenidos por el silencio administrativo positivo se ordenará la cancelación de las escrituras que autoriza el artículo y se ordenará iniciar las acciones penales o disciplinarias correspondientes.*

*El beneficiario del silencio que hubiese obrado de buena fe, podrá pedir reparación del daño ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo si el acto presunto se revoca.*

#### **6.1.4. Deber de Información**

Expresábamos en la introducción de este trabajo la clasificación del jurista italiano Vincenzo Roppo<sup>153</sup> respecto de las clases de partes contractuales, de la siguiente manera:

- Relaciones con simetría (en teoría) Business to Business y,
- Relaciones con asimetría Insider to Outsider

Aunque las relaciones Insider to Outsider han sido tan acogidas por el nascente derecho del consumidor en el mundo, es discutible que dos empresarios de una misma área no ejerzan una indebida posición dominante sobre el otro.

---

<sup>153</sup> V. ROPPO. *El contrato del Dos Mil*. Cit, Pág. 47

Adicionalmente, igual a los demás deberes estudiados anteriormente el deber de información debe suministrarse tanto en la formación (fase inicial) como en su ejecución<sup>154</sup>.

## **6.2. Deberes secundarios de conducta**

Los deberes secundarios de conducta como desarrollo del deber de coherencia<sup>155</sup>, traen aparejados unos compromisos para las relaciones contractuales pero no tan amplias u comprensivas que no explican totalmente la fase inicial del contrato. Es usual destacar el deber de información, secreto, fidelidad, entre otros, que se relacionan en mayor medida con otros deberes más destacados, no obstante, en nuestro concepto preferimos matizar estos mini deberes en las cargas de la autonomía privada.

----- Legalidad

----- Corrección

Carga de la Autonomía Privada ----- Diligencia

----- Claridad, precisión y plenitud

----- Sagacidad y previsión

----- Sinceridad

*Carga de Legalidad.* Asegura la plenitud del negocio obteniendo el efecto negocial (en primera instancia) vigor, a partir de la observancia de las normas imperativas.

No es vano el artículo 1602 C.C dice:

*Art. 1602.- Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. (Subrayado fuera de texto).*

*Carga de corrección.* La corrección no abarca sólo el ámbito negativo (abstenerse de vulnerar la legalidad) sino observar diligentemente los usos y costumbres mercantiles.

---

<sup>154</sup> J. ACOSTA. *El nuevo orden contractual colombiano*. Cit, Pág. 26

<sup>155</sup> M. BERNAL. El deber de coherencia en los contratos y la Regla del venire contra factum proprium. En INTERNACIONAL LAW, num 13, 2008, Pág. 3

Una proyección de esta carga no es otra que la buena fe, léase el artículo 1603 C.C.

*Art. 1603.- Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella. (Subrayado fuera de texto).*

*Carga de Diligencia.* No será otra cosa que realizar actos que eviten errores posteriores en el contrato.

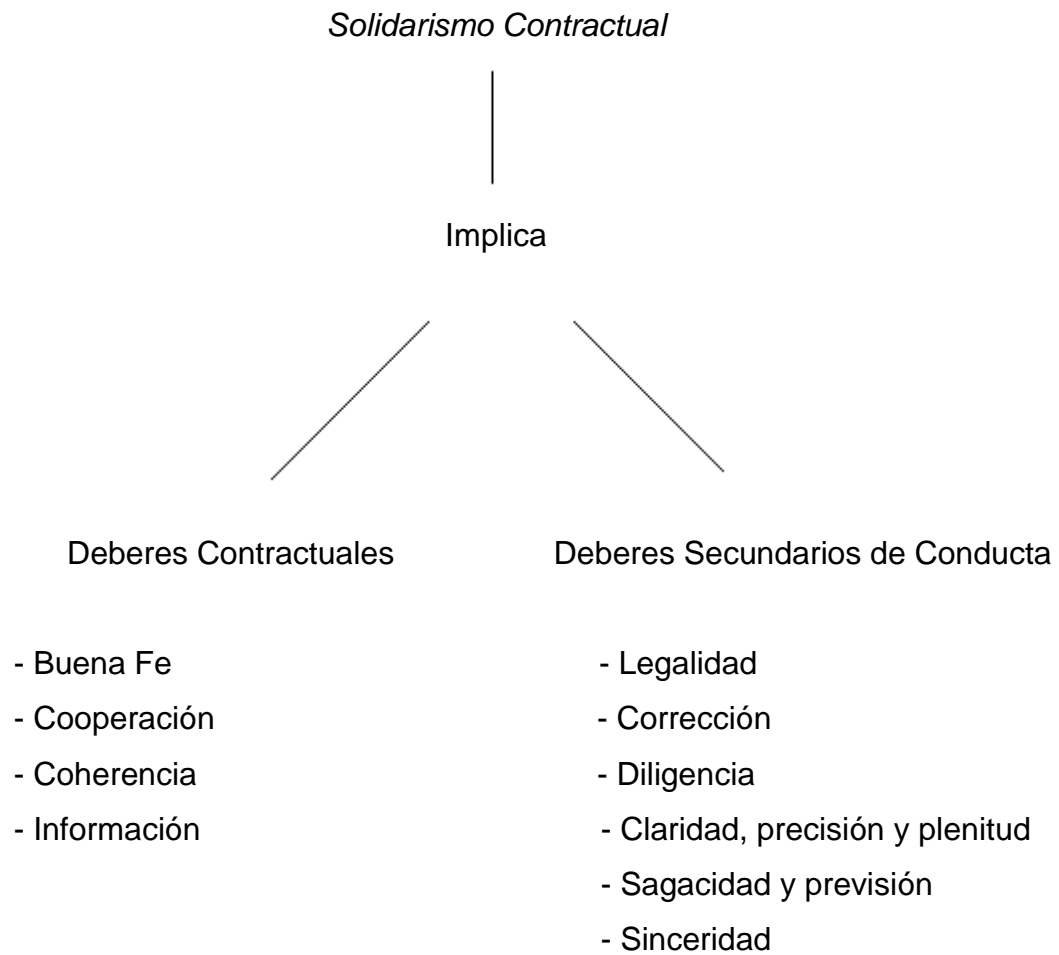
*Carga de Claridad, Precisión y Plenitud.* Corresponde a las partes contractuales establecer irrefutablemente el contenido al cual se vinculan en el contrato. Bajo este aspecto el Estado ha sido cuidadoso, son innumerables los contratos de adhesión del sector financiero, asegurador que utilizan un lenguaje especializado incomprensible al consumidor.

El Estado por medio de la Superintendencia de Industria y Comercio o Financiera, sancionan frecuentemente la llamada letra menuda y exigen mayor claridad de estas sociedades para con el cliente.

*Carga de sagacidad y previsión.* Corresponde indiscutiblemente a cada persona acompañar la iniciativa privada con cautela, infundiéndose auto-responsabilidad de sus actos y siguiendo el viejo adagio romano, venire contra factum proprium non valet.

*Carga de Sinceridad.* Transparencia

Esquema:



## **7. CONCLUSIÓN**

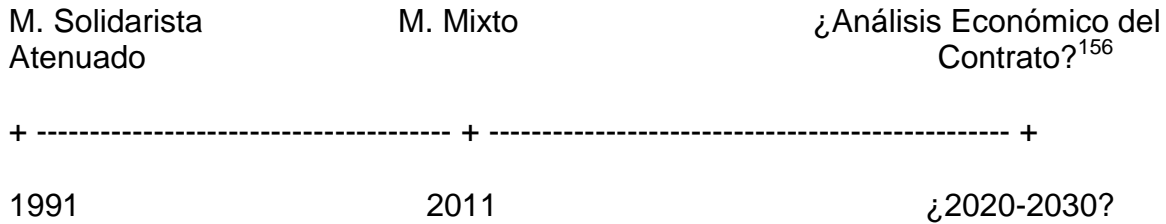
Inicialmente reiteramos en la introducción de la Tesis, no confundir entre los términos obligaciones solidarias y solidarismo contractual. El primero, relacionado a las cargas obligaciones surgidas de la perfección del contrato y la forma en que responderán las diferentes personas de una parte contractual sancionadas con incumplimiento, en segundo lugar, referente al tema de investigación, el modelo solidarista (solidarismo contractual) encaminada a una visión de la Teoría General del Contrato.

No es vano el modelo solidarista no está solo, el individualismo contractual (reformado actualmente como análisis económico del contrato o derecho) igualmente presta forma a la teoría general del contrato radicalmente diferente a la primera. Por un lado, el primero no será otra cosa que la concepción de las partes en el interés del otro y el individualismo contractual, la visión egoísta de los contratos, hoy visión de costes de transacción en los contratos. Sin embargo, preguntarán que importancia concibe conocer el modelo específico de un ordenamiento a la teoría general del contrato, no resultaría tan atractivo si no fuera por el gran auge del contrato en sustitución de la ley. Así, cada vez es más común en las partes contractuales reglamentarse autónomamente evitando cualquier intromisión legal que desconozca la verdadera intención de estas.

El constituyente de 1991 versado en la realidad de los contratos en masa, de adhesión y negativa colectiva a evitar la aplicación de las leyes, opta por un modelo solidarista en un primer momento que garantice el estado Social de Derecho atenuado con la garantía de la libre empresa y competencia del artículo 333 de la constitución. A su vez, el natalicio de la constitución Colombia concuerda con movimientos que buscaban la abolición de barreras proteccionistas que daban al traste con la incorporación del país en el comercio mundial; actualmente con una economía estable, con tendencias de crecimiento y gran optimismo del consumidor, no sabemos hasta qué punto esos atenuantes (libre empresa y competencia) que la misma constitución incluye, se convierten en punto fundamental del análisis de la teoría general de contrato y convierten al país en un modelo mixto, del cual estamos de acuerdo con su existencia en estos momentos.

No obstante, la primacía adoptada por la constitución hacia el modelo solidarista solamente es utilizado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Actualmente la balanza se inclina cada vez más hacia un análisis económico del contrato impulsado por las oficinas de asesoría jurídica, nueva lex mercatoria y resquebrajamiento de las barreras proteccionistas; preferimos no adentrarnos en los límites porcentuales ganados por cada modelo y afirmar la conformación de un modelo mixto actualmente y suponer la conformación del modelo predominante en un futuro.

## Línea del tiempo



En este orden de ideas además, el modelo solidarista reconocido en la constitución política colombiana lo circunscribimos solamente en la investigación a la etapa inicial o etapa de formación del contrato. Es precisamente en la etapa inicial donde se prepara y hace posible la configuración típica o atípica del contrato atado a unos deberes o principios llámese buena fe, cooperación, entre otros. La novedad implica reconocer que esta serie de deberes y principios individualmente responden a un ánimo integracionista o comprensivo del Modelo Solidarista, en reconociendo al solidarismo como su esquema matriz.

Adicionalmente, del examen a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el solidarismo Contractual, sólo ha sido utilizado por esta y en cuanto a reglas que consideramos pertenecientes a este modelo, son frecuentes la buena fe e igualmente utilizados con mayor frecuencia por la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional reconoce la jurisdicción ordinaria, pero siempre ha intervenido de una u otra forma en etapa de formación, ejecución o terminación de los contratos, argumentado en la vulneración de derechos fundamentales.

En suma, los principios constitucionales tienen una alta injerencia en la configuración contractual, basados en el modelo solidarista o sin expresarlo directamente, por reglas que tienden a pertenecer a ella, como la buena fe. A raíz del principio de solidaridad se ha perdido certeza de los riesgos que debe asumir cada parte, siendo trasladados riesgos posteriormente a la configuración del contrato a una parte que inicialmente no lo asumió, por vía del modelo solidarista.

Por otro lado continuando el sistema jurídico, al transmitir la función social del contrato, evidentemente no debemos confundirla con el modelo solidarista, decíamos que una cosa es el Estado social de Derecho, el solidarismo y otra la función social del contrato.

Así, reiteramos la verdadera función social del contrato es la circulación de bienes y servicios en la sociedad. Si la función social del contrato es la circulación de bienes y servicios será cualquiera de estas posturas la encargada de hacerla

---

<sup>156</sup> Basado en la Constitución Política de 1991 o una nueva

valer, si es el solidarismo, desde el estado se controlará y buscará que en el tráfico jurídico los grandes empresarios no abusen del consumidor o pequeño comerciante, si nos referimos al individualismo, será la misma sociedad la que se encargue de establecer unos usos y costumbres concernientes a las negociaciones contractuales.

Las determinaciones del modelo solidarista en la constitución política colombiana nos hace cuestionarnos las ventajas o desventajas que acarrearía a nivel internacional. Justamente la nueva lex mercatoria no asume el modelo solidarista, hay tendencia marcada hacia el análisis económico del contrato. En suma, no importa que recientemente directrices europeas, leyes modelo o principios internacionales valoren mayormente las relaciones de los consumidores, eso no representa un acogimiento del solidarismo.

Consideramos que los grandes grupos empresariales pequeños y medianos colombianos van a sentir el cambio de modelo solidarista a análisis económico del derecho, al introducirse en el comercio global; el pequeño (pymes) o mediano empresario acostumbrado a buscar protección constante de la Corte Constitucional por medio de la herramienta más útil, que no es otra que la tutela, encontrará grandes dificultades de conocimiento y experiencia para transar negocios en otras latitudes. Aunque quedo establecido a través de este documento la percepción solidarista de un primer momento de la constitución de 1991 ha ido cambiando, beneficiando a los comerciantes ávidos de negocios sin costes de transacción y excelente plataforma interna para adaptarse a un cambio de modelo sin necesidad de exponerse a aventuras internacionales, sin la requerida capacidad y conocimiento de la economía global.

## **8. BIBLIOGRAFIA**

### *LIBROS NACIONALES*

- 1 Acosta, Joaquín. (2008). El nuevo orden contractual. Bogotá – Colombia: Cuadernillo No. 19 Ed. Universidad Santo Tomás
- 2 Ortiz Monsalve, Álvaro. (2007). Manual de Obligaciones. Bogotá – Colombia. Editorial Temis
- 3 Ospina Fernández, G., & Ospina Acosta E. (2005). Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Bogotá – Colombia: Editorial Temis
- 4 Roppo, Vincenzo. (2005). El contrato del Dos Mil. Bogotá – Colombia: Ed. Universidad Externado de Colombia
- 5 Bonivento Fernández, José Alejandro. (2004). Los principales contratos civiles, y su paralelo con los comerciales. Bogotá – Colombia: Décima Sexta Edición. Ed. Librería Ediciones del Profesional Ltda
- 6 Josserand, Louis. (1999). Del Abuso del Derecho y otros ensayos. Bogotá – Colombia: Ed. Temis
- 7 Scognamiglio, Renato. (1996). Teoría General del Contrato. Bogotá – Colombia: Ed. Universidad Externado de Colombia
- 8 Ravassa Moreno, Gerardo. (1991). Historia del Comercio y del Derecho Mercantil. Bogotá – Colombia: Ed. Universidad Santo Tomás

### *LIBROS INTERNACIONALES*

- 1 Benetti Timm, Luciano. (2008). O Novo Direito Contratual Brasileiro. Rio de Janeiro – Brasil: Ed. Forense
- 2 Galgano, Francesco. (2005). La globalización en el espejo del derecho. Buenos Aires – Argentina. Ed. Rubinzal - Culzoni
- 3 Farina, Juan M. (2005). Contratos Comerciales Modernos, modalidades de contratación empresaria. Tercera Edición, Tomo I. Buenos Aires – Argentina: Ed. Astrea
- 4 Autores Varios. (2004). Responsa Iuris peritorum digesta. V 5. Primera edición. Salamanca – España: Ed. Universidad de Salamanca.
- 5 Colin, Ambroise y Capitant, Henry. (2004). Derecho Civil, Obligaciones. México: Volumen I, Ed. Editorial Jurídica Universitaria
- 6 Betti, Emilio. (2000). Teoría General del Negocio Jurídico. Segunda Edición. Madrid – España: Ed. Revista de Derecho Privado
- 7 Hattenhauer, Hans. (1987). Conceptos Fundamentales del Derecho Civil: introducción Histórico – Dogmatica. Barcelona, España: Ed. Ariel

## ARTÍCULOS NACIONALES

- 1 Benetti Timm, Luciano. (2010). The Social Function of Contract in Market Economic Systems. Bogotá – Colombia: Revista Virtual de Derecho Edición No. 11. Universidad Santo Tomás
- 2 Bernal-Fandiño. Mariana. (2010). La doctrina de los Actos Propios y la interpretación del contrato. Bogotá – Colombia: Revista Universitas Edición No. 114. Universidad Javeriana
- 3 Lecuyer, Hervé. (2010). El contrato: acto de previsión. Bogotá – Colombia: Revista de Derecho Privado. No. 18. Universidad Externado de Colombia.
- 4 Acosta, Joaquín. (2009). La reforma al derecho de la responsabilidad contractual: consecuencias específicas de la constitucionalización del Derecho Privado. Bogotá – Colombia: Revista IUSTA. Edición No. 30. Universidad Santo Tomás
- 5 Gual Acosta, José Manuel. (2009). El control sobre las cláusulas abusivas un régimen en evolución. Bogotá – Colombia: Revista IUSTA. Edición No. 30. Universidad Santo Tomás
- 6 López Mesa, Marcelo J. (2009). La doctrina de los Actos Propios: esencia y requisitos de aplicación. Bogotá – Colombia: Revista Universitas Edición No. 119. Universidad Javeriana
- 7 Grande, Silvia. (2008) La lex Mercatoria en los laudos de la Cámara de Comercio Internacional. Bogotá – Colombia: Revista Dikaion. No. 17. Universidad de la Sabana
- 8 Cardilli, Riccardo. (2008). Contrato y obligación: la importancia de su vínculo en la tradición del derecho civil. Bogotá – Colombia: Revista de Derecho Privado. No. 15. Universidad Externado de Colombia
- 9 Chamie, José Felix. (2008). Equilibrio Contractual y Cooperación entre las Partes: el deber de revisión del contrato. Bogotá – Colombia: Revista de Derecho Privado. No. 14 Universidad Externado de Colombia
- 10 Bernal-Fandiño. Mariana. (2008). El deber de coherencia de los contratos y la regla del Venire Contra Factum Propium. Bogotá – Colombia: Revista Internacional Law. No. 13. Universidad Javeriana
- 11 Bernal-Fandiño. Mariana. (2007). El solidarismo contractual. Bogotá – Colombia: Revista Universitas. Edición No. 114. Universidad Javeriana.
- 12 Vladimir Monsalve-Caballero. (2006). La ruptura injustificada de los Tratos preliminares y su relación jurídica prenegocial en el Derecho Europeo Continental. Bogotá – Colombia: Revista Virtual de Derecho, Edición No. 3. Universidad Santo Tomás
- 13 Plata López, Luis Carlos. (2005). La naturaleza social y económica del contrato. Barranquilla – Colombia: Revista de Derecho, Edición No. 23. Universidad del Norte
- 14 Montoya, Fernando. La imprevisión frente al dilema solidarismo - individualismo contractual. Bogotá – Colombia: Revista e- mercatoria, Edición No. 8. Universidad externado de Colombia

- 15 Solarte, Arturo. (2004). Buena fe contractual y deberes secundarios de conducta. Bogotá – Colombia: Revista Universitas. Edición No. 108. Universidad Javeriana
- 16 Galvis, Silvia. (1995). PERIPECIAS DE LOS NAZIS CRIOLLOS, intentos golpistas en Colombia en los años de la Guerra Mundial. Revista Credencial Historia. Edición No. 67. Biblioteca Virtual del Banco de la República
- 17 Restrepo Piedrahita, Carlos. (1992). EL NOMBRE ‘COLOMBIA’, el único país que lleva el nombre del descubrimiento. Revista Credencial Historia. Edición No. 26. Biblioteca Virtual del Banco de la República
- 18 Melo, Jorge Orlando. (1991). Las reformas liberales de 1936 y 1968 – progreso social y reorganización del Estado-. Revista Credencial Historia. Edición No. 13. Biblioteca Virtual del Banco de la República
- 19 Rengifo García, Ernesto. El abuso del derecho. Bogotá – Colombia. Página web [www.garridorengifo.com](http://www.garridorengifo.com)

### ARTÍCULOS INTERNACIONALES

- 1 Benetti Timm, Luciano. (2010). La función social del Derecho Contractual en el Código Civil Brasileño: justicia Distributiva Vs. Eficiencia económica. Buenos Aires – Argentina: Revista reinstituciones, Ideas y Mercados (RIIM).
- 2 Benetti Timm, Luciano. (2008). As origens do contrato no Novo Código Civil: uma introdução á função social, ao welfarismo e ao solidarismo contractual. Brasil: The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies. Vol. 3: No. 1, Article 4
- 3 Benetti Timm, Luciano. (2008). ‘Descodificación’, constitucionalización y recodificación del Derecho Privado ¿es todavía útil el código civil?. Brasil: The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies. Vol. 3: No. 1, Article 2
- 4 Moreneo Pérez, José Luis. (2008). El pensamiento político-jurídico de Durkheim: solidaridad, anomia y democracia. Granada –España: Revista de Derecho Constitucional Europeo –reDCE-, Edición No. 10
- 5 Perez Rodriguez de Vera, Isabel María. (2007). Itinerario de la solidaridad desde el pandectas de Justiniano hasta su incorporación en las diferentes disciplinas. Murcia – España: Revista Electrónica de Estudios Filosóficos, Edición No. 14 Universidad de Murcia
- 6 Vaquer Aloy, A. & Cucurull Serra, N. (2005). ¿Solvencia recuperada en buen momento? Aplicaciones jurisprudenciales de la Verwirkung en el juicio ejecutivo. Barcelona – España: Revista Indret No. 274.
- 7 Barcia L. Rodrigo. (1998). Los Contratos desde la Perspectiva del Análisis Económico del Derecho. Talca – Chile: Revista Ius et Praxis, Año 4 No. 2. Ed. Universidad de Talca
- 8 Cédras, Jean. Le Solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation. Recuperada el 01 de Octubre de 2010 de <http://www.courdecassation.fr/article6260.html>.

- 9 Moisset de Espanés, Luis. La Teoría de los Actos Propios y la Doctrina y jurisprudencias nacionales. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Recuperada el 01 de Octubre de 2010 de [www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar)
- 10 Paz-Ares, Cándido. Principio de Eficiencia y Derecho Privado. Universidad Autónoma de Madrid. Madrid – España. Recuperado el 28 de Febrero de 2011

## *JURISPRUDENCIA*

1. Corte Suprema de Justicia (Colombia), Sala Civil, 4 de Mayo de 1968 – Gaceta CXXIV-91
2. Corte Suprema de Justicia (Colombia), Sala Civil, 15 de Abril de 1969 – Gaceta CXXX-21
3. Corte Suprema de Justicia (Colombia), Sala Civil, 3 de Mayo de 1984 - Gaceta CLXXVI-184
4. Corte Constitucional (Colombia) Sentencia tutela T-375 de 1997 – Posición dominante, conductas abusivas –
5. Corte Constitucional (Colombia) Sentencia constitucionalidad C-404 de 1998 – Principio de Solidaridad –
6. Corte Constitucional (Colombia) Sentencia constitucionalidad C-141 de 1998 – Buena fe actuaciones procesales -
7. Corte Constitucional (Colombia) sentencia de unificación SU 157 de 1999 – Actividad bancaria, servicio público –
8. Corte Constitucional (Colombia) sentencia de tutela T 295 de 1999 – Actos propios, respeto -
9. Corte Constitucional (Colombia) sentencia constitucionalidad C-332 de 2001 – Deber de Solidaridad –
10. Corte Constitucional (Colombia) sentencia tutela T-1118 de 2002 – Derecho de igualdad, discriminación por no cotización póliza de accidentes a grupo discapacitado -
11. Corte Constitucional (Colombia) sentencia tutela T-520 de 2003 – Deber de solidaridad, secuestro –
12. Corte Constitucional (Colombia) sentencia tutela T-419 de 2004 – deber de solidaridad en personas desplazadas o secuestradas -
13. Corte Constitucional (Colombia) sentencia tutela T-905 de 2007 – Deber de solidaridad, principio de Buena Fe aseguradoras –
14. Corte Constitucional (Colombia) sentencia de constitucionalidad C-278 de 2007 – Principio Constitucional de solidaridad en el Estado, Comunidad y particulares -
15. Corte Suprema de Justicia (Colombia), Sala Civil, 30 de abril de 2009. Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01. – régimen responsabilidad productos defectuosos –
16. Corte Constitucional (Colombia) sentencia tutela T- 910 de 2009 – Doctrina Actos Propios -

17. Corte Constitucional (Colombia) sentencia tutela T-160 de 2010 – Relación contractual, subordinación e indefensión –
18. Corte Constitucional (Colombia) sentencia tutela T-180ª de 2010 – Buena fe pago de matrícula universitaria -

#### *ARTÍCULOS Y DOCUMENTOS VARIOS*

- 1 Hay vacíos en las normas mercantiles, afirman expertos. Periódico la República 09-05-2010. Recuperada el 14 de Noviembre de 2010 en [http://www.larepublica.com.co/archivos/ASUNTOSLEGALES/2010-05-09/hay-vacios-en-las-normas-mercantiles-afirman-expertos\\_99817.php](http://www.larepublica.com.co/archivos/ASUNTOSLEGALES/2010-05-09/hay-vacios-en-las-normas-mercantiles-afirman-expertos_99817.php)
- 2 Colombia seria una de las mayores 30 economías en 2050; prevén que pocos tendrán un mejor desempeño. Recuperada el 13 de Enero de 2010 en <http://www.portafolio.com.co/noticias/economia-hoy/colombia-seria-una-de-las-30-mayores-economias-en-2050>
- 3 Encíclica Renum Novarum, Pontífice León XIII. Recuperada el 14 de Febrero de 2011. [http://www.vatican.va/holy\\_father/leo\\_xiii/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_sp.html).
- 4 Los 180 trámites inútiles en Colombia. Recuperada el 11 de Septiembre de 2011 en <http://www.dinero.com/actualidad/economia/articulo/los-180-tramites-inutiles-colombia/130933>