

Adriana Largo Taborda

Tensión entre autonomía y buena fe en la contratación privada contemporánea



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**
1803

**FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS POLÍTICAS**

Colección mejores trabajos de grado

La colección Mejores trabajos de grado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, surge con el objetivo de hacer visibles los trabajos de grado de pregrado y posgrado de nuestra Unidad Académica que han sido distinguidos con la máxima calificación, y como una manera de reconocer a quienes, gracias a su esfuerzo, recibieron recomendación de publicación del texto completo por parte de sus jurados.

Adriana Largo Taborda

Tensión entre autonomía y buena fe en la contratación privada contemporánea



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

1803

**FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS POLÍTICAS**

Colección mejores trabajos de grado

Tensión entre autonomía y buena fe en la contratación privada contemporánea

© Adriana Largo Taborda

© Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Edición: 2012

ISBN: 978-958-8748-51-1

Este libro hace parte de la colección
MEJORES TRABAJOS DE GRADO
de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
de la Universidad de Antioquia
Número 10

Corrección de textos: Andrés Vergara Aguirre.

Diseño, diagramación e impresión: Imprenta Universidad de Antioquia

Calle 67 N.º 53-108, PBX: (57-4) 219 53 30

Impreso y hecho en Colombia / Printed and made in Colombia

Foto carátula:

Luis Javier Londoño Balbín

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Antioquia
Oficina de Comunicaciones
Teléfono (57-4) 219 58 54
Correo electrónico: derecho@mitra.udea.edu.co
Página web: <http://derecho.udea.edu.co>
Ciudad Universitaria
Calle 67 N.º 53-108, bloque 14
A.A. 1226
Medellín - Colombia

El contenido de la obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no desata responsabilidad institucional frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos contenidos en la obra, así como por la eventual información sensible publicada en ella.

Hecho el depósito que exige la ley.

Prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo (Ley 23 de 1982).

A mi querida profesora Luz María Wills Betancur con toda mi admiración por su vocación, generosidad y entrega, y mi gratitud por el invaluable aporte que su experiencia y conocimiento brindaron para la consolidación de esta obra.

Contenido

Presentación	11
Introducción	13
1. El principio de autonomía privada y sus límites	19
1.1 El concepto	20
1.2 La autonomía privada como principio general del derecho	23
1.3 Elementos de la autonomía privada	24
1.4 Límites de la autonomía privada	26
1.4.1 Límites tradicionales a la autonomía privada	26
1.4.2 Límites constitucionales para la autonomía privada	29
2. La buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato	41
2.1 El concepto de buena fe	42
2.2 La buena fe en sentido subjetivo y objetivo	45
2.3 La buena fe contractual	47
2.4 La buena fe como principio general del derecho	48
2.4.1 La buena fe como criterio de interpretación de los contratos	49
2.4.2 La buena fe y su función integradora del negocio jurídico	50
2.5 La buena fe como fundamento de las normas secundarias de conducta	53
2.6 Principio de la buena fe y el deber de información	55
2.6.1 Asimetría en el manejo de la información	58
2.6.2 El dolor omisivo	59

3. Protección de la confianza legítima, respeto por el acto propio y prohibición de abusar de la posición dominante: tres expresiones del principio de la buena fe contractual	65
3.1 Prohibición de obrar contra los actos propios	66
3.1.1 Concepto	66
3.1.2 La prohibición de actuar contra los actos propios como expresión del principio de buena fe	67
3.1.3 Presupuestos para la aplicación de la prohibición de actuar contra los actos propios	70
3.1.4 Aplicaciones de la prohibición <i>venire contra factum proprium non valet</i>	73
3.2 La confianza legítima como bien tutelado desde la perspectiva del derecho privado	74
3.2.1 Concepto	74
3.2.2 Requisitos de estructuración de la confianza legítima	76
3.2.3 Fuerza vinculante del principio de confianza legítima	77
3.3 Prohibición de abusar de la posición dominante como límite de la autonomía privada en las relaciones contractuales	80
4. Consecuencias del quebrantamiento de la buena fe en la contratación privada contemporánea	89
4.1 Criterios jurídicos relevantes para resolver controversias contractuales por afectación del principio de la buena fe	90
4.1.1 Constitucionalización de las relaciones contractuales privadas	90
4.1.2 La justicia contractual y la protección del contratante débil	92
4.1.3 Interpretación contractual a partir del principio de la buena fe	96
4.1.4 Aplicación del deber de solidaridad social	97
4.2 Consecuencias jurídicas del quebrantamiento del principio de la buena fe	99
4.2.1 Ineficacia del negocio jurídico	100
4.2.2 Efectos indemnizatorios	109
4.2.3 La tutela de derechos fundamentales comprometidos por la violación del principio de la buena fe	114
4.3 Algunos casos de aplicación de criterios jurídicos relacionados con la garantía del principio de la buena fe	116

4.3.1	Asimetría en el manejo de la información y deber de brindar información completa a cargo de los profesionales	117
4.3.2	Interpretación de cláusulas predispuestas	121
4.3.3	Valor normativo de los principios generales del derecho y alcance del principio de la buena fe	126
4.3.4	Abuso de la posición dominante de las entidades financieras frente a sus usuarios y respeto por el acto propio	129
4.3.5	Reticencia no constitutiva de nulidad relativa en el contrato de seguro de vida	133
	Conclusiones	141
	Bibliografía	145
	Cibergrafía	148
	Jurisprudencia Corte Constitucional	149
	Jurisprudencia Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia	150
	Jurisprudencia Sala de Casacion Laboral, Corte Suprema de Justicia	150
	Normativa	151

PRESENTACIÓN

Me ha encargado la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia la honrosa tarea de presentar el libro *Tensión entre autonomía privada y buena fe en la contratación privada contemporánea*, de Adriana Largo Taborda. La obra presenta el resultado de la investigación ardua y cuidadosa de la autora, con la que concluye sus estudios de Maestría en Derecho Privado.

El texto aborda el problema desde un análisis descriptivo interpretativo, mediante un enfoque dogmático, valiéndose de una metodología de análisis documental. Se trata de un escrito sistemático que aborda los principios de la autonomía privada y sus límites; la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato y la protección de la confianza legítima; el respeto por el acto propio y la prohibición de abusar de la posición dominante. Finalmente, propone algunos criterios jurídicos relevantes para resolver controversias contractuales por afectación del principio de buena fe. Se destaca en este trabajo la abundante selección de referencias doctrinales y jurisprudenciales que enriquecen el análisis del problema desde un enfoque crítico, que contrasta la teoría con las implicaciones sociales y económicas afrontadas por los ciudadanos, agentes económicos en relación con los derechos y garantías constitucionales propios del Estado Social de Derecho.

Los hallazgos de la investigación se presentan en este libro de forma clara, sencilla y consistente, con el rigor que solo es posible luego de la experiencia docente y en la judicatura de esta joven autora. Su trabajo invita a la lectura con una prosa fecunda, agradable para lectores formados en diferentes disciplinas.

Esta tesis contribuye a los esfuerzos actuales de la academia, la doctrina y la jurisprudencia por reflexionar el derecho privado desde los escenarios que ofrece la realidad contemporánea. Desde mediados del siglo XX, los trabajos de investigación y producción de literatura jurídica sobre derecho privado

en Colombia se concentraron en manuales y en textos que comentaban las instituciones y en algunos casos los códigos civil y de comercio completos. Los más avanzados incluían referencias históricas a los movimientos codificadores del siglo xix y a los procesos legislativos de producción de códigos. En casos excepcionales, se publicaron trabajos que resaltaban los orígenes de las normas, destacando la fuente de recepción inmediata, refiriendo legislación extranjera sobre el tema o citando las normas de derecho internacional emparentadas con los problemas abordados.

La producción de textos de derecho privado después de la década de 1970 es muy escasa y solo en los últimos diez años se retoman las cuestiones desde la constitucionalización, la contratación masiva, la unificación del régimen de las obligaciones y los contratos civiles y mercantiles, la internacionalización y la globalización del derecho privado. El trabajo de la profesora Largo encaja perfectamente en esta tendencia y ofrece soluciones novedosas a las fricciones, tensiones y conflictos entre los principios de la buena fe y la autonomía privada en contextos de contratación privada contemporánea.

Este trabajo aporta a la consolidación de una línea de investigación que viene desarrollando la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia en los programas de posgrado en derecho privado, enfocada en los problemas y retos actuales, que invitan a dirigir la mirada hacia textos diferentes a los manuales del siglo xx con los cuales hemos estado acostumbrados a reflexionar el derecho privado en Colombia. La obra también contribuye de forma contundente a la investigación en estos temas luego de veinte años de vigencia de la Constitución Política de 1991, y de descubrirnos inmersos en las realidades de unos sistemas de contratación vibrantes, que se modifican todos los días, y que implican unas relaciones cada vez más complejas entre partes débiles y fuertes, oferentes y demandantes, en mercados donde se transan bienes meritorios ofrecidos por particulares en ejercicio de las libertades constitucionales.

En síntesis, la obra de Largo Taborda se convierte en un aporte valioso sobre el problema de la contratación privada y sus tendencias contemporáneas.

Norma Cecilia Nieto Nieto
Profesora Escuela de Derecho Universidad Eafit

INTRODUCCIÓN

La presente obra está dedicada al análisis de la tensión existente entre los principios de autonomía privada y de buena fe en la contratación privada contemporánea, desde la óptica del límite que la segunda le impone a la primera; aquí se busca asimilar conocimientos y desarrollar competencias para analizar y encontrarles soluciones a situaciones particulares donde se advierta la confrontación entre estos principios basilares del derecho privado. Para tal efecto, se aborda el estudio de estas dos categorías jurídicas y, adicionalmente, el de las modalidades en que actualmente se exige respeto por el principio de la buena fe en las relaciones contractuales, denominadas teoría *venire contra factum proprium non valet*, principio de protección de la confianza legítima, prohibición de abusar de la posición dominante y, en general, del acatamiento de las reglas o deberes secundarios de conducta que emanan de la buena fe, como son los deberes de información, protección, colaboración y de guardar secreto.

Bajo ese enfoque, el objetivo principal se centra en identificar la dimensión de la autonomía privada en el modelo del Estado Social de Derecho, sus límites y su relación con el encumbrado principio de la buena fe. En esa dirección, serán objeto de estudio las generalidades de los principios enunciados, la tensión que desde el punto de vista de las relaciones contractuales entre particulares puedan presentarse entre ellos, la vinculatoriedad de los acuerdos privados cuando aun en ejercicio de la autonomía privada se quebranta la buena fe, y las consecuencias jurídicas que se derivan de ello.

La importancia de este trabajo radica en que es el resultado del estudio de los arraigados principios iusprivatistas de autonomía privada y buena fe, desde una perspectiva constitucional, teniendo en cuenta las transformaciones que ha sufrido

la contratación privada en las últimas décadas, producto de la estandarización de los contratos como una respuesta a las exigencias que la modernidad le impone al tráfico jurídico para el acceso rápido y eficaz a la prestación de bienes y servicios.

Sin embargo, estas nuevas tendencias de la contratación pueden generar una situación de desigualdad respecto del contratante que simplemente expresa su consentimiento frente a unas cláusulas predisuestas por la otra parte, o de aquel que se ve compelido a contratar para acceder a un determinado tipo de servicio, con una o con varias entidades autorizadas para la prestación del mismo, en virtud del intervencionismo estatal en ciertos ámbitos de la contratación privada. Así, aunque dentro de las relaciones jurídicas establecidas entre particulares, el principio de la autonomía privada se erige como la expresión máxima de la libertad de contratar, tal autonomía no es absoluta, pues tradicionalmente se ha sostenido que esta encuentra estrictos límites en la ley, el orden público, las buenas costumbres y en los principios generales del derecho; y puede predicarse que, desde una perspectiva constitucional, actualmente también está limitada por caros principios de raigambre fundamental como lo son la dignidad humana y la igualdad.

Frente a las controversias suscitadas en torno a la contratación privada, la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas se orientan por soluciones que garanticen la equidad, la protección del contratante débil y la realización de la justicia. Así, figuras como la prohibición de obrar contra los actos propios, la protección de la confianza legítima y la prohibición de abusar de la posición dominante, estrechamente relacionadas con el principio de la buena fe, se han ido consolidando como puntos de análisis siempre que por la vía judicial se pretenda desentrañar la fuerza vinculante de los acuerdos privados, en casos donde se advierte la afrenta al principio de la buena fe, por contravenir, entre otros eventos, la obligación de ser coherente con las propias actuaciones pasadas, la confianza creada en las demás personas en virtud de la conducta adoptada con anterioridad, o por abusar de la posición privilegiada que una de las partes tenga frente a la otra en una relación contractual.

Bajo esta panorámica, se efectuó un rastreo de las normas jurídicas, trabajos académicos y fallos judiciales existentes en Colombia respecto de las categorías

que son materia de profundización, para lo cual se consultaron obras y artículos de connotados autores clásicos y contemporáneos que se han aplicado al estudio de estos temas, así como sentencias muy actualizadas sobre los mismos emitidas por los órganos de cierre de la jurisdicción en Colombia.

Tomando como punto de partida la naturaleza relativa, no absoluta, del principio de autonomía privada, y en particular los límites tradicionales y constitucionales a los que este principio se ve sometido, es preciso detenerse en la conceptualización de dos categorías jurídicas básicas: autonomía privada y buena fe, así como de otras subcategorías que emanan del principio de la buena fe: reglas secundarias de conducta, prohibición de obrar contra los actos propios, protección de la confianza legítima y prohibición de abusar de la posición dominante. También es procedente ocuparse de las consecuencias jurídicas que pueden presentarse en casos de tensión entre tales principios. Con miras a lograr los objetivos propuestos, este trabajo se estructura en cuatro capítulos, así:

El primero se dedica a la categoría de autonomía privada y sus límites. Comprende el estudio del concepto y de los elementos que lo integran: libertad de contratar y libertad de configuración interna del contrato. En cuanto a los límites, estos se revisan desde dos perspectivas: una legal, afianzada en las disposiciones de los Códigos Civil y de Comercio de Colombia, y otra constitucional que parte del concepto de la autonomía privada en el Estado Social de Derecho, de su relación con los principios y derechos fundamentales y de las implicaciones que ello conlleva en las relaciones jurídicas surtidas entre particulares.

Las fuentes de consulta para este capítulo provienen básicamente de una línea clásica y dogmática del tema de la autonomía de la voluntad, fijada por autores como Luigi Ferri (1969), Emilio Betti (1959), Luis Diez Picazo y Antonio Gullón (2001). Para abordar el tema de los límites constitucionales a este principio se toma en consideración, de manera especial, la tesis doctoral de María Venegas Grau (2004), docente e investigadora de la Universidad Carlos III de Madrid, titulada *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*. Allí la autora se refiere a la articulación de los derechos fundamentales y la autonomía

privada. También se tiene en cuenta el concepto de Robert Alexy (2001) sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y la influencia de las normas iusfundamentales en las relaciones jurídicas surgidas entre particulares. Así mismo, resulta ineludible la revisión de providencias en las cuales la Corte Constitucional, en sede de revisión de sentencias de tutela, analizó casos de confrontación entre los referidos principios.

El segundo capítulo se dedica al tema de la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato, y allí se hace referencia al concepto de buena fe desde sus distintas acepciones, en especial como principio general del derecho y como fundamento de interpretación e integración de los contratos. Del mismo modo, parte del análisis se dedica a las reglas secundarias de conducta, estrechamente relacionadas con el principio de la buena fe, de modo particular al deber de información como expresión de la buena fe precontractual y contractual, y a la categorización de la buena fe en sentido objetivo y subjetivo. Como colofón del capítulo, se destina un segmento a las nociones de asimetría de la información y del dolo omisivo.

Para este capítulo se consultan las obras de importantes autores civilistas, como Emilio Betti (1959), Rubén Stiglitz (1994a), Francesco Galgano (1992), Manuel de La Puente y Lavalle (2000) y Renato Scognamiglio (1983). Igualmente, se revisan analíticamente artículos de autores latinoamericanos contemporáneos como Arturo Solarte Rodríguez (2004), Carlos Alberto Soto Coaguila (2003), Jorge Mosset Iturraspe (2006) y Alfredo Bullard González (2000), entre otros, como también sentencias en las que la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia se refirieron de manera puntual al alcance del principio de la buena fe.

En el tercer capítulo se presentan las teorías de la prohibición de actuar contra los actos propios, protección de la confianza legítima y prohibición del abuso de la posición dominante, precisando cuáles son las notas características de cada una de ellas, como expresiones del principio de la buena fe. De especial relevancia para la estructuración del capítulo fueron las obras de Manuel de La Puente y Lavalle (2003), Martha Lucía Neme Villareal (2003), Alejandro Borda (1987), Rubén Stiglitz (1994a), Gabriel Valbuena Hernández (2008), Carlos Fernández

Sessarego (1992) y Ernesto Rengifo García (2004); y tal como en los capítulos anteriores, se hace expresa referencia a sentencias en que la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia analizaron los temas planteados aquí.

En el cuarto capítulo se analizan las consecuencias jurídicas que pueden derivarse del quebrantamiento de la buena fe en las relaciones contractuales, especialmente en la modalidad de contratos con cláusulas predispuestas, típica de la contratación contemporánea. Para tal efecto, se presentan varios criterios jurídicos relevantes para resolver controversias sometidas a la jurisdicción, entre ellos la constitucionalización de las controversias contractuales, la justicia contractual, la protección del contratante débil y la aplicación del deber de solidaridad social.

Como fuentes de consulta para la construcción de este apartado, se tienen en cuenta los escritos de Carlos Alberto Soto Coaguila (2009), Máximo Bianca (2007), Jorge Mosset Iturraspe (1994), Juan Carlos Rezzónico (1987), José Luis de los Mozos (1987), Francesco Galgano y Rubén Stiglitz (1994a), entre otros. Para concluir con el estudio de situaciones concretas como herramienta metodológica, se reseñan cinco sentencias judiciales dictadas por las Altas Cortes, en asuntos en los que se evidencia la tensión entre buena fe y autonomía privada, y se analizan temáticas relacionadas con asimetría en el manejo de la información y el deber de brindar información completa a cargo de los profesionales; interpretación de cláusulas predispuestas; valor normativo de los principios generales del derecho y alcance del principio de la buena fe; abuso de la posición dominante de las entidades financieras frente a sus usuarios y reticencia no constitutiva de nulidad relativa en el contrato de seguro de vida.

Desde el punto de vista metodológico, el presente trabajo se elabora bajo un enfoque teórico dogmático, por cuanto las fuentes consultadas son textos jurídicos que incluyen enunciados de discurso sobre categorías jurídicas, normas de carácter legal y sentencias de Altas Cortes. En tal virtud, el trabajo se centra en el análisis descriptivo e interpretativo de dichas fuentes, procurando establecer un diálogo entre la intérprete y los autores consultados, propicio para la generación del conocimiento en el campo de profundización propuesto.

En armonía con lo anterior, la estrategia metodológica aplicada fue el análisis documental destinado a abordar el estudio de las categorías y subcategorías y se priorizó la técnica de recolección y generación de información, teniendo siempre como referente el problema planteado en el proyecto de profundización y los objetivos propuestos.

1. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PRIVADA Y SUS LÍMITES



Respecto a la concepción tradicional del principio de la autonomía de la voluntad, María Venegas Grau sostiene que en este se afirma la “capacidad jurídica de cada individuo de regular libremente sus relaciones con los demás particulares”, y que no solo es el principio que estructura el derecho privado del siglo XIX, sino que es también el elemento central de la filosofía del derecho dominante en esa época, que es la filosofía del individualismo jurídico, plasmada en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 y en el Código de Napoleón, y añade que en el ámbito jurídico,

[...] el postulado del valor absoluto del individuo supone erigir al hombre en el único fundamento del Derecho, reconociendo a la voluntad individual, libre por definición, la capacidad de crear Derecho. Así la teoría de la Autonomía de la voluntad se presenta como una teoría individualista (2004:33).

La misma autora, al referirse al denominado “dogma de la autonomía privada”, señala que este tiene una dimensión filosófica y política:

Se habla, así, del “dogma” de la autonomía de la voluntad para evocar la hegemonía de un principio incuestionable que se admite como verdad fundamental. En virtud de este principio, la fuente del Derecho se encuentra en el propio individuo, en su libertad y en su voluntad: en su voluntad autónoma, en definitiva. Esta idea se enraíza en el “credo filosófico y jurídico de los siglos XVIII y XIX”, que tal y como indica A Rieg, gira en torno a la voluntad: “en la base del edificio social se encuentra el individuo, es decir, una voluntad libre: el Estado, la ley no son más que emanaciones de las voluntades individuales que se conjugan entre sí [...]. Todo el edificio jurídico está dominado por el principio de autonomía de la voluntad”. “De este modo, toda obligación se hace derivar de una voluntad expresa o tácita, una voluntad que garantiza la legitimidad del pacto. Con ello se pretende justificar el nuevo orden económico y social, de tipo capitalista: el derecho contractual

niega el carácter opresivo y alienante de ese sistema, “creando una imaginaria que (presenta) la opresión y la alienación como consecuencias de aquello que las propias personas desean.

Pero, como señala G. Rouette, además de este significado económico la doctrina de la autonomía de la voluntad encierra una dimensión política —pues “traduce el sueño de una sociedad individualista cuyo centro residiría en cada persona y cuya finalidad última sería la plena realización de la personalidad de cada cual”— e implica la “afirmación metafísica de que el hombre es un ser libre, capaz de vincularse a sí mismo, pero solo por un acto soberano de su voluntad”. Y así, siguiendo a Gounot, cabe afirmar que el dogma de la autonomía privada se traduce en dos postulados: “nadie puede quedar obligado sin haberlo querido” (I), de lo que se deriva que “todo pacto libremente querido es justo” (II). (43-44).

Más adelante se verá cómo en el ordenamiento jurídico colombiano el modelo de Estado Social de Derecho influye notablemente en la visión y alcance del concepto de la autonomía privada, en tanto que al arraigado individualismo, que le sirve de génesis, se le imponen desde el propio texto constitucional unos precisos límites enmarcados en el respeto por los derechos fundamentales y los intereses colectivos, no solo de los co-contratantes, sino de la comunidad en general, bajo criterios de equidad y solidaridad.

1.1 El concepto

Para los fines que interesan a este trabajo, es preciso partir de dos concepciones básicas y opuestas entre sí: 1) La autonomía privada es presupuesto y fuente generadora de obligaciones jurídicas ya disciplinadas en abstracto y, 2) La autonomía privada tiene una dimensión normativa. La primera defendida por Emilio Betti y la segunda por Luigi Ferri. A continuación se presentan los argumentos de ambas posiciones, y también el criterio que sobre esta categoría jurídica exponen Luis Diez Picazo y Antonio Gullón.

Emilio Betti en su obra *Teoría general del negocio jurídico* (1959: 46-47), tras aludir a las relaciones entre el derecho subjetivo y el negocio jurídico, señalando que el primero “cumple una finalidad estática de conservación y tutela”, mientras que el segundo “tiene una finalidad dinámica, de iniciativa y renovación”, destaca que ambos están regidos por el principio de libertad y por la consiguiente

“autorresponsabilidad privada”. Betti afirma que la autonomía, entendida como “actividad y potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias, desplegada por el mismo titular de ellas”, puede ser reconocida por el orden jurídico estatal en dos distintas y diversas funciones: “a) Puede ser reconocida como fuente de normas jurídicas destinadas a formar parte del mismo orden jurídico que la reconoce. b) Puede, también, ser reconocida como presupuesto y fuente generadora de relaciones jurídicas ya disciplinadas, en abstracto y en general, por las normas del orden jurídico”. A continuación sostiene:

Esta autonomía es reconocida por el orden jurídico, en el campo del Derecho privado, exclusivamente en la segunda de las funciones citadas. Es decir, como actividad y potestad creadora, modificadora o extintiva, de relaciones jurídicas entre individuo e individuo; relaciones cuya vida y vicisitudes están ya disciplinadas por normas jurídicas existentes. La manifestación suprema de esta autonomía es el negocio jurídico. El cual es precisamente concebido como acto de autonomía privada, al que el derecho atribuye el nacimiento, la modificación o la extinción de las relaciones jurídicas entre particulares. Tales efectos jurídicos se producen en cuanto que están dispuestos por normas, las cuales, acogiendo como presupuesto de hecho el acto de autonomía privada, se remiten a él como supuesto necesario y suficiente (5).

En sentido similar, Luis Diez Picazo y Antonio Gullón (2001: 369-370), parten de la relación entre autonomía privada y libertad individual; ellos manifiestan que la autonomía privada es el “poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse uno a sí mismo” y que también puede entenderse como “el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha de ser parte”, precisando que, “Reconocer la libertad significa permitir hacer, dar al individuo una esfera de actuación, pero reconocer la autonomía es decir algo más, que el individuo no solo es libre, sino que es además soberano para dictar su ley en su esfera jurídica”. Sin embargo, respecto al reconocimiento de la autonomía privada como fuente de normas jurídicas, estos autores sostienen que el poder individual carece de aptitud para crear normas de Derecho:

No cabe reconocer a la autonomía privada como fuente de normas jurídicas si por norma jurídica entendemos el mandato con eficacia social organizadora o con significado social primario. El poder individual carece de aptitud para crear normas de Derecho. Puede, sin embargo, manifestarse como poder de creación, modificación

o extinción de las relaciones jurídicas y como poder de reglamentación de las situaciones creadas, modificadas o extinguidas.

Esta última eficacia preceptiva de la autonomía privada ha hecho que algunos autores la consideren como fuente del derecho objetivo, es decir, como poder de creación de normas jurídicas, lo que tiene hondas raíces en la historia del Derecho. Ya en Roma se colocan los *pacta* en el mismo plano que las leyes o las costumbres, y se da al acto de autonomía privada el gráfico calificativo de *lex privata*. Tal dirección ha tenido modernamente fuerte aceptación. Y así se afirma que entre la norma creada por el legislador, por la autoridad administrativa o por las partes de un negocio jurídico hay una simple diferencia de grado (KELSEN, MANIGK).

La observación sólo parcialmente es cierta. Claro que tanto el legislador al dictar una ley como las partes al celebrar un contrato establecen una regla de conducta obligatoria, un precepto. Pero la diferencia entre los preceptos de uno y otro tipo no sólo es de grado en una escala jerárquica, sino sustancial. Estriba en que los preceptos del primer tipo (leyes, costumbres, etc.) tienen una eficacia primaria de organización social que les otorga el rango de normas jurídicas, mientras que los preceptos del segundo tipo —los preceptos privados, los negocios jurídicos— carecen de aquel significado, limitándose a servir de reglas de conducta en las relaciones entre particulares, lo que les priva de relevancia para la comunidad en el sentido organizativo de una convivencia justa.

En contraste con el planteamiento anterior, Luigi Ferri, en su obra *La autonomía privada* (1969: 8-9), considera que a través del negocio jurídico los particulares tienen la facultad o potestad reconocida de crear normas jurídicas de carácter particular. Para él, la autonomía privada es el poder de crear, dentro de ciertos límites, normas jurídicas. Al respecto indica: “La autonomía privada no es una manifestación de mera licitud o facultad, sino manifestación de poder y precisamente de poder de crear, dentro de los límites establecidos por la ley, normas jurídicas”. Y añade que el negocio jurídico es fuente de normas jurídicas, y que, por consiguiente, la autonomía privada es “poder normativo”. Más adelante, precisa:

Admitiendo el principio de que el negocio es fuente normativa, de que tiene un contenido de normas jurídicas, se da un paso decisivo hacia la solución del problema de la autonomía privada. Esta se convierte en el poder, atribuido por la ley a los particulares de crear derecho, es decir, de establecer normas jurídicas.

[...]

A mi parecer, la autonomía privada no es sólo la libertad o un aspecto de ésta; y ni siquiera es únicamente licitud o facultad, es decir, libertad que se mueve en el ámbito del derecho, dentro de los límites fijados por éste. Esta última concepción representa un paso adelante respecto a la idea de la autonomía como mera libertad, pero no pone en evidencia todavía la esencia del fenómeno (tanto más que aunque sea excepcionalmente, la actividad negocial podría salir de los confines de lo lícito aún conservando plena validez). El negocio jurídico no es el resultado del ejercicio de una facultad, es decir, de un obrar lícito según el derecho o, mejor, no es solamente el resultado de éste, sino que es, ante todo, el resultado del ejercicio de un poder o de una potestad. Y la autonomía privada se identifica con este poder o potestad.

Poder de producir cambios jurídicos y de producirlos del único modo posible: con el establecimiento (o modificación o derogación) de una norma jurídica. (42-43)

De las conceptualizaciones enunciadas respecto de la autonomía privada, aquí se adoptará la concepción normativa de la misma, tomando como punto de referencia que el Derecho tiene una pluralidad de fuentes, entre ellas también las que atañen a las responsabilidades que libremente asumen los contratantes dentro de una relación de carácter privado. Además, esta concepción armoniza con lo establecido en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, y parte de la base de la libertad de crear normas jurídicas de carácter particular como reglas de conducta obligatoria para los contratantes, quienes tienen la facultad de definir el contenido, alcance, condiciones y modalidades de sus negocios jurídicos dentro de unos límites fijados por el ordenamiento jurídico. Y precisamente este trabajo se centra en el análisis de algunos de esos límites de orden legal y constitucional, así como en las implicaciones que puedan derivarse de su inobservancia en las relaciones jurídicas consolidadas.

1.2 La autonomía privada como principio general del derecho

Diez Picazo y Gullón sostienen que la autonomía privada reviste el carácter de principio general del derecho porque “es una de las ideas fundamentales que inspira toda la organización de nuestro derecho privado” (2001: 370). En

cuanto a su naturaleza y el lugar que ocupa dentro de los principios generales del derecho, sostienen:

Siempre que se habla del principio de autonomía privada se quiere ver en él un principio de orden político y, más concretamente, un principio característico del orden político liberal. Es frecuente la afirmación de que el principio de la autonomía de la voluntad es un principio de signo individualista y liberal, que debe ser sustituido por un principio intervencionista más conforme con las concepciones sociales que hoy imperan. No se va a negar que el principio de autonomía alcanzó extraordinario vigor dentro de las direcciones políticas de matiz liberal, como también es cierto que la corrección de las exageraciones a que condujo su imperio bajo el reinado de las ideas liberales y la misma enemiga contra éstas, son las causas del aumento de las restricciones que ha sufrido en la época moderna. Lo que debe negarse es que el principio de autonomía privada sea un puro principio político y que sea un principio liberal. El principio de autonomía privada es un principio de Derecho, porque el respeto a la persona y su reconocimiento como ser de fines exigen su vigencia, y es dentro de su marco donde puede el hombre realizarse plenamente. La supresión de la autonomía privada como Principio General del Derecho llevaría consigo la total anulación de la persona y su conversión en puro instrumento de la comunidad.

Si se adopta este criterio de la autonomía privada como principio del Derecho, resulta también importante reconocerle un carácter interpretativo; en ese sentido los mencionados autores señalan:

El principio general debe funcionar así mismo como criterio inspirador de toda labor interpretativa. Quiere ello decir que todas las normas jurídicas deberán interpretarse en la forma que resulte más conforme al principio general. Las que representen una excepción al principio de autonomía —normas prohibitivas, normas limitadoras— deberán interpretarse de manera restrictiva (371).

1.3 Elementos de la autonomía privada

El principio de autonomía privada se encuentra estrechamente ligado al concepto de libertad en general, y en el campo de la consolidación de los negocios jurídicos se habla de la libertad de contratar.

Sobre este tópico, Carlos Alberto Soto Coaguila hace referencia a los elementos de la autonomía privada. En primer lugar, alude a la *libertad de contratar*, denominada también “libertad de conclusión o de autodecisión”, y afirma que esta libertad “es la potestad que el Estado concede a las personas para contratar o no y, en caso de hacerlo, elegir al otro contratante” (2003: 529).

En segundo término, menciona la *libertad contractual*, también conocida como libertad de configuración interna o de autorregulación, que consiste en la “facultad que tienen las partes contratantes para determinar libremente el contenido del contrato, es decir, estipular el conjunto de cláusulas que van a regir la relación contractual creada por el contrato” (530). Añade que, mediante el ejercicio de esta libertad, “las partes acuerdan libremente cómo va a ser el contrato, adecuándolo a los intereses que buscan satisfacer mediante la conclusión del mismo. Es pues la libertad que tienen los contratantes para determinar entre sí la forma y el contenido del contrato que han convenido en celebrar”, y señala que esta libertad contractual implica elegir tanto el tipo de contrato, típico o atípico, como sus cláusulas, es decir, el contenido del mismo (531).

En tercer lugar, Soto Coaguila (531) hace referencia al concepto de *libertad como objeto del contrato*. Al respecto señala que esta libertad impone limitaciones al libre acuerdo de la voluntad de las partes y al contenido determinado por las mismas, pues en el ejercicio de la libertad, como objeto del contrato, solo se pueden celebrar contratos que sean válidos y exigibles:

Así por ejemplo, aun cuando las partes estén de acuerdo (libertad de contratar) y el contenido del contrato haya sido determinado libremente por ambas (libertad contractual), no se puede establecer el arrendamiento (alquiler) de vientre o la esclavitud de una de ellas a la otra mediante el acuerdo (libertad como objeto del contrato).

En lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, vale la pena destacar que dentro de las libertades conferidas en el marco de la contratación privada se encuentra también la posibilidad de que los contratantes elijan la jurisdicción competente para resolver las controversias jurídicas que pudieran presentarse. En efecto, acorde con el Decreto 2279 de 1989, el arbitraje es un “mecanismo

por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia”, y por medio de este las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. Una disposición de tal naturaleza anticipa a la presentación del conflicto contractual, la elección de un tribunal conformado por particulares investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia y que habrán de conocer del mismo, lo que constituye una clara expresión del principio de autonomía de la voluntad privada permitido por el legislador.

1.4 Límites de la autonomía privada

El mismo Soto Coaguila señala que las limitaciones a la autonomía privada pueden agruparse en dos categorías: limitaciones legales o impuestas por el Estado y limitaciones del mercado, relativas a la contratación masiva o *estandarizada*. En su criterio, desde el punto de vista legal, la autonomía privada está limitada por normas de carácter imperativo, por el orden público y las buenas costumbres; y por lo que atañe a las limitaciones del mercado, indica que en la contratación masiva las partes “ya no negocian el contenido del contrato”, sino que una de ellas elabora, parcial o íntegramente, el contenido del mismo, limitándose la otra a aceptarlo o rechazarlo. Y afirma que en este sistema de contratación

[...] la libertad contractual o de configuración interna del contrato se encuentra reducida o anulada en aras de la fluidez del intercambio de bienes y servicios a un menor costo, pues en la contratación masiva se reducen los costos que genera la contratación individual de cada contrato (2003: 535).

A continuación se presentará una mirada general a los límites impuestos a la autonomía privada desde las perspectivas tradicional *iusprivatista* y constitucional.

1.4.1 Límites tradicionales a la autonomía privada. Para Díez Picazo y Gullón, la autonomía privada no es absoluta, porque otorgarle un carácter absoluto “sería reconocer el imperio sin límite del arbitrio individual” (2003: 371). Ellos afirman que el de la autonomía privada es un problema de límites, por cuanto la naturaleza del hombre y el respeto a la persona “exigen el reconocimiento de la autonomía,

pero el orden social precisa que esta autonomía no sea absoluta, sino limitada” y que, por ello, la cuestión radica en el señalamiento de los límites, “de tal manera que no sean tan amplios que otorguen al individuo una libertad desmesurada con la consiguiente perturbación del orden, ni tan angostos que lleguen a suprimir la propia autonomía”, y enfatizan en que se trata de “una cuestión de equilibrio dependiente de la prudencia de la política gobernante” (371).

Los mismos autores al referirse a los más tradicionales de estos límites como son la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres, manifiestan que lo primero que se observa “es la falta de fijeza absoluta de los límites de la autonomía. Son siempre líneas fluctuantes, porque tanto el concepto de orden público como la concreción de lo moral o inmoral en materias de Derecho Privado son variables que están en función de las coordenadas históricas vigentes”; de allí el relevante papel de la autoridad judicial “como intérprete y portavoz de las corrientes sociales, políticas o económicas de la época”, y también la inseguridad que provocan estas normas con supuestos de hecho tan abiertos (371).

En nuestro ordenamiento jurídico, la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres atan particularmente el objeto y la causa de las obligaciones, así como la eficacia de las obligaciones condicionales. En efecto, a tono con el art. 1518 del Código Civil, “Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”. Por su parte el art. 1524 dispone que no puede haber obligación sin una causa real y lícita, y añade: “Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”. Y el art. 1532 dispone que la condición positiva debe ser física y moralmente posible, precisando que es “físicamente imposible la que es contraria a las leyes de la naturaleza física; y moralmente imposible, la que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público”.

1.4.1.1 La ley como límite de la autonomía privada. Para Díez Picazo y Gullón, la ley puede limitar el poder de constitución de relaciones jurídicas de varias maneras:

prohibiéndolas o imponiendo determinadas relaciones jurídicas a los individuos —contratos forzosos—; y además, puede “limitar el poder de determinación del contenido de las relaciones que la autonomía privada crea” (2003: 372). En este último caso estaríamos en presencia de relaciones libremente creadas, y en ellas la restricción también puede ser doble:

O prohibiendo determinado contenido, o imponiéndolo. Las relaciones se crean voluntariamente pero lo que la voluntad crea es un esquema y su contenido está regulado imperativamente por la Ley. En estos casos de determinación coactiva del contenido de una relación, la norma constituye la fuente directa de la reglamentación de la misma (372).

1.4.1.2 La moral como límite de la autonomía privada. A la moral como límite de la autonomía privada aluden varias normas del Código Civil;¹ no obstante, la indeterminación del concepto impide la concreción de la barrera que pretende imponer. Sobre este tópico Díez Picazo y Gullón señalan que una dirección doctrinal aceptable es la que “remite como canon de la moral a lo que ordinariamente se practica por la generalidad de las personas honestas en una determinada comunidad y en un determinado momento” (2003: 273).

1.4.1.3 El orden público como límite de la autonomía privada. Ospina Fernández y Ospina Acosta, tras aludir a la evolución del concepto de orden público, sostienen que está concebido “como un conjunto flexible de principios religiosos, morales, políticos y económicos, predominantes en determinado medio social y que se miran como indispensables para la conservación de este” (2000: 11). Y añaden que el orden público constituye un instrumento adecuado “para que el Estado —guardián nato del bien común— pueda cumplir prudentemente su función fundamental por conducto de los órganos de expresión jurídica, y no exclusivamente del legislador” (11). En cuanto a la relación del orden público con la autonomía privada, señalan que si la iniciativa privada

[...] no se limita adecuadamente, en forma tal que opere siempre con la debida subordinación al orden público, deja de ser benéfica para la satisfacción de las

1 A la moral como límite de la autonomía privada aluden, entre otros, los artículos 1518 y 1532 del Código Civil.

necesidades individuales y para el progreso de la sociedad; pasa entonces a constituir grave amenaza para los asociados y para ésta (14-15).

1.4.2 Límites constitucionales para la autonomía privada. La Carta Política de Colombia garantiza la autonomía privada en varias de sus disposiciones. Por ejemplo, en su art. 16 dispone que “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”; el art. 14 garantiza el derecho a la personalidad jurídica; el 38 garantiza la libertad de asociación; el 58 consagra el derecho a la propiedad privada; y el art. 333 dispone que “la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común”, garantiza la libre competencia económica como derechos de todos, lo cual supone responsabilidades, e indica que “La empresa, como base de desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones y estimulará el desarrollo empresarial”.

De igual modo, la parte dogmática de la Constitución consagra principios aplicables a todo el ordenamiento jurídico, tales como el de supremacía constitucional previsto en el art. 4.º de la Carta Política; la primacía de los derechos inalienables de la persona, contemplado en el art. 5.º; así como el poder vinculante de la Constitución respecto de todos los poderes públicos y de los particulares, previsto en su art. 6.º. Para la efectividad de estos derechos, la Carta Política consagra acciones judiciales encaminadas a su defensa y a la protección de los derechos fundamentales (arts. 86 y 241).

La constitucionalización del ordenamiento jurídico en general no puede ser ajena al derecho privado en particular,² de manera que aunque la autonomía privada es reconocida desde el texto de la Carta Política dentro de las garantías del libre desarrollo de la personalidad, la libertad de asociación, el derecho a la propiedad privada, la libertad de ejercer una actividad económica y de iniciativa privada, tales derechos y libertades están sometidos al respeto por los derechos de los

2 Juan Jacobo Calderón Villegas se refiere al fenómeno de la constitucionalización del derecho mercantil, entendida como “el proceso en virtud del cual las cláusulas constitucionales proyectan su eficacia jurídica sobre instituciones clásicas del derecho privado y sobre las normas que las definen y desarrollan, incidiendo en la determinación de su alcance” (2007b:118).

demás y al orden jurídico (art. 16), al bien común (art. 333) y al deber general de la persona y el ciudadano consagrado en el art. 95 de la Constitución, de “Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”, así como la prevalencia del interés público y la función social y ecológica de la propiedad privada (art. 58). De allí, que el giro de las relaciones entre particulares no pueda sustraerse del acatamiento de principios constitucionales y derechos fundamentales que irradian el ordenamiento jurídico, pues no de otro modo pueden entenderse la fuerza normativa de la Constitución y la primacía de los derechos inalienables de la persona (arts. 4 y 5).

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado:

En el Código Civil colombiano de 1887 se consagraron tanto la visión voluntarista imperante, como los límites a la autonomía de la voluntad que por entonces se aceptaban: el *orden público* y la *buenas costumbres*; prueba de ello son, entre otros, los artículos 16, 1151, 1518, 1524 y 1532. Se puede decir, entonces, que la institución mencionada, aunque limitada, adquirió un lugar preponderante y fundamental dentro del sistema.

Sin embargo, el derecho, en cuanto fenómeno social, no es susceptible de sustraerse a los cambios. Los nuevos rumbos de la historia, junto a las teorías contemporáneas, lograron que se redujera el ámbito concedido al libre ejercicio de la voluntad. En primer lugar, los límites impuestos a dicha autonomía se incrementaron al incluir dentro de la noción de orden público, no sólo la esfera política, sino también la económica y los derechos humanos. En segundo lugar, el auge del derecho comercial y las nuevas formas para negociar, le restaron la importancia que antaño tenía. La complejidad de los negocios que se realizan ha incrementado la celebración de contratos “tipo” o de contratos de adhesión, en los cuales el papel que juega el operador jurídico queda limitado a aceptar o rechazar unas cláusulas previamente redactadas por otro.

En conclusión, mal puede considerarse a la autonomía de la voluntad como un poder omnímodo en cabeza de los particulares; los múltiples límites que se le imponen la reducen a un simple ejercicio de potestades reglamentarias que el legislador otorga a los ciudadanos.³

3 Corte Constitucional. Sentencia C-660 de 1996. Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Por lo que atañe a la influencia de las normas iusfundamentales en las relaciones jurídicas surgidas entre particulares, Robert Alexy señala:

Actualmente se acepta, en general, que las normas iusfundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano y, en ese sentido, tienen un efecto en terceros o un efecto horizontal. Lo que se discute es cómo y en qué medida ejercen esa influencia. En la cuestión acerca de *cómo* las normas iusfundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano, se trata de un *problema de construcción*. La cuestión acerca de *en qué medida* lo hacen formula un problema material, es decir, un *problema de colisión*. Tanto el problema de construcción como el de colisión resultan de una diferencia fundamental entre la relación Estado/ciudadano y la relación ciudadano/ciudadano. La relación Estado/ciudadano es una relación entre un titular de derecho fundamental y un no titular de derecho fundamental. En cambio, la relación ciudadano/ciudadano es una relación entre titulares de derechos fundamentales (2001: 510-511).

En su obra, Alexy se refiere a tres teorías de la construcción: la del efecto mediato en terceros, la del efecto inmediato y la del efecto producido a través de derechos frente al Estado. En términos generales, de acuerdo con la teoría del efecto mediato, los derechos fundamentales influyen en la interpretación del derecho privado, pero esta influencia se da sobre todo en la concreción de las cláusulas generales del derecho privado; la teoría del efecto inmediato señala que los principios objetivos no habrían de afectar la relación ciudadano/ciudadano influyendo en la interpretación de las normas de derecho privado, sino en cuanto de ellos “fluyen directamente también derechos privados subjetivos del individuo” (512) y, conforme a la teoría del efecto producido a través de derechos frente al Estado, los efectos de la relación ciudadano/ciudadano son consecuencias de la sujeción del Estado a los derechos fundamentales en tanto derechos subjetivos públicos (513).

Alexy sostiene que todas estas teorías permiten tener en cuenta el hecho de que en la relación ciudadano/ciudadano ambas partes son titulares de derechos fundamentales; que cada una de ellas admite “gradaciones en su eficacia”; que, para todas, la “medida del efecto *iusfundamental* en la relación ciudadano/ciudadano es, en última instancia, una cuestión de ponderación” y que en las tres teorías,

la ponderación “puede conducir a reglas relativamente generales de acuerdo con las cuales, en determinados campos del derecho privado, determinados derechos fundamentales son desplazados total o parcialmente a segundo plano” (514-515).

Según el autor cada una de las referidas teorías subraya correctamente algunos aspectos de las complicadas relaciones jurídicas que caracterizan los casos de efectos en terceros, pero son inadecuadas al asumir que los aspectos abarcados por ellas constituyen la solución completa. Ante esto, propone un modelo que abarca todos los aspectos para ofrecer una solución completa y adecuada, dividido en tres niveles: el de los deberes del Estado, el de los derechos frente al Estado y el de las relaciones jurídicas entre sujetos de derecho privado, asegurando que entre los mismos no existe una relación de gradas, sino una relación de implicación recíproca (516).

Por su parte María Venegas Grau, al referirse a la articulación de los derechos fundamentales y la autonomía privada, señala que “Reconocer la eficacia horizontal (directa o indirecta) de los derechos fundamentales implica mantener que éstos constituyen, de una u otra forma, límites a la autonomía privada” (2004: 205), precisando que ante un funcionamiento defectuoso de la libertad contractual, “la pregunta no es si se debe desarrollar una justicia contractual, sino únicamente cómo y en qué medida es necesario hacerlo” (205); y añade que es este cómo lo que varía en función de la tesis que se mantenga. Por ello, dice la autora, es necesario distinguir entre dos supuestos: 1) las limitaciones a los derechos fundamentales consentidas por el individuo afectado y, 2) las restricciones impuestas por una parte, en ejercicio de su autonomía, pero no consentidas por el otro sujeto (205-206).

En el primer supuesto, ante la presencia de un conflicto es preciso determinar en qué medida puede el individuo, en ejercicio de la autonomía privada, renunciar válidamente a la protección de un derecho fundamental; esto es, “hasta qué punto el consentimiento del afectado excluye la «inconstitucionalidad» de la autorregulación privada” (206); en este ámbito pueden presentarse conflictos entre la autonomía privada y el principio de dignidad humana. En el segundo supuesto se parte de que la autonomía privada implica la libertad de contratar o no contratar

y de elegir al co-contratante; en estos casos, se plantearía la siguiente pregunta: “En qué medida el ejercicio, por parte de un individuo, de su derecho a contratar con quien quiera, vulnera algún derecho fundamental de la persona que queda al margen del acuerdo y, concretamente, su derecho a no ser discriminada frente a otros sujetos” (213); aquí pueden verse enfrentados los principios de autonomía privada e igualdad.

En Colombia, la Constitución Política en su artículo 86 dejó abierta la posibilidad de promover la defensa de los derechos fundamentales en contra de personas u organizaciones privadas, defiriendo en la Ley la posibilidad de regular la acción de tutela contra particulares, entre otros eventos, cuando estos con su actuación afecten “grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”. Dicha tarea fue asumida por el legislador extraordinario, de acuerdo con las facultades conferidas en el artículo transitorio número 5 de la Constitución de 1991, al expedir el Decreto 2591 del mismo año, en cuyo artículo 42 regula los eventos en que la acción de tutela procede contra las acciones u omisiones de los particulares. Específicamente, el numeral 4º de la norma señala la procedencia de la acción de tutela “Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de *subordinación* o *indefensión* con tal organización”.⁴

La máxima guardiana de la Constitución se ha pronunciado en forma reiterada sobre la procedencia de la acción de tutela contra particulares,⁵ en una clara aplicación del denominado principio de eficacia horizontal de los derechos fundamentales, puesto que se proyectan también a las relaciones entre los particulares.⁶ A continuación se presentan algunos de los límites al principio de autonomía privada que ha reconocido la Corte Constitucional en sus sentencias.

4 Se agregaron las cursivas.

5 Cfr. Sentencias SU-157 de 1999, SU-166 de 1999, T-1091 de 2005 y T-517 de 2006, entre muchas otras.

6 Corte Constitucional. Sentencia C-112 de 2000. Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

1.4.2.1 La libertad contractual no es absoluta en actividades declaradas de interés público por la Constitución. El art. 335 de la Constitución dispone que las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d del numeral 19 del artículo 150 “*son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito*”. La Corte Constitucional ha enfatizado en el alcance derivado de que dichas actividades sean de interés público por cuanto el interés general es uno de los fines del Estado Social de Derecho, conforme al artículo 1.º de la Constitución Política, y en varias oportunidades se ha pronunciado respecto de las obligaciones que las entidades financieras, bursátiles y aseguradoras adquieren respecto de sus usuarios, particularmente, del respeto que deben observar por sus derechos fundamentales.⁷

En esa dirección, en la sentencia SU-166 de 1999 se refirió a la autonomía negocial de los comisionistas de bolsa, en los siguientes términos:

Ahora bien, la autonomía negocial goza de amparo y garantía en la Carta de 1991, pues como la jurisprudencia de esta Corporación⁸ lo ha reconocido, aquella se deduce de la constitucionalización de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, al libre desarrollo de la personalidad, la propiedad privada, de asociación, de la libre actividad económica e iniciativa privada y de la libertad de empresa. Esto no significa que la autonomía privada para negociar sea absoluta ni que su ejercicio sea siempre del mismo grado, pues el ordenamiento jurídico y la propia Constitución distinguen campos en donde la autonomía privada está regulada por normas imperativas o irrenunciables, esto es, normas que se aplican en cualquier caso y, por lo tanto se imponen a la voluntad de los particulares. Ejemplos tradicionales, como la contratación laboral y los acuerdos para prestar servicios públicos, así como paradigmas contemporáneos como el respeto por los derechos fundamentales y las normas superiores, permiten aclarar la aplicación de la autonomía privada en el derecho civil actual.⁹

7 Corte Constitucional. Sentencia T-517 de 2006. Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

8 Pueden consultarse las sentencias T-240 de 1993, T-338 de 1993, C-265 de 1994 y SU-182 de 1998.

9 Corte Constitucional. Sentencia SU-166 de 1999. Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Y en cuanto a la actividad aseguradora, dicha Corporación, en sede de revisión, se pronunció frente a la acción de tutela promovida por una ciudadana en contra de tres compañías de seguros que se negaron a expedirle una póliza exigida dentro de un proceso penal en que fungía como víctima, para efectos del decreto de la medida cautelar dirigida al embargo de los bienes del tercero civilmente responsable, que en este caso era otra aseguradora. Las accionadas se negaron a expedir la póliza con soporte en el art. 1056 del Código de Comercio, aduciendo que dicha normativa les permitía, a su arbitrio, asumir o no los riesgos del eventual asegurado.

En esa oportunidad, la Corte Constitucional confirió el amparo de los derechos de acceso a la administración de justicia y a la reparación solicitada por la demandante. En la parte motiva del fallo precisó que si bien la Constitución reconoce la libertad contractual y la autonomía privada en materia de contratación y este principio se aplica a la actividad aseguradora, hay que tener en consideración que según el artículo 335 de la Constitución las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y solo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, lo que significa que la libertad contractual en materia de seguros, “por ser de interés público se restringe cuando están de por medio valores y principios constitucionales, así como la protección de derechos fundamentales, o consideraciones de interés general”, y que la prevalencia del interés general o público es uno de los principios que fundamentan el Estado Social de Derecho conforme al art. 1.º de la Constitución Política.¹⁰

1.4.2.2 La dignidad humana como límite a la autonomía privada. La cláusula del Estado social de derecho, prevista en el artículo primero de la Constitución, consagra también la forma de organización política del Estado colombiano como “República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, *fundada en el respeto por la dignidad humana*, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.¹¹ Como puede observarse, en esta forma de

10 Corte Constitucional. Sentencia T-517 de 2006. Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

11 Colombia. Constitución Política. Art. 1. [Se agregaron las cursivas].

configuración estatal la dignidad humana se erige como principio fundamental, de allí que su respeto sea exigible tanto al Estado como a sus asociados.

En la obra *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Immanuel Kant señala:

[...] el hombre, y en general todo ser racional, existe como un *fin en sí mismo*, no sólo como medio para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad; debe en todas sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado al mismo tiempo como fin (23).¹²

Partiendo de este postulado, formula el denominado imperativo categórico, así: “Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo, y nunca solamente como un medio”.

Venegas Grau, al analizar la eventual confrontación de este principio con la autonomía privada, cita a Nipperdey para señalar que el respeto por la dignidad humana “no es invocable únicamente frente a los poderes públicos, sino que también vincula a los particulares, pues, de otro modo, no sería posible afirmar que la dignidad humana representa el fundamento de todo el ordenamiento jurídico” y que, por lo tanto, “la *protección* estatal de la dignidad humana supone el reconocimiento, en el tráfico jurídico-privado, de un derecho subjetivo absoluto irrenunciable a la dignidad humana, ejercitable frente a las demás personas jurídicas”. Y añade que “Si este derecho sólo se pudiera defender frente a los poderes públicos, el individuo se encontraría desarmado ante las vulneraciones procedentes de otros particulares” y que la dificultad reside en definir el contenido de la dignidad humana, para poder establecer, en cada caso concreto, si la limitación consentida de un derecho fundamental (aceptada en el ejercicio de la autonomía individual) encierra una vulneración de aquella (2004: 211).

La Corte Constitucional ha abordado en casos concretos el análisis de la eventual confrontación entre la autonomía privada y la dignidad humana, en relaciones contractuales de naturaleza privada. Así, por ejemplo, al revisar una acción de

¹² Se agregaron las cursivas.

tutela interpuesta en contra de Empresa Prestadora de Servicios de Salud, con la finalidad de que se le ordenara suministrar una silla de ruedas a una menor de edad con discapacidad para desplazarse por sus propios medios físicos, la Corte tuteló los derechos fundamentales de la menor valiéndose del criterio de interpretación de la supremacía constitucional, por encima de las normas de carácter legal que regulan las prestaciones del Plan Obligatorio de Salud. En dicha providencia, la Corte manifestó que el concepto de *dignidad humana* no constituye hoy en el sistema colombiano un recurso literario u oratorio, ni un adorno para la exposición jurídica, sino un principio constitucional, elevado al nivel de fundamento del Estado y base del ordenamiento y de la actividad de las autoridades públicas, precisando:

La dignidad de la persona se funda en el hecho incontrovertible de que el ser humano es, en cuanto tal, único en relación con los otros seres vivos, dotado de la racionalidad como elemento propio, diferencial y específico, por lo cual excluye que se lo convierta en medio para lograr finalidades estatales o privadas, pues, como lo ha repetido la jurisprudencia, la persona es “un fin en sí misma”. Pero, además, tal concepto, acogido por la Constitución, descarta toda actitud despectiva frente a sus necesidades corporales y espirituales, todas las cuales merecen atención en el Estado Social de Derecho, que reconoce en el ser humano la razón de su existencia y la base y justificación del sistema jurídico.

Ese concepto se traduce en la idea, prohijada por la Corte, de que no se garantiza bien ningún derecho de los que la Constitución califica de fundamentales —intrínsecos a la persona— si a un individuo de la especie se lo condena a sobrevivir en condiciones inferiores a las que la naturaleza le señale en cuanto ser humano. Es decir, cuando, como en los casos materia de examen, personas menores deben afrontar una evolución irregular de sus sistemas físico y psicológico en condiciones de desamparo.¹³

1.4.2.3 Principio de Igualdad como límite a la autonomía privada. En especial el derecho a la no discriminación. El artículo 13 de la Constitución Política señala:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

13 Corte Constitucional. Sentencia T-556 de 1998. Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

Respecto del principio de no discriminación impuesto no solo a las instituciones del Estado, sino también a los particulares, la Corte Constitucional se pronunció en sede de revisión de una acción de tutela promovida por una ciudadana, quien afirmaba que en razón de su raza negra le fue negada la entrada a dos reconocidos establecimientos de comercio del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, cuando se disponía a celebrar la Navidad en compañía de unas amigas.¹⁴ En esa oportunidad, la Corporación, tras aludir a las normas constitucionales del ordenamiento interno, del Bloque de Constitucionalidad y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que garantizan el derecho a la igualdad y proscriben la discriminación racial, concluyó que la conducta desplegada por los establecimientos comerciales demandados al no permitir el acceso de la demandante a sus instalaciones, obedeció a una discriminación por razón de su raza, que contrariaba el principio de no discriminación.

Expresó la Corte que tal actitud

[...] constituye una ofensa profunda contra varios de los principios que sustentan nuestra comunidad política y la sociedad internacional. La discriminación por sí misma, tiene la capacidad de lesionar manifiestamente varios de los pilares que comprende el preámbulo y los principios fundamentales de nuestra Constitución.

La Corte Constitucional también enfatizó en que la exclusión o supresión de derechos y libertades de la accionante, en razón a su raza,

[...] constituye franco desconocimiento a los ideales democráticos, pues impide el desenvolvimiento participativo del sujeto en la sociedad, y supone un quebrantamiento de los designios de convivencia plural, diversidad étnica y cultural, igualdad, paz y justicia.¹⁵

14 Corte Constitucional. Sentencia T-1090 de 2005. Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

15 Corte Constitucional. Sentencia T-1090/2005. Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. En la referida sentencia, la Corte Constitucional dedujo la procedencia de la acción de tutela contra particulares y no solo confirmó la decisión judicial que confirió el amparo constitucional del derecho a la igualdad, sino que, además, extendió la protección a los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, la honra y la dignidad humana; ordenó acciones pedagógicas en materia de derechos humanos dirigidas a los demandados; exhortó al Congreso de la República para que, a la mayor brevedad posible, tramitara un proyecto de ley orientado a sancionar las prácticas o conductas de segregación racial conforme a la “Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial” y condenó en abstracto a los demandados al pago del “daño emergente representado en el daño moral” ocasionado a la accionante.

Como puede apreciarse, en un caso como el examinado se presenta un conflicto entre el principio de autonomía de la voluntad privada y el principio de igualdad —de rango constitucional—, en cuya resolución se privilegia el segundo sobre el primero. En efecto, en un caso como el estudiado por la Corte Constitucional en la sentencia citada, si bien los propietarios o administradores de un establecimiento de comercio, en ejercicio del principio de autonomía privada materializado en la libertad de empresa, tienen libertad de contratar o no contratar y de elegir al contratante, libertad que en un caso como el referido se traduce en permitir el acceso al establecimiento mercantil y la posibilidad de usar y disfrutar de los bienes y servicios que allí se ofrecen al público a cambio de un precio, tal libertad no es absoluta y halla un estricto límite en las normas constitucionales de contenido iusfundamental, así como en las que imponen el respeto por los derechos inalienables de la persona, el principio de no discriminación y el bien común (arts. 5, 13 y 333 de la Carta Política).

La anterior es una visión apenas panorámica de la evidente relación existente entre la autonomía privada y los principios y derechos fundamentales consagrados en la Carta Política de Colombia; de manera que para la resolución de conflictos jurídicos derivados de la tensión entre estos, los operadores del derecho deben recurrir a reglas de interpretación constitucional adecuadas, con miras a evitar la vulneración de derechos iusfundamentales, aun en los eventos en que su afectación se advierta dentro de relaciones jurídicas regidas por normas de derecho privado, y sin desconocer la función hermenéutica que igualmente ostenta el principio de la autonomía privada.

2. LA BUENA FE COMO FUNDAMENTO DE LA FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO



La fuerza obligatoria del contrato comporta que cada contratante se encuentra ligado por este, como si la obligación le fuera impuesta por la ley; así lo expresa Rubén Stiglitz, quien afirma que en virtud de ello, “las partes deben conformarse a la ley del contrato, así como están obligadas a respetar a la ley propiamente dicha” (1994b: 521). El autor agrega que desde una concepción liberal, que entiende el contrato como un producto de “partes iguales y libres” (523), la fuerza obligatoria del contrato se impone a las partes y al juez, de modo tal que si la voluntad de las partes ha sido claramente manifiesta, “el juez no puede dejar de aplicar las reglas de autonomía aún cuando contraríen la equidad, por la simple razón de que estas cláusulas, por haber sido queridas voluntaria y libremente por las partes, no pueden ser modificadas por quien debe asumir la condición de servidor respetuoso del contrato” (521).

No obstante, Stiglitz concluye que la tesis voluntarista resulta insuficiente e irreal porque ignora que el contrato

[...] cada vez más, es el resultado de la configuración interna de una sola de las partes, que por concentrar sobre sí el poder de negociación, se autoatribuye la creación exclusiva del contenido del contrato, dejando a la parte débil la decisión de concertar sobre un esquema predispuesto o, de lo contrario, no contratar (523-524).

En este trabajo se asume que la concepción liberal de la fuerza obligatoria del contrato respaldada solo en la expresión de la autonomía de la voluntad, no es admisible tan llanamente; y menos aun si se tiene en cuenta que la constitucionalización del derecho privado ha introducido límites puntuales al

principio de la autonomía de la voluntad, y ha dotado al juez de facultades para discernir respecto de la equidad y justicia contractuales, al resolver controversias jurídicas originadas en cualquiera de las fases del negocio jurídico.

En este capítulo se examinará el principio de la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato, mirado desde la perspectiva de un principio general del derecho, de las funciones inherentes a esa naturaleza y, además, como fundamento de las normas secundarias de conducta propias de las relaciones contractuales.

2.1 El concepto de buena fe

Para Valencia Zea y Ortiz Monsalve (2006: 212-213), la buena fe indica que cada cual debe celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, ejercer sus derechos, mediante el empleo de una “conducta de *fidelidad*, o sea, por medio de la *lealtad* y *sinceridad* que imperan en una comunidad de hombres dotados de criterio honesto y razonable”. En cuanto a las modalidades que adopta la buena fe, precisan:

La buena fe se desdobra en dos aspectos: primeramente cada persona debe usar para con aquel con quien establece una relación jurídica, una conducta sincera, vale decir, ajustada a las exigencias de decoro social; en segundo término, cada persona tiene derecho a esperar de la otra esa misma lealtad o fidelidad. En el primer caso se trata de una buena fe activa, y en el segundo, de una buena fe pasiva (confianza) (213).

Emilio Betti define la buena fe como “una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte” (1959: 101), actitud que tiene como aspectos más destacados la confianza, la fidelidad, el compromiso, la capacidad de sacrificio y la prontitud en ayudar a la otra parte.

A su turno, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que el principio vertebral de la convivencia social, como de cualquier sistema jurídico, en general, lo constituye la buena fe, con sujeción al cual deben actuar las personas —sin distingo alguno— en el ámbito de las relaciones jurídicas e interpersonales en las que participan, “bien a través del cumplimiento de deberes de índole positiva que se traducen en una determinada actuación, bien

mediante la observancia de una conducta de carácter negativo (típica abstención), entre otras formas de manifestación”, y asegura que dicho postulado presupone “que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces”.¹⁶

En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de la buena fe tiene expresa consagración en el artículo 83 de la Carta Política, acorde con el cual, “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”. Sobre el alcance de esta disposición, la Corte Constitucional ha considerado que en tanto la buena fe

[...] ha pasado de ser un principio general de derecho para transformarse en un postulado constitucional, su aplicación y proyección ha adquirido nuevas implicaciones, en cuanto a su función integradora del ordenamiento y reguladora de las relaciones entre los particulares y entre estos y el Estado.¹⁷

En materia de derecho privado, este principio se erige como uno de sus pilares y halla su más destacada consagración en el art. 1603 del Código Civil, por cuya virtud “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”, y en el art. 871 del Código de Comercio, cuando expresa: “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

Teniendo en cuenta las múltiples disposiciones del Código Civil que aluden al principio de la buena fe,¹⁸ vale la pena traer a colación la clasificación presentada por el autor Arturo Solarte Rodríguez en su artículo “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”:

16 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 6 de julio de 2007. Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

17 Corte Constitucional. Sentencia C-1194 de 2008. Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

18 Entre otros los arts. 764, 768, 769, 966, 967, 1512, 1603 del Código Civil.

Señala un importante sector de la doctrina,¹⁹ que los artículos de los códigos civiles en los que se hace alusión a la buena fe, se pueden clasificar en tres grupos claramente diferenciados, a saber:

a) En un primer grupo de textos la buena fe es considerada como la convicción que tiene una persona de que su comportamiento es regular y permitido, aunque en realidad el mismo es irregular y antijurídico. Un ejemplo de este grupo de normas es el que hace referencia al matrimonio nulo contraído de buena fe, cuando alguno de los contrayentes ha ignorado la existencia del vicio que ocasiona su invalidez y ha expresado su consentimiento con la convicción de la plena validez del acto. La consecuencia que se presenta en estos eventos es que el sujeto es exonerado de sanción o, por lo menos, la que se le impone es atenuada frente a la que ordinariamente le correspondería.

b) En un segundo grupo la buena fe se asocia con la confianza en la apariencia jurídica. El sujeto de derecho actúa con la convicción de que su contraparte en una determinada relación jurídica es el titular de un derecho que él aspira a incorporar en su patrimonio, pero en realidad tal apariencia no tiene correspondencia con un derecho subjetivo radicado en el patrimonio de aquél. Es el caso, por ejemplo, del papel que la buena fe desempeña en la adquisición de cosas muebles por la compra que de ellas se realiza en establecimientos comerciales, cuando el vendedor no es el verdadero propietario de las mismas, caso en el cual, en algunas legislaciones, el derecho protege al adquirente, al impedir que en tal evento sea factible entablar la acción reivindicatoria.²⁰ En estos supuestos se ampara la confianza del sujeto de derecho en la apariencia jurídica y la buena fe sirve de presupuesto para la adquisición o para el ejercicio de un derecho subjetivo.

c) En el tercer grupo de disposiciones que aluden a la buena fe, ésta “significa fundamentalmente rectitud y honradez en el trato y supone un criterio o manera de

19 Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, *La doctrina de los actos propios: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1963. pág. 136 y sigs. De los Mozos, José Luis, *El principio de la buena fe...*, pág. 41. Betti, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, T. I., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pág. 74 y sigs. Hemos acogido la clasificación que al respecto realiza Díez-Picazo. Debe precisarse que Emilio Betti divide el tercer grupo de normas en dos conjuntos de disposiciones: por una parte, las que mencionan a la buena fe como lealtad en la conclusión y ejecución del contrato, y por otra, las que consagran a la buena fe como actitud de cooperación para la satisfacción de las expectativas de prestación de la otra parte, op. cit., pág. 82. [Nota en el original].

20 Código Civil Colombiano, art. 947. Aunque el tema es bastante discutible, se podría considerar que esta norma consagra un evento de *adquisición a non domino*, como una importante excepción que la buena fe introduce en los efectos del principio *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* (nadie puede transmitir a otro más derecho del que tuviere) [Nota en el original].

proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos”.²¹

Estas disposiciones, entre otros efectos, contribuyen a integrar el contenido contractual, con fundamento en que la confianza que debe presidir las relaciones jurídicas le da legitimidad a las expectativas que cada parte se forma respecto del comportamiento de su contraparte durante la vida de una particular relación contractual (2004: 285-286).

El mismo autor precisa que el concepto de buena fe no hace referencia a una “percepción íntima que deba ser desentrañada de la conciencia de cada sujeto, sino que, por el contrario, la buena fe es susceptible de ser objetivada, de tal manera que el modelo de conducta ideal corresponda a unos parámetros socialmente aceptados” (286).

2.2 La buena fe en sentido subjetivo y objetivo

Soto Coaguila señala que en sentido *subjetivo* la buena fe se refiere a la “intención con que obran las personas o la creencia con que lo hacen, por lo cual se le llama *buena fe creencia*”, y que en sentido *objetivo*, la buena fe actúa “como regla de conducta, es un *estándar jurídico* que orienta la actuación ideal del sujeto, lo que determina que se le denomine *buena fe-lealtad*” (2003: 559). Igualmente, expone que el rol fundamental de la buena fe subjetiva es otorgar derechos, mientras que el de la buena fe objetiva es imponer deberes.

Al respecto, Solarte Rodríguez destaca que en relación con la buena fe subjetiva se ha distinguido una concepción psicológica entendida como “creencia o ignorancia del sujeto”, y la concepción ética de la misma, según la cual “la ignorancia o el error del sujeto sólo serán atendibles en la medida en que su comportamiento no sea culpable” (2004: 287). Es decir que con una diligencia normal no hubiera podido superar su apreciación errada de la realidad. Y en cuanto a la buena fe objetiva, precisa que esta corresponde, por una parte, “al concepto técnico-jurídico referido a la conducta o al comportamiento que se considera como el parámetro que debe ser observado en las relaciones que los particulares establecen”; y por

21 Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, *La doctrina de los actos propios...*, pág. 137.

otra parte, “es el contenido de un deber de conducta que se concreta en el deber de comportarse con corrección y lealtad en el tráfico jurídico” (288).

Partiendo de las definiciones de la doctrina especializada sobre el tema, Manuel de la Puente y Lavalle presenta una recopilación de las notas que caracterizan la buena fe subjetiva y objetiva:

[...] la buena fe subjetiva tiene las siguientes características:

- a) se trata de una creencia personal del sujeto respecto de que su actuación es conforme a Derecho, o sea que tiene contenido ético.
- b) Esta creencia, pese a ser subjetiva, no es candorosa, sino razonada, en el sentido que el sujeto ha apreciado los elementos de juicio que estaban a su disposición.
- c) La apreciación del sujeto es fruto de su diligencia, esto es, que ha hecho una búsqueda razonable de los elementos de juicio.
- d) En este proceso de formación de la creencia no ha actuado con dolo o culpa.
- e) La creencia del sujeto puede recaer tanto en su propia situación como en la de la persona con la cual se relaciona.
- f) La creencia, así formada, determina la conducta del sujeto, en el sentido que hay una absoluta correspondencia entre su creer y su actuar.
- g) El derecho da un tratamiento favorable a la conducta del sujeto por razón de su creencia.

Tratándose de la buena fe objetiva, las mismas fuentes doctrinales le otorgan las siguientes características:

- a) Se trata de un deber de conducta impuesto al sujeto, con un contenido eminentemente ético.
- b) Este deber de conducta importa que no se perjudiquen los intereses ajenos fuera de los límites impuestos por la tutela legítima de los intereses propios.
- c) Para apreciar la conducta se prescinde del punto de vista subjetivo de las partes para referirse a un criterio objetivo.

d) Esta objetividad no excluye, sin embargo, que deje de tomarse en consideración un elemento subjetivo, como es el dolo o culpa del sujeto. Quien actúa con dolo o culpa no puede escudarse en la buena fe objetiva.

e) El criterio objetivo consiste en la comparación de la conducta del sujeto con un *standard* jurídico, o sea un prototipo de conducta social media.

f) El *standard* jurídico aplicable debe buscarse teniendo en cuenta el contexto social en el que actúa el sujeto (2000: 276-277).

Aunque la precedente clasificación es muy importante, en este trabajo tiene mayor relevancia el análisis de la buena fe desde la perspectiva contractual y sus manifestaciones concretas en las categorías conocidas como prohibición de actuar contra los actos propios, principio de confianza legítima y abuso de la posición dominante, por lo que interesa en mayor medida detenerse solo en las repercusiones jurídicas de la buena fe objetiva, definida por Marta Lucía Neme Villareal como “principio jurídico que introduce en el contenido de las obligaciones deberes coherentes con un modelo de comportamiento objetivo, el del *bonus vir*; que se expresa a través de reglas de honestidad y corrección propias de dicho modelo” (2003: 49). Por ello, no es menester profundizar en las implicaciones jurídicas de la buena fe subjetiva que, en términos generales, se concretan en el otorgamiento de derechos, ni de aquellas que pueden derivarse de la falta de claridad en la distinción de los conceptos de buena fe subjetiva y objetiva.²²

2.3 La buena fe contractual

La buena fe objetiva, entendida como norma de conducta, como el deber de comportarse con rectitud, honradez y lealtad, impone a las partes una directriz de cómo deben proceder en el desarrollo de las relaciones jurídicas que surjan con ocasión de la celebración de negocios jurídicos, en las fases precontractual, de ejecución del contrato y aun postcontractual. El profesor Solarte Rodríguez afirma que esta categoría de la buena fe tiene una muy importante función en el

22 Sobre este tema puede consultarse: Neme Villareal, Marta Lucía, “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”. En: *Revista de Derecho Privado*, N.º 17. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 45-76.

ordenamiento jurídico, por cuanto en la medida que la norma escrita no tiene la virtud de contemplar la totalidad de las situaciones que se pueden presentar entre los contratantes, el principio general de la buena fe “permite identificar otras prohibiciones y otras obligaciones además de aquellas previstas por la ley; como suele decirse «cierra» el sistema legislativo, es decir, ofrece criterios para colmar aquellas lagunas que se puedan manifestar en múltiples y variadas situaciones de la vida económica y social” (2004:288-289). Y en cuanto a la aplicación de este principio en las diferentes fases del contrato, señala:

Según indica la doctrina uniformemente, la buena fe contractual tiene aplicación no sólo en la ejecución del acto jurídico, sino también en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, fundamentalmente, a través del denominado deber de información. Asimismo, en esta etapa se manifiesta en el deber de no interrumpir intempestivamente y sin causa los tratos preliminares al contrato, so pena de indemnizar los perjuicios que se puedan causar, particularmente por el denominado “daño *in contrahendo*”. Por otra parte, y ya en el terreno de la ejecución de un contrato debidamente perfeccionado, la buena fe contractual hace surgir un catálogo de deberes de conducta que, de acuerdo con la naturaleza de la respectiva relación, amplía los deberes contractualmente asumidos por cada parte para con ello realizar el interés contractual de la otra parte. Finalmente, la buena fe sirve como limitación al ejercicio de los derechos subjetivos proscribiendo el abuso o la desviación en su ejercicio, e impulsa a las partes a ser coherentes en su comportamiento, evitando contradecir sus propios actos, entre otras conductas (289-290).

2.4 La buena fe como principio general del derecho

Desde el inicio de su obra *Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho*, el profesor Hernán Valencia Restrepo define los principios generales del derecho como “normas fundamentales, taxativas, universales, tópicas, axiológicas, implícita o explícitamente positivas, que sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento” (1993:48). Igualmente, se refiere a los principios como aquellos “valores bilaterales vigentes en una sociedad determinada” (65).

En cuanto a las funciones de los principios generales del derecho, el mismo autor afirma que son herramientas de lo jurídico que cualquier abogado debe conocer y

manejar porque ellas tienen que ver con todos los fenómenos normativos (52); y explica: “la función *creativa* prescribe cómo se debe proceder para la elaboración, modificación y derogatoria del derecho; la *interpretativa*, para su comprensión, ejecución y observancia; y la *integrativa*, para su carencia” (52). Más adelante se refiere a las mencionadas funciones, así:

Las funciones principales persiguen que la creación, interpretación e integración del derecho no se gobiernen por los criterios subjetivos —los cuales con demasiada frecuencia pueden ser arbitrarios— del creador, intérprete o integrador sino por patrones objetivos, que son los valores bilaterales vigentes en una sociedad o que deben regir en ella, en los cuales justamente consisten los principios (87).

La naturaleza de la buena fe como principio general del derecho ha sido reconocida pacíficamente, de donde es factible predicar que esta categoría jurídica también está dotada de las funciones generales que se atribuyen de manera general a los principios (creadora, interpretativa e integradora). Para los fines que interesan en este trabajo, el estudio se centrará en las funciones interpretativa e integradora del contrato, que ostenta el principio de la buena fe.

2.4.1 La buena fe como criterio de interpretación de los contratos. La función interpretativa de la buena fe supone, en primer término, aludir a un concepto general de interpretación, y en ese sentido vale la pena citar el criterio de Renato Scognamiglio, quien luego de precisar que en el mundo del derecho la interpretación se dirige a la “determinación del significado de los actos enderezados a dictar reglas de disciplina del comportamiento de los ciudadanos (normas jurídicas) o a la regulación de los intereses de sus autores (negocios jurídicos)” (1983:233-234), hace referencia a que la tarea interpretativa del contrato puede emprenderse tomando como objeto de interpretación la voluntad negocial, de donde la actividad del intérprete se orientaría a “buscar ese querer interno”, lo que lleva a “descuidar la exigencia de una tutela razonable de la confianza de la otra parte y, en general, de los terceros”. O, por el contrario, la interpretación podría ocuparse del comportamiento exterior, del significado del negocio desde un punto de vista objetivo y externo, con la consecuencia de un “eventual sacrificio de la determinación real de las partes” (235-236). Por ello plantea que para evitar errores de ese orden,

la interpretación debe orientarse a determinar el significado más correcto del negocio, en consideración a su función y a su eficacia como acto de autorregulación de los intereses de los particulares. Así las cosas, es obvio que la interpretación debe guiarse directamente al contenido del acto dispositivo, que debe ser destacado en su significación completa, dentro de una valoración amplia, pero también equilibrada de los puntos de vista e intereses opuestos. La voluntad de las partes, que representa la fuente de la regulación negocial, de un lado, y el comportamiento de las mismas, como el conjunto de los actos exteriores en donde se proyecta el contenido, del otro, se destacan según esta perspectiva correcta, como los elementos con peso determinante, a los cuales hay que atender, caso por caso, cuando se trata de resolver los distintos problemas a que puede dar lugar la búsqueda del significado del acto (236).²³

En cuanto a la función interpretativa del contrato que tiene el principio de la buena fe, el mismo autor señala que ello se justifica plenamente en un sistema normativo que destaca este principio en todas las manifestaciones de la vida contractual (241), y asegura que la inclusión de la buena fe como criterio interpretativo constituye una regla en “favor de una interpretación subjetiva bien entendida, aplicable a una serie de casos de los cuales, de otro modo y ante la falta de un criterio de composición del conflicto sobre el significado del contrato habría que recurrir a un criterio de interpretación extrínseco del acto (interpretación objetiva)”, lo que podría comportar un eventual sacrificio de la determinación real y común de las partes, en aras de la mala fe de una de ellas (242).

2.4.2 La buena fe y su función integradora del negocio jurídico. Aquí ha de recordarse, con el profesor Valencia Restrepo, que dentro del ordenamiento jurídico a la función integradora de los principios generales del derecho se le asigna como cometido específico “llenar los vacíos, lagunas o insuficiencias de las fuentes formales del derecho objetivo”; y agrega: “debido a que el legislador no puede preverlo todo, los principios funcionan de forma que puede y debe solucionar todos, absolutamente todos los casos posibles no previstos legislativamente”, y concluye que la función integrativa o supletoria se aplica “ante la carencia de normas en un ordenamiento” (1993: 69).

23 Se agregaron las cursivas.

Al respecto, Francesco Galgano sostiene que el “deber general de buena fe contractual tiene la función de colmar las inevitables lagunas legales, al igual que aquel deber más general de corrección que existe entre el deudor y el acreedor” (1992: 454). El autor añade que la ley, por más analítica que sea, no puede prever todas las situaciones posibles, mediante normas concretas, ni todos los abusos que las partes puedan cometer una en perjuicio de la otra y que, por ello, el principio de la buena fe

[...] permite identificar otras prohibiciones y otras obligaciones además de aquellas previstas por la ley; como suele decirse “cierra” el sistema legislativo, es decir ofrece criterios para colmar aquellas lagunas que se pueden manifestar en las múltiples y variadas situaciones de la vida económica y social (454).

Respecto de la necesidad de integración del contrato, Solarte Rodríguez, citando a Manuel García Amigó, señala que la integración del contenido del negocio jurídico parte del supuesto de que

[...] la norma negocial en parte no puede (y, en parte, puede no querer) regular todos los aspectos de una relación jurídica [y, por tanto], se hace necesario determinar la total norma reguladora de esa relación, mediante la integración de la *Lex negotii* con las demás fuerzas normativas (2004: 292).

Solarte Rodríguez asegura que la labor de integración del contenido del negocio jurídico encuentra su fundamento en el artículo 1603 del Código Civil, acorde con el cual “los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”, así como en el artículo 871 del Código de Comercio, el cual, nos recuerda el autor, señala que los contratos “deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural” (295).

Solarte agrega que, de conformidad con el texto de dichas normas, los elementos que se deben tener en cuenta en el proceso de integración son básicamente los siguientes:

a. Lo expresamente pactado, esto es, las normas autónomas creadas por las partes en virtud del ejercicio de la autonomía de la voluntad privada (regulación contractual autónoma); y

b. Las consecuencias que se deriven de la naturaleza del contrato respectivo y de las obligaciones que de él surjan, o las que por la ley le pertenezcan (artículo 1603 del Código Civil), o, en materia mercantil, las que correspondan a la naturaleza del respectivo contrato, o se deriven de la ley, la costumbre o la equidad natural (art. 871 del Código de Comercio) (regulación contractual heterónoma) (297).

Desde este ámbito conceptual, el autor destaca la función integradora del contrato que cumple la buena fe objetiva; esto es, el modelo de conducta que se considera como referente para la comunidad, por ser sinónimo de corrección, probidad, honestidad, lealtad, etc., por cuanto a los contratantes les serán exigibles ciertos deberes de conducta derivados de la necesidad de dar al negocio jurídico

[...] cumplida efectividad de conformidad con la finalidad perseguida por las partes, haciendo “todo aquello que es necesario para hacer llegar a la contraparte el pleno resultado útil de la prestación debida”, aun cuando ellas ni siquiera hayan hecho mención del asunto en su manifestación de voluntad (301).

Y añade que las aplicaciones concretas del principio de la buena fe, como verdadera fuente de integración, se presentarán particularmente “en los contratos en los que el elemento confianza sea esencial, pues es en estos negocios jurídicos en los que la buena fe adquiere protagonismo para integrar la norma reguladora, originando derechos y deberes específicos y propios” (301).

Solarte Rodríguez concluye, que la “buena fe integradora” produce un enriquecimiento del contenido contractual, porque dota de un sentido más amplio a los deberes creados por el negocio jurídico y también se crean una serie de deberes que atienden a la naturaleza del contrato y a su finalidad.

Para Manuel de la Puente y Lavalle, la buena fe en la etapa de ejecución del contrato juega un rol “completivo”, en virtud del cual, la lealtad y el deber de colaboración acrecientan las obligaciones nacidas del contrato, y precisa:

Tratándose de la institución del contrato, éste constituye un acuerdo de voluntades que obliga a las partes a ejecutar sus respectivas prestaciones de la manera pactada, pero siendo imperativa la norma que establece que los contratos —*se entiende todos ellos— deben ejecutarse según las reglas de la buena fe —lealtad, esta norma se introduce por integración en cada contrato, tal cual si fuera una estipulación del mismo* (2000: 284).²⁴

2.5 La buena fe como fundamento de las normas secundarias de conducta

Para los Stiglitz, a los deberes principales o primarios de la relación contractual típica o atípica, que deben ser cumplidos con fidelidad al compromiso asumido, se añaden las reglas secundarias de conducta, como reglas accesorias o agregadas cuya fuente se encuentra en “los mandatos del legislador, lo acordado por las partes en sus preceptos de voluntad o, finalmente, en el dilatado marco de la interpretación del negocio, por lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión” (1994: 462). Así mismo, ante la pregunta sobre si las prestaciones contenidas en las obligaciones se agotan en lo estipulado en los preceptos de autonomía y en los mandatos legales, responden:

Pensamos que más allá de los deberes primarios de prestación que específicamente corresponden al modelo contractual seleccionado por las partes, típico o atípico, y que son propios y estrictamente los que corresponden al modelo elegido, existen reglas secundarias de conducta o deberes accesorios a los principales que, pactados o no o de procedencia legal, constituyen contenido de la obligación.

Se trata de deberes derivados del principio superior de buena fe y de la estipulación implícita de que lo acordado por las partes se integra, además de lo expresado, con lo que verosímilmente entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión (459-460).

Así, para los autores dichas reglas tienen un contenido obligacional, por lo que son jurídicamente exigibles y se encuentran implícitamente incorporadas al contrato (465). Igualmente, sostienen que las reglas generales de conducta son manifestaciones

24 Se agregaron las cursivas.

de la buena fe contractual, y que esta como directiva de interpretación o como criterio de comportamiento, “no se agota en la *ejecución particular* de la prestación principal o de las accesorias”, sino que, en su formulación, “atrapa la conducta de cada parte como unidad y referida al contrato desde las tratativas que preceden a su formación hasta el periodo poscontractual inclusive” (467).

Solarte Rodríguez sostiene que los deberes secundarios de conducta “se incorporan a los contratos en virtud del principio de buena fe” y que “dado que tienen como finalidad la realización del interés común perseguido por las partes, son impuestos tanto al acreedor como al deudor de la relación obligatoria” (2004: 304). Así mismo, indica que el carácter secundario o complementario de los referidos deberes se predica respecto de la ejecución o cumplimiento del deber de prestación, que es la finalidad principal perseguida por las partes (304-305), y que dentro de las mencionadas normas secundarias de conducta están los deberes de información, protección, consejo, fidelidad y reserva o secreto.²⁵

Puede concluirse, entonces, que los deberes secundarios de conducta, por virtud del principio de buena fe, están incorporados en toda clase de contratos, e imponen a las partes un actuar dirigido a la cooperación con el otro contratante, evitando causarle perjuicios. Particularmente, puede afirmarse que estos deberes obedecen no solo a la exigencia de lealtad entre los participantes de la relación contractual, sino, además, al respeto del deber de solidaridad social consagrado en el artículo 95 de la Constitución Política, y según el cual es deber de la persona y del ciudadano “Obrar conforme al principio de solidaridad social”, en la medida que dichas reglas están orientadas a la realización del interés común que convocó a las partes a contratar.

A continuación se analizará el deber de información como regla secundaria de conducta emanada de la buena fe contractual, de gran relevancia en el campo de la contratación privada contemporánea.

25 En Stiglitz se hace una relación de las reglas secundarias de conducta de fuente legal que se desenvuelven durante la ejecución del contrato, entre las que incluye: deberes de consideración, respeto, atención o deferencia; deberes de anoticiamiento, notificación, denuncia o aviso; deberes de información o advertencia; deberes de conservación, protección o custodia; deberes de cuidado y asistencia; deberes de cooperación y colaboración; deber de seguridad o garantía y deber de guardar secreto (1994:468).

2.6 Principio de la buena fe y el deber de información

En nuestro ordenamiento jurídico la relación entre el deber de información y el principio de la buena fe como pilar del derecho privado tiene fundamento en normas de raigambre constitucional, concretamente en los artículos 20 y 78 de la Constitución. En efecto, el artículo 20 garantiza a toda persona la libertad de “informar y recibir información veraz e imparcial”, y el art. 78 dispone: “La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización”.

El deber de información en las relaciones contractuales, según se indicó en líneas anteriores, es calificado por la doctrina como un deber o regla secundaria de conducta, es decir, como una prestación accesoria o instrumental del negocio jurídico que tiene una existencia propia (Betti: 1959). Para los Stiglitz (1994:477), entre los deberes secundarios de conducta resulta esencial el de información veraz “destinado a proporcionar a la contraparte una precisión, lo más real posible, sobre el contenido del contrato y el objeto de las prestaciones emergentes”.

Sobre el deber de información, Solarte Rodríguez acota:

Es claro que si de las dos partes involucradas en un determinado contrato, una es conocedora de una ciencia u oficio, o de los pormenores de un mercado, y la otra carece de conocimientos en los campos citados, surgirá por virtud de la buena fe un deber en cabeza del sujeto informado de suministrar a su contraparte información objetiva, clara, oportuna y veraz, con el fin de que ésta disponga de elementos de juicio suficientes para poder adoptar decisiones. *El deber de información tiene, por regla general, una manifestación positiva, entendida como ha quedado enunciada, pero también presenta una expresión negativa, consistente en el deber jurídico de abstenerse de engañar o de inducir en error al otro contratante. Se considera que quien tiene la información debe tomar la iniciativa para efectos de suministrarla a la otra parte de la relación e, incluso, debe indagar sus necesidades y su estado de conocimiento sobre el tema materia del respectivo contrato.*

El deber de información tiene una gran importancia en la etapa precontractual, toda vez que es allí cuando los contratantes están recopilando los elementos de juicio suficientes para emitir su declaración de voluntad. Para el efecto, resulta indispensable la cooperación entre los contratantes, en un contexto de corrección

y lealtad. Lo anterior resulta bastante más necesario en una época como la actual en la que la regla es la contratación en masa y en la que el productor, distribuidor o profesional, es la parte que tiene un conocimiento especializado del que carece el consumidor. Ya en la etapa de ejecución del contrato el deber de información subsiste, aunque su finalidad se modifica, ya que el propósito del mismo será complementar a los deberes de prestación para que los mismos se puedan cumplir en forma adecuada, oportuna y satisfactoria para el acreedor. En particular, debemos destacar que en las relaciones entre profesionales y consumidores corresponde al primero informar sobre los riesgos o las precauciones que sea indispensable adoptar para que un bien potencialmente peligroso no ocasione daños a quien lo ha adquirido (2004:307-308).²⁶

En Stiglitz se alude a las reglas secundarias de conducta implícitas, indicando que en el periodo de tratativas las partes recíprocamente se deben consideración y lealtad, hablando claro y evitando incurrir en reticencias sobre cuestiones tales que, de ser manifestadas, “obstarían a la conclusión del contrato o, de concluirse, lo sería bajo otras condiciones”, y advierten que también durante las negociaciones previas es deber de la parte que conoce o debe conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato, dar noticia de ello a la otra parte (1994: 473).

Los Stiglitz también hacen énfasis en el deber de información al consumidor o usuario, por cuanto estiman que en los actuales esquemas de oferta masiva de bienes y servicios producidos en serie “se multiplica la exigencia de informar adecuadamente a los potenciales consumidores o usuarios sobre las características y efectos de las prestaciones puestas en el comercio” (1994a:473). Y, por ello, entre los derechos esenciales de los consumidores está el de acceder a una información adecuada, que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a sus deseos y necesidades (477-478). Afirman que hace parte del deber de información en ese campo, el deber de identificación de las mercaderías en etiquetas y rótulos, el cual se extiende a productores, fabricantes, envasadores, fraccionadores e importadores; e incluso a comerciantes mayoristas y minoristas en ciertos casos (479).

Pero si bien es cierto que el deber de información se impone como expresión del principio de la buena fe contractual, y obliga a cada contratante, en especial a quien por sus especializados conocimientos puede calificarse como contratante

26 Se agregaron las cursivas.

informado, a suministrar información veraz, clara y oportuna al otro contratante, con miras a brindar elementos de juicio suficientes al momento de decidir si se celebra o no el negocio jurídico, también lo es que ese deber de información no puede mirarse de manera aislada, sino que hay que observarlo de cara a los deberes y cargas correlativas que debe asumir el otro contratante.

En efecto, quien pretende celebrar un negocio prevalido de la autodeterminación que emana del principio de la autonomía privada, tiene también ciertas cargas que, conforme lo expone Fernando Cancino, “versan sobre la necesidad de satisfacer exigencias de índole positiva que incumben a quien, aspirando a determinado resultado práctico, tiene interés en obtener la eficacia del negocio que debe realizar para alcanzarlo” (1979: 48). En otras palabras, cada contratante está obligado a observar unas determinadas conductas de sagacidad, diligencia, previsión, etc., para efectos de garantizar la validez de los negocios jurídicos que celebra. En esa medida, su derecho a recibir suficiente y real información está aparejado a una mínima diligencia relacionada con las denominadas por la doctrina cargas de la sagacidad y del conocimiento, dirigidas a conocer una precisa delimitación de la situación de hecho que pretende verter sobre el molde negocial y a conocer los efectos del negocio jurídico.

Al respecto, Solarte Rodríguez anota:

[...] la existencia del deber de información no es contradictoria con la *carga* que a los contratantes se asigna de informarse adecuadamente respecto de la materia sobre la que vayan a contratar, para lo cual habrá que analizar las circunstancias concretas de las partes, su entorno, sus aptitudes y sus particulares posibilidades de “autoinformarse”, para determinar hasta dónde llega el deber de informar y dónde empieza el terreno de las cargas que tienen las partes en la contratación, en particular las cargas de “sagacidad” y “conocimiento” (2004: 309).

Partiendo de las precedentes consideraciones respecto del deber de información, a continuación se plantean dos fenómenos jurídicos particulares, como son la asimetría en el manejo de la información que involucra una mayor exigencia en el cumplimiento de este deber, así como el denominado “dolo omisivo” y sus consecuencias jurídicas.

2.6.1 Asimetría en el manejo de la información. Dentro de las modernas relaciones contractuales, en el campo del derecho comercial, cobra importancia el deber de información, debido a la presencia de verdaderos profesionales en este tipo de relaciones jurídicas; profesionales que se hallan en los campos de la producción, distribución y venta de bienes y servicios, quienes asumen el rol de imponer las condiciones bajo las cuales habrá de contratarse, reservándose la facultad de predisponer las cláusulas contractuales. De este modo, quien contrata lo hace por la vía de la adhesión a dichas estipulaciones y no de la discusión de las mismas en condiciones de igualdad. Por ello, es menester que al momento de resolver situaciones conflictivas suscitadas por la inobservancia del deber de información como regla secundaria de conducta, se tomen en consideración situaciones de desigualdad en el manejo de la información, para evitar que la parte más fuerte en una relación contractual incurra en abusos por deficiencia u ocultamiento de información, en detrimento de la otra parte.

Sobre el particular, Diego Salazar sostiene que en los contratos de adhesión, “El carácter limitado que se le reconoce al consentimiento del adherente se explica por la existencia de una asimetría de información frente al predisponente, lo que rompe radicalmente el supuesto de igualdad que se había hecho en el modelo contractual clásico” (2006:10).

Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Predecasas aluden al concepto de la asimetría de la información, para significar los eventos en que “una parte conoce y la otra ignora; una con experiencia y la otra sin ella; una profesional y la otra sólo necesita del bien o del servicio” (2006: 60); y sostienen que en estos casos media un “déficit de información”, cuya superación no es fácil ni sencilla a través de las medidas estatales o las implementadas por organizaciones de consumidores, y que de allí “el fracaso de la «prevención» en materia de abusos o aprovechamientos y la apertura del camino a la «reparación»” (60-61). De igual modo, los autores señalan que el concepto de información asimétrica interesa cuando en una negociación, durante las tratativas que llevan al acuerdo, uno de los tratantes “posee información” que era ignorada por el otro, “y que hubiera tenido efecto en los términos del contrato celebrado”; vale decir, que de haberse presentado información simétrica, compartida, las cláusulas del acuerdo hubieran sido otras (61).

Mosset y Predecasas también enfatizan que los contratantes se deben información oportuna, concreta, clara, precisa, comprensible, y que un “contrato perfecto” es aquel celebrado sobre la base de una información impecable, plena, correcta. Así mismo, afirman que en el caso contrario, es decir, ante la falta de información, se llega a “contratos imperfectos”, proclives al aprovechamiento o a las nulidades. De allí que “la contratación en supuestos en que la información crea exclusivamente una ventaja en la negociación a favor de quien la posee, no debe estar dotada de eficacia jurídica” (60).

2.6.2 El dolo omisivo. Francesco Galgano considera el dolo como vicio del consentimiento, entendido como la “inducción por otro a error”, y sostiene que ese error debe ser determinante cuando se pretende obtener la anulación del contrato (1992:306-311). Igualmente, afirma que el dolo puede presentarse a través de comportamientos comisivos u omisivos, y en el caso de esta última modalidad hace referencia a la reticencia en el contrato de seguro que genera la anulación de este, precisando:

Para todo contrato debe tenerse en cuenta un principio general: aquel según el cual las partes, en el desarrollo de sus tratos, deben comportarse según la buena fe (art. 1337); lo cual comporta un deber recíproco de información respecto de las circunstancias que cada una de las partes puede considerar determinantes de la prestación del consentimiento por la otra. El dolo omisivo deberá considerarse causa de anulabilidad del contrato cada vez que, tenidas en consideración las circunstancias, deba entenderse que el contratante tenía la obligación de informar a la otra parte (308).

Y más adelante, al aludir a la relevancia de la reticencia, señala que los problemas más complejos al respecto, radican: 1) en encontrar el punto de equilibrio entre el deber de información y el derecho de reserva y, 2) en la determinación de la frontera entre el deber de información que recae sobre una de las partes y la carga de autoinformación que incumbe a la otra (309).

Alfredo Bullard González sostiene que la teoría de la asimetría informativa “no es sino la otra cara de la teoría de la imprevisión. En ambos casos lo que está en juego son eventos que hacen que el contrato sea más costoso para una de las partes de lo que ésta podría esperar” (2000:294). Igualmente, hace énfasis en el valor que tiene

la información relevante al momento de contratar y en que esta, en ocasiones, es útil para ambas partes, y en otras solo para una de ellas, de manera que las situaciones de asimetría de la información plantean precisamente ese dilema. Así,

Si una de las partes sabe algo que la otra no conoce, podrá usar esa información en su provecho y con ello ganar más. Si el derecho permite a unos usar la información, entonces estará protegiendo un derecho a ganar utilidades usando esa información. Si por el contrario deja de reconocer ese derecho, entonces hace que el valor agregado de dicha información se pierda para quien la obtuvo (294).

El mismo autor hace una amplia exposición respecto del “dolo omisivo”, citando a Guillermo Lohmann, quien, a la vez, al citar a Barbero y Ghestin, lo define “no solamente (como) el silencio entendido como no sacar a la otra parte de su error, sino también es dolo omisivo el silencio que tiene como intención hacer que el otro caiga en error, por no informarle de aquellos hechos o circunstancias que la víctima no tenía manera de enterarse por sus propios medios” (297).²⁷

Sin embargo, Bullard González sostiene que existen dos “senderos alternativos” para tratar el tema de la información relevante, que son: las obligaciones de garantía y la responsabilidad objetiva, ambas utilizadas en las normas de protección al consumidor que no recurren a la técnica de anulación del contrato para corregir el problema de ineficiencias derivadas de situaciones de información asimétrica (316-318).

También es posible que sea el usuario de un determinado servicio quien tenga en su poder la información relevante para efectos de establecer los términos en que válidamente puede celebrarse un contrato. Por ejemplo, en materia de contratos de seguros, atendiendo a la detallada regulación del artículo 1058 del Código de Comercio, la buena fe ha adquirido una mayor relevancia, al punto que en esta materia se alude al concepto de *ubérrima buena fe*. Dicha norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en su sentencia C-232 de 1997, en la cual señaló que al asegurador no se le puede exigir que inspeccione toda la masa de riesgos que contractualmente asume; que él contrae sus obligaciones,

27 Barbero y Ghestin, citados por Lohmann Luca de Tena, Guillermo. “El Negocio Jurídico”. 2.^a Ed. Editorial Jurídica Grijley EIRL, 1994. p. 503.

en la mayoría de los casos, solamente con base en el dicho del tomador y afirma que esta situación, “consistente en quedar a la merced de la declaración de la contraparte y contratar, generalmente, en virtud de su sola palabra”, es especial y origina una de las características clásicas del seguro: la de ser un contrato de ubérrima buena fe”, y precisa:

Aseverar que el contrato de seguro es *uberrimae bonae fidei contractus*, significa, ni más ni menos, sostener que en él no bastan simplemente la diligencia, el decoro y la honestidad comúnmente requeridos en todos los contratos, sino que exige que estas conductas se manifiesten con la máxima calidad, esto es, llevadas al extremo.

Joaquín Garrigues expresa que la exigencia de la ubérrima buena fe obedece el hecho de que “el seguro es un contrato celebrado en masa, en el que se ofrecen las características propias de un contrato de adhesión”, agregando que “la exigencia de la buena fe lleva en el contrato de seguro a consecuencias extremas, desconocidas en los demás contratos. En tal sentido se dice que el seguro es *uberrimae fidei contractus*. Esta nota peculiar se manifiesta no sólo en la ejecución del contrato (...), sino en el momento anterior al contrato. Esto es justamente lo típico del seguro. Ya hemos dicho que la entidad aseguradora debe escrupulosamente cumplir con el principio de la buena fe, pero lo característico es que la buena fe opera de modo especial respecto del contratante del seguro (tomador) en el momento en que éste todavía no lo es. Se trata de un deber precontractual a cargo del tomador del seguro, consistente en declarar exactamente todas las circunstancias que pueden influir en la apreciación de los riesgos, cuyas circunstancias el asegurador va a asumir. (...)” (Joaquín Garrigues, ob. cit. págs. 256 y 257).²⁸

A su turno, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 1 de junio de 2007 (Ponente Ruth Marina Díaz Rueda), señaló que la buena fe que se pregona del contrato de seguro es especialmente calificada; de allí que se sancionen con la nulidad relativa del contrato las inexactitudes y reticencias que desfiguran el real estado del riesgo, insertas en la solicitud de seguro, cuando traicionen esa requerida ubérrima buena fe, salvo que dichas inexactitudes y reticencias hubiesen sido conocidas del asegurador o pudiesen haber sido conocidas por él de haber desplegado ese deber de diligencia profesional inherente a su actividad.

28 Corte Constitucional. Sentencia C-232 de 1995. Ponente: Jorge Arango Mejía.

En esa dirección, y volviendo al tema de la armonización entre el deber de información a cargo de un contratante y las cargas que debe asumir el otro, vale la pena traer a colación la sentencia emitida en abril 11 de 2002 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la cual, tras aludir a la exigencia de ubérrima buena fe a cargo del asegurado, sostuvo que respecto del asegurador existe también un deber de diligencia profesional inherente a su actividad; al respecto precisó:

Como se ve, al lado de la protección que la ley brinda al asegurador cuando sanciona con la nulidad del seguro las declaraciones viciosas que le impidieron conocer el real estado del riesgo, le exige que sea diligente, que use de esos especiales conocimientos que debe de tener en razón de ser un profesional, a fin de percatarse del real estado del riesgo, lo cual conlleva en muchas ocasiones un análisis de delicado equilibrio por parte del juzgador a efectos de que no quede en letra muerta la sanción de la nulidad relativa por reticencias so pretexto de que el asegurador no indagó por sí mismo por el real estado del riesgo, pues ésta no es obligación que la ley le imponga, sino deber profesional que es dable sopesar en cada caso, mediante un análisis obviamente posterior, pero en el cual el juzgador debe mentalmente ubicarse antes del perfeccionamiento del contrato de seguro, a fin de verificar cómo debió haber actuado el asegurador frente al riesgo que se le propuso asumir. De allí que la Corte, en reciente ocasión haya señalado que “le corresponde al intérprete del seguro, en particular al juzgador del contrato, evaluar cuidadosa y racionalmente la conducta asumida por los extremos de la relación negocial a lo largo del *iter* contractual, con el propósito de establecer en primer lugar, si en efecto el tomador quebrantó la carga de declarar fidedignamente los hechos o circunstancias determinantes del estado del riesgo. Y en segundo término, sólo en caso de que sea conducente, si no obstante existir un vicio en la declaración de asegurabilidad, el asegurador conoció o debió conocer —por su calificado oficio— los hechos que le sirvieron de apoyatura, todo sin perjuicio del tópico de la carga de la prueba”.²⁹

Como puede apreciarse, en términos generales la buena fe contractual exige reciprocidad entre quienes ostentan la calidad de partes o de futuros contratantes (fase precontractual), que se concreta en observar un comportamiento leal y honesto, al tiempo que se espera que el otro contratante se comporte de igual

29 Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 11 de abril de 2002. Ponente: Jorge Santos Ballesteros. Radicación 6907.

manera. Desde luego que, según quedó visto, la exigencia de comportarse de tal modo no los releva de las cargas de diligencia, sagacidad y conocimiento, que se traducen en acciones concretas encaminadas a obtener suficiente y adecuada ilustración respecto del contenido y alcance del negocio jurídico a celebrar.

El anterior es un panorama general del contenido e implicaciones que en materia contractual reviste el principio de la buena fe. En especial, se hace referencia a la denominada buena fe objetiva que, como ya se indicó ampliamente, se compadece con el deber de conducta impuesto al sujeto que debe ajustarse a un prototipo aplicable en el contexto social en que este actúa y por cuya virtud los contratantes están obligados no solo a cumplir fielmente las obligaciones pactadas en la convención, sino, además, a acatar unos deberes accesorios de conducta que emanan también de la buena fe.

Queda claro, entonces, que la buena fe es un principio general del derecho aplicable en las distintas fases del contrato, desde el inicial momento de tratativas, pasando por el periodo de ejecución que puede variar de acuerdo con la naturaleza del contrato y a las cláusulas que lo integran, e incluso en una fase posterior a su ejecución, con arreglo a los deberes previstos, bien de manera expresa o de aquellos inherentes al tipo de contratación.

Ahora bien, entre los propósitos de este trabajo se tiene el de aproximación y análisis de la teoría de los actos propios, del principio de confianza legítima y del abuso de la posición dominante en las distintas fases de los negocios jurídicos, figuras que están estrechamente relacionadas con el principio de la buena fe contractual. En consecuencia, en los capítulos siguientes y, partiendo de los conceptos generales sobre la buena fe consignados en el presente apartado, se examinarán las referidas categorías, así como las consecuencias jurídicas que se derivan de la infracción a los mandatos de la buena fe que les sirve de soporte.

3. PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA, RESPETO POR EL ACTO PROPIO Y PROHIBICIÓN DE ABUSAR DE LA POSICIÓN DOMINANTE: TRES EXPRESIONES DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL



Superado el estudio del principio general de la buena fe, que debe irradiar las relaciones contractuales entre particulares, incluyendo una puntual referencia a las denominadas reglas secundarias de conducta, conviene señalar que en este trabajo se parte de una premisa básica: además de las prestaciones y deberes principales que, por virtud del principio de la autonomía de la voluntad, emanan de los contratos de naturaleza típica o atípica, el principio de la buena fe en sus diferentes manifestaciones,³⁰ y en especial el respeto por el acto propio, el principio de confianza legítima y la prohibición de abusar de la posición dominante, hacen parte integral de las obligaciones contractuales que vinculan a las partes en las diferentes fases de la relación jurídica, al punto que su inobservancia, discutida en el ámbito de los procesos judiciales, genera consecuencias jurídicas adversas a quien desatiende estos mandatos.

Partiendo de la premisa planteada, a continuación se analizarán el contenido y alcance de la prohibición de actuar contra los actos propios, que algunos autores denominan “doctrina de los actos propios” (De la Puente y Lavalle, 2003; Stiglitz, 1994; Alterini, 1995), mientras que otros simplemente aluden a la expresión del

30 Recuérdese que para varios de los autores citados en el capítulo anterior, como Solarte y Stiglitz, más allá de los deberes primarios de prestación que específicamente corresponden al modelo contractual seleccionado por las partes, que son propios y estrictamente los que corresponden al modelo elegido, existen reglas secundarias de conducta o deberes accesorios a los principales que, pactados o no, constituyen contenido de la obligación.

latín “*venire contra factum proprium non valet*” (Neme Villareal, 2003 y 2009). Esto con miras a establecer que el deber de actuar de manera coherente hace parte integrante de la contratación privada, en tanto esta propende por proteger la confianza depositada en un comportamiento pasado de los contratantes. Concluido este acápite, el estudio se centrará en el principio de confianza legítima, desde la perspectiva de su aplicación en las relaciones jurídicas establecidas entre particulares; y para finalizar el capítulo, se analizará la figura del abuso de la posición dominante y sus implicaciones en el negocio jurídico.

3.1 Prohibición de obrar contra los actos propios

3.1.1 Concepto. Manuel de La Puente y Lavalle, citando a Fernando Fueyo, sostiene que la regla *venire contra factum proprium non valet*, constituye “un principio general del derecho, fundado en la buena fe, que impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta del mismo sujeto, evitando así la agresión a un interés ajeno y el daño consiguiente” (2003: 353). Y agrega que la siguiente definición de Enneccerus (citado, 353) permite comprender más fácilmente la figura:

A nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe.

Para de La Puente y Lavalle, venir contra los actos propios “significa tratar de alguna manera de destruir el efecto producido por un acto jurídico que uno ha celebrado y, en particular, intentar o formular alguna acción dirigida a destruir su eficacia” (2003: 353-354).

No llama a duda, entonces, la relación existente entre la buena fe y el deber de coherencia con conductas asumidas en el pasado que sirve de soporte a la prohibición de actuar contra los actos propios. Al respecto, Neme Villareal afirma:

Esta regla posee una estrecha relación con la fuerza vinculante de los acuerdos, con el reproche de toda conducta dolosa, con la necesaria consideración del interés ajeno y con la exigencia de proteger la confianza generada en la contraparte, presupuestos estos que emanan de la buena fe, nutriendo la esencia de su contenido y, a su vez,

constituyen los elementos estructurantes de la prohibición de *venire contra factum proprium*(2003:13).

La Corte Constitucional también se ha referido al principio de respeto por el acto propio. En la sentencia T-295 de 1999, por ejemplo, indicó:

Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el del respeto al acto propio, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe. Principio Constitucional, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto. Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorios respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho.³¹

3.1.2 La prohibición de actuar contra los actos propios como expresión del principio de buena fe. Manuel de la Puente y Lavalle, tras hacer una alusión general a los conceptos de buena fe en sentido objetivo y subjetivo, señala:

Dentro de la concepción subjetiva de la buena fe cabe perfectamente la doctrina de los actos propios, pues quien ha tenido una conducta anterior jurídicamente relevante y eficaz debe, por un lado, adecuar su conducta posterior a la observada anteriormente y, por otro lado, crea en la contraparte la confianza de que continuará conduciéndose de la misma manera, salvo que las circunstancias cambien (2003: 357).

En contraste, Neme Villareal califica como un error entender que la regla que prohíbe el ir contra los actos propios esté regida por la buena fe subjetiva. En su criterio,

Entendida la buena fe objetiva como deber de conducta y la buena fe subjetiva como mera creencia de estar obrando correctamente, cuando hablamos del deber de respetar la confianza generada en la contraparte, resulta evidente que la confianza

31 Corte Constitucional. Sentencia T-295 de 1999. Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

es consecuencia de un deber objetivo, el deber de coherencia, que se traduce en deber de preservar la confianza suscitada con las propias actuaciones u omisiones.

En primer término, la conducta contradictoria en sí misma considerada, aun cuando no necesariamente debe ser mal intencionada, esto es dolosa, contraviene por sí misma la buena fe objetiva, pues en cuanto incoherente resulta desleal para con la contraparte en quien se ha generado legítimamente una confianza en la firmeza de nuestros actos. Cabe resaltar que en un número considerable de casos un aspecto que caracteriza la aplicación de esta norma y hace más compleja su aplicación es *la supuesta legalidad de la conducta incoherente*, pues quien se aparta de sus actos propios pretende traer en su amparo el hecho de que su nueva conducta, la incoherente, encuentra apoyo en el texto del contrato, en el reglamento, en la ley e incluso en la Constitución; en este caso la conducta contradictoria no puede ser valorada en términos de una buena fe subjetiva, esto es, como un estado de conciencia de estar obrando conforme a la buena fe, pues a pesar de que tal conciencia existiera ella resulta irrelevante frente a la contraparte, frente a quien la buena fe concede el derecho de exigir un deber objetivo de comportamiento: la efectiva conformidad de las exigencias de la buena fe, conformidad que justamente no se da al observar como un todo la conducta precedente de la parte y la subsiguiente contradictoria que viene a lesionar la confianza generada. Por lo que resulta improcedente considerar separadamente la conducta originada de la conducta subsiguiente que resulta contradictoria (2009: 67-68).

Al margen de las referidas posiciones doctrinales, y habida cuenta de que en este trabajo se parte del supuesto de que tanto la prohibición de actuar contra los actos propios como el principio de confianza legítima son dos reglas que emanan de la buena fe, resulta relevante señalar que de las apreciaciones en torno a las categorías jurídicas que son materia de análisis, se puede dilucidar que la prohibición de actuar contra los actos propios es una expresión de la buena fe activa, esto es, de la conducta sincera que debe asumir toda persona frente a aquella con quien establece una relación jurídica, mientras que el principio de confianza legítima alude a la buena fe pasiva, como quiera que se concreta en el derecho que tiene toda persona a esperar de la otra esa misma lealtad o fidelidad que ella ha asumido.

Partiendo de esta observación, y aunque la profesora Neme Villareal (2003) alude de manera indistinta a estas figuras jurídicas, sin hacer la diferenciación que aquí se plantea desde la buena fe activa o pasiva en que las mismas se arraigan, en todo caso en este trabajo se adopta su tesis de que la prohibición de actuar contra los

actos propios está regida por la buena fe objetiva, como quiera que desde cualquier punto de vista el reproche de un actuar contradictorio dentro de una relación contractual trasciende la simple creencia del autor de que su conducta es conforme a derecho y se inscribe dentro de la exigencia de ese deber de comportamiento objetivo que impone rectitud, lealtad y honestidad, en las diferentes fases de la relación contractual. En este punto se comparte también el criterio de Solarte Rodríguez (2004: 286) cuando afirma que la buena fe no hace referencia a la percepción íntima que deba ser desentrañada de la conciencia de cada sujeto, sino que, por el contrario, es susceptible de ser objetivada, de tal manera que el modelo corresponda a unos parámetros socialmente aceptados.

Finalmente, vale la pena destacar que frente a la prohibición de actuar contra los actos propios y su relación con el principio de la buena fe, la Corte Constitucional en la sentencia T-340 de 2005 señaló:

3.1. El principio de la buena fe está consagrado en el artículo 83 de la Carta Política en los siguientes términos: *“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 actuaciones que aquellos adelanten ante éstas”*.

De allí que haya señalado esta Corporación que la aplicación de éste (sic) principio no se limita al nacimiento de la relación jurídica, sino que despliega sus efectos en el tiempo hasta su extinción.

Además, el principio incorpora la doctrina que proscribe el *venire contra factum proprium*, según la cual a nadie le es permitido ir en contra de sus propios actos. La buena fe implica la obligación de mantener en el futuro la conducta inicialmente desplegada, de cuyo cumplimiento depende en gran parte la seriedad del procedimiento, la credibilidad de las partes y el efecto vinculante de los actos. Así, *“El mencionado principio es entendido, en términos amplios, como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; de igual manera, cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a luz del principio de la buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento*

de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma. La buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. De igual manera, la buena fe orienta el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico.” (Sentencia C-131 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas).

3.2. En este orden de ideas, el desconocimiento unilateral de los términos de un acuerdo o convención por alguna de las partes, desconoce el principio de buena fe y el respeto a los actos propios, es decir el desconocimiento de la máxima según [sic] a nadie le es permitido ir en contra de sus propios actos, cuando no obedece a una conducta legítima, lo cual, en ocasiones, se traduce en el desconocimiento del principio de la confianza legítima.³²

3.1.3 Presupuestos para la aplicación de la prohibición de actuar contra los actos propios.

Para Manuel de la Puente y Lavalle, la “doctrina de los actos propios” es de aplicación subsidiaria, como quiera que “ante la existencia de un «medio legal específico predispuerto por la ley para resolver un caso determinado, esta doctrina viene desplazada por la solución expresada por la ley»” (2003: 355-356).³³ Al respecto, Alterini y López Cabana (1995: 48) precisan que esta teoría es de carácter residual, porque no se aplica cuando hay solución legal que regula la conducta contradictoria, sea legitimándola o prohibiéndola, y cuando sin existir solución legal, hay justificaciones éticas prevalentes.

Igualmente, De la Puente y Lavalle sostiene que los requisitos para la aplicación de esta doctrina son los siguientes: una primera conducta jurídicamente relevante y eficaz de un sujeto; un posterior intento por el mismo sujeto de ejercitar una facultad o derecho subjetivo que resulta contradictorio con la conducta anterior, traicionando así la confianza que esta conducta había suscitado en el otro contratante

32 Corte Constitucional. Sentencia T-340 de 2005. Ponente: Jaime Araujo Rentería.

33 Sobre el alcance residual de la regla *venire contra factum proprium*, puede consultarse Stiglitz (1994: 493-501), donde se hace una exposición de los fenómenos jurídicos ajenos al ámbito en que se desenvuelve la doctrina del acto propio.

y, en tercer lugar, la identidad de los sujetos que actúan y se vinculan con ambas conductas. A continuación, se estudiarán en forma separada estas características.

3.1.3.1 Conducta jurídicamente relevante y eficaz de un sujeto. Alejandro Borda sostiene que la conducta debe tener trascendencia en el mundo del derecho “deslindándose de las conductas sin valor jurídico y de aquellas otras que requieran imperativamente una forma determinada que no fuese cumplida” (1987: 72); y recalca que para que la teoría de los actos propios pueda ser aplicada deberán tenerse en cuenta “las conductas ejecutadas dentro de una situación jurídica; es decir, que repercutan en ella, susciten la confianza de un tercero o que revelen una actitud, debiendo excluirse las conductas que no incidan o sean ajenas a dicha relación jurídica” (73).

En el criterio de Manuel de La Puente y Lavalle, esta conducta debe estar constituida por un acto o conjunto de actos ejecutados que revelen indubitablemente una determinada actitud o proceder del sujeto actuante en una relación jurídica con otro sujeto, y afirma que además de relevante y eficaz, “la primera conducta debe ser vinculante, en el sentido de ser un comportamiento tenido dentro de una situación jurídica que afecta una esfera de intereses, lo que puede inducir a la contraparte a confiar en que la conducta sea índice o definición de una actitud frente a esta situación jurídica”, y que tampoco es necesario que el sujeto piense o no quedar vinculado con su actuar, “pues el efecto vinculante de la conducta deriva de su sentido objetivo, sin que la intención juegue un papel relevante” (2003:355).

3.1.3.2 La pretensión contradictoria del mismo sujeto. Esta característica se concreta en que el sujeto, pese a que ha tenido una conducta vinculante, que a los ojos del otro contratante marca su posición, “pretende conducirse de manera no sólo diferente sino contradictoria con su anterior conducta relevante, traicionando así la confianza que esta conducta había suscitado en su contraparte”, y aunque esta pretensión en otro contexto pudiera ser perfectamente lícita, resulta inadmisibles por la contradicción con su conducta anterior (Puente y Lavalle, 2003: 356).

En el mismo sentido, Borda afirma que esta conducta se refiere al ejercicio de un derecho subjetivo que sería digno de protección en otro contexto si no hubiera existido la primera conducta, y que es por aquella que su ejercicio resulta

inadmisible (1987: 79). Y precisa que esa conducta contradictoria “encierra una pretensión fundada en un derecho subjetivo, que a su vez provoca un conflicto de intereses que se suscita con la conducta vinculante” (81), y que mientras lo fundamental de la primera conducta es “la confianza que suscita en los demás”, lo esencial de la pretensión contradictoria es el “objetivo perseguido” (81-82).

3.1.3.3 La identidad de los sujetos que actúan y se vinculan con ambas conductas.

El tercer elemento necesario para la aplicación de la teoría de los actos propios es la necesidad de que los sujetos emisor y receptor que intervienen en ambas conductas sean los mismos. Se distingue entre sujeto activo, que es la persona que ha observado determinada conducta —con fundamento en una facultad o derecho subjetivo— y que luego pretende contradecir esa primera conducta, y sujeto pasivo, que es aquella persona receptora o destinataria de ambas conductas (Borda, 1987: 82).

Ahora bien, teniendo en cuenta que la discusión en torno al quebrantamiento de la prohibición de actuar contra los actos propios puede presentarse, aunque no necesariamente en sede jurisdiccional (81), le corresponde al juez decidir respecto de las probabilidades de éxito que pueda tener la pretensión de un sujeto que acude al proceso asumiendo una conducta contradictoria de otra jurídicamente relevante asumida con anterioridad respecto de quien funja como su parte contraria en ese proceso. Sobre este particular, Rubén Stiglitz sostiene:

La declaración de inadmisibilidad de una conducta incoherente emplazada en una pretensión, requiere ineludiblemente su comparación con otra conducta precedente y propia del mismo sujeto. La admisibilidad será el resultado de una tarea de interpretación, relacionando para ello la conducta propia que precede al comportamiento ulterior. Y este último será el declarado inadmisibile por incoherente.

El fundamento estará dado en razón de que la conducta anterior ha generado —según el sentido objetivo que de ella se desprende— confianza en que, quien la ha emitido, permanecerá en ella, pues lo contrario importaría incompatibilidad o contradicción de conductas emanadas de un mismo sujeto, que afectan injustamente la esfera de intereses de quien suponía hallarse protegido, pues había depositado su confianza en lo que creía un comportamiento agotado en su dirección de origen (1994a: 492).

3.1.4 Aplicaciones de la prohibición venire contra factum proprium non valet.

Neme Villarreal afirma que dentro de las múltiples aplicaciones de este principio, han sido identificadas tres categorías de reglas diversas como mecanismos destinados a garantizar la fuerza vinculante de la voluntad de transmitir, de la voluntad de renunciar, y la fuerza vinculante del acuerdo dirigida a preservar la finalidad del negocio (2003: 21). A continuación, siguiendo a la autora, se hará un breve resumen de estas manifestaciones del principio en estudio.

3.1.4.1 La prohibición de actuar contra los actos propios garantiza la fuerza vinculante de la voluntad de transmitir. Neme Villarreal enfatiza que este principio propende por garantizar la “eficacia de la voluntad de transmitir un determinado derecho”, con independencia de que se trate de negocios a título gratuito u oneroso. Al respecto cita varios ejemplos, entre ellos los negocios de mera liberalidad y el caso del comodato en tanto una vez que se otorga y se determina su modalidad y término, ello vincula a quien lo concede impidiéndole privar al comodatario intempestivamente del uso de la cosa dada en comodato, y afirma:³⁴

Esto en razón de que el comodatario, ateniéndose al efecto vinculante de la palabra empeñada que impone la buena fe, ha adecuado su conducta contando con la posibilidad de disponer de dicho bien en las condiciones y por el tiempo indicado previamente por el comodante, a la vez que al comodante la buena fe le obliga a preservar la confianza generada en el comodatario de que serán respetadas las condiciones establecidas por el propio comodante (2003: 23).

3.1.4.2 La prohibición de actuar contra los actos propios garantiza la fuerza vinculante de la voluntad de renunciar. En ciertos casos, “la exigencia emanada de la buena fe respecto de la coherencia de la conducta de las partes en una relación contractual atañe a la necesidad de mantener una posición unívoca en torno a la voluntad de renunciar a un propio derecho, bien sea que ésta haya sido manifestada expresa o tácitamente” (24-25). Al respecto, Neme Villareal presenta

34 Neme Villarreal afirma que en esta clase de negocios pugna con la buena fe la conducta contradictoria de quien, habiendo concedido por liberalidad el uso de una cosa o la explotación de la misma, cambia de parecer repentinamente, imposibilitando el goce de tal beneficio, luego de que la otra parte, confiada en la palabra empeñada, ha realizado las actividades y expensas necesarias para usar o explotar dicho bien (2003: 21-22).

como ejemplos la renuncia al cobro de una prestación deducida de la devolución de la caución al deudor; la renuncia al cobro del capital en la fecha de vencimiento del plazo, deducida de la conducta del acreedor que recibe intereses por un tiempo futuro, de donde “debe interpretarse como un convenio tácito de no reclamar el capital hasta tanto no transcurra el plazo por el cual el acreedor recibió el pago de los intereses” (25), y la renuncia al cobro de la pena pactada. Igualmente, se refiere a otras conductas que se inscriben en esta categoría, como son la renuncia a recibir el pago de intereses o hacerlo en cuantía inferior a la pactada, y la renuncia a recibir el pago de la prestación en dinero.

3.1.4.3 La prohibición de actuar contra los actos propios garantiza la fuerza vinculante del acuerdo dirigido a preservar la finalidad del negocio. La regla que proscribe el *venire contra factum proprium* tiene una de sus manifestaciones en “garantizar una adecuada interpretación de los términos del negocio, en el sentido de que la exigencia de coherencia, que exige preservar la fuerza vinculante del mismo, sea entendida de forma tal que responda no a la letra del acuerdo, sino al espíritu y finalidades perseguidas por las partes” (Neme Villarreal, 2003: 28).

3.2 La confianza legítima como bien tutelado desde la perspectiva del derecho privado

3.2.1 Concepto

Hildegard Rondón al referirse a este principio, manifiesta:

Con la noción de confianza legítima se alude a la situación de un sujeto dotado de una expectativa justificada de obtener de otro, una prestación, una abstención o una declaración favorable a sus intereses, derivada de la conducta de este último, en el sentido de fomentar tal expectativa. Si bien entre nosotros la relación que da lugar a la confianza legítima generalmente se plantea frente a la Administración, también puede surgir entre particulares, por lo cual no sería correcto limitar la noción expresada a la esfera del Derecho Administrativo, aún cuando el presente estudio esté dedicado casi por entero a ese ámbito (1998: 3).

El principio de protección de la confianza legítima ha tenido mayor desarrollo en la esfera del derecho público. No obstante, muchos autores que se han aplicado

al estudio de este principio y sus implicaciones jurídicas, coinciden en afirmar que es también aplicable en las relaciones entre particulares. Al respecto, Gabriel Valbuena Hernández en *La defraudación de la confianza legítima* sostiene:

Las relaciones de confianza que interesan al derecho, hay que decirlo, bien pueden surgir en la cotidiana interacción del Estado con los administrados o en los variados vínculos que a diario se establecen entre los particulares, lo cual explica que su protección jurídica encuentre un espacio propicio, tanto en el ámbito del derecho público como en la esfera del derecho privado (2008: 33).

Por su parte Rondón de Sansó (1998: 3-4) afirma:

[...] los fundamentos que inspiran la confianza legítima también entrarán en juego en los nexos entre particulares, o en los que se crean entre éstos y los entes públicos fundados en las reglas del Derecho Privado que, concepciones menos recientes denominaron como “*actos de gestión*”. En este último supuesto, los elementos constitutivos de la situación objeto del presente estudio son los mismos que los que actúan frente a los sujetos de Derecho Público, sólo que se tratará de la pretensión que una persona posee frente a otra, de que mantenga la conducta que esta última ha sostenido a su respecto, en forma indubitable y constante, para que se hagan efectivas las consecuencias necesarias que de la misma derivan. En el caso indicado, la mayor incidencia de su aplicación opera en los vínculos precontractuales, y sobre todo, en los acuerdos preparatorios de los contratos.

Frente a la aplicación en materia civil del principio de confianza legítima, Valbuena Hernández señala que todos los pueblos de la antigüedad, y en especial los romanos, concedieron una extraordinaria importancia a la lealtad y a la fidelidad, “lo que explica el carácter casi sacramental que tenía en esas civilizaciones el respeto por la palabra empeñada” (103); y añade que de esa manera se le asignó a la *fides*, expresión que encierra la idea de confianza, “una connotación eminentemente moral que trascendía no solamente los cultos ciudadanos sino también los usos sociales” (103). Y más adelante afirma:

Con el transcurso de los años, en un estadio mucho más avanzado, la confianza dejó de ser vista solamente como un valor moral que debía presidir el trato interpersonal, para convertirse en un bien jurídico trascendental del cual depende en buena medida la convivencia humana.

Contratos como los de compraventa, comodato, permuta, arrendamiento, mutuo, mandato, depósito, sociedad, etc., se fundaron en una base de confianza y se sellaron, la mayor parte de las veces, en la concreción de simples acuerdos verbales, cuya expresión era suficiente para que las partes tuviesen la certeza de quedar mutuamente comprometidas.

Dentro de esa misma lógica se desarrolló desde entonces la institución de los sponsales, consistente en la promesa formal de matrimonio mutuamente aceptada, que más que un contrato era un hecho privado soportado en la confianza, cuyo cumplimiento quedaba sometido por entero al honor y a la conciencia de los individuos, pues no producía obligación civil de ninguna naturaleza (103-104).

3.2.2 Requisitos de estructuración de la confianza legítima. Hay que advertir que la protección de la confianza legítima tiene un evidente sustento en valores y principios de raigambre constitucional como son la convivencia, el trabajo, la justicia y la igualdad, pregonados desde el Preámbulo de la Constitución, así como en el fin esencial del Estado de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo y muy particularmente, en el principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 Superior, por cuya virtud “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 actuaciones que aquellos adelanten ante éstas”; fundamentos constitucionales de obligatorio acatamiento no solo por las entidades del Estado frente a sus asociados, sino también entre los particulares en las relaciones que los vinculan.

Por lo que atañe a la relación entre la buena fe y el principio de confianza legítima, Valbuena Hernández, luego de hacer referencia al contenido del artículo 83 de la Constitución, señala que cuando dicha norma alude a “los postulados” de la buena fe, “habrá de entenderse que uno de tales postulados es precisamente el principio de protección de la confianza legítima, circunstancia que le transmite, en nuestro sentir, el mismo rango constitucional que ostenta el principio de buena fe” (2008: 189).

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de junio 25 de 2009, afirma que el principio de confianza legítima, reconocido como un parámetro constitucional relevante, “protege de comportamientos ulteriores

asimétricos, contradictorios o incompatibles con los anteriores y de cambios sobrevenidos, inesperados, súbitos e intempestivos”, y añade que este principio está en “indisociable conexión con la seguridad jurídica, la legalidad y la buena fe, sin confundirse con éstas” e implica que las autoridades “no adopten medidas que aunque lícitas contraríen las expectativas legítimas creadas con sus actuaciones precedentes en función de las cuales adoptan sus decisiones, protegiendo la convicción proba, honesta y leal de su estabilidad y coherencia”.³⁵ Más adelante, señala:

La confianza legítima se traduce en la protección de las expectativas de estabilidad generadas con las actuaciones previas ante la fundada creencia de su proyección en condiciones relativas de permanencia, coherencia y plenitud, partiendo de la premisa según la cual todo ciudadano tiene derecho a prever, disciplinar u ordenar su conducta con sujeción a las directrices normativas entonces vigentes, a su aplicación e interpretación por las autoridades, confiando razonablemente en que procederán de manera idéntica o similar en el futuro.

En la citada providencia, la Corte se refiere a que son requisitos del principio de confianza:

1. Un acto susceptible de infundir confianza y crear esperanzas fundadas.
2. Una situación preexistente generatriz de una expectativa verosímil, razonable, legítima, basada en la confianza que inspira la autoridad con su conducta sobre su mantenimiento o estabilidad.
3. Una actuación de buena fe del sujeto.

3.2.3 Fuerza vinculante del principio de confianza legítima. Aunque el principio de confianza legítima no tiene una expresa consagración legal, su íntima relación con el principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Carta le imprime un fundamento constitucional directo, y por ello su respeto es exigible en las relaciones suscitadas entre el Estado y sus asociados y en las relaciones entre las personas jurídicas individuales y estatutarias de carácter privado.

Refiriéndose a la protección de la confianza legítima frente a las entidades estatales, Valbuena Hernández acota:

35 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 25 de junio de 2009. Ponente: William Namén Vargas.

Ciertamente, el respeto y la tutela jurídica de las expectativas generadas o inducidas por el Estado es algo que debe darse en todo momento, pues si bien el ciudadano ha aceptado someterse a la voluntad general, renunciando a una buena porción de su autonomía individual, lo mínimo que puede esperar del Estado y de sus agentes es que cumplan su palabra y respeten las reglas del juego que ellos mismos han establecido, que procedan en todo momento con lealtad y con coherencia, más aún cuando los principios de buena fe, seguridad jurídica y los principios que dimanen del Estado social de derecho son los que le sirven de sustento. Por lo mismo, amplios sectores de la opinión estiman que no es necesaria su incorporación en un texto legal para que pueda garantizarse su respeto y demandarse su protección (2008: 224).

En la actualidad, la fuerza vinculante de este principio es evidente debido al auge de los contratos de adhesión, al desarrollo de actividades catalogadas como de interés público cuya ejecución se confía a los particulares bajo estricta vigilancia y control del Estado, así como a la prestación de servicios públicos como son los de educación, salud y domiciliarios, por parte de entidades privadas. Así, puede afirmarse que en la argumentación de las decisiones judiciales que resuelven conflictos jurídicos de los usuarios de ese tipo de contratos y servicios, cada vez se toma en mayor consideración la defensa del principio de la buena fe, y muy particularmente del respeto por la confianza legítima del contratante lego frente al profesional; de aquel que simplemente expresa su consentimiento frente a unas cláusulas predispuestas por el otro contratante, y de aquel que se ve compelido a contratar solo con una o varias entidades a las que se les haya autorizado para la prestación de un determinado tipo de servicio.

No sobra destacar que el legislador, al regular ciertas materias referidas a la prestación de servicios, en ejercicio de su poder de reglamentación y configuración, bien puede expedir normas que propendan por garantizar la confianza de los usuarios al momento de manifestar su consentimiento en las relaciones contractuales de esa índole. Así, solo a manera de ejemplo, puede citarse el párrafo del artículo 25 de la Ley 1112 de 2007 —por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud—, que condiciona a una permanencia mínima de un año en una Empresa Prestadora de Servicios de Salud, la posibilidad de hacer uso del derecho a la movilidad dentro del sistema para efectos de trasladarse a otra entidad de la misma naturaleza; sin embargo, esta norma introduce una excepción a esa prerrogativa de los usuarios, al disponer: “El usuario

que vea menoscabado su derecho a la libre escogencia de IPS o que se haya afiliado con la promesa de obtener servicios en una determinada red de prestadores y ésta no sea cierta, podrá cambiar de aseguradora sin importar el tiempo de permanencia en ésta”.

Como puede apreciarse, una norma de ese tenor tiene un claro contenido de respeto por el principio de confianza legítima que rigió al momento en que el usuario decidió afiliarse a una entidad de esa índole; de manera que la falta de cumplimiento por parte de la promotora de salud faculta al usuario para trasladarse a otra, sin la restricción del periodo mínimo de permanencia en aquella. Lo anterior evidencia que pese a la deficiente regulación legal, en la actualidad existen tendencias a consagrar de manera expresa las consecuencias que en el campo de la contratación se derivan de la defraudación de la confianza legítima.

Para concluir este acápite, y como quiera que en el mismo se analizaron de manera separada la prohibición de actuar contra los actos propios y el principio de confianza legítima, no puede pasarse por alto que no ha sido pacífica la discusión en torno a si estas dos figuras son distintas o si se refieren a una misma cosa. Así lo plantea Valbuena Hernández en la obra citada (2008: 121-124) cuando afirma que al respecto algunos autores plantean que se trata de dos maneras diferentes de denominar un mismo principio,³⁶ mientras que otros sostienen que son dos principios radicalmente distintos.³⁷ Tras aludir a las diferentes posturas, Valbuena expone su opinión, señalando que en últimas, “tanto la teoría de los actos propios como el principio de protección de la confianza legítima están orientados a la tutela jurídica del ciudadano cuando con el cambio sorpresivo e inopinado de posiciones precedentes adoptadas por el Estado resulten lesionados sus derechos e intereses particulares” (123). Y concluye:

36 Como exponentes de este planteamiento el autor cita a Marta Lucía Neme Villareal, para quien estas figuras constituyen dos maneras distintas de referirse a una misma regla emanada de la buena fe, y a Felipe Vivero de Arciniegas, quien concluye que la aplicación de la confianza legítima en el derecho público es la adecuación de la teoría de los actos propios a este campo.

37 Entre ellos cita a Javier García Luengo, quien sostiene que asimilar el principio de *venire contra factum proprium non valet* al de la protección de la confianza legítima cierra la posibilidad de que este último pueda ser aplicado en aquellas situaciones donde la confianza haya tenido como sustento un acto ilegal, pues la teoría de los actos propios exige como presupuesto que la conducta generadora de la confianza tenga validez jurídica.

Así las cosas, defendemos la tesis en virtud de la cual, el principio de protección de la confianza legítima no es más que una transmutación de la teoría de los actos propios, la cual ha sido reformulada en el marco del derecho público, con la finalidad de garantizar la cabal aplicación de los principios, valores, normas que integran el Estado social de derecho, tales como la buena fe, la seguridad jurídica, la equidad y la justicia y para contrarrestar el ejercicio arbitrario del poder por parte de las autoridades públicas.

En ese sentido, cuando hacemos referencia al principio de protección de la confianza legítima nos estamos poniendo en el propio pellejo de quien otorga la confianza, en tanto que cuando hablamos de la teoría de los actos propios y de la prohibición de contradecirlos nos estamos ubicando en la perspectiva de aquellos sujetos que con su comportamiento han propiciado la generación de dicha confianza (123-124).

En este trabajo se admite la tesis de Valbuena Hernández en el sentido de precisar que, de acuerdo a su origen y aplicación, la teoría de los actos propios corresponde a la esfera de la definición de controversias de derecho privado, mientras que la protección de la confianza legítima es una forma de aplicación de aquella en el marco del derecho público y, en síntesis, propende por la tutela jurídica de la confianza. Sin embargo, de acuerdo con el planteamiento presentado al relacionar la teoría de los actos propios con el principio de la buena fe —en cuanto mientras en esta se exige el acatamiento de la buena fe activa, en las relaciones entre particulares la protección de la confianza legítima se inscribe en el campo de la buena fe pasiva—, esta distinción resulta relevante en el desenvolvimiento del proceso judicial, especialmente frente al acceso a la jurisdicción ya por vía de acción, de excepción o de reclamo de protección de derechos fundamentales.

Por lo anterior, de acuerdo con el cometido de este trabajo, se mantendrá la distinción entre estas figuras, y más adelante, en el próximo capítulo, veremos su reconocimiento y aplicación práctica en las decisiones judiciales objeto de estudio.

3.3 Prohibición de abusar de la posición dominante como límite de la autonomía privada en las relaciones contractuales

El estudio del abuso de la posición dominante exige retrotraerse al principio del abuso del derecho que le sirve de soporte, cuyo fundamento es el artículo 95 de la Constitución, el cual al referirse a los deberes y obligaciones de los asociados

al Estado colombiano, señala que el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución implica responsabilidades, que toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes, y que son deberes de la persona y del ciudadano, entre otros: respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.

Carlos Fernández Sessarego sostiene que el abuso del derecho constituye un límite a los derechos subjetivos en tanto estos no pueden ser absolutos; al respecto expone:

El denominado “abuso del derecho”, según la generalidad de los juristas, opera como un límite impuesto al ejercicio del derecho subjetivo. La convicción de establecer un límite a los derechos subjetivos nace de la necesidad de proteger a los “otros”, con quienes entra en relación el titular de tales derechos, de actitudes egoístas y antisociales, descriptas como “anormales” o “irregulares”. Se trata de evitar que el titular de un derecho subjetivo cometa excesos al actuar sus derechos, o al no usarlos, que agraven intereses ajenos dignos de tutela jurídica, a pesar de la no existencia de una expresa norma que determine tal protección.

Debemos subrayar, en consecuencia, que lo susceptible de lesión o agravio en el caso del uso abusivo de un derecho no son aquellos intereses humanos que la ley reconoce expresamente y protege directamente a través de derechos subjetivos perfectos. Tratándose del abuso del derecho, por el contrario, lo que es objeto de lesión son intereses que no están tutelados por norma jurídica específica, sino que su protección se realiza por el juez sobre la base del principio general que considera acto ilícito *sui generis* el denominado abuso del derecho. Es una tutela de intereses dignos de protección jurídica (1992: 21-22).

Para este autor, el abuso del derecho constituye una transgresión de un genérico deber jurídico, esto es, opera como un principio general que prohíbe lesionar un interés ajeno no tutelado por un específico derecho subjetivo (142); para él, el problema del abuso del derecho se ubica en una dimensión social, y supera de este modo una visión exclusivamente individualista de este principio. Al respecto, precisa:

El acto realizado en el ejercicio de un derecho es, en principio, un acto lícito, un comportamiento permitido por la ley. Pero, a través del llamado abuso del derecho, dicho comportamiento jurídicamente admitido, se convierte en un fenómeno que consiste en el ejercicio excesivo, irregular, desconsiderado, anormal y, en cualquier caso, antisocial de un derecho subjetivo susceptible de causar daño en relación con

un interés ajeno. Es decir, sustancialmente contrario a la moral social. De este modo, no obstante sustentarse originariamente en un acto lícito, mediante una actuación socialmente inadmisibile, aquel derecho subjetivo deja de ser “un derecho” para convertirse, traspuesto cierto límite que debe ser apreciado por el juez, en un acto que ya no es lícito y con el que se incurre, más bien, en la transgresión de un deber genérico de respeto al interés de los demás. No puede perderse de vista que la solidaridad se traduce más intensamente a través de los deberes que de los derechos (142).

Por su importancia para el tema analizado, vale la pena destacar la obra de Ernesto Rengifo García, *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*,³⁸, en la cual hace un estudio del abuso del derecho desde el punto de vista constitucional; allí afirma que los criterios para caracterizar el acto abusivo deben ser los valores y principios constitucionales y que “Habrá ejercicio anormal, irregular o abusivo de derechos, cuando éste sea contrario a los valores y principios constitucionales: buena fe, solidaridad, etc.” (2004: 75-76), enfatizando en que el abuso del derecho se comete con el ejercicio del derecho o sin su ejercicio y en que este “se ocasiona cuando se afecta un interés no reconocido en una norma jurídica, porque si se afecta un interés reconocido en una norma, se estaría ante un conflicto de derechos” (76).

El mismo autor, tras aludir a la concepción de Fernández Sessarego respecto a que “el acto abusivo comienza siendo lícito, pero deviene ilícito”, concluye:

El mérito de lo expuesto consiste en el análisis desde una perspectiva no individualista, sino social en haberlo explicado en su dimensión social. Se supera así la visión exclusivamente individualista del abuso del derecho, que lo considera únicamente como un exceso en el ejercicio de un derecho subjetivo, como una pura intención de causar daño, como una desviación del derecho en su específica finalidad socioeconómica o como el ejercicio anormal del derecho subjetivo, para situarlo en

38 Inicialmente, el autor dedica un acápite de su libro a las explicaciones doctrinarias respecto del abuso del derecho. En particular, por su relevancia en el desarrollo de esta figura jurídica, se destaca la referencia que hace a la posición de Josserand, padre de la teoría funcional, según la cual “cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad; quienquiera que pretenda desviarlo de su misión social comete una culpa, delictual o cuasidelictual, un abuso del derecho, susceptible de comprometer con este motivo su responsabilidad” (citado:47). Para Josserand, todo se reduce, pues, a discernir por una parte el espíritu, la función del derecho controvertido, y por otra parte el móvil al que el titular ha obedecido en el caso concreto. Si hay concordancia, el derecho se ha ejercido correctamente; si hay discordancia, el ejercicio del derecho se convierte en abuso y es susceptible de entrar en juego la responsabilidad del agente. Así pues, según esta teoría debe existir simetría entre el motivo del titular y la finalidad del derecho ejercido; la asimetría o disconformidad entre ambos implicaría un ejercicio abusivo del derecho (2004: 47).

un campo supra-individual, social, consistente en la violación de un deber jurídico que impide lesionar un interés ajeno, no protegido por una expresa norma del ordenamiento jurídico. Y, coherente con esa postura, Fernández Sessarego califica al abuso del derecho como un acto ilícito *sui generis* para desprenderlo del campo de la responsabilidad civil y ubicarlo dentro de la teoría general del derecho (63).

Teniendo en cuenta esta visión social de la tradicional teoría del abuso del derecho, modernamente la doctrina y la jurisprudencia *iusprivatista* han dirigido su mirada a las expresiones concretas que en materia de contratación entre particulares se presentan cuando se advierte abuso por parte de uno de los contratantes, que obra prevalido de un derecho subjetivo legítimo y de la posición privilegiada que pueda tener en el negocio jurídico, derivada de su calidad de profesional en el ramo o de las restricciones que a la libre competencia en el mismo impongan la ley o el orden público. Entre estas manifestaciones se destacan las denominadas “cláusulas abusivas” y el “abuso de la posición dominante”. En este capítulo, y de acuerdo con el objeto de estudio propuesto, solo se analizará lo concerniente a la prohibición del abuso de la posición dominante, una de cuyas expresiones puede ser la inclusión de cláusulas abusivas.

Por lo que respecta al abuso de la posición dominante contractual, se tiene que por mandato constitucional, el Estado está en la obligación de impedir o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. Así, el artículo 333 de la Carta Política de Colombia, al referirse a la actividad económica y la iniciativa privada, dispone:

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.

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.³⁹

Rengifo García sostiene que el abuso de la posición dominante es una variable o modalidad del clásico abuso del derecho; específicamente, “un abuso del derecho de la iniciativa privada, del derecho de competir en el mercado, o en fin, un abuso del derecho a desarrollar actividades económicas en posición de dominio en el mercado” (2004: 369). Y añade que, técnicamente, “la posición dominante es ausencia de competencia efectiva o cuando un competidor se encuentra en la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado” (369).

Posteriormente, luego de hacer un recuento respecto de las distintas situaciones jurídicas en las que se ha concebido el abuso de la posición dominante, y en especial de la definición del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, según el cual la posición dominante es la “posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”, sostiene que lo que prohíben el artículo 333 de la Constitución y el referido decreto no es la posición dominante *per se*, sino el abuso de ella. Más adelante acota:

Consideramos que el abuso de la posición dominante no es más que un abuso del derecho más sutil y refinado o, si se quiere, un abuso del derecho redimensionado por cuanto se comete en el mercado que afecta el régimen jurídico de la libre competencia. Además, antes de que existiesen normas antimonopolio, el instrumento para evitar y censurar abusos en el mercado (aumento de precios, cláusulas de exclusividad anticompetitivas, etc.) fue, sin duda, la aplicación del principio del abuso del derecho por cuanto, en últimas, el abuso de la posición dominante no es más que una extensión o ampliación de la tradicional doctrina del abuso del derecho. El abuso de la posición dominante es, en esencia, un abuso del derecho de la competencia económica o a la iniciativa privada, es decir, un ejercicio en contra de la finalidad para la cual fueron establecidos y reconocidos esos derechos a competir en el mercado y a la libre empresa (384-385).

Concluye Rengifo García que el abuso de la posición dominante es una aplicación del abuso del derecho, pero con un criterio más amplio en la medida que la referida

39 Se agregaron las cursivas.

posición se tiene en el mercado en relación con los competidores, con proveedores o con consumidores (387).

Este trabajo no se ocupa de la protección de la libre competencia en las relaciones que surgen en el mercado; el interés está centrado en analizar lo concerniente al abuso de la posición dominante contractual; en especial, en relación con el mercado de bienes y servicios, en cuya prestación el empresario se halle en posición de dominio respecto de los usuarios de los mismos, siendo relevantes en este campo las funciones de vigilancia y control que ejercen algunos organismos del Estado, como es el caso de las superintendencias, para evitar que se configuren abusos.

En Colombia, resulta palmaria la posición privilegiada que frente a sus usuarios ostentan las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y financieros, sujetas a vigilancia y control del Estado. En ese sentido, el legislador en forma expresa hace referencia a esta categoría en las distintas normativas que regulan la prestación de tales servicios, por ejemplo, la Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios; al definir los conceptos que deben tenerse en cuenta para interpretar y aplicar dicha ley, señala que *posición dominante*, “Es la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado” (artículo 14-13).⁴⁰ Y la misma ley en su artículo 30 dispone que las normas allí contenidas *sobre contratos* “se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar; en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política; y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios”.⁴¹

Igualmente, la Ley 1328 de 2009, por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y se dictan otras disposiciones —que empezó a regir el primero de julio de 2010—, derogó el numeral 4.º del

40 Se agregaron las cursivas.

41 Se agregaron las cursivas.

artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que regulaba la debida prestación del servicio y la protección del consumidor, y sobre ese tópico, en su artículo 7.º la nueva ley señala: “Las entidades vigiladas tendrán las siguientes obligaciones especiales: [...] 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*”.⁴² La Corte Constitucional Colombiana en sentencia T-1085 de 2002 se refiere a la posición de dominio de las entidades del sector financiero frente a sus usuarios, por cuanto “son ellas quienes fijan los requisitos y condiciones de los créditos, tasas de interés, sistemas de amortización etc. Son ellas las depositarias de la confianza pública por el servicio que prestan, y sus actos gozan de la presunción de veracidad por parte de sus clientes”.⁴³

Bajo esta perspectiva, puede concluirse que el control del abuso de la posición dominante en materia contractual encuentra su mayor arraigo en el principio de la buena fe y protege especialmente al contratante que resulte ser el más débil en el negocio jurídico.

A manera de conclusión de este capítulo, puede decirse que en el medio jurídico colombiano, de modo progresivo, se ha venido abriendo paso el reconocimiento de la fuerza vinculante de los principios *venire contra factum proprium non valet*, protección de la confianza legítima y prohibición del abuso de la posición dominante contractual, como expresiones de un género amplio: el principio de la buena fe. Ello obedece principalmente a los significativos cambios que contemporáneamente ha tenido el estilo de contratación, que ha dejado de ser un producto de la autonomía de la voluntad como expresión de la libertad de los contratantes para acordar y disponer las reglas del contrato (contrato por

42 Disponía la norma derogada: “4. *Debida prestación del servicio y protección al consumidor*. 4.1 Deber general. Las instituciones sometidas al control de la Superintendencia Bancaria, en cuanto desarrollan actividades de interés público, deberán emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes a fin de que estos reciban la atención debida en el desarrollo de las relaciones contractuales que se establezcan con aquellas y, en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones. *Igualmente, en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante*”. [Se agregaron las cursivas, tanto en el texto como en esta nota].

43 Corte Constitucional. Sentencia T-1085 de 2002. Ponente: Jaime Araujo Rentería.

negociación), para llegar a la denominada contratación masiva o predispuesta, en la cual, “las partes contratantes ya no elaboran el contenido del contrato: este es predispuesto (total o parcialmente) en forma unilateral por una de ellas con anticipación a la celebración del contrato” (Soto, 2009a: 325).

A este nuevo paradigma de contratación se suma el intervencionismo que tienen los órganos del Estado en un cierto tipo de contratos relacionados con la prestación de servicios públicos y las actividades consideradas de interés público. Por consiguiente, dada la naturaleza dinámica del derecho y la concreción que del mismo se hace en los estrados judiciales, no resulta extraña la recurrente invocación de estos principios por los órganos de cierre de la jurisdicción y por el máximo Tribunal Constitucional, en la definición de controversias jurídicas suscitadas entre particulares, por ejemplo en las originadas entre las entidades prestadoras de servicios públicos y servicios públicos domiciliarios y sus usuarios.

En especial, se observa la aplicación de estos principios por parte del órgano jurisdiccional al resolver conflictos jurídicos relacionados con las actividades que la Constitución declara de interés público, como las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150, que son de interés público y solo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley (artículo 335 de la Constitución).

4. CONSECUENCIAS DEL QUEBRANTAMIENTO DE LA BUENA FE EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA CONTEMPORÁNEA



Como se indicó en los capítulos anteriores, es factible que dentro de las relaciones contractuales surgidas entre particulares se presenten tensiones entre dos principios basilares del derecho privado como son los de la autonomía privada y la buena fe. Igualmente, según quedó analizado, en la actualidad es cada vez más aceptada la fuerza vinculante de la buena fe en las manifestaciones que son materia de estudio en este trabajo: *venire contra factum proprium non valet*, protección de la confianza legítima y prohibición del abuso de la posición dominante contractual.

Partiendo de esas premisas, este capítulo se dedicará al estudio de las consecuencias jurídicas que pueden derivarse del quebrantamiento de la buena fe, especialmente en contratos de consumo o con cláusulas predispuestas, dentro de las cuales se encuentran: la ineficacia del negocio jurídico que puede presentarse en forma de inexistencia o de nulidad; la obligación de reparar los daños causados y la tutela de derechos fundamentales comprometidos.

En primer lugar, se estudiarán varios temas esenciales que allanarán el camino para la comprensión de los efectos jurídicos de la defraudación de la buena fe en la negociación privada, entre ellos: la constitucionalización de las controversias contractuales; la justicia contractual marcada por la tendencia a la protección del contratante débil; la autonomía privada frente al deber de solidaridad social y la interpretación de los contratos de acuerdo al principio de la buena fe. Además, como herramienta metodológica para estructurar esta parte del trabajo se estudiarán algunas sentencias en las cuales se identificó que la Corte

Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en sus Salas de Casación Civil y Laboral analizaron controversias jurídicas donde se evidenció la afectación del principio de la buena fe en relaciones contractuales.

4.1 Criterios jurídicos relevantes para resolver controversias contractuales por afectación del principio de la buena fe

Como punto de partida es preciso destacar, acogiendo la posición de Ospina Fernández y Ospina Acosta (2000: 84-85), que de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano un acto existe cuando en él confluyen la voluntad o el consentimiento, el objeto genérico y específico y la forma solemne prescrita por la ley; no obstante, la existencia del contrato no es suficiente para predicar su validez, calidad que puede verse afectada por circunstancias relativas a los denominados vicios del consentimiento (error, fuerza y dolo) y por defectos originados en la capacidad de los contratantes; en lesión enorme; en la ilicitud de la causa o del objeto o en la inobservancia de las formalidades legales exigibles en un negocio jurídico.

Esta premisa resulta relevante por cuanto la resolución de controversias contractuales por lo regular conlleva a la indagación respecto de la validez del negocio jurídico en general, o de algunas de sus cláusulas en particular. En el presente segmento se estudiarán algunas herramientas de análisis que pueden serle útiles al juez —como operador jurídico— al momento de decidir respecto de confrontaciones jurídicas de esta índole, bajo una perspectiva amplia que propenda por soluciones justas y equitativas, en respuesta a las vicisitudes que pueden generarse en las modernas formas de contratación.

4.1.1 Constitucionalización de las relaciones contractuales privadas. En la actualidad, dada la forma de organización del Estado Constitucional, en Colombia todo el ordenamiento jurídico se caracteriza por su permanente vinculación a los preceptos constitucionales, fenómeno que, naturalmente, involucra también al derecho privado; de allí que el giro de las relaciones entre particulares no pueda sustraerse del respeto de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y que irradian el ordenamiento jurídico, tales como la igualdad, la dignidad humana y la solidaridad.

Juan Jacobo Calderón Villegas define la constitucionalización del derecho mercantil como el proceso en virtud del cual “las cláusulas constitucionales proyectan su eficacia jurídica sobre instituciones clásicas del derecho privado y sobre las normas que lo definen y desarrollan, incidiendo en la determinación de su alcance” (2007b: 118). El mismo autor señala que el debate sobre la constitucionalización del derecho privado de los contratos se vincula de manera inescindible con el principio de la autonomía de la voluntad:

El análisis de tal principio a la luz de modelos constitucionales que, como el colombiano, (i) adscriben fuerza jurídica a la Constitución y para ello contemplan un complejo arsenal de medios e instituciones para garantizar su integridad y supremacía, (ii) adoptan un prototipo de Estado en el que las relaciones entre Sociedad y Estado se profundizan y, (iii) formulan un sistema abierto de derechos fundamentales que produce, irremediablemente, la colisión de sus exigencias, autoriza afirmar que los alcances del mismo —del principio de la autonomía de la voluntad— se ven modificados no sólo por la posibilidad de encontrarse sometido a diversas restricciones iusfundamentales —antes posiblemente ignoradas— sino también por la adscripción a su ejercicio de nuevas finalidades (2007a: 753).

En su artículo “Tutela constitucional del contrato y los límites de la libertad de contratación”, Soto Coaguila sostiene que la relación entre contrato y constitución es innegable, por lo que en el campo contractual no puede concebirse el principio de la autonomía privada y la libertad contractual como absoluto, sino que este principio, fundado en la libertad, encuentra sus límites en el orden público, en las buenas costumbres y en las normas legales de carácter imperativo; así las personas deberán tener en cuenta que “su derecho a contratar no puede ni debe vulnerar los demás derechos fundamentales y menos aún la Constitución, norma fundamental sobre la que se sustenta todo el ordenamiento jurídico” (2009b: 364).

Aunque en el primer capítulo se destinó un acápite al estudio de los límites constitucionales al principio de autonomía privada, no sobra reiterar que en la resolución de las diferencias que puedan surgir con ocasión del incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato sometidas a la jurisdicción, cobra especial importancia el principio de supremacía constitucional, por lo que no puede desconocerse el valor normativo de las normas superiores que aluden a los fines esenciales del Estado, a los principios fundamentales, derechos fundamentales y

deberes ciudadanos, cuyo respeto constituye el soporte de la consecución de un orden económico y social justo, pregonado en el preámbulo de la Constitución.

4.1.2 La justicia contractual y la protección del contratante débil. Entre los fines esenciales del Estado el artículo 2.º de la Constitución incluye los de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Igualmente, dispone que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Dicha disposición constitucional constituye un ineludible punto de partida para referirse a los temas de justicia contractual y de protección del contratante débil. Y ello es así porque, tal y como se ha resaltado en otros apartados de este trabajo, el cambio del paradigma de la contratación libremente discutida, entre contratantes que actuaban en condiciones de igualdad y cuyas estipulaciones contractuales estaban regidas fundamentalmente por el principio de la autonomía privada, ha cedido frente a modelos de contratación masiva en los cuales se echa de menos la discusión pormenorizada de las cláusulas que componen el negocio jurídico, y donde la relación no se estructura sobre la base de la igualdad, sino que uno de los contratantes tiene la prerrogativa de predisponer los términos en que ha de celebrarse la misma.

Bajo esa perspectiva, Massimo Bianca se refiere a una nueva disciplina de los contratos, que involucra el principio del “control sustancial del contrato” como regla que tutela al contratante débil, “no en razón de sus condiciones o calidades particulares, sino en razón de su sujeción al poder de reglamentación del contrato que detentan los productores y distribuidores de bienes y servicios”, y asegura que “el nuevo principio del derecho de los contratos prescribe el deber de la parte fuerte de no abusar de su poder contractual para desequilibrar, a su favor, el reglamento del contrato” (2007: 415).

Para Soto Coaguila, la contratación masiva no es un nuevo contrato típico o atípico, sino “un fenómeno jurídico que se ha constituido en una nueva forma o sistema de contratación privada y que ha surgido ante la necesidad urgente de viabilizar y agilizar el intercambio masivo de bienes y servicios a un menor costo”, por lo cual la etapa de negociación o tratativas ha sido reducida o en muchos casos eliminada (2009a: 327).

El mismo autor afirma que tanto los contratos negociados como los predispuestos se rigen por las reglas de la teoría general del contrato, y que, en tal sentido, son también aplicables a los contratos predispuestos las figuras jurídicas de la lesión, la excesiva onerosidad de la prestación, la teoría de la imprevisión, el abuso del derecho, los vicios ocultos, etc., como instituciones que tienen la finalidad de “tutelar la justicia contractual entre los particulares” (336). Sostiene, además, que el ordenamiento jurídico debe garantizar la libertad y la autonomía privada de las personas, y, en consecuencia, respetar el contenido de los contratos, pero que también “debe evitar el abuso de la contratación predispuesta y sancionar a los contratantes, que abusando de su posición jurídica de predisponer el esquema contractual perjudiquen a los contratantes más débiles”; y citando a Alterini y López Cabana, precisa que “en los contratos entre desiguales, el legislador debe proteger a la parte más débil de la relación contractual, sin distinguir si se trata de un deudor o de un acreedor”, y acota que para los citados autores, la debilidad del contratante se refiere a una inferioridad en sentido jurídico (320).

Por lo que respecta a las denominadas “cláusulas abusivas”, Soto Coaguila precisa que el término “abusivo” no está relacionado con la categoría de abuso del o de un derecho, sino que se refiere a un criterio de “excesivo”, y recalca:

En consecuencia, una cláusula es abusiva cuando en una relación contractual reporta una ventaja indiscriminada a favor de uno de los contratantes en menoscabo del otro. También son denominadas como cláusulas vejatorias porque agravan la posición de un contratante. En este orden de ideas, una cláusula será abusiva cuando en una relación contractual exista:

- a) Una desviación del principio de la buena fe contractual
- b) Una desnaturalización o desequilibrio de la relación contractual

- c) Un detrimento o perjuicio en contra del adherente al esquema contractual.
- d) Una atribución exorbitante a favor del predisponente del esquema contractual (2009a: 332).

Ahora bien, dentro de este tipo de contratación en la que solo una de las partes elabora las cláusulas que habrán de regirla, es preciso controlar que la parte predisponente no abuse de su poder de autorregulación; de allí que, en principio, deba evitarse la estipulación de cláusulas abusivas, y en el evento de que ello no se hubiere evitado, al momento de resolver las controversias suscitadas entre los contratantes el órgano jurisdiccional del Estado debe brindar soluciones que atiendan criterios de justicia, equidad y protección del contratante débil.

Frente al concepto de justicia contractual, Jorge Mosset Iturraspe propone una visión del contrato desde la óptica de equidad y justicia del caso o individualizada, en oposición a la visión del contrato desde la óptica de la justicia generalizada y abstracta, lo que supone un papel protagónico del Estado por medio de los poderes legislativo y judicial, al punto que, en su criterio, el juez actúa como “custodio de la contratación”, y el contrato “se vuelve, entonces, de obra exclusiva de los particulares en obra compartida o de creación conjunta del Estado y las partes”, y recalca: “Por medio del contrato el Estado coadyuva al logro de un orden público económico y social: un orden público de dirección, orientando la economía, y un orden público de protección, atendiendo a la situación de los débiles y pequeños” (1994: 79-80).

Para Mosset Iturraspe, la equidad constituye criterio de interpretación e integración del contrato: “La integración del contrato por la equidad significa que este principio forma parte de toda convención y hace nacer del contrato ciertas consecuencias jurídicas ajenas a la intención directa de las partes” (82). Y más adelante subraya que este tema merece especial atención en los contratos a cuyo consentimiento no se llega por la discusión sino por la adhesión o sometimiento de la parte débil o necesitada a las estipulaciones predispuestas por la contraria, porque allí la interpretación plantea serios problemas a la magistratura que solo encuentran solución recurriendo a la equidad. Al respecto, indica:

El problema no es técnico sino ético, o mejor “ético-jurídico” y está configurado por la presencia de las cláusulas “vejatorias” o “leoninas”, cláusulas inequitativas

en provecho de uno y perjuicio del otro cuya presencia se ve posibilitada por la facultad de confeccionar el contrato tipo o reglamento. [...] (84)

Como idea general pensamos que la menor presencia en tales contratos de la “voluntad común” debe ser compensada, en busca de la justicia, con una presencia más fuerte del juez en la integración del mismo. Que debe tenerse muy en cuenta la situación de “necesidad”, “inexperiencia” o “ligereza” en que pueda encontrarse el adherente pues el modo de contratar agudiza la posibilidad de aprovechamiento. Que toda oscuridad, equívocidad o duda debe interpretarse a favor del adherente (de la equivalencia o equilibrio o bien de la nulidad de la cláusula) y en contra del predisponente (86).

En Colombia, conforme al artículo 1624 del Código Civil,

No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.

Respecto de dicha disposición, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (sentencia de agosto 1/2002), señaló que constituye regla meramente subsidiaria que solo debe aplicarse en la medida que hayan fracasado los esfuerzos de interpretación realizados con base en las demás reglas contenidas en los artículos 1619 a 1623 del Código Civil, y añade la Corte que la norma del artículo 1624 del Código Civil, “además de criterio de hermenéutica, es la aplicación de tres principios: el de «*favor debitoris*» (inciso 1º) y los de «*contra stipulatorem*» (contra el predisponente) y el de no poder alegar la propia torpeza o culpa en beneficio propio (*non auditur propriam allegans turpitudinem*) (inciso 2º)”, principios estos cuya aplicación tiene una clara finalidad de protección a quien ostenta la calidad de contratante débil.⁴⁴

Se tiene, entonces, que contemporáneamente ante los conflictos jurídicos originados en contratos de adhesión, la doctrina y la jurisprudencia se inclinan por ofrecer soluciones que propendan por la protección del contratante débil, que

44 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 1 de agosto de 2002. Ponente: Jorge Santos Ballesteros.

no es otro que el adherente en los contratos masivos, ese consumidor o usuario de los bienes y servicios ofrecidos por el mercado, quien, en esa calidad, por lo general, carece de experiencia e información especializada al momento de celebrar el contrato, frente a quien, también por lo general, tiene la ventaja que le proporciona el crear las estipulaciones contractuales a las que el otro contratante debe someterse.

4.1.3 Interpretación contractual a partir del principio de la buena fe. Se reitera que el principio de la buena fe en el ordenamiento jurídico colombiano tiene expresa consagración constitucional y legal. Así, al tenor del artículo 83 de la Carta Política, “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe” y, conforme al 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 la ley pertenecen a ella”, al tiempo que el artículo 871 del Código de Comercio expresa: “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

Dado que el principio de la buena fe es un estándar de conducta social exigible a quienes hacen parte de las relaciones contractuales, no puede menos que servir también como criterio de interpretación al momento de resolver problemas jurídicos de estirpe contractual, tal y como se indicó más ampliamente en el segundo capítulo de este trabajo.

Soto Coaguila, tras hacer referencia a la interpretación de los contratos a partir del principio de la buena fe, concluye que mediante la buena fe

[...] el juez puede controlar el uso de cláusulas abusivas en los contratos predispuestos, ya que no existe buena fe en el predisponente de las cláusulas generales de contratación que incorpora condiciones que perjudican al otro contratante o desnaturalizan la relación jurídica obligatoria, limitando o exonerando, por ejemplo, su responsabilidad (2009a: 338).

El autor enfatiza que nada impide al adherente perjudicado por el contenido predispuesto del contrato solicitar al juez que, acorde con el principio de buena fe, declare nulas las cláusulas abusivas o aun todo el contrato si la cláusula constituye el núcleo del mismo.

4.1.4 Aplicación del deber de solidaridad social. La Carta Política en su artículo 1.º señala que Colombia es un Estado social de derecho, fundado 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. Por su parte el artículo 95 dispone que el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución implica responsabilidades, y entre los deberes de la persona y del ciudadano incluye “Obrar conforme al principio de solidaridad social”. Al respecto, Massimo Bianca sostiene:

En realidad, el reconocimiento de la libertad del sujeto de disponer de sus propios bienes y de comprometerse para con otros según sus propias escogencias, debe considerarse —con prescindencia de una fórmula normativa específica— un valor fundamental del ordenamiento. En el campo de las relaciones económicas este valor encuentra reconocimiento en el principio de la libertad de iniciativa (art. 41 I const.), de la que la autonomía privada es un instrumento necesario.

Por lo demás, como todas las libertades, también la negocial se inserta en un contexto de valores constitucionales jerárquicamente ordenados. En especial, la evolución en sentido social de los derechos fundamentales tiende a privilegiar la solidaridad social por sobre la libertad individual. La autonomía privada, entonces, puede y debe ser controlada para garantizar relaciones *justas* (2007: 52-53).

Como puede apreciarse, la consagración constitucional de la solidaridad como un principio fundamental del Estado y como un deber ciudadano, permite deducir la exigencia de un obrar solidario también en las relaciones contractuales, en especial en aquellas en las que por sus particularidades uno de los contratantes aparece como parte débil de la relación contractual; por lo tanto, al momento de resolver controversias jurídicas, el operador jurídico debe constatar que en el curso de la negociación se haya obrado atendiendo este caro principio constitucional.

Al respecto, Juan Carlos Rezzónico (1987: 330-332) destaca la “tendencia solidarista” del derecho privado contemporáneo:

[...] ha habido una quiebra de la tesis del predominio de la voluntad de los particulares, posición propia de la época del liberalismo e individualismo. Ese enfrascamiento económico y sociojurídico del voluntarismo ha concluido —por lo menos para una autorizada corriente doctrinaria— ante el avance del solidarismo. Afirma Santero-Passarelli que la tutela del ordenamiento está determinada por el interés concreto del titular, pero también por el *principio de solidaridad* que delimita a aquel y que debe presidir la relación para incorporarse a la sociedad sobre la base de los principios de corrección, buena fe y confianza (*affidamento*).

Estas ideas nos parecen de toda validez para el desarrollo que va alcanzando el derecho privado.

En verdad las nuevas formas de relaciones jurídicas que produce el tráfico de masa —acelerado, impersonal, basado en la utilización de fórmulas standard— exige una interpretación jurídica acorde con los cambios operados, para lo cual aquel sentido asentado en una acusada recepción de la confianza (*affidamento*) deberá ser el que presida la necesaria verificación judicial. Observando la realidad moderna ha puntualizado con acierto Nicolás que no puede maravillar el hecho de que ciertas *categorías* que parecen dotadas de un *valor acusadamente dogmático*, hayan sido superadas o estén en camino de serlo por las que representan expresiones de las *exigencias superiores de solidaridad social* que, dirigidas a tutelar los valores del individuo en sus atributos esenciales y en la afirmación de su libertad en sentido amplio, constituyen un *sistema de protección* que impide individualizar los confines actuales del derecho civil en su contenido esencial.

Todo ello puede sintetizarse diciendo que la autonomía reconocida al individuo en las codificaciones del siglo XIX como potestad de autodeterminarse para la regulación de sus intereses, se ha visto modificada por el enriquecimiento científico proveniente de nuevas formas jurídicas y de los acontecimientos económico sociales que, aun permaneciendo desde cierta perspectiva en el cuadro tradicional del derecho civil, reconocen una mayor acentuación de sus límites internos en homenaje a nuevas exigencias de solidaridad y sociabilidad afirmadas cada vez con mayor intensidad.

Los anteriores criterios se ponen de relieve para significar que el operador jurídico al momento de poner fin a controversias en las que se advierta la afectación del principio de la buena fe contractual, cuenta con herramientas que le proporciona el mismo ordenamiento jurídico mirado en su más amplia dimensión, esto es, desde su génesis constitucional, con miras a tomar decisiones que consulten criterios de justicia y equidad para la solución pacífica de los conflictos surgidos entre los asociados al Estado colombiano.

4.2 Consecuencias jurídicas del quebrantamiento del principio de la buena fe

Planteados los anteriores enunciados, es preciso ahora entrar a estudiar en forma concreta qué consecuencias jurídicas se derivan de la vulneración del principio de la buena fe en la contratación privada, de modo particular en aquellos eventos en que las partes se vincularon jurídicamente a través de un contrato con cláusulas predispuestas. Cabe entonces preguntarse si la tradicional concepción del contrato y la regulación de sus condiciones de validez previstas en el Código Civil Colombiano, en particular lo concerniente a los vicios del consentimiento, contienen las herramientas suficientes para establecer las repercusiones jurídicas del quebrantamiento de este principio en la denominada contratación masiva.

En este trabajo se sostiene que la respuesta a este cuestionamiento es negativa, por cuanto si bien la teoría general de la validez de los contratos resulta perfectamente aplicable a los contratos con cláusulas predispuestas y en general a los modelos de contratación masiva, la misma no es suficiente para definir controversias jurídicas en las cuales, en esencia, no se está frente a un caso de dolo, de fuerza o de error, que estructuren un vicio del consentimiento bajo todos los lineamientos y exigencias de configuración que la jurisprudencia y la doctrina se han encargado de sistematizar,⁴⁵ sino frente a eventos donde se deduzca la infracción a la exigencia constitucional y legal de obrar de buena fe según ese estándar de conducta honesta y leal recíproca que debe asumirse dentro de una relación de carácter contractual, bien por la inclusión de cláusulas abusivas, por el abuso de la posición dominante o por actuar en contradicción con conductas asumidas en el pasado que hubiesen generado confianza en el otro contratante.

Rezzónico considera que los conocidos y tradicionales vicios de la voluntad establecidos en el Código Civil (dolo, error y violencia) no son los medios idóneos

45 Por ejemplo, conforme al Código Civil Colombiano (arts. 1510, 1511, 1512 y 1524), el error de hecho constituye vicio de la voluntad, y por ello causal de nulidad relativa del contrato en las siguientes hipótesis: cuando recae sobre la naturaleza del acto o negocio; acerca de la identidad específica de la cosa; acerca de las calidades accidentales de la cosa; acerca de la persona con quien se tiene la intención de contratar y acerca de la causa que induce a la celebración del contrato. Sobre cada una de estas exigencias, la doctrina nacional ha elaborado amplias disertaciones con miras a determinar una serie de supuestos que deben converger en casos específicos, a efectos de establecer la real ocurrencia del error capaz de viciar el consentimiento.

para establecer la ineficacia de las cláusulas abusivas y, citando a Jean Hauser, asegura que las previsiones del Código Civil inspiradas en la concepción clásica del contrato resultan hoy insuficientes para la contratación estandarizada. Así, el autor aboga por la necesidad de utilizar recursos adecuados a la nueva realidad del “tráfico de masa”, y en ese sentido afirma:

Sostenemos que aun dentro del esquema actual del Código y frente a tan disvaliosos resultados se puede lograr el *necesario y eficaz control de contenido de CNG* [condiciones negociales generales] a través de normas abiertas como la buena fe [...] sin perjuicio de una posterior consideración legislativa que *vuelque en tipos* las conductas más frecuentes, repitiendo en el nuevo articulado —y particularizándolo en una instrumentalidad propia al sistema basado en CNG— ese principio de buena fe como luz central de un mecanismo adecuado a las desviaciones del tráfico estandarizado. Será primordial, por tanto, el tema de la *interpretación*, brindando al juez el *adecuado* medio jurídico para establecer la justicia negocial (1987: 445-446).

Planteado de este modo el asunto en cuestión, en este trabajo se sostendrá la tesis de que al momento de resolver sobre la validez de los contratos con cláusulas predispuestas celebrados entre particulares, el juez no puede estar limitado a las regladas fórmulas de estructuración de vicios del consentimiento previstas en el Código Civil, sino que ante el advenimiento del moderno Estado Constitucional y el intervencionismo de Estado en la contratación privada, es preciso dar vigor a la concepción de la función pública de administración de justicia cuyo cometido es “hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades” consagrados en la Constitución y en la Ley, “con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional” (art. 1.º, Ley 270 de 1996). De manera que la función del Juez debe estar orientada a dispensar soluciones justas a los problemas sometidos a su consideración, para lo cual cuenta con un ordenamiento jurídico que, además de las reglas que lo componen, involucra principios con suficiente valor normativo para resolver casos concretos, como lo es el principio de la buena fe, que según se indicó en capítulo precedente tiene las destacadas funciones integradora e interpretativa de los contratos.

4.2.1 Ineficacia del negocio jurídico. La presencia de cláusulas abusivas en un contrato predispuesto puede conducir a su ineficacia, esto es, que el mismo

no produzca efectos o deje de producirlos.⁴⁶ En este sentido, se configuraría la denominada ineficacia original o estructural en tanto deviene de circunstancias concomitantes a la formación del negocio jurídico y, de acuerdo con las circunstancias particulares que rodeen el asunto, la advertida ineficacia puede presentarse en forma de inexistencia o de nulidad,⁴⁷ según se refiera a aspectos que comprometan directamente los presupuestos de la existencia del contrato en sí o de alguno o algunos de sus cánones, o porque proceda de la carencia de alguno de los presupuestos de validez del negocio mismo o de algunas de sus cláusulas.

A continuación se analizarán las dos fuentes de ineficacia estructural relacionadas con el tema.

4.2.1.1 Nulidad de los contratos por la presencia de cláusulas abusivas. De conformidad con el art. 1740 del Código Civil, “Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes”, y añade la norma que la nulidad “puede ser absoluta o relativa”. Por su parte, el Código de Comercio en su art. 899 dispone que el negocio jurídico será nulo absolutamente, entre otros eventos, “cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa”, y en el art. 900 señala que será anulable (nulidad relativa) el negocio jurídico “celebrado con persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil”.

46 En el primer caso por eventos concomitantes a la formación o estructuración del negocio (ineficacia estructural u original) y, en el segundo, por circunstancias posteriores, funcionales del negocio (ineficacia funcional o sobrevenida).

47 El tema de la inexistencia del negocio jurídico no ha sido pacífico en la doctrina y jurisprudencia colombianas, entre otras cosas por la disímil regulación de la materia que se advierte entre el Código Civil y el Código de Comercio, pues mientras el primero de manera expresa solo se refiere a la nulidad de los actos jurídicos y la clasifica como absoluta y relativa (arts. 1740 y 1741), el segundo, al referirse a los fenómenos impeditivos de que el acto produzca efectos jurídicos, alude a las figuras de la ineficacia (art. 897), inexistencia (art. 898), nulidad absoluta (art. 899), anulación (art. 900) e inoponibilidad (art. 901). En este trabajo se acepta la tesis defendida por Ospina Fernández y Ospina Acosta (2000: 421-442), conforme a la cual el Código Civil colombiano “acogió la tesis doctrinaria que, con base en la distinción entre los elementos esenciales y los no esenciales de los actos jurídicos, distingue igualmente entre la *inexistencia* y la *nulidad* de dichos actos” (425), y enfatizan en que el Código Civil sí contempla expresamente la ineficacia de los actos jurídicos por inexistencia de estos y que se refiere a los casos de falta de requisitos esenciales para la existencia contemplados en el art.1501 de dicha codificación (436-437). A la anterior posición y a los argumentos de los tratadistas se podrían agregar otros, que igual sustentan el reconocimiento de la inexistencia en nuestro estatuto civil, en tanto a veces el código se refiere a los actos o negocios jurídicos que, ante la carencia de determinados requisitos o elementos, no producen efectos o no surgen a la vida jurídica, como son los casos contemplados en los arts.1611, 1760, 1857 y 1870.

A su turno, el art. 902 del Código de Comercio señala que “la nulidad parcial del negocio jurídico, o la nulidad de alguna de sus cláusulas, sólo acarreará la nulidad de todo el negocio cuando aparezca que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de nulidad”. Así, el vicio en el que se incurra por la inclusión en el contrato de una o varias cláusulas abusivas puede acarrear la nulidad de todo el negocio jurídico o de una parte de este, según sea la trascendencia de aquella, teniendo en cuenta que la opción de la declaratoria de nulidad parcial propende por la defensa del principio de conservación del contrato y del respeto por la autonomía de la voluntad plasmada en el contrato.

Sobre el fundamento jurídico de la nulidad, Fernando Hinestrosa (2007: 915-916) sostiene que si bien los negocios jurídicos son el instrumento con que cuentan los particulares para disponer de sus intereses, dentro de un sistema político y económico basado en la iniciativa privada, el ordenamiento no otorga ni reconoce a los individuos un poder ilimitado o arbitrario,

[...] sino que somete el reconocimiento de la disposición particular al lleno de ciertos requisitos de variada índole, los generales, indispensables a todos los negocios, otros singulares, prescritos en atención a la naturaleza propia de ciertas categorías, otros, en fin, que obedecen a la necesidad de proteger a individuos o sectores o clases, que el Estado de siempre o al compás de la sensibilidad social de la comunidad estima que deben ser asistidos más intensa y precisamente.

Y recalca el autor que la invalidez del negocio es la reacción negativa del ordenamiento “frente a determinadas transgresiones de normas fundamentales, imperativas, llamadas a encauzar el ejercicio de la autonomía privada, que se expresan en la exigencia de llenar ciertos requisitos o de cumplir ciertos trámites, o en la prohibición de determinadas actividades o giros o estipulaciones” (915).

De acuerdo con los fines propuestos en este trabajo, este apartado solo se ocupará de la figura de la nulidad, poniendo de relieve el alcance total o parcial que el vicio pueda generar respecto del negocio jurídico predispuesto.

En efecto, tratándose de contratos con cláusulas predispuestas, la estipulación de cláusulas abusivas es sancionada generalmente con nulidad. Al respecto, Soto

Coaguila (2009a: 333) afirma que la nulidad puede afectar tanto al contrato en su totalidad como a una cláusula concreta, y que la determinación finalmente corresponderá al juez, pero a solicitud de la parte contratante afectada con la cláusula abusiva. Con respecto al control judicial sobre estas, el autor señala que los jueces ejercen un control *ex post*, mediante el cual pueden declarar la nulidad o ineficacia de determinadas cláusulas abusivas (338).

José Luis De Los Mozos (1987: 591-592) se refiere a la nulidad parcial como aquella que “no opera sobre todo el negocio, sino sobre una cláusula o elemento del mismo” (591), y afirma que esta figura responde al principio de “conservación de la voluntad negocial y se halla inspirada en la regla romana, «*utile per inutile non vitiatur*»”. Igualmente, tras aludir a algunas normas del ordenamiento jurídico español en las que se aplica la referida regla romanista, expone que en esos casos “juega la idea de la *doble tipicidad* del negocio, o de la multiplicidad de su *contenido* frente a la unidad de su *instrumento*, o finalmente la consideración de la independencia de sus diversos *elementos* o *efectos*” (292). Y añade que en otros códigos modernos se aprecia un nuevo concepto de nulidad parcial que se aparta de la citada regla romana,

[...] disponiendo que la nulidad parcial de un negocio o la nulidad de cualquiera de sus cláusulas, supone la nulidad total del mismo cuando resulte que los contratantes no lo hubieran efectuado sin aquella parte de su contenido que resulte viciada. Se trata aquí, pues, de valorar la *voluntad contraria* de las partes a que se produzca solamente la nulidad parcial (593).

En materia de prestación de servicios públicos domiciliarios, el legislador colombiano en el artículo 133 de la Ley 142 de 1993 incluye una presunción de abuso de la posición dominante respecto de la empresa prestadora de tales servicios, cuando quiera que se incluyan cláusulas del contenido que la misma norma señala, las cuales se avendrían a los ya reseñados criterios de las denominadas cláusulas abusivas, tales como “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”, “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 éste o a fuerza mayor o caso fortuito” y “Las que imponen al suscriptor o usuario una renuncia anticipada a cualquiera de los derechos que el contrato le concede”, entre muchas otras.

La sanción por contravenir esos preceptos no es otra que la nulidad, pues la misma norma dispone que si *se anula* una de tales cláusulas, “conservarán, sin embargo, su validez todas las demás que no hayan sido objeto de la misma sanción”, de donde se deduce que la infracción a la prohibición del abuso de la posición dominante en estos eventos no compromete la validez del contrato en general, sino únicamente de la cláusula abusiva, a menos, claro está, que se deduzca la hipótesis contenida en el citado artículo 902 del Código de Comercio, conforme al cual la nulidad de alguna cláusula del negocio jurídico solo acarreará la nulidad de todo el negocio cuando aparezca que las partes no lo habrían celebrado sin esa estipulación.

4.2.1.2 Nulidad relativa del contrato de seguro por reticencia. En el segundo capítulo de este trabajo se estudió que la reticencia en el contrato de seguro puede calificarse como dolo omisivo y que, en palabras de Francesco Galgano, “El dolo omisivo deberá considerarse causa de anulabilidad del contrato cada vez que, tenidas en consideración las circunstancias, deba entenderse que el contratante tenía la obligación de informar a la otra parte” (1992: 308). En Colombia, en materia de contrato de seguros, el Código de Comercio en su art. 1058 sanciona con *nulidad relativa* la reticencia, al disponer:

El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. *La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro.*

Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo.⁴⁸

48 Se agregaron las cursivas.

Al analizar la constitucionalidad de esta disposición, la Corte Constitucional en la sentencia C-232 de 1997 sostuvo que el conjunto normativo integrado por los artículos 1058 y 1059 del Código de Comercio prevé, en lo atinente a los efectos de las nulidades declaradas, una solución diferente a la adoptada por el art. 1746 del Código Civil; al mismo tiempo presentó una comparación entre la reticencia y el error que vicia el consentimiento, para concluir que la regulación contenida en la norma demandada es mucho más severa que la que resulta de los vicios del consentimiento; concretamente señaló:

Pues bien, de conformidad con la interpretación del artículo 1058 del Código de Comercio, es claro que en el contrato de seguro, salvo lo dispuesto para los errores inculpables, el legislador, en lo que se refiere a la anulabilidad del negocio, consagró un tratamiento especial, más severo, de los vicios del consentimiento del asegurador, causados por las reticencias o inexactitudes culposas o dolosas del tomador en la declaración del estado del riesgo.

En efecto, el hecho de que, salvo el caso de omisiones o imprecisiones inculpables, las reticencias o inexactitudes sobre el estado del riesgo, dolosas o culposas, conducen, por regla general, a la nulidad relativa del seguro, no sólo cuando, de haberlas conocido, el asegurador habría podido abstenerse de contratar, sino también cuando habría contratado en condiciones más onerosas, demuestra que en materia de seguros, la ley comercial se separó de la reglamentación común sobre nulidad relativa por error accidental en la calidad del objeto, contemplada en el inciso segundo del artículo 1511 del Código Civil. [...]

La posibilidad de rescindir el contrato según el inciso 2o. del artículo 1511 del Código Civil, se amplió para los aseguradores, según las voces del artículo 1058 del Código de Comercio, pues esta norma, a diferencia del derecho civil, *incluyó también, como causal de nulidad relativa, el error derivado de las reticencias o inexactitudes que impidieron que el aseguramiento se estipulara en condiciones más onerosas para el tomador.*⁴⁹

Por otra parte, para deducir la constitucionalidad del demandado artículo 1058 del Código de Comercio, la Corte expuso, entre otros argumentos:

49 Corte Constitucional. Sentencia C-232 de 1997. Ponente: Jorge Arango Mejía. [se agregaron las cursivas].

En consecuencia, como al asegurador no se le puede exigir que inspeccione toda la masa de riesgos que contractualmente asume, debe reconocerse que él contrae sus obligaciones, en la mayoría de los casos, solamente con base en el dicho del tomador. Esta particular situación, consistente en quedar a la merced de la declaración de la contraparte y contratar, generalmente, en virtud de su sola palabra, es especial y distinta de la que se da en otros tipos contractuales, y origina una de las características clásicas del seguro: la de ser un contrato de uberrima buena fe.

Aseverar que el contrato de seguro es *uberrimae bona fidei contractus*, significa, ni más ni menos, sostener que en él no bastan simplemente la diligencia, el decoro y la honestidad comúnmente requeridos en todos los contratos, sino que exige que estas conductas se manifiesten con la máxima calidad, esto es, llevadas al extremo. [...]

Naturalmente, la necesidad de que el contrato de seguro se celebre con esta buena fe calificada, vincula por igual al tomador y al asegurador. Sin embargo, la Corporación centra su interés en la carga de información precontractual que corresponde al tomador, pues es en relación con ésta que pueden surgir las nulidades relativas contempladas en el artículo 1058 del Código de Comercio.

Ya por lo que respecta al régimen de nulidad consagrado en la citada norma, afirmó la corporación que, cuando a pesar de la infidelidad del tomador a su deber de declarar sinceramente todas las circunstancias relevantes que constituyen el estado del riesgo, de buena fe se le ha expedido una póliza de seguro, “*la obligación asegurativa está fundada en el error y, por tanto, es justo que, tarde o temprano, por intermedio de la rescisión, anulabilidad o nulidad relativa, salga del ámbito jurídico*”.⁵⁰

Estas apreciaciones permiten concluir que frente a la vulneración del principio de buena fe en el contrato de seguro, no es necesario acudir a las normas generales del Código Civil que regulan la institución de los vicios del consentimiento, sino que por expresa disposición de la normativa mercantil, la reticencia o inexactitud en este tipo de contratos es sancionada con nulidad relativa.

4.2.1.3 Ineficacia de las cláusulas abusivas por inexistencia. Prescindiendo de las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales sobre la figura de la inexistencia del negocio jurídico en el derecho civil colombiano, por cuanto una discusión

50 Se agregaron las cursivas.

dogmática al respecto resulta ajena a los objetivos de este trabajo, se parte de un supuesto básico: pese a que el Código Civil no se refiere expresamente a esta figura, la inexistencia de un negocio jurídico o de alguna o algunas de las cláusulas que lo integran deviene de la falta de uno de sus elementos esenciales (Ospina Fernández y Ospina Acosta, 2000: 436), y en ese sentido la inexistencia es la “forma más absoluta de la ineficacia jurídica” (José Luis De los Mozos, 1987: 148).⁵¹

El Código de Comercio de Colombia en sus artículos 897 y 898 alude de manera expresa a las figuras de la ineficacia y la inexistencia. En efecto, al tenor del artículo 898, “Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales”; y el art. 897 dispone: “Cuando en este código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”. Por su pertinencia, vale la pena mencionar la recopilación referida por Jorge Suescún Melo (2003: 86-87) respecto a las expresiones que utiliza la normativa mercantil para referirse a la ineficacia de un determinado convenio o acuerdo, así: “se tendrá por no escrito” (arts. 150, 198, 200, 318, 407, 501 y 678); “no producirá efecto alguno” (arts. 297, 524, 1005, 1055 y 1203); “no surtirá efecto alguno” (arts. 433 y 1244), y “carece de toda eficacia” (art. 435). No obstante, el mismo autor afirma que en las distintas normas que aluden a ese efecto, es posible encontrar algunas que darían lugar a nulidades absolutas por objeto ilícito, por referirse a convenios prohibidos, o porque pertenecen al campo de la oponibilidad y de la inexistencia (87-90).

51 Al respecto debe tenerse en cuenta lo normado en los arts. 1501 y 1502 del Código Civil Colombiano: “Artículo 1501. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la *esencia* de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la *naturaleza* de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son *accidentales* a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

“Artículo 1502. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1. que sea legalmente capaz; 2. que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. que recaiga sobre un objeto lícito; 4. que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra” [Se agregaron las cursivas].

Sin embargo, ni el Código Civil ni el Código de Comercio hacen referencia a los efectos jurídicos que las denominadas cláusulas abusivas puedan generar en el negocio jurídico.

Ahora bien, aunque para el momento en que se escribe este trabajo, en Colombia no existe un estatuto del consumidor que de manera pormenorizada regule la protección del contratante débil en los contratos de adhesión, teniendo en cuenta que muchas actividades relacionadas con la prestación de servicios están sometidas a vigilancia y control estatal, paulatinamente el legislador ha expedido leyes que regulan materias específicas y que incluyen normas de protección del consumidor. Entre ellas está la Ley 142 de 1994, que regula la prestación de servicios públicos domiciliarios y de manera expresa consagra disposiciones encaminadas a controlar acciones que configuran abuso de la posición dominante, tal y como quedó expuesto anteriormente.

De igual manera, la Ley 1328 de 2009, por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones, incluye un régimen de protección al consumidor financiero, y anuncia que tiene por objeto “establecer los principios y reglas que rigen la protección de los consumidores financieros en las relaciones entre éstos y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia”, y en su art. 11 regula la prohibición de utilización de cláusulas abusivas en contratos de adhesión;⁵² y a manera de sanción por contrariar tales preceptos, en su parágrafo indica que *“cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero”*. La misma ley en su artículo 7.º dentro de las obligaciones especiales de las entidades vigiladas consagra la de *“Abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a*

52 “Aquellas que: a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros. b) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero. c) Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones. d) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero. e) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia”.

un abuso de posición dominante contractual".⁵³ Indudablemente dicha normativa comporta una barrera contra el abuso de la posición dominante propia de las entidades que prestan sus servicios en ese ramo frente a sus usuarios, y presenta un claro ejemplo de la sanción de ineficacia por inexistencia de las cláusulas abusivas, cuya consagración legal en materia de protección del consumidor financiero resulta bastante alentadora y permite inferir que el legislador colombiano está tomando en consideración la tendencia contemporánea a la protección del contratante adherente, que resulta ser el más débil en la relación contractual.

4.2.2 Efectos indemnizatorios. La obligación de reparar los daños causados por la vulneración del principio de la buena fe contractual se enmarca en el principio general de la responsabilidad civil consagrado en el artículo 2341 del Código Civil, según el cual "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"; y como es sabido, la obligación indemnizatoria derivada de la responsabilidad civil contractual supone que se acredite la existencia de un contrato del cual surgieron obligaciones expresamente pactadas por las partes, o implícitamente contenidas en él de acuerdo con su naturaleza, seguida del incumplimiento imputable a uno de los contratantes que le ocasiona daño al otro.

Suescún Melo (2003: 260) sostiene que para obtener la indemnización correspondiente es necesario que

[...] el demandante acreedor pruebe la existencia del contrato y de la obligación a cargo del demandado; que demuestre igualmente su incumplimiento, si ello es posible, o, en caso contrario, que simplemente lo alegue y que demuestre que se le causó un perjuicio cierto, directo, previsible y acredite su cuantía (2003: 260).

Galgano (1992: 468-469) afirma que, por lo general, la violación del deber de buena fe comporta la obligación de resarcir el daño que se ha causado a la otra parte, pero también puede comportar consecuencias distintas que pueden valorarse como "una especie de ejecución en forma específica del deber de buena fe", y

53 Se agregaron las cursivas.

alude a eventos en que la sanción puede consistir en la eficacia del contrato que produce efectos frente a quien pudo haber obrado de mala fe, aun pendiente la verificación de una condición suspensiva.

Ahora bien, aunque la teoría de la responsabilidad civil contractual se aplica en general a las controversias de esa índole, en este apartado únicamente se mirará el caso de la responsabilidad frente a consumidores o usuarios de bienes y servicios, por razones de la delimitación del objeto de estudio propuesto.

La Carta Política de Colombia en su art. 78 señala que serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la “producción y comercialización de bienes y servicios atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios”, disposición que consagra una verdadera obligación de seguridad a cargo de aquellos y a favor de los consumidores y usuarios de dichos bienes y servicios. En dicha responsabilidad es factible incurrir por violación de las reglas generales de conducta que emanan del principio de la buena fe contractual, que, como se indicó en el capítulo segundo, no se agota en la ejecución de la obligación principal, sino que abarca otras obligaciones accesorias que la complementan.

En efecto, dentro de los deberes secundarios de conducta respecto de los contratos de comercialización de bienes y servicios, la doctrina incluye el deber de garantía al consumidor o usuario, impuesto a los productores y proveedores de bienes y servicios. Los Stiglitz plantean que el deber de seguridad o garantía impone a los productores y proveedores observar una conducta de tal modo que las prestaciones a su cargo no lleguen a producir perjuicio alguno a la persona o bienes del consumidor o usuario, y tras hacer referencia a la expresa consagración normativa de ese deber en la legislación argentina, se enfatiza:

Pero aun en los casos en que no se ofrecen, al consumidor o usuario de bienes y servicios, garantía expresas, es hoy indiscutido que en nuestro ordenamiento jurídico positivo rige una obligación tácita de seguridad o garantía sobre el fabricante-vendedor de productos, por los daños que él pueda ocasionar al consumidor, con sustento en el principio de la buena fe [...]

Este deber accesorio de garantía es considerado un reflejo del deber genérico extracontractual de “no dañar” (“*alterum non laedere*”) en la órbita contractual.

Se trata de un deber de resultado o fines, de manera que supone una presunción de responsabilidad, aplicación de los factores objetivos de atribución. De allí que la exoneración de responsabilidad está condicionada a la incidencia de un factor extraño a la conducta del empresario (1994: 481).

Respecto de la responsabilidad por productos defectuosos, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la misma obedece a un deber de seguridad que comporta una obligación de resultado, cuyo incumplimiento impone a los responsables el deber de reparar el daño causado al consumidor o usuario. En ese sentido, en providencia de abril 30 de 2009, señaló:

Y si bien el contenido del deber de seguridad puede ser variable, habida cuenta que en ocasiones, quizás las menos, corresponde, simplemente, a un deber de prudencia y diligencia encaminado a evitar la ocurrencia de algún incidente que lesione a otro, de modo que el acreedor asume la carga de probar la negligencia del deudor, en otras oportunidades, que cada vez son más, tiene el carácter de una obligación de resultado, en cuyo caso el deudor se compromete a evitar que el acreedor sufra cualquier accidente que lesione su persona o sus bienes, salvo, claro está, que el daño obedezca a una causa extraña. Si bien, se decía, el deber de seguridad puede tener cualquiera de esas dos connotaciones, lo cierto es que, dadas las condiciones de inferioridad en las que se encuentra el consumidor, la asimetría de la relación que lo une con el productor, la superioridad económica de éste, la particular protección que en su favor estructura el ordenamiento, entre una muchedumbre de razones, en la hipótesis en estudio, a juicio de esta Corporación, adquiere la entidad de una evidente obligación de resultado, cuyo incumplimiento impone a fabricantes y comercializadores **el deber ineludible de resarcir el daño** padecido por el consumidor, a menos claro está, que demuestren que éste sobrevino por causa de **un hecho extraño** que, en cuanto tal, disloca el nexo causal entre la defectuosidad del producto y el perjuicio recibido por éste.⁵⁴

El Decreto 3466 de 1982, conocido como el Estatuto del Consumidor, consagra una serie de normas referidas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, así como a la responsabilidad de los productores, expendedores y proveedores. Este Decreto regula la llamada “garantía mínima presunta”, indicando que se

54 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de abril de 2009. Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena. (El subrayado y las negrillas son del original).

entiende pactada en todos los contratos de compraventa y prestación de servicios la obligación a cargo del productor de

[...] garantizar plenamente las condiciones de calidad e idoneidad señaladas en el registro o en la licencia correspondiente, con las adecuaciones derivadas de la oficialización de normas técnicas o de la modificación del registro, así como las condiciones de calidad e idoneidad correspondientes a las normas técnicas oficializadas, aunque el bien o servicio no haya sido objeto de registro.

Y añade la norma que ante los consumidores, la responsabilidad por la garantía mínima presunta de que trata este artículo “recae directamente en los proveedores o expendedores, sin perjuicio de que estos puedan, a su turno, exigir el cumplimiento de dicha garantía mínima a sus proveedores o expendedores, sean o no productores”. El artículo 29 del mismo decreto regula cómo puede hacerse efectiva dicha garantía, así:

En caso de incumplimiento total o parcial de la garantía mínima presunta o de las demás garantías de un bien o servicio, el consumidor afectado podrá solicitar que se obligue al proveedor o expendedor respectivo a hacer efectiva la garantía o garantías o, si fuere procedente de acuerdo con el artículo 13° del presente decreto, a cambiar el bien por otro o, si se manifestare que se desea desistir de la compraventa del bien o de la obtención del servicio, a reintegrar el precio pagado por el bien o servicio. *En todo caso se podrá también solicitar la indemnización de los daños y perjuicios a que hubiere lugar.*⁵⁵

Se colige que estas disposiciones legitiman de manera general a los usuarios o consumidores para exigir la indemnización de los perjuicios que llegaren a sufrir con ocasión del incumplimiento de las garantías de los bienes o servicios a los que accedan. Ya por lo que concierne a la prueba de los perjuicios y a su cuantificación, en los procesos judiciales se deben atender los criterios generales de carga de la prueba y, acreditada la estructuración del daño resarcible, el juez deberá dar aplicación al principio de reparación integral previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, conforme al cual “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, *la valoración de daños irrogados a las*

55 Se agregaron las cursivas.

*personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales ”.*⁵⁶

Respecto de los daños derivados de la defraudación de la confianza legítima y de la prohibición de actuar contra los actos propios, en principio podría pensarse que el resarcimiento de quien resultó víctima de una conducta contractual o extracontractual violatoria de la confianza depositada en el otro contratante, se concretaría en la restauración de la situación que originariamente generó confianza en él. Sin embargo, es posible que ello no sea suficiente, si a consecuencia de la conducta asumida por el co-contratante, se le irrogó de algún modo perjuicios a quien vio menoscabada su confianza, o si por el transcurso del tiempo o cualquiera otra circunstancia no fuera posible retrotraer la actuación.

En tales condiciones, se estima que, en términos generales, la afrenta contra la confianza legítima en relaciones surgidas entre particulares perfectamente puede ser fuente de causación de perjuicios resarcibles, de donde se abriría paso la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad civil que imponen a quien causa un daño el deber jurídico de repararlo (art. 2341 del Código Civil), así como las referidas a la carga de la prueba, en tanto señalan que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta (art. 1757 del Código Civil), y que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (art. 177 del Código de Procedimiento Civil), y dentro del proceso jurisdiccional será el juez quien determine si se acreditó o no la estructuración de perjuicios y, en caso afirmativo, las indemnizaciones a que hubiere lugar.

Por lo que atañe a la afrenta a la prohibición de actuar contra los actos propios, resulta pertinente citar a Rubén Stiglitz (1994a: 506-507), quien se refiere a las manifestaciones procesales de este principio como medio de defensa encaminado a que se desestimen las pretensiones de un contratante que acude al proceso contradiciendo dicha prohibición; al respecto señala:

56 Se agregaron las cursivas.

Si nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, y si la demanda que porta la pretensión muestra, sin embargo, que lo que en ella se afirma ha girado en redondo y en autocontradicción con lo que extraprocesalmente antes el ahora actor había conformado, es obvio que el legitimado pasivo tendrá la facultad de oponerse por medio de la neutralización o bloqueo de la procedencia de esa demanda, mediante la deducción, en la contestación, de una defensa sustancial más que procesal, destinada a que el juez en la decisión en el mérito desestime el reclamo.

Se comparte plenamente el planteamiento de Stiglitz, pero vale la pena añadir que además del ejercicio del derecho de defensa por medio de la proposición de excepciones de fondo encaminadas a que sean desestimadas las pretensiones de quien actuó contradiciendo conductas asumidas en el pasado, también es factible acudir a la jurisdicción por vía de acción para reclamar la indemnización de los perjuicios que hubiere podido sufrir un contratante ante la inobservancia de la prohibición de actuar contra los actos propios asumida por la otra parte en el negocio jurídico.⁵⁷ En tal evento, serían aplicables los mismos supuestos referidos a la demostración de los elementos de la responsabilidad contractual y a la carga probatoria, señalados en líneas precedentes respecto del reclamo indemnizatorio generado en la defraudación de la confianza legítima.

4.2.3 La tutela de derechos fundamentales comprometidos por la violación del principio de la buena fe. Al efectuar la revisión de los pronunciamientos judiciales relacionados con la protección del principio de la buena fe contractual, en sus expresiones de confianza legítima, prohibición de actuar contra los actos propios y prohibición del abuso de la posición dominante, se halló un significativo número de providencias emanadas de la Corte Constitucional mediante las cuales se protegieron derechos fundamentales de los ciudadanos que, en ejercicio de la acción de tutela, acudieron a la jurisdicción en busca de amparo. Básicamente, se pudo constatar la protección de los derechos fundamentales al debido proceso (T-340/2005, T-1085/2002, SU 250/1998), la personalidad jurídica (SU157/1999), la igualdad (T-295/1999), la educación (T-202/2000), al mínimo vital (T-566/2009), de petición (T-661/2001) y al trabajo (T-375/1997), entre otras sentencias.

57 Alterini y López Cabana sostienen que la regla de *venire contra factum proprium* “es invocable tanto como excepción o defensa, cuanto para fundar en ella la existencia de un derecho”, y además sostienen que dicha regla es aplicable de oficio por los jueces (1995: 46).

Así, por ejemplo, en sentencia T-566 de agosto 6 de 2009, en un caso de negativa del Instituto de Seguro Social a reconocer un derecho pensional, la Corte Constitucional, para tutelar los derechos fundamentales al debido proceso y al mínimo vital, aplicó el principio de la buena fe aduciendo su “dimensión de confianza legítima”, en los siguientes términos:

De la situación fáctica descrita, la Sala advierte que el Instituto de Seguros Sociales también vulneró el derecho fundamental al debido proceso del accionante, al desconocer el principio de confianza legítima, como quiera que durante 10 años permitió que efectuara cotizaciones al Sistema General de Pensiones, sin objetarlas ni rechazarlas, generando en él la expectativa fundada, y la convicción, de que una vez acumulara el número mínimo de semanas exigidas para consolidar la pensión de vejez, ésta sería reconocida por la entidad.

Por esa razón, a la luz de las consideraciones recientemente expresadas, la Corte advierte que el accionante tenía una expectativa seria y fundada, en que consolidaría su derecho a la pensión una vez reuniera el número mínimo de semanas requeridas para el efecto, como quiera que renunció a la indemnización sustitutiva, nunca la reclamó, y además, cotizó 10 años adicionales, sin que el Instituto de Seguros Sociales se pronunciara para objetar o rechazar tal conducta.⁵⁸

Igualmente, en sentencia T-202 de febrero 28 de 2000, la Corte Constitucional tuteló el derecho a la educación en un caso de una estudiante a quien le fue revocado el beneficio de una beca, porque consideró que la accionada vulneró el principio de confianza legítima; al respecto sostuvo:

Observa la Sala, que en el caso sub lite, al accionante se le otorgó una beca, que no puede ser suspendida, unilateralmente, sino conforme a las causas o motivos plasmados en el negocio jurídico celebrado por las partes, pues, recuérdese que al tenor de lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil, el contrato es ley para las partes y no puede ser invalidado sino por causas legales o por mutuo consentimiento. Por lo tanto, para la Corporación es claro que no habiéndose declarado nulo el mismo, éste tiene plenos efectos y por lo mismo obliga al pago de las prestaciones en él estipuladas, hasta tanto, las partes de común acuerdo o el juez ordinario no dispongan lo contrario. Luego, *ha de concluirse, que la suspensión*

58 Corte Constitucional. Sentencia T-566 de 2009. Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo [se agregaron las cursivas].

*de las obligaciones de hacer y de dar por parte de Comfenalco, constituyen un comportamiento violatorio del principio de la confianza legítima y de la buena fe que se presume en la celebración de todo negocio jurídico civil o comercial (art. 83 C.N); que esta Corte no puede aceptar, sino hasta cuando el juez ordinario se pronuncie ordenando su nulidad o invalidez sobre la base de que éste carece de causa o de objeto lícito, o las partes contratantes así lo decidan.*⁵⁹

Así, en diversas oportunidades la Corte Constitucional ha brindado protección a los derechos fundamentales invocados, aun frente a contratos celebrados con organizaciones privadas, por haber deducido la procedibilidad de la acción de tutela contra particulares cuando el afectado se encuentra en condiciones de indefensión o subordinación frente a aquellas.⁶⁰

Quedan entonces sentadas algunas premisas generales referidas a los efectos jurídicos del quebrantamiento de la buena fe en las relaciones contractuales. A continuación, para finalizar este capítulo, se reseñarán varias providencias en las cuales se abordó el análisis de temas que guardan estrecha relación con el objeto de este trabajo.

4.3 Algunos casos de aplicación de criterios jurídicos relacionados con la garantía del principio de la buena fe

En este segmento final se procede a relacionar varias providencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia (salas de casación civil y laboral) y por la Corte Constitucional en las que se resolvieron asuntos con soporte en el valor vinculante del principio de la buena fe y aplicando en forma concreta criterios interpretativos que se enraízan en dicho principio.

Conviene destacar que no se efectuará aquí un análisis crítico de las providencias seleccionadas, puesto que el interés de este acápite se centra en la referencia a casos concretos como una herramienta metodológica, para efectos de ejemplificar de qué manera se han resuelto controversias jurídicas en las cuales se advierte la

59 Corte Constitucional. Sentencia T-202 de 2000. Ponente: Fabio Morón Díaz [se agregaron las cursivas].

60 Al respecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-083 de 2003, T-1091 de 2005 y T-323 de 2003.

pugna entre los principios de autonomía privada y de buena fe, y en qué medida la jurisprudencia le ha dado relevancia a este último principio al momento de resolver conflictos suscitados en torno al cumplimiento de relaciones contractuales en las modernas formas de contratación, caracterizadas en gran medida por los modelos de negociación en masa, cláusulas predispuestas, contratantes que se hallan en posición privilegiada frente a los consumidores y por el manejo asimétrico de la información, entre otras.

Entonces, por su relevancia para la materia objeto de estudio, se presenta en forma sintética el contenido de las providencias seleccionadas, procurando dar cuenta del tema controvertido, de las decisiones adoptadas en las distintas instancias de conocimiento de la jurisdicción y, finalmente, del análisis que frente a los distintos casos efectuaron las máximas autoridades de la Rama Judicial.

4.3.1 Asimetría en el manejo de la información y deber de brindar información completa a cargo de los profesionales

Corporación: Laboral	Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación
Magistrado Ponente:	Eduardo López Villegas
Fecha:	9 de septiembre de 2008
Radicación:	Expediente No. 31989.
Demandante:	Juan Rafael Vargas Jaramillo
Demandado:	Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías-Porvenir S.A.

4.3.1.1 Descripción de la situación fáctica. El actor formuló su demanda en contra de Porvenir S.A., con el fin de que se declarara la nulidad de su traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad y se condenara a la demandada al pago de los perjuicios causados. Afirmó que prestó servicios a distintas entidades públicas, cumplió 55 años de edad el 22 de abril de 1996 y veinte años de servicios el 14 de septiembre de 1996; es decir, en

esta última fecha reunió los requisitos para adquirir el status de pensionado. Fue visitado por un promotor de ventas dependiente de la demandada, quien a través de engaños lo indujo a error para que se trasladara de régimen con la promesa de que en esa administradora su pensión sería muy superior a la que le correspondería en el régimen de prima media. Sin embargo, al solicitar su pensión esta le fue reconocida en una cantidad de apenas el 50% de lo prometido.

La demandada se opuso a las pretensiones. Mediante sentencia de primera instancia se absolvió a Porvenir S.A. de todos los cargos, decisión que fue confirmada en segunda instancia, entre otros argumentos, porque el actor de manera libre, espontánea y sin presiones, se afilió al fondo demandado, sin dejar constancia de constreñimiento, y para aspirar a un mejor derecho pensional, voluntariamente prefirió el régimen de ahorro individual.

4.3.1.2 Decisión de la Sala de Casación Laboral. La Corte declaró la nulidad del primer traslado del actor al régimen de ahorro individual y condenó a la demandada a trasladar a la administradora del régimen de prima media los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, sin descuento por el pago de las mesadas pensionales que se hubieren efectuado. Para decidir de ese modo, la Corte tomó en consideración varios argumentos que resultan relevantes en la temática materia de análisis. Veamos:

4.3.1.2.1 Vulneración de la obligación secundaria de conducta de suministrar información completa. Señaló la Corte que la doctrina ha elaborado un conjunto de obligaciones especiales que emanan de la buena fe, para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como las administradoras de pensiones, entre ellas, *el deber de información que debe comprender todas las etapas del proceso*, “desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional”. Concluye que en el caso analizado la administradora faltó a su deber de proporcionar una información completa, adecuada, suficiente y cierta para el traslado del demandante, puesto que la información suministrada fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por el cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con

la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora *siendo este su deber*. Se precisó que la entidad incumplió su deber de información al plantear el valor de una eventual pensión a los sesenta años,

[...] sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

4.3.1.2.2 Deberes de las administradoras de pensiones como fiduciarias que prestan un servicio público. Señala la Corte que las administradoras de pensiones para fungir como tales deben estar autorizadas; ellas hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad fiduciaria y *“han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social”*.⁶¹ Añade que siendo las administradoras de pensiones en esencia fiduciarias del servicio público de pensiones, su comportamiento y determinaciones

[...] deben estar orientadas no sólo a alcanzar sus propias metas de crecimiento y beneficio, *sino a satisfacer de la mejor manera el interés colectivo* que se realiza en cada persona que queda desprotegida por haberse cernido sobre sí una enfermedad o trauma que lo deja inválido, o la muerte sobre el miembro de la familia del cual depende, o sobre su afiliado cuando le llega el momento de su retiro de la vida productiva por imposición o disfrute de la vejez.⁶²

4.3.1.2.3 La responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional. Tras resaltar que la razón de la existencia de las Administradoras es la necesidad del sistema de actuar “mediante instituciones especializadas e

61 Se agregaron las cursivas.

62 Se agregaron las cursivas.

idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura”, la Corte afirmó que esas particularidades “ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional”, y que por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del art. 48 como del art. 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares, y precisa:

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

4.3.1.2.4 Asimetría en el manejo de la información. Sobre este tópico la Corte señaló que las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados información completa y comprensible, “a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad”. Igualmente, enfatizó en que la información se debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene

[...] el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, *trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.*⁶³

63 Se agregaron las cursivas.

Bajo esa panorámica, concluyó la Corte que el engaño alegado por el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora en un asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, por lo que su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años. Y en cuanto al enfrentamiento entre el principio de buena fe y el de autonomía privada, que podría predicarse del hecho de que conforme a la solicitud de vinculación a la administradora de pensiones que aparece firmada por el demandante, su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria y “*se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones*”, señala la Corte que en este evento lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, puesto que el engaño

[...] no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

Como puede observarse, en el asunto analizado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por encima del principio de la autonomía privada privilegió el principio de la buena fe y la exigencia de observar unos deberes accesorios de conducta inherentes a esta, como lo eran para el caso concreto los de transparencia, vigilancia e información.

4.3.2 Interpretación de cláusulas predispuestas

Corporación: Corte Suprema de Justicia. Sala De Casación Civil
Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena
Fecha: 4 de noviembre de 2009.
Referencia: Exp. 11001 3103 024 1998 4175 01
Demandante: Productora de Cápsulas de Gelatina S. A.
Demandada: Colombia Seguros Generales S. A.

4.3.2.1 Descripción de la situación fáctica. La parte demandante pidió que se declarara infundada la objeción formulada por la demandada a la reclamación del pago del siniestro amparado por el seguro de transporte, contenido en la póliza No.617 emitida el 29 de marzo de 1994, y que se condenara a la aseguradora a cancelarle la indemnización del caso. Para soportar las pretensiones, expuso:

Las partes ajustaron el contrato de seguro de transporte, contenido en la referida póliza y, bajo su amparo, la demandante realizó una exportación a su cliente Forest Pharmaceuticals, a Sydney (Australia), de 300 cajas de medicamentos, remitiendo dicha mercancía por vía marítima. La transportadora Nedlloyds cumplió con la ruta prevista, habiendo entregado la carga a su consignatario Forest Pharmaceuticals el 21 de diciembre de 1994; el 9 de enero de 1995 este reportó el deterioro sufrido por la mercancía en tal grado que comportó pérdida total.

El siniestro tuvo ocurrencia durante el transporte de la mercancía y constituye “avería particular”, cuyo riesgo no fue excluido de la póliza de seguro, por lo que la actora formuló la respectiva reclamación a la aseguradora, la cual objetó el pago de la indemnización aduciendo que el daño sufrido por los medicamentos asegurados, según el informe rendido por la firma Mathias and Associated Pty Ltd., pudo haber sido consecuencia de cambios en las temperaturas atmosféricas, circunstancia que, a su juicio, encaja en la causal de exclusión prevista en el numeral 3.5 de las condiciones generales de la póliza de seguro.

La parte demandada se opuso a las pretensiones del libelo y alegó, entre otras, la excepción de “falta de cobertura y carencia de derecho”, aduciendo que la póliza de seguro excluía el amparo por pérdidas o daños materiales imputables a variaciones naturales, climatológicas y deterioros causados por el simple transcurso del tiempo, como efectivamente aconteció con las mercancías aseguradas.

El juez de primera instancia declaró probada la excepción, por considerar seria y fundada la objeción formulada por la aseguradora. Dicha decisión fue revocada en segunda instancia, en la que el *ad quem* explicó que la entidad demandada asumió el amparo de los daños que sufriera la carga durante su transporte y en el trayecto asegurado, encajándola en el artículo 1118 del Código de Comercio, pues consideró que su responsabilidad se extendió entre el sitio donde hayan sido o debían ser despachadas las mercancías y el lugar de su entrega. Explicó que la compañía

aseguradora contrató a los inspectores marítimos y ajustadores de seguros, quienes, luego de revisar las muestras suministradas, acogieron como posible causa del deterioro el haberse sometido la carga a altas temperaturas, inferencia que no encontró suficientemente demostrada toda vez que del acopio probatorio se colige que varias causas pudieron determinarlo, entre ellas el lugar de almacenamiento de la mercancía, el tiempo de duración del viaje, el tipo de buque en la que fue transportada y el estado del tiempo en las ciudades de Havre y Singapur, sin que esté acreditado que una de estas hubiese sido el factor determinante del siniestro, imputándole, por lo demás, a la teoría del calor, invocada por la aseguradora, un carácter conjetural, máxime que esta, al parecer, provino del propio dicho del importador de la mercancía, quien al recibir la carga dedujo que la contextura blanda de las cápsulas era atribuible a esa causa.

La parte demandada acusa la sentencia impugnada por incurrir en errores manifiestos de hecho, al considerar que esta no probó causales de exclusión de responsabilidad, dando por probado un hecho sin que lo estuviera, pues la sentencia atacada cercenó y restringió el contenido real de los documentos y conceptos técnicos allegados e interpretó y apreció erróneamente la demanda.

4.3.2.2 Decisión de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

La Corte desestimó el cargo endilgado por la parte demandada frente al fallo de segunda instancia y en sus apreciaciones hizo referencia a varios de los temas analizados en este trabajo, como son: el principio de la buena fe y los deberes de conducta que emanan de esta en materia contractual, a la hermenéutica que debe aplicarse respecto de las estipulaciones predispuestas en los contratos de adhesión como lo es el de seguro y, particularmente, a los criterios acuñados para solucionar las contradicciones surgidas entre el clausulado contractual, como son: las reglas de “prevalencia”, “de la condición más importante” y “de la condición más favorable”.

La Corte se refirió a las características y justificación de la contratación “*ajustada mediante la adhesión a estipulaciones predispuestas*”, caracterizado porque el empresario predisponerte somete a consideración del potencial cliente un reglamento convencional inmodificable al cual queda vinculado por la mera aceptación, y puntualiza:

2.2. En consecuencia, para decirlo sin ambages, ciertas peculiaridades de los referidos contratos, relativas a la exigua participación de uno de los contratantes en la elaboración de su texto; la potestad que corresponde al empresario de imponer el contenido del negocio; la coexistencia de dos tipos de clausulado, uno necesariamente individualizado, que suele recoger los elementos esenciales de la relación; y el otro, el reglamentado en forma de condiciones generales, caracterizado por ser general y abstracto; las circunstancias que rodean la formación del consentimiento; la importancia de diversos deberes de conducta accesorios o complementarios, como los de información (incluyendo en ese ámbito a la publicidad), lealtad, claridad, entre otros; la existencia de controles administrativos a los que debe someterse; en síntesis, las anotadas singularidades y otras más que caracterizan la contratación de esa especie, se decía, le imprimen, a su vez, una vigorosa e indeleble impronta a las reglas hermenéuticas que le son propias y que se orientan de manera decidida a proteger al adherente (interpretación *pro consumatore*). [...]

Igualmente, como los contratos de adhesión presuponen un alto grado de confianza del adherente en la estipulación que se le ofrece, la cual ha de estar precedida por el cabal cumplimiento de los deberes de corrección, lealtad y, especialmente, de claridad que pesan sobre el proponente, es atinado colegir que el alcance que corresponde a las cláusulas predispuestas es el que de manera razonada le hubiere atribuido el adherente promedio. Esto es, que siguiendo los mandatos de la buena fe, la estipulación deberá ser entendida desde el punto de vista del destinatario, como lo harían las personas honestas y razonables.

Es palpable, entonces, que las disposiciones contractuales deberán comprenderse en su acepción corriente o habitual, a menos que las partes hubiesen previsto asignarle un sentido distinto, concretamente, el técnico o científico que les corresponda.

2.3. A los aludidos principios, que la Corte enuncia y aquilata de cara al asunto que resuelve, de modo que no pueden entenderse como taxativos o excluyentes de los demás, es menester agregar aquellos criterios acuñados para solucionar las contradicciones surgidas entre el clausulado contractual, específicamente las reglas de la “prevalencia”, “de la condición más importante” y “de la condición más favorable”, las cuales, más que tender a establecer un significado específico, apuntan a ordenar el texto del contrato y a delimitar el material objeto de interpretación.

La regla de “*la prevalencia*” confiere preponderancia a la condición particular o negociada cuando entra en contradicción con las de carácter general; desde luego que es lógico preferir el clausulado particular, por cuanto hace referencia al caso

concreto, amén que, en principio, aclara o altera las estipulaciones generales. Conforme al principio de “*la condición más compatible a la finalidad y naturaleza del negocio*”, en caso de presentarse contradicción entre cláusulas integrantes de las condiciones generales, deberá atenderse aquella que ostente mayor especificidad en el tema. Por último, en virtud del criterio de “*la condición más beneficiosa*”, cualquier enfrentamiento entre estipulaciones que conforman las condiciones generales, y entre éstas y una condición particular, se resuelve aplicando aquella cláusula que resulte más provechosa para el consumidor.

2.4. En el asunto del que ahora se ocupa la Sala, es menester acudir a los criterios hermenéuticos antes reseñados, en aras de desentrañar el verdadero sentido y alcance de lo allí convenido, concretamente, en lo concerniente con el numeral 3.5 de la cláusula tercera, cuyo texto expresa: “*3. Exclusiones. La presente póliza no asegura las pérdidas (sic) o daños materiales a los bienes que tuvieren por causa o fueren consecuencia de: (...) 3.5 variaciones naturales climatológicas y los deterioros causados por el simple transcurso del tiempo*”.

Examinado ese texto, que hace parte de las condiciones generales de la póliza y que alude a las causales excluyentes del pago del siniestro, se impone poner de relieve, por un lado, que para fijar el significado de la expresión “*variaciones naturales climatológicas*”, debe el intérprete, como ya se dijera, tomar en consideración “*el horizonte de comprensión del adherente medio*”, de modo que, salvo pacto especial de las partes, que aquí no se evidencia, las disposiciones contractuales deberán comprenderse en su acepción corriente o habitual; y, por el otro, que su interpretación es restrictiva, en cuanto se trata de una cláusula de exclusión, vale decir, que relaciona las circunstancias que le permiten exonerarse de la obligación de asumir la indemnización que le corresponde, motivo por el cual, atendiendo los deberes de claridad y precisión que le son exigibles, no le es dado intentar subsumir hechos no previstos puntualmente como tales.

A continuación, y partiendo de las premisas sentadas, la Corte procedió a analizar el material probatorio allegado al expediente, y concluyó que los expertos que actuaron como ajustadores, “*jamás refirieron que el daño de las cápsulas obedeciera a la ocurrencia de inesperadas fluctuaciones en el clima durante el término del viaje de la mercancía averiada, es decir, que hubieren acontecido abruptos cambios en las condiciones atmosféricas que alteran las temperaturas normales de las regiones por donde transitó aquella*” y que, por el contrario, concluyeron que las cápsulas probablemente fueron sometidas a más de 40° C., la que no solo

calificaron de moderada, sino que dictaminaron que no podía clasificarse entre las consideradas como altas, porque es la que comúnmente se experimenta en un contenedor seco y/o en bodegas de climas tropicales, como acontecía con el de Singapur, puerto en que se efectuó el trasbordo de la mercancía y en el que el clima era invariablemente de 30° C, incrementándose mínimo en 10° C en el interior del contenedor, y señaló:

Es indubitable, entonces, que esos documentos no determinaron, en modo alguno, que las temperaturas ambientales del territorio recorrido por los aludidos productos para arribar a su destino final hubieren rebasado los umbrales máximos o mínimos definitorios allí del clima normal, cuestión que se imponía acreditar para estructurar la causal de exclusión aducida por la aseguradora —variaciones naturales climatológicas—, estipulación que tiene como punto de partida una situación climática extraordinaria atribuible directamente a fenómenos naturales.⁶⁴

Las anteriores consideraciones, sumadas a otras relacionadas con la desestimación de los reparos adicionales del recurrente frente a la sentencia de segundo grado, llevaron a la Corte a desatender el cargo aducido en sede de casación.

4.3.3 Valor normativo de los principios generales del derecho y alcance del principio de la buena fe

Corporación: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Edgardo Villamil Portilla

Fecha: 7 de octubre de 2009

Radicación: 05360-31-03-001-2003-00164-01

Demandante: Bancolombia S.A.

Demandado: Óscar Adrián Loaiza Arias

4.3.3.1 Descripción de la situación fáctica. Bancolombia S.A. demandó a uno de sus usuarios para que fuera condenado a restituir la suma de \$158'833.290, que de manera equivocada fue consignada en su cuenta y de la cual este dispuso indebidamente. Igualmente, pidió el pago de los intereses corrientes y moratorios

64 Se agregaron las cursivas.

causados y en subsidio la indexación de dicha suma. Adujo la demandante que, por error involuntario en uno de los sistemas internos del Banco, los dineros que correspondían a las captaciones de otro usuario se abonaron a la cuenta corriente del demandado, a pesar de que ninguna causa había para que este recibiera y retuviera esos dineros, lo que constituye para él un enriquecimiento injustificado, y obviamente un empobrecimiento correlativo para el demandante.

El juez de primera instancia accedió a las súplicas de la demanda, declarando que hubo un enriquecimiento sin causa en beneficio del demandado, a quien condenó a pagar a favor del demandante la suma reclamada. En segunda instancia, se confirmó la sentencia de condena y se ordenó al demandante pagar la respectiva indexación.

El demandado interpuso el recurso extraordinario de casación contra el fallo de segunda instancia, y entre los cargos formulados argumentó que el Tribunal violó “por vía directa una norma de derecho sustancial como es el principio general del derecho” según el cual “nadie puede derivar derechos de su propia ilicitud”, por cuanto Bancolombia S.A. confesó en la demanda y en el interrogatorio rendido por su representante legal que incumplió sus deberes como entidad financiera al desviar culposamente unos dineros que pertenecían a otro usuario de esa entidad y que, pese a ello, salió “indemne y hasta remunerada con el fallo objeto de este recurso de casación”.

4.3.3.2 Decisión de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

La Corte desestimó el cargo en comentario. Para llegar a esa conclusión, entre otros, aludió a los argumentos que a continuación se enuncian. En primer lugar hizo una extensa referencia teórica relacionada con el valor normativo de los principios generales del derecho, partiendo de la diferenciación entre reglas y principios, arribando al recuento histórico de los casos en que la Corte Suprema de Justicia ha defendido la posición de que las reglas generales del derecho son verdaderos principios y que estos hacen parte del ordenamiento jurídico. Asegura que, más allá de las discusiones teóricas que genera el tema,

[...] lo cierto es que en la práctica, en la labor de decidir una controversia, no sólo pueden verse transgredidas reglas positivas, sino que también es factible la infracción

de los principios generales del Derecho, ya sea porque dejan de aplicarse, bien porque se hacen operar indebidamente, ora porque se interpretan de manera errónea.

Y de manera categórica, la Corte sostiene que los principios hacen parte del ordenamiento jurídico que el recurso extraordinario de casación debe salvaguardar. Aludió a un fallo en el que la Sala de Casación sostuvo:

7.7. En el mismo sentido la Sala afirmó: “...el fallador para desatar esa oposición de intereses, *a falta de una norma positiva expresa, tenía que acudir a principios inspirados en normas de equidad y de buena fe que la doctrina, la jurisprudencia y la ley misma se han encargado de hacer prevalecer con fuerza coercitiva para restablecer el equilibrio jurídico*, sin que la magistratura pueda negarse a fallar porque ello le implica una grave responsabilidad cuando el precepto escrito le dice que los jueces y magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia.⁶⁵

Finalmente, la Corte sostiene que es equivocado el planteamiento del recurrente según el cual Bancolombia S.A. obró de manera ilícita, y que tampoco es cierto que haya pretendido derivar provecho de sus propios errores, y remata su exposición con una expresa referencia al alcance del principio de la buena fe, en los siguientes términos:

Así, no puede afirmarse que esa entidad bancaria incurrió en un proceder ilícito en la medida en que su error en la captación de los dineros, en nada se asimila a un hecho “no permitido legal o moralmente”. Es cierto, nadie podría dudar que hubo inconsistencias internas en los procedimientos mediante los cuales se aplicaron los pagos hechos a favor de los clientes, pero de ahí a decir que ese es un proceder ilícito, hay mucho trecho. En definitiva, equivocarse e incurrir en una desviación de fondos no es sinónimo de “soslayar una disposición imperativa de la ley”, como pretende hacer creer el recurrente.

Tampoco puede admitirse que Bancolombia S.A. persiga obtener provecho de sus propios errores, porque contrariamente a lo que sugiere el casacionista, el propósito de este juicio es el de restablecer las cosas al estado anterior a la irrupción del desequilibrio, lo cual descarta tajantemente que el Banco obtenga un beneficio. [...]

65 Se agregaron las cursivas.

Es bueno anotar, además, que el principio constitucional de buena fe hunde sus raíces en la exigencia de aquellos mínimos éticos fundamentales, sin los cuales la convivencia cae en el peligro de la disolución y la barbarie; por ello, el aprovechamiento del error ajeno es objeto de reproche punitivo en el artículo 361 del C.P., realidad normativa que puede asociarse al reclamo de buena fe en la conducta contractual que hacen los Códigos Civil y de Comercio, expresiones que no dejan duda acerca de que el demandado no podía retener las sumas que indebidamente recibió, y menos teñir de ilicitud al demandante por intentar restañar el daño recibido de manos de aquél.⁶⁶

4.3.4 Abuso de la posición dominante de las entidades financieras frente a sus usuarios y respeto por el acto propio

Corporación: Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión

Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño

Fecha: Febrero 6 de 2003

Referencia: T-083 de 2003

Asunto: Revisión acción de tutela

Demandante: Nelson Parra Jerez

Demandado: Banco Granahorrar

4.3.4.1 Descripción de la situación fáctica. En el año 1995 el accionante adquirió un crédito hipotecario de largo plazo. Posteriormente fue beneficiario de un crédito del Fogafin y del alivio derivado de la reliquidación de las deudas hipotecarias ordenado por la Ley 546 de 1999, sumas que destinó al pago de la obligación. En febrero de 2001 consultó el monto de saldo insoluto que el banco fijó en la suma de \$2.156.000, suma que fue cancelada en su totalidad, razón por la cual la institución financiera expidió una certificación, con fecha 16 de abril de 2001, en la que hizo constar que el crédito hipotecario estaba a paz y salvo.

En marzo de 2002 el accionante recibió una comunicación por parte de una firma de cobro jurídico en la cual le informaban que tenía una obligación pendiente de

⁶⁶ Se agregaron las cursivas.

pago con el Banco Granahorrar. Al advertir esta situación, acudió ante esa entidad financiera, en la que se le manifestó que por un error del Banco en la reliquidación hubo necesidad de realizar una corrección, quedando un saldo pendiente que, incluyendo los intereses moratorios, superaba los nueve millones de pesos.

El actor afirma que no tuvo noticia alguna de la mora sobreviniente desde que canceló el crédito, que la actuación de la entidad financiera es abiertamente arbitraria porque pretendía, después de haberse pagado totalmente el crédito, establecer unilateralmente nuevas obligaciones, circunstancia que vulneraba sus derechos al debido proceso, a la vivienda digna y al buen nombre.

Por su parte la entidad accionada manifestó que la reversión de la reliquidación efectuada sobre el crédito del actor tuvo origen en el error cometido por el Banco respecto a la metodología diseñada por la Superintendencia Bancaria, error que al ser detectado condujo a la necesidad de modificar las condiciones de la reliquidación, generándose un saldo en contra del accionante.

4.3.4.2 Decisión de la Corte Constitucional. En sede de revisión de sentencia de tutela, la Corporación resolvió tutelar el derecho al debido proceso del accionante y, en consecuencia, ordenó al Banco que en el término de 48 horas iniciara los trámites necesarios para la cancelación de la obligación hipotecaria suscrita por el actor y procediera al levantamiento del gravamen constituido sobre el inmueble de este. En esta sentencia la Corte aplicó varias de las categorías jurídicas que son materia de análisis en este trabajo, así:

4.3.4.2.1 Posición privilegiada de las entidades financieras frente a sus usuarios. La Banca ejerce un servicio público en razón de la importancia que tiene la actividad financiera en el marco de las relaciones económicas entre los distintos agentes del mercado; la captación de recursos del público y el suministro del crédito son labores indispensables para el desarrollo de múltiples actividades del conglomerado social. Preeminencia que llevó al constituyente a consagrar la necesaria inspección y vigilancia estatal, junto con la necesidad de autorización previa para su ejercicio. La Corte Constitucional ha dejado en claro que si un particular asume la prestación de la actividad bancaria

[...] adquiere una posición de supremacía material —con relevancia jurídica— frente al usuario; es decir, recibe unas atribuciones especiales que rompen el plano de igualdad referido, y que, por ende, en algunos casos, sus acciones u omisiones pueden vulnerar un derecho constitucional fundamental que requiere de la inmediata protección judicial.

Enfatiza la Corte que las entidades financieras, en las actuaciones frente a sus usuarios, tienen una posición privilegiada que las erige como verdaderas autoridades ante ellos; condición que, a la vez que les otorga prerrogativas superiores a la de los particulares, las obliga a ejercer las acciones necesarias para garantizar el libre y adecuado ejercicio de los derechos fundamentales de sus clientes, entre ellos el del debido proceso.

4.3.4.2.2 *Respeto por el acto propio.* Afirma la Corte que el derecho fundamental al debido proceso comprende, además de las garantías del artículo 29 de la Carta, otro cúmulo de valores y principios de raigambre constitucional como el respeto del acto propio, sobre el cual expone:

10. El principio de respeto del acto propio opera cuando un sujeto de derecho ha emitido un acto que ha generado una situación particular, concreta y definida a favor de otro. Tal principio le impide a ese sujeto de derecho modificar unilateralmente su decisión, pues la confianza del administrado no se genera por la convicción de la apariencia de legalidad de una actuación, sino por la seguridad de haber obtenido una posición jurídica definida a través de un acto que creó situaciones particulares y concretas a su favor.

De ello se desprende que el respeto del acto propio comprende una limitación del ejercicio de los derechos consistente en la fidelidad de los individuos a las decisiones que toman, sin que puedan revocarlas por sí mismos, más aún cuando el acto posterior se funde en criterios irrazonables, desproporcionados o extemporáneos.⁶⁷

4.3.4.2.3 *Abuso de la posición dominante.* Tras analizar el caso concreto que dio origen a la demanda de tutela, la Corte encontró claro que semejante proceder de la entidad accionada conculca el derecho fundamental al debido proceso del

67 Cfr. T-475 de 92. Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

accionante, aduciendo que bastó el solo abuso de la posición dominante en que se halla una entidad financiera para constituir una obligación contra el actor: pretender el reconocimiento de intereses moratorios y negar la cancelación de la garantía prestada en razón de una obligación diferente, por manera que a una persona en quien había generado certeza sobre la extinción de una obligación y que se hallaba amparada por el principio de respeto del acto propio, se la sorprendió no solo con la imputación de una nueva deuda, sino con su cobro prejurídico pese a que no existía título alguno en el que tal obligación constara. En síntesis, sostuvo la Corte:

No se discute la posibilidad que se haya cometido un error en la reliquidación del crédito, error que en caso de ser cierto, es imputable a Granahorrar, entidad que cuenta con toda la infraestructura técnica y humana requerida para ese tipo de labores. Con todo, independientemente de que tal error se haya o no presentado, lo que es absolutamente claro es que se trata de una entidad crediticia que está sujeta a la Constitución y a la ley y que está en la necesidad de agotar los mecanismos jurídicos que tiene a su alcance si lo que pretende es el reconocimiento de sumas adicionales a aquellas que fueron pagadas por el actor y que le llevaron a certificar la extinción de la obligación.

Ello es así por cuanto en una sociedad civilizada nadie cuenta con la atribución de administrar justicia por propia mano; esto es, de generar a su arbitrio obligaciones a cargo de quien fue deudor en razón de un vínculo jurídico ya extinto; de determinar la fecha en la cual tal obligación se hizo exigible y a partir de la cual se deben reconocer intereses moratorios; de promover cobros prejurídicos; de coaccionar para la constitución de títulos ejecutivos para garantizar la obligación así constituida y de negarse a la cancelación de una garantía hipotecaria constituida en razón de una obligación diferente, anterior y ya extinta.

Eso no puede ser así pues en un Estado de derecho tales pretensiones se deben plantear ante la administración de justicia, para que, con citación de la contraparte, se surta una actuación con total reconocimiento de las garantías constitucionales de trascendencia procesal; se decida si se declara o no la existencia de una obligación y sólo ante tal reconocimiento, y ante el incumplimiento del deudor, es posible promover una ejecución forzada. Lejos de ello, en el caso presente, el banco, pese a haber declarado extinguida la obligación, por su propia voluntad y sin intervención alguna de la administración de justicia, decidió que la obligación seguía vigente, exigió su pago, convocó al actor sin fórmula de juicio para la suscripción de nuevos

títulos ejecutivos contentivos de esas obligaciones, promovió un cobro prejurídico y se negó a cancelar la hipoteca. Es decir, por sí y ante sí, pretendió agotar el proceso declarativo y el proceso ejecutivo consagrados en la ley.

También en este caso se aprecia una aplicación concreta del principio de la buena fe para efectos de la defensa del derecho fundamental al debido proceso que, a tono con lo manifestado por la Corte, involucra la observancia de los demás derechos, principios y valores constitucionales que le dan sentido, como lo es el respeto del acto propio, cuyo deber de cumplimiento fue eludido en este caso por el banco demandado.

4.3.5 Reticencia no constitutiva de nulidad relativa en el contrato de seguro de vida

Corporación: Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

Fecha: 2 de agosto de 2001

Referencia: Expediente No. 6146

Demandante: Dolly Mejía Montes y otros

Demandada: La Nacional Compañía de Seguros de Vida S.A.

4.3.5.1 Descripción de la situación fáctica. Los demandantes solicitaron que se declarase que la sociedad demandada debía pagarles las sumas de dinero “aseguradas como riesgos por la muerte natural del señor Jaime Forero Malo”, en virtud del contrato de seguro instrumentado mediante la póliza de vida No 09-5016057 expedida el 25 de agosto de 1993.

Se afirmó en la demanda que por petición del señor Jaime Forero Malo, el 25 de agosto de 1993 la aseguradora demandada expidió la póliza de seguro de vida de la que son beneficiarias las demandantes. El señor Forero canceló el valor de una extraprima cobrada por la Compañía, después de que esta le practicó un examen médico, y falleció el 3 de diciembre de 1993, por “síndrome de insuficiencia respiratoria y falla multisistémica”. La demandada argumentó como motivo para

no pagar la indemnización, la presunta ausencia de buena fe por parte del señor Forero Malo en la etapa precontractual, por no haber informado que padecía un cáncer al momento de tomar el seguro de vida. Dentro del proceso, la sociedad demandada se opuso a las súplicas de la demanda y propuso, entre otras, la excepción de “nulidad relativa por inexactitud o reticencia en declaración de asegurabilidad”. La parte actora obtuvo sentencias favorables a sus intereses en primera y segunda instancia.

Se acusó la sentencia de violar de modo indirecto la ley sustancial, como consecuencia de la materialización de errores manifiestos de hecho en la apreciación de las pruebas.

4.3.5.2 Decisión de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

La Corporación efectuó un exhaustivo análisis del principio de la buena fe y su relevancia en el contrato de seguro, en especial en el deber de información inherente a dicho principio en esta clase de contratos, a la diligencia que debe observar el profesional en el campo de los seguros y a los efectos de la reticencia. Igualmente, destacó que le corresponde al intérprete del seguro evaluar cuidadosa y racionalmente la conducta asumida por los extremos de la relación negocial, con el propósito de establecer, en primer lugar, si en efecto el tomador quebrantó la carga de declarar fidedignamente los hechos o circunstancias determinantes del estado del riesgo. Y en segundo término, no obstante que existía un vicio en la declaración de asegurabilidad, “el asegurador conoció o debió conocer —por su calificado oficio— los hechos que le sirvieron de apoyatura, todo sin perjuicio del tópico de la carga de la prueba”. Específicamente señaló:

Así las cosas, teniendo en cuenta que el deber informativo o de comunicación a que se [ha] hecho mención —mejor aún, carga informativa—, está permeado y determinado a ultranza por el axioma de la buena fe, de mayor calado y penetración, como que es emanación —o aplicación— suya, la Sala se ocupará de él, con mayor énfasis, en orden a examinar los cargos enrostrados por el censor, de cara a su especial significado y concreta extensión en el seguro, en donde su rutilante presencia se traduce en nota que lo caracteriza, en grado sumo, al punto que para revelar en su justa medida el alcance del prenotado principio informador, de antiguo se ha puntualizado que el seguro, en sí mismo considerado, es un negocio

jurídico de uberrimae bona fidei, vale decir un acuerdo en donde la buena fe —*per se* vigente en todos los tipos negociales— ocupa un protagónico y, de suyo, más intenso rol, al punto que se erige en su núcleo, a la vez que en la *ratio* que fundamenta un apreciable número de figuras que estereotipan la singular institución del seguro (Vid: cas. civ. de 30 de noviembre de 2000).[...]

De igual modo, particularmente por su inescindible conexidad con el asunto específico sometido a escrutinio de la Corte, importa subrayar que el instituto de la buena fe, en lo que atañe al campo negocial, incluido el seguro, es plurifásico, como quiera que se proyecta a lo largo de las diferentes fases que, articuladas, conforman el plexo contractual —en un sentido amplio—: la atinente a la formación del negocio jurídico, lato sensu (fase formativa o genética), la relativa a su celebración (fase de concreción o de perfeccionamiento) y la referente a su desenvolvimiento, una vez perfeccionado (fase ejecutiva; de consumación o post-contractual). Desde esta perspectiva, un sector de la moderna doctrina concibe al contrato como un típico ‘proceso’, integrado por varias etapas que, a su turno, admiten sendas subdivisiones, en las que también se enseñoorea el postulado de la buena fe, de amplia proyección.⁶⁸

Más adelante, la Corte alude al deber de información de declarar el estado del riesgo, que en la fase precontractual se radica en cabeza del candidato a tomador, y asegura que ese deber no se agota por completo al momento de responder el cuestionario formulado por el asegurador, habida consideración que la exigencia de “declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo”, en sí misma considerada, posee un espectro más amplio y que, por ello, “los hechos o circunstancias —relevantes— sobrevinientes a la declaración del estado del riesgo, como lo corrobora la doctrina especializada, deben ser comunicados sin demora o dilación”; no obstante, enfatiza en que en la legislación colombiana no toda reticencia o inexactitud están llamadas a generar nulidad relativa, y destaca:

En efecto: la *ratio* de la anunciada supresión sancionatoria, de suyo excepcional, hunde sus raíces en el hecho inconcuso de sustraer la mencionada secuela cuando el asegurador, previamente a la celebración del contrato, ha conocido —o debido conocer— la existencia de la reticencia o de la inexactitud, bien por intermedio del

68 Se agregaron las cursivas.

tomador *in potentia*, bien a través de las indagaciones, investigaciones o pesquisas adelantadas por el empresario del riesgo, en forma voluntaria (*ex voluntate*) o facultativa, apoyado en expertos.

En cualquiera de los citados supuestos, el asegurador, con anterioridad, tuvo ocasión de ponderar y sopesar el haz informativo reinante, de suerte que si en su condición indiscutida de profesional —con todo lo que ello implica— asintió en forma libre, amén de reflexiva y, por contera, aceptó celebrar el negocio jurídico asegurativo, es porque entendió que no existía un obstáculo insalvable o ninguna dificultad mayúscula llamada a opacar su *voluntas* o, que de haberla, sólo en gracia de discusión, asumía conscientemente las consecuencias dimanantes de su decisión, lo que no riñe con un eventual establecimiento de puntuales medidas y cautelas por parte suya.

Y si ello es así, cómo acudir entonces al instituto de la nulidad del seguro pretextando el advenimiento de una anomalía negocial, cuando fue el propio asegurador, quien *a posteriori* de conocer (real o presuntivamente) el vicio —en sentido lato—, concurrió espontáneamente a emitir su declaración de voluntad, por lo demás favorable al otorgamiento del amparo o cobertura respectiva. [...]

Y es que resulta razonable que si la entidad aseguradora, como un indiscutido profesional que es, en tal virtud “debidamente autorizada” por la ley para asumir riesgos (art. 1.037. C. de Co), soslaya información a su alcance racional, de suyo conducente a revelar pormenores alusivos al estado del riesgo; o renuncia a efectuar valoraciones que, intrínsecamente, sin traducirse en pesado —u oneroso— lastre, lucen aconsejables para los efectos de ponderar el riesgo que se pretende asegurar, una vez es enterado de posibles anomalías, o en fin deja de auscultar, pudiendo hacerlo, diciéndonos efectos que reflejan un específico cuadro o estado del arte (existencia de ilustrativas señales), no puede clamar, ex post, que se decrete la nulidad, como si su actitud fuera la de un asegurador acucioso y diligente, presto a ser informado, es cierto, pero igualmente a informarse, dimensión ésta también cobijada por la diligencia profesional, rectamente entendida, sin duda de mayor espectro, tanto más si “El tomador no es un especialista en la técnica del seguro” y, por tanto, “Su obligación no puede llegar hasta la extrema sutileza que apenas si podrá ser captada por el agudo criterio del asegurador”. [...].

Quiere decir lo anterior que si bien el asegurador es sujeto pasible de intensa y plausible protección de cara al fraude, a la deformación consciente de la realidad, o a la mera

inexactitud patrocinados por determinados e inescrupulosos candidatos a tomadores que socavan el acrisolado postulado de la buena fe, aquel no puede asumir invariable e irrestrictamente, una actitud rayana en la pasividad, más propia de espectadores que de partícipes en una relación negocial, así sea en potencia, *a fortiori* cuando sobre él gravita, como acontece en general con todo extremo de un acuerdo volitivo, un correlativo deber de colaboración que, desde un ángulo más solidario —bien entendido—, se orienta a la satisfacción del interés de su cocontratante, lo que específicamente supone, según reconocida doctrina jusprivatista, una dinámica cooperación en beneficio ajeno, vívida explicitación de una de las múltiples aplicaciones del consabido postulado de conformidad con un criterio de reciprocidad, referido a la buena fe objetiva, continente de los —llamados— deberes instrumentales o secundarios alusivos al comportamiento interpartes, incluido el precontractual.⁶⁹

Concluye la Corte que le corresponde al intérprete del seguro, en particular al juzgador del contrato, evaluar cuidadosa y racionalmente la conducta asumida por los extremos de la relación negocial a lo largo del *iter* contractual, con el propósito de establecer si el tomador quebrantó la carga de declarar fidedignamente los hechos o circunstancias determinantes del estado del riesgo. Y, en caso de que sea conducente, si no obstante existir un vicio en la declaración de asegurabilidad, el asegurador conoció o debió conocer —por su calificado oficio— los hechos que le sirvieron de apoyatura. Posteriormente, determinó que efectivamente el tomador del seguro incurrió en reticencia, pero encontró que en el caso analizado no se generaba nulidad porque se configuró la excepción prevista en el artículo 1058 del Código de Comercio, por lo que finalmente dedujo la improsperidad del recurso. Así prosiguió su análisis:

Otra cosa es que esa reticencia del señor Forero no genere, en este caso en particular, la sanción de nulidad relativa, sobre la base de haber operado la excepción contenida en el inciso final del artículo 1058 del Código de Comercio, consistente en que el asegurador “ha debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios...”, excepción ésta que, según fue examinado, presupone la transgresión del deber de conocer, según el caso, el estado del riesgo, o —mejor aún— de procurarse información sobre el mismo, concretamente en aquellos eventos en que tiene en su haber datos suficientes e indicativos que le permitirían, con mediana diligencia, llegar a la precisión de los hechos que el “asegurando” deformó, o al conocimiento

69 Se agregaron las cursivas.

que se reservó, tal y como en el *sub lite* aconteció, conforme lo acreditan las pruebas obrantes en el plenario.

Efectivamente, obsérvese que el 24 de junio de 1993, el Dr. Ramón Augusto Rincón Fernández, por encargo de La Nacional de Seguros S.A., le practicó un examen médico al señor Forero Malo, habiéndose referido por el examinado como antecedentes sintomáticos y/o patológicos de enfermedades del sistema genito-urinario (infecciones urinarias, hematurias, litiasis, inflamaciones de la próstata, secreción uretral), la expulsión de cálculos renales la semana anterior; como enfermedad metabólica la obesidad, e igualmente que sufrió de una isquemia cerebral transitoria en el año de 1992.

Ante ese cuadro clínico, el referido profesional de la salud conceptuó, en el aparte relativo a otras anormalidades del abdomen, que éstas sí existían y, al especificar, expresó “P. de Orina: hematuria y albuminuria”. Sugirió igualmente la práctica de un examen adicional, cual fue una urografía excretora, por todo lo cual consideró “el riesgo como... **No aceptable**” (fl. 58, cdno. 5).

Con esta información, la aseguradora, luego del análisis de la solicitud de seguro que le fue formulada por el señor Forero, aceptó otorgar la cobertura solicitada, en los siguientes términos: “La presente tiene por objeto informarle que nuestro departamento médico y de Actuaría estudió detenidamente su solicitud y habiendo considerado este riesgo como especial, le ha fijado una extraprima en el básico del 4.2%; por lo cual se hace necesario el pago de una prima adicional de \$126.000, quedando la prima total anual en \$1.470.000” (fl. 63, cdno. 1) (se subraya), razón por la cual procedió, el 25 de agosto siguiente, a expedir la póliza de seguro de vida No. 5016057, con una vigencia comprendida entre el 23 de agosto de 1993 y el 23 de agosto de 1994.

[...]

Es, pues, la propia conducta omisiva que observó la aseguradora demandada durante la gestación del negocio aseguraticio, contraria a la prudente diligencia que le era demandable, la que sirve de báculo para impedir el éxito de la censura, pues aunque es cierto que la ley le brinda especial y paladina protección frente a la conducta reticente o inexacta del aspirante a tomador, en este caso del señor Forero, no lo es menos que por gracia de la misma no podía asumir, al amparo de una mal entendida buena fe comercial, cuyo verdadero significado quedó precisado en los prolegómenos de esta providencia, una pasiva actitud que luce como rebelde o, por lo menos, unilateral e incausada, en frente de la diáfana directriz profesional

y, de suyo técnica, planteada por el galeno a su servicio —que, por objetiva y fundada en evidencias clínicas, merecía más consideración y ponderación—, conducta aquella que se contrapone al indiscutido profesionalismo que, al propio tiempo, le es característico, el que se erige en fundamento mediato del deber de procurarse, *recta vía*, la información necesaria para contratar (deber secundario de autoinformarse), con lo cual quedó configurado, a términos del inciso 4º del artículo 1058 del Código de Comercio, el conocimiento presunto del estado del riesgo en cabeza del asegurador. [...]

Así las cosas, aunque es cierto, como lo aseveró el fallador y lo acepta igualmente la censura, que el señor Forero no informó a la aseguradora del cáncer que padecía, pese a haberse enterado de él antes del otorgamiento de la póliza de seguro —y presumiblemente luego de haber diligenciado el cuestionario referente a la declaración de asegurabilidad—, tal hecho, en este asunto específico, no resulta vinculante para la ley sustancial (inciso final art. 1058 C. de Co.), pues la conducta omisiva de la aseguradora, *in concreto*, impidió que se consolidara la sanción *ex lege* en referencia, gracias al conocimiento presunto sobre el estado del riesgo, suficiente para impedir, *ab initio*, la procedencia de la nulidad en cuestión, como se reseñó a espacio, precedentemente.

Los anteriores son solo algunos fallos que sirven para ejemplificar el tratamiento que en los estrados judiciales se ha dado a controversias contractuales en las que se advierte la vulneración del principio de la buena fe, en una clara expresión de protección de quien ha resultado ser el contratante débil de la relación contractual.

Como corolario de este último capítulo, puede resaltarse que el auge de la contratación predispuesta, que, de suyo, se ajusta a la vida moderna y a sus afanes, ha generado también un mayor intervencionismo estatal en las relaciones privadas no solo desde la perspectiva legislativa que impone precisos límites a ciertos actos y consagra consecuencias jurídicas cuando se atenta contra la buena fe del contratante débil, sino también desde los estrados judiciales, como quiera que es allí donde, en últimas, se analiza la justicia contractual frente a los reclamos de las partes.

Según quedó expuesto, existe una tendencia en la jurisdicción al resolver los asuntos sometidos a su discernimiento dentro de las formas modernas de contratación privada, a aplicar criterios de equidad y de protección del contratante débil, en una clara aplicación del principio de igualdad consagrado en el artículo

13 de la Carta Política que alude a una protección especial para las personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, condición que puede predicarse de quien resulta lesionado por una cláusula contractual que lo vincula sin haber tenido la posibilidad de negociarla.

Se colige, entonces, que en la resolución jurisdiccional de las controversias contractuales no puede desconocerse la característica dinámica del derecho y, por ende, resulta ineludible, aun en la definición de controversias jurídicas entre particulares, el estudio de los casos de cara al principio de supremacía constitucional que irradia todo el ordenamiento jurídico, a los fines esenciales del Estado que involucran la garantía de un orden económico y social justo, así como al respeto de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales y generales del derecho.

CONCLUSIONES



A manera de conclusiones, es factible señalar:

1. Existen dos concepciones de la autonomía privada: la primera la concibe como presupuesto y fuente generadora de obligaciones jurídicas ya disciplinadas en abstracto, y la segunda considera que ella tiene una dimensión normativa. En el presente trabajo se adoptó la concepción normativa de la autonomía privada tomando como punto de referencia que el Derecho tiene una pluralidad de fuentes, entre ellas también las que atañen a las responsabilidades que libremente asumen los contratantes dentro de una relación de carácter privado. Y, además, porque esta concepción armoniza con lo establecido en el artículo 1602 del Código Civil, acorde con el cual “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causales legales”, y parte de la base de la libertad de crear normas jurídicas de carácter particular, como reglas de conducta obligatoria para los contratantes, quienes tienen la facultad de definir el contenido, alcance, condiciones y modalidades de sus negocios jurídicos dentro de unos límites fijados por el ordenamiento jurídico.
2. La constitucionalización del ordenamiento jurídico en general, no es ajena al derecho privado en particular, de manera que aunque la autonomía privada es reconocida desde el texto de la Carta Política dentro de las garantías del libre desarrollo de la personalidad, la libertad de asociación, el derecho a la propiedad privada, la libertad de ejercer una actividad económica y de iniciativa privada, tales derechos y libertades están sometidos al respeto por los derechos de los demás y al orden jurídico (art. 16), al bien común (art. 333) y al deber general de la persona y del ciudadano consagrado en el artículo 95 de la Constitución, de “Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”. De allí que el giro de las relaciones entre particulares no pueda sustraerse del acatamiento

de principios constitucionales y derechos fundamentales que irradian el ordenamiento jurídico, pues no de otro modo pueden entenderse la fuerza normativa de la Constitución y la primacía de los derechos inalienables de la persona (arts. 4.º y 5.º de la Carta).

3. En este trabajo se examinó el principio de la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato, mirado desde la perspectiva de un principio general del derecho, de las funciones inherentes a esa naturaleza y, además, como fundamento de las normas secundarias de conducta propias de las relaciones contractuales. Pese a la amplia dimensión conferida a esta categoría de análisis, el mayor interés de estudio se centró en la buena fe objetiva, entendida como norma de conducta, como el deber de comportarse con rectitud, honradez y lealtad, que impone a las partes una directriz de cómo deben proceder en el desarrollo de las relaciones jurídicas que surjan con ocasión de la celebración de negocios jurídicos, en las fases precontractual, de ejecución del contrato y aun postcontractual.

Igualmente, se pone de relieve la importancia de las funciones interpretativa e integradora de los contratos, propias del principio de la buena fe, que dan cuenta de la aplicación del artículo 1603 del Código Civil, por cuya virtud “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”. En especial, se afirma que la función integradora “permite identificar otras prohibiciones y otras obligaciones además de aquellas previstas por la ley” (Galgano, 1992: 454), y produce un enriquecimiento del contenido contractual, porque dota de un sentido más amplio a los deberes creados por el negocio jurídico, y también se crean una serie de deberes que atienden a la naturaleza del contrato y a su finalidad (Solarte, 2004).

4. Las reglas generales de conducta son manifestaciones de la buena fe contractual y se “incorporan a los contratos en virtud del principio de buena fe”, y “dado que tienen como finalidad la realización del interés común perseguido por las partes, son impuestos tanto al acreedor como al deudor de la relación obligatoria”

(Solarte, 2004: 304). Esos deberes secundarios de conducta, entre los que se encuentran el deber de información y de guardar secreto, por virtud del principio de buena fe, están incorporados a toda clase de contratos, e imponen a las partes un actuar dirigido a la cooperación con el otro contratante evitando causarle perjuicios. Particularmente, puede afirmarse que estos deberes obedecen no solo a la exigencia de lealtad entre los participantes de la relación contractual, sino, además, al respeto del deber de solidaridad social consagrado en el artículo 95 de la Constitución Política, según el cual es deber de la persona y del ciudadano “Obrar conforme al principio de solidaridad social”, en la medida que dichas reglas están orientadas a la realización del interés común que convocó a las partes a contratar.

5. En el medio jurídico colombiano se ha venido abriendo paso, de manera progresiva, el reconocimiento de la fuerza vinculante de los principios *venire contra factum proprium non valet*, confianza legítima y prohibición del abuso de la posición dominante contractual, como expresiones de un género amplio, como lo es el principio de la buena fe. Ello obedece principalmente a los significativos cambios que contemporáneamente ha tenido el estilo de contratación, que ha dejado de ser un producto de la autonomía de la voluntad como expresión de la libertad de los contratantes para acordar y disponer las reglas del contrato, para llegar a la denominada contratación masiva o predispuesta.

A este nuevo paradigma de contratación se suma el intervencionismo que tienen los órganos del Estado en un cierto tipo de contratos relacionados con la prestación de servicios públicos y de actividades de interés público. En tal virtud, dada la naturaleza dinámica del derecho y la concreción que del mismo se hace en los estrados judiciales, no resulta extraña la recurrente invocación de estos principios por los órganos de cierre de la jurisdicción y por el máximo Tribunal Constitucional, en la definición de controversias jurídicas suscitadas entre particulares, por ejemplo en las originadas entre las entidades prestadoras de servicios públicos y servicios públicos domiciliarios y sus usuarios.

6. Al momento de decidir respecto de confrontaciones jurídicas donde se adviertan tensiones entre los principios de autonomía privada y de buena fe, el juzgador, en respuesta a las vicisitudes que pueden generarse en las modernas formas de contratación, no puede ser ajeno al fenómeno de la constitucionalización de las relaciones contractuales y en sus fallos debe aplicar criterios de justicia contractual y protección del contratante débil, tomando en consideración la exigencia del deber de solidaridad social pregonado desde el artículo 95 de la Constitución, así como la función interpretativa e integradora del contrato que ostenta el principio de la buena fe.
7. Contemporáneamente, ante los conflictos jurídicos originados en contratos de adhesión, la doctrina y las Cortes en sus pronunciamientos se inclinan por ofrecer soluciones que propendan por la protección del contratante débil, que no es otro que el adherente en los contratos masivos, como consumidor o usuario de los bienes y servicios ofrecidos por el mercado, quien en esa calidad por lo general carece de experiencia e información especializada al momento de celebrar el contrato, frente a quien, también por lo general, tiene la ventaja que le proporciona el crear las estipulaciones contractuales a las que el otro contratante debe someterse.
8. Entre las consecuencias jurídicas que pueden derivarse del quebrantamiento de la buena fe en la contratación privada contemporánea, se encuentran: la ineficacia del contrato o de alguna o algunas de sus cláusulas por circunstancias que se presentan en su estructuración u origen, que pueden generar la nulidad o la inexistencia, según se refiera a aspectos que comprometan directamente la existencia o la validez del contrato o de alguno o algunos de sus cánones; la obligación de reparar los daños causados de acuerdo con el principio general de responsabilidad civil consagrado en el artículo 2341 del Código Civil y la tutela de los derechos fundamentales comprometidos, aun cuando se deduzca la vulneración del principio de la buena fe en el giro de las relaciones contractuales surgidas entre particulares.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert. (2001). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Versión castellana: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 607 p.
- ALTERINI, Atilio Anibal y Roberto M. López Cabana. (1995). *Responsabilidad Civil*. Medellín: Diké, 444 p.
- BETTI, Emilio: *Teoría General del Negocio Jurídico*. (1959). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 465 p.
- BIANCA, C. Massimo. (2007). *Derecho Civil 3. El Contrato*. Traductores: Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 769 p.
- BORDA, Alejandro. (1987). *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 143 p.
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. (2000). “La asimetría de información en la contratación a propósito del dolo omisivo”. En: *Contratación contemporánea. Teoría general y principios*. Bogotá: Temis, pp. 288-324.
- CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo. (2007a). “La constitucionalización de las controversias contractuales”. En: *Los contratos en el derecho privado*. Bogotá. Universidad del Rosario y Legis, pp. 751-769.
- . (2007b). “Constitucionalización del derecho comercial: algunas de las huellas trazadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia”. *Vniversitas* N.º 113: Bogotá. pp. 113-137.
- CANCINO, Fernando. (1979). *Estudios de derecho privado*. Bogotá: Temis. 251 p.

- CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. (2007). "Justicia y abuso contractual". En: *Los contratos en el derecho privado*. Bogotá. Universidad del Rosario y Legis Editores S.A. pp. 693-720.
- Díez Picazo, Luis y Antonio Gullón. (2001). *Sistema de Derecho Civil*, volumen I. 10.^a ed. Madrid: Tecnos. 611 p.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. (1992). *Abuso del Derecho*. Buenos Aires: Astrea. 328 p
- . (2003). "Reflexiones en torno a la autonomía de la voluntad". En: *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia., pp. 483-502.
- FERRI, Luigi. (1969). *La Autonomía Privada*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 446 p.
- FUEYO LANERI, Fernando. (1990). *Instituciones de derecho civil moderno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- GALGANO, Francesco. (1992). *El negocio jurídico*. Blasco Gascó, Francisco y Lorenzo Prats Albertosa (Trad.). Valencia: Tirand lo banch. 569 p.
- HINESTROSA, Fernando. (2007). *Tratado de las Obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes I*. 3.^a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1005 p.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. (1994). *Interpretación económica de los contratos. Justicia contractual*. Santafe: Rubinzal-Culzoni Editores. 382 p.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge y Miguel A. Predecasas. (2006). *Responsabilidad precontractual*. Buenos Aires: Rubinzal-culzoni Editores. 335 p.
- MOZOS, José Luis de los. (1987). *El Negocio Jurídico*. Madrid: Montecorvo S.A. 615 p.
- NEME VILLAREAL, Martha Lucía. (2003). "«Venire contra factum proprium», prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima". En: *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa. Tomo III. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 11-56.

- OSPINA FÉRNANDEZ, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. (2000). *Teoría General del contrato y del negocio jurídico*, 6.ª edición. Bogotá: Temis. 624 p.
- PUENTE Y LAVALLE, Manuel de la. (2000). “La fuerza de la buena fe”. En: *Contratación Contemporánea*. Lima: Palestra-Editores, Bogotá: Temis S.A. pp. 273-285.
- . (2003). “La doctrina de los actos propios”. En: *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 353-360.
- RENGIFO GARCÍA, Ernesto. (2004). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 470 p.
- REZZÓNICO, Juan Carlos. (1987). *Contratos con cláusulas predispuestas. Condiciones negociales generales*. Buenos Aires: Astrea. 692 p.
- SALAZAR, Diego F. (2006). “Asimetría de la información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual”. *Revista de Derecho Privado*. N° 37. Uniandes: Facultad de derecho. pp. 3-56.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. (1983). *Teoría general del contrato*. Traducción: Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 410 p.
- SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. (2004). “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”. *Vniversitas* N.º 108. Bogotá, diciembre, pp. 281-315.
- SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. (2003). “Autonomía Privada y Buena Fe como fundamento de la Fuerza Obligatoria del Contrato”. *Vniversitas*. Bogotá. N.º 106. pp. 519-562.
- (2009a). “La contratación contemporánea, el respeto a la autonomía privada y la protección a los contratantes débiles”. En: *El contrato en una economía de mercado*. 2.ª ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Colección Internacional Nro. 5. pp. 319-338.
- . (2009b). “Tutela constitucional de contrato y los límites a la libertad de contratación”. En: *El contrato en una economía de mercado*. 2.ª ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Colección Internacional N.º 5. pp. 339-366.

- STIGLITZ, Rubén S. (1994a). "La doctrina del acto propio". En: *Contratos. Teoría General I*. Buenos Aires: Depalma, pp. 491-512.
- _____ (1994b). "Efecto de los contratos". En: *Contratos. Teoría General I*. Buenos Aires: Depalma, pp. 515-524.
- STIGLITZ, Rubén S., Gabriel A. Stiglitz y Rosana M. Stiglitz. S. (1994). "Reglas secundarias de conducta". En: *Contratos. Teoría General I*. Buenos Aires: Depalma. p. 457- 489.
- SUESCÚN MELO, Jorge. (2003). *Derecho Privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Tomo I. segunda edición. Bogotá: Legis, 735 p.
- VALBUENA HERNÁNDEZ, Gabriel. (2008). *La Defraudación de la Confianza Legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la Responsabilidad del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 573 p.
- VALENCIA RESTREPO, Hernán. (1993). *Nomoárquica, Principialística Jurídica o los Principios Generales del Derecho*. Bogotá: Temis, 442 p.
- VALENCIA ZEA, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro. (2006). *Derecho Civil*. Tomo I Parte General y Personas. Bogotá: Temis, 679 p.
- VENEGAS GRAU, María. (2004). *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares y el principio de autonomía privada*. Madrid: Marcial Ponds. 252 p.

Cibergrafía

- RONDÓ DE SANSÓ, Hildergard. (1998). El Principio de Confianza Legítima o Expectativa Plausible en el Derecho Venezolano. Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artconfianza-legitima/?searchterm=principio%20de%20confianza%20legitima%20en%20el%20derecho%20venezolano>. [Consultado octubre 3 de 2009].
- NEME VILLAREAL, Martha Lucía. (2009). Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. Disponible en: <http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs/documents/UExternado/pdf/revistaDerechoPrivado/RDP%2017/MarthaNeme.pdf> [Consultado abril 5 de 2010]

KANT, Immanuel. (1785). *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, y otros escritos*. Disponible en: <http://www.philosophia.cl/biblioteca/Kant/fundamentacion%20de%20la%20metafisica%20de%20las%20costumbres.pdf>. [Consultado enero 29 de 2012]

Jurisprudencia Corte Constitucional

Sentencia C-660 de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia T-899 de 1996. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia C-232 de 1997. Magistrado ponente: Jorge Arango Mejía.

Sentencia T-375 de 1997. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia SU-250 de 1998. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T-556 de 1998. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia SU- 157 de 1999. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia SU-166 de 1999. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T-295 de 1999. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-112 de 2000: Magistrado ponente: Alejandro Martínez.

Sentencia T-202 de 2000. Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.

Sentencia T-661 de 2001. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia T-1085 de 2002. Magistrado ponente: Jaime Araujo Rentería.

Sentencia C-131 de 2004. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia T-340 de 2005. Magistrado ponente: Jaime Araujo Rentería.

Sentencia T-1090 de 2005. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia T-517 de 2006. Magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia C-1194 de 2008. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia T-075 de 2008. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.
Sentencia T-566 de 2009. Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Jurisprudencia Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia

Sentencia 2 de agosto de 2001. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
Radicación: 6146.

Sentencia 11 de abril de 2002. Magistrado Ponente: Jorge Santos Ballesteros.
Radicación: 6825.

Sentencia 1.º de agosto de 2002. Magistrado Ponente: Jorge Santos Ballesteros.
Radicación: 6907.

Sentencia 12 de septiembre de 2002. Magistrado Ponente. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Radicación: 7011.

Sentencia 1.º de junio de 2007. Magistrada Ponente: Ruth Marina Díaz Rueda.
Radicación: 66001-3103-004-2004-00179-01.

Sentencia 6 de julio de 2007. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
Radicación: 11001-31-03-037-1998-00058-01.

Sentencia 30 de abril de 2009. Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena.
Radicación: 25899 3193 992 1999 00629 01.

Sentencia 25 de junio de 2009. Magistrado ponente: William Namén Vargas. Radicación:
11001-02-03-000-2005-00251-01.

Sentencia 7 de octubre de 2009. Magistrado Ponente: Edgardo Villamil Portilla.
Radicación: 05360-31-03-001-2003-00164-01

Sentencia 4 de noviembre de 2009. Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena.
Radicación: 11001 3103 024 1998 4175 01

Jurisprudencia Sala de Casacion Laboral, Corte Suprema de Justicia

Sentencia 9 de septiembre de 2008. Magistrado ponente: Eduardo López Villegas.
Expediente N.º 31989.

Sentencia 9 de septiembre de 2008. Magistrada Ponente: Elsy del Pilar Cuello Calderón.
Expediente N.º 31314.

Normativa

Constitución Política de Colombia de 1991.

Código Civil de Colombia.

Código de Comercio de Colombia.

Decreto 3466 de 1982.

Decreto 2279 de 1989.

Decreto 2591 de 1991.

Decreto 2153 de 1992.

Ley 142 de 1994.

Ley 270 de 1996.

Ley 446 de 1998.

Ley 1112 de 2007.

Ley 1328 de 2009.



Teléfono: (574) 219 53 30. Telefax: (574) 219 50 13
Correo electrónico: imprenta@quimbaya.udea.edu.co
Impreso en marzo de 2012

