

ALCANCES DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN EL DERECHO CONTRACTUAL COLOMBIANO

Juan José Zuluaga Parra

Trabajo de grado presentado ante la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT como
requisito para optar por el título de Abogado

Asesor
Daniel Vásquez Vega

UNIVERSIDAD EAFIT
Escuela de Derecho
Medellín
2021

TABLA DE CONTENIDO

I.	INTRODUCCIÓN	3
II.	NORMAS REGULATIVAS Y PRINCIPIOS JURÍDICOS	5
III.	EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD	12
IV.	EL SOLIDARISMO CONTRACTUAL	16
A.	El origen	17
B.	Los deberes secundarios de conducta	20
1.	El deber de cooperación	21
2.	El deber de lealtad	21
C.	Las críticas	22
V.	LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN EL DERECHO CONTRACTUAL	23
VI.	ANÁLISIS	34
a.	El principio de solidaridad y el solidarismo contractual	34
b.	El principio de solidaridad en materia contractual	35
c.	La solidaridad y la buena fe	36
d.	La solidaridad y la teoría de la imprevisión	38
e.	El principio en sentido estricto de solidaridad	41
f.	La solidaridad contractual como mecanismo de lucha contra la pobreza	43
VII.	CONCLUSIONES	43
	BIBLIOGRAFÍA	45
	JURISPRUDENCIA	46

I. INTRODUCCIÓN

En el campo del derecho, las relaciones contractuales no siempre se dan entre partes iguales y las condiciones materiales no se corresponden con un cierto equilibrio económico. Bajo la concepción “tradicional” y liberal del derecho, esto no supone ningún problema siempre que se garantice que la manifestación de voluntad de las partes es libre, sin importar si alguna de ellas tiene alguna condición –económica o social– especial. Los contratos así celebrados por partes entre las que exista un desequilibrio solo podrá ser objeto de un análisis correctivo por parte de una juez cuando la decisión de contratar no haya sido libre, y no se incurra en pactos contrarios al derecho o el contrato contenga cláusulas abusivas. Para lo que aquí interesa, me concentraré en los casos en los que la manifestación de la voluntad se da en el marco de una libertad jurídicamente aceptable¹. Desde esta perspectiva, si la contratante débil incumple alguna obligación debida la excesiva onerosidad, la función de la juez será declarar dicho incumplimiento y salvaguardar los intereses de la contratante cumplida. Frente a casos como el narrado, cobra especial relevancia la aplicación directa de principios para evitar lo que para algunos sectores sería una injusticia, pues ni la contratante que ostenta una posición dominante ni la juez tienen en cuenta la situación de debilidad de la otra contratante. Ese es el objetivo del principio de solidaridad, ya que, como mostraré en esta investigación, este principio exige a la

¹ Es pertinente aclarar que la lesión enorme, al igual que la solidaridad en materia contractual, se constituye en un límite a la libertad de las partes, pues el contrato de compraventa podrá rescindirse cuando el precio estipulado es inferior o superior en más de la mitad del justo precio de la cosa, a pesar de su improcedencia frente a ventas de muebles ni frente a las de inmuebles hechas por ministerio de la ley (art. 1949 C.C.). En efecto, esta figura pretende “...la moralización del comercio y la sanción de la mala fe de los negociantes que obtienen ventajas indebidas, aprovechándose de la penuria, de la ligereza o de la inexperiencia de otras personas.” (Ospina Fernández & Ospina Acosta, 2015, p. 292). En el mismo sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en la Sentencia del 31 de mayo de 1961, con ponencia del magistrado José J. Gómez, en la que resolvió si a la dación en pago aplicaban las reglas de la compraventa y, en particular, la figura de la lesión enorme. En esta oportunidad, la Corte concluyó que, por analogía, a la dación en pago sí le aplican las disposiciones de la compraventa, como la acción pauliana y la lesión enorme. Al referirse a esta última figura jurídica, señaló que

“[...] el equilibrio económico de las prestaciones, el cual se manifiesta y sanciona, en un primer plano, en el contrato de compraventa, por medio de la lesión enorme, en materia de inmuebles, [...] signo en todas ellas del afán de la ley en asegurar ese equilibrio sin menoscabo de una *mesurada* libertad contractual.” (CSJ, Cas. Civil, Sentencia de 31 de mayo de 1961). (Cursiva fuera de texto)

Del texto transcrito se desprende sin lugar a dudas que la figura de la lesión enorme comporta un límite a la libertad contractual cuando el objeto del negocio es un inmueble. Pero, para Ospina Fernández & Ospina acosta (2015), la lesión enorme no solo limita la autonomía privada en este sentido, que es el más evidente. Debido a que su eficacia depende exclusivamente de la magnitud de la lesión, su funcionamiento se vuelve mecánico, lo que imposibilita que se tengan en cuenta casos en los que la lesión sea indiferente porque se actúa determinado por otros motivos (suponiéndolos lícitos). Al respecto, esgrimen el ejemplo de la persona que realiza el negocio que le es lesivo, para colocarse en condiciones de aprovechar otro negocio que considera más provechoso (p. 293).

No obstante, el hecho de que la acción rescisoria por lesión solo proceda en casos en los que haya inmueble de por medio es un límite importante para esta figura, situación que no se presenta con el principio de solidaridad, ya que su aplicación procede frente a cualquier tipo de contrato.

parte dominante de la relación contractual tener en cuenta la situación de inferioridad de su cocontratante en todas las etapas de la relación contractual. Como es obvio, de esa exigencia se desprenden deberes específicos –como el de cooperación– para las partes que, de no ser cumplidos, justifican la interferencia estatal correctiva a través de las juezas para que busque alternativas que restablezcan el balance económico del contrato².

Las similitudes que hay entre los deberes que se desprenden de principio de solidaridad y los que se desprenden de la buena fe son evidentes. Algo parecido ocurre entre la solidaridad y la teoría de la imprevisión, pues parece claro que esta última debería ser el mecanismo paradigmático para resolver la mayoría de los desequilibrios económicos que se presentan en los contratos. No obstante, como mostraré, en Colombia se ha acudido con cierta frecuencia al principio de solidaridad cuando se pretende la revisión de las condiciones contractuales por cuenta de desequilibrios económicos.

En este sentido, esta investigación está dirigida a determinar la incidencia que ha tenido el principio de solidaridad en el ámbito del derecho contractual y cuál ha sido su alcance en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Para ello, primero haré una explicación sobre un tipo particular de normas jurídicas: las normas regulativas. Aquí me detendré para diferenciar las dos clases de normas regulativas que existen, a saber: reglas y principios. En este punto, profundizaré en los subtipos de reglas y principios que existen, para finalizar con la distinción y caracterización de los principios en sentido estricto, debido a que, como se podrá observar, el comportamiento de la aplicación de la solidaridad a casos reales de derecho contractual responde al de los principios en sentido estricto, por oposición a las directrices en términos de Ronald Dworkin, o mandatos de optimización, en los de Robert Alexy. En segundo lugar, haré un breve recuento de lo que supone y cómo ha sido caracterizado –tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de la Corte Constitucional– el principio de solidaridad en ámbitos diversos al derecho contractual. Luego, abordaré el estudio de la doctrina del solidarismo contractual, la cual surge como propuesta para incorporar la solidaridad en todos los contratos con el fin de que la libertad contractual y la autonomía privada de los contratantes sea materialmente efectiva y no solo formal.

En cuarto lugar, analizaré algunas sentencias de la Corte Constitucional en las que se obligó a la parte fuerte de la relación contractual a tener en cuenta la especial situación de debilidad manifiesta de su cocontratante al momento de exigir el cumplimiento de las prestaciones pactadas. Posteriormente, haré un análisis del principio de solidaridad a partir del solidarismo contractual y las sentencias comentadas. Igualmente, me detendré a analizar la relación y los rasgos que comparte el principio de solidaridad con la buena fe, primero, y, a los que comparte con la teoría de la imprevisión, después. Terminaré con unos comentarios sobre al papel que

² Aunque la finalidad del derecho de consumo puede coincidir con la del principio de solidaridad en materia contractual, esto es, tener en cuenta la posición de inferioridad del consumidor, identifico por lo menos dos diferencias: 1) el principal deber que el principio de solidaridad impone a las partes es el de cooperación con el fin de satisfacer los intereses de ambas cocontratantes y; 2) en el derecho de consumo la exigencia de tener en cuenta la posición de inferioridad de la cocontratante está limitada a las relaciones de consumo, mientras que el principio de solidaridad lo impone para toda clase de contratos.

cumple el derecho privado en la lucha contra la pobreza y cómo el principio de solidaridad puede ser uno de los mecanismos que contribuya con ello. Por último, vendrán las conclusiones.

II. NORMAS REGULATIVAS Y PRINCIPIOS JURÍDICOS

Comprender el alcance del principio de solidaridad no solo pasa por estudiar su contenido en abstracto para indagar lo que resulta de su aplicación en la práctica. Ello impone la tarea de entender, en primer lugar, qué es un principio y, en particular, un principio en sentido estricto, como lo es la solidaridad en el ordenamiento jurídico colombiano. Quizá esta afirmación suene abstracta en este punto, pero, a medida que avanza la lectura, se hará cada vez más palpable y evidente, especialmente al abordar la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre este tema. Entender esto resulta todavía más relevante si se tiene en cuenta que la aplicación directa del principio de solidaridad en la resolución de conflictos de índole contractual se puede enmarcar dentro del fenómeno conocido como la *constitucionalización del derecho privado* (Calderón Villegas, 2007). Calderón Villegas (2007) argumenta que es un fenómeno que se ha agudizado con la expedición de la Constitución Política de 1991 y lo define 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." (p. 118). Para el ámbito particular del derecho mercantil se refiere a los sistemas judiciales de constitucionalización así: "...aquellos cauces a través de los cuales la incidencia del texto constitucional en la definición del alcance y comprensión del derecho mercantil se activa con ocasión del ejercicio de funciones jurisdiccionales." (p. 119). En contra, Bernal Fandiño (2013) parece sugerir que no se trata de un fenómeno reciente, sino que es (¿debe ser?), más bien, algo natural de la práctica jurídica³. En términos de Bernal Fandiño (2013):

"Ni el derecho privado ni en particular el derecho de los contratos puede aislarse de los mandatos constitucionales, que en Colombia enmarcan toda la normatividad dentro del concepto de Estado Social de Derecho. Así, si tenemos una Constitución que consagra principios como la solidaridad y la buena fe, que atraviesan transversalmente todas las áreas del derecho, independientemente de si su origen se encuentra más cercano al derecho público, en el primer caso, o al derecho privado, en el segundo, su análisis debe realizarse no de manera restrictiva y circunscrita a un ámbito específico, sino como parte de un todo, de un ordenamiento armónico e integral, en lugar de segmentado e inconexo." (p. 30)

³ Para los críticos de la aplicación directa de preceptos constitucionales, esta afirmación podría ser calificada como apoyo a lo que algunos denominan una *sobreconstitucionalización* que "... incluso puede llegar, si es que no lo es ya, a tiránico por cuenta de los límites a las libertades que se dan a los ciudadanos." (Manrique Chaves, 2016, pp. 103-104)

El derecho está compuesto de varios tipos de normas jurídicas que regulan los múltiples ámbitos de la vida en sociedad y que, además, la aplicación directa de algunas de ellas parece ser una práctica reciente que genera escozor en ciertos sectores⁴. Entre esas normas jurídicas se encuentran dos tipos de normas que interesan a los objetivos de esta investigación, a saber: las regulativas y las constitutivas (Atienza & Ruíz, 2007; Ródenas, 2015; Pérez Lledó, 2015)⁵. La importancia de entender qué son las normas constitutivas radica en la claridad que brindan para comprender mejor qué son las normas regulativas y cuáles son esas características que diferencian a un tipo de normas de otras. Las normas constitutivas son aquellas que establecen que ciertas situaciones fácticas produzcan consecuencias institucionales o jurídicas (Pérez Lledó, 2015, p. 28). En palabras de Pérez Lledó (2015):

“[...] las acciones y los hechos institucionales, [...] son cambios en un mundo institucional, normativo, cambios cuya posibilidad misma de realización, o de que ocurran, depende de la existencia de ciertas normas, de modo que sin ellas no es posible realizar esas acciones o que ocurran esos hechos. A esas normas es a las que llamamos «constitutivas», **porque no regulan esas conductas como facultativas, obligatorias o prohibidas (no son «normas regulativas»)**, sino que hacen algo, digamos «previo»: «constituyen» o crean la posibilidad de realizar esas acciones (o de que ocurran esos hechos) institucionales, y por tanto constituyen esos «resultados» institucionales” (p. 29) (negrilla fuera de texto)

Siguiendo la distinción de Pérez Lledó (2015), las normas constitutivas pueden ser dos clases de reglas: i) reglas que confieren poderes y; ii) reglas puramente constitutivas. Las primeras “... indican las condiciones [...] para producir y que existan actos institucionales-jurídicos («actos jurídicos»)” (p. 30). Así, el artículo 1502 del Código Civil es un ejemplo de una regla que confiere poderes, pues señala cuáles son los requisitos que se deben cumplir para que una persona – natural o jurídica– se pueda obligar para con otra. Mientras que las segundas, esto es, las reglas puramente constitutivas son las que “... indican las condiciones [...] para que existan hechos institucionales-jurídicos («hechos jurídicos»)”⁵. Las reglas puramente constitutivas no requieren ninguna acción voluntaria para producir un efecto jurídico (p. 41), por lo que la norma que establece que “...el imprevisto a que no es posible resistir...” se le llama caso fortuito o fuerza mayor junto con las consecuencias que tiene en casos de incumplimiento (art. 64 C.C.) sería un ejemplo de este tipo de normas constitutivas. Otro ejemplo de normas puramente constitutivas sería la que establece que por el paso del tiempo (prescripción) una obligación civil se convierte

⁴ Por ejemplo, Zarante Bahamón, G. (2016). Constitucionalización y protección de derechos fundamentales en el contrato de seguros. Análisis jurisprudencial - Corte Constitucional de Colombia. Revista Ibero-Latinoamericana de seguro, 25(45), 15-91. <https://doi.org/10.11144/javeriana.ris45.cpdf>. En el mismo sentido, Manrique Chaves, D. M. (2016). La Sobreconstitucionalización Del Derecho De Seguros: El Compañero Permanente O Cónyuge Del Mismo Sexo Como Beneficiario a Título Legal En El Seguro de Vida. Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, 44(25), 91-139. <https://doi.org/10.11144/javeriana>, en particular pp. 94 a 96. (El título de este artículo tiene el mismo error ortográfico).

⁵ La distinción entre normas constitutivas y regulativas se corresponde con la distinción que hace H. L. A. Hart en “The Concept of Law” (1961) entre reglas primarias y secundarias. Así, a grandes rasgos, las reglas primarias vendrían siendo las normas regulativas y las reglas secundarias serían normas constitutivas (pp. 89 - 96).

en una obligación natural (arts. 1527.2, 2535 y 2536 C.C.). En contraposición a las normas constitutivas, como ya se dijo, están las normas regulativas.

De acuerdo con Ródenas (2015), las normas regulativas son “...el enunciado jurídico más básico y característico del derecho...” por la función que cumplen, i. e., orientan la conducta de las personas hacia los fines que cada sociedad define como deseables (p. 15). Como se pudo inferir de la cita de Pérez Lledó sobre las normas constitutivas, –y como también señala Ródenas– las normas regulativas son aquellas que *regulan* las conductas que se pueden realizar (facultativas), que se deben realizar (obligatorias) o que no se deben realizar (prohibidas). Las normas regulativas pueden ser reglas o principios, que a su vez se subdividen en dos categorías cada una, a saber: i) reglas de acción y reglas de fin y; ii) principios en sentido estricto y directrices (Dworkin, 1967; Atienza & Ruíz, 2007; Ródenas, 2015, p. 16).

Las reglas de acción son aquellas que contienen un mandato claro cuya estructura se podría definir como un supuesto fáctico que define las propiedades independientes del contenido de la norma y que, cuando se dan esas condiciones o propiedades la misma norma ofrece una solución normativa para ello que, por lo demás, consistirá en la realización u omisión de una conducta determinada sin tener en cuenta el resultado final de la conducta (Atienza & Ruíz, 2007, p. 30; Ródenas, 2015, pp. 16-17). Lo anterior significa que el objeto de la valoración deóntica en las reglas de acción es la conducta –acción u omisión– que debe o no debe realizar la destinataria de la norma (Atienza & Ruíz, 2007, p. 30)⁶. Ródenas (2015), se refiere al carácter independiente del contenido de las reglas de acción en los siguientes términos: cuando se dan las propiedades del caso que la regla señala, “...se genera un deber concluyente en el destinatario de la norma de hacer lo ordenado en la solución normativa, *con independencia* de su propia deliberación acerca del peso de las razones en pro o en contra de ello.” (p. 17). El párrafo del artículo 50 del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011) es un buen ejemplo de una regla de acción:

“ARTÍCULO 50. Sin perjuicio de las demás obligaciones establecidas en la presente ley, los proveedores y expendedores ubicados en el territorio nacional que ofrezcan productos utilizando medios electrónicos, deberán:

(...)

PARÁGRAFO. El proveedor deberá establecer en el medio de comercio electrónico utilizado, un enlace visible, fácilmente identificable, que le permita al consumidor ingresar a la página de la autoridad de protección al consumidor de Colombia.”
(Subrayado y negrillas propias)

Como puede observarse, la parte subrayada de la norma establece el supuesto fáctico que se debe presentar para que la destinataria de la norma deba aplicar la consecuente solución normativa (en negrilla). Esto es, establecer un enlace visible que le permita al consumidor

⁶ Como puede apreciarse de la explicación que dan Atienza & Ruíz (2007), el contexto al que se refieren es al de los órganos jurisdiccionales en particular y no al público en general, como sí lo hace Ródenas (2015) al abordar el estudio de las normas regulativas.

ingresar a la página de la Superintendencia de Industria y Comercio, actual autoridad de protección al consumidor.

Tanto Atienza & Ruíz (2007, p. 35) como Ródenas (2015, p. 17) coinciden en que las reglas de acción simplifican en mayor medida el razonamiento práctico de sus destinatarias, pues al ser razones perentorias e independientes del contenido liberan a la destinataria de la carga o responsabilidad de pensar en las consecuencias de su conducta, pues esta solo deberá verificar que las condiciones que dispone la regla se den para hacer o dejar de hacer una acción.

Las reglas de fin, al igual que las de acción, configuran las propiedades del caso manera independiente del contenido de la norma⁷. Sin embargo, la calificación deóntica de las reglas de fin está en la producción de un estado de cosas cuando se dan las condiciones de aplicación de la norma (Ródenas, 2015, p. 17; Atienza & Ruíz, 2007, p. 30). Al ser la producción de un estado de cosas el contenido de las reglas de fin, la destinataria de dicha norma contará con un cierto margen de discreción frente a cuáles considera son los medios causales idóneos para la consecución del resultado que dispone la norma (Ródenas, 2015, p. 18; Atienza & Ruíz, 2007, p. 30). Es importante resaltar que cuando las reglas de fin ordenan que la destinataria de la norma produzca un cierto estado de cosas, esa producción debe ser plena (Atienza & Ruíz, 2007, p. 34). Con las reglas de fin, contrario a lo que sucede con las reglas de acción, la destinataria de la norma, además de verificar que las condiciones de aplicación de la regla se den, tiene la responsabilidad de garantizar el resultado que esta ordena, pero con la ventaja de que, a diferencia de los principios –en sentido estricto y las directrices–, la destinataria de la norma se puede desentender de las consecuencias que la producción de dicho resultado generen (Atienza & Ruíz, 2007, p. 35; Ródenas, 2015, p. 18). El artículo 6º también del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011) es una regla de fin:

“ARTÍCULO 6o. CALIDAD, IDONEIDAD Y SEGURIDAD DE LOS PRODUCTOS. **Todo productor debe asegurar la idoneidad y seguridad de los bienes y servicios que ofrezca o ponga en el mercado, así como la calidad ofrecida.** En ningún caso estas podrán ser inferiores o contravenir lo previsto en reglamentos técnicos y medidas sanitarias o fitosanitarias.” (Subrayado y negrillas propias)

Nótese la ausencia total en la norma transcrita de la forma en que los productores deben asegurar la idoneidad, la seguridad y la calidad de los bienes y servicios que ofrezcan, pues, como señalé, ellos cuentan con cierto margen de discreción para garantizar ese estado de cosas (en negrilla). El margen de discreción estará limitado, entonces, por “...lo previsto en reglamentos técnicos y medidas sanitarias o fitosanitarias” (subrayado).

Ahora bien, para continuar con la caracterización de los tipos de normas regulativas es necesario realizar varias precisiones sobre los principios en sentido estricto y las directrices. Para empezar, se debe decir que cuando se habla de *principios jurídicos* se está hablando de principios

⁷ Recuérdese que esto quiere decir que la regla debe ser aplicada siempre que las propiedades del caso estén presentes, sin tener en cuenta si la destinataria de dicha norma tiene razones a favor o en contra de aplicarla (Ródenas, 2015, p. 17).

en sentido estricto y de directrices (Dworkin, 1967, pp. 22-23). Como se desprende de la explicación sobre los tipos de reglas, y siguiendo la terminología de Dworkin (1967), estas tienen una estructura que hace que su aplicación sea de “todo-o-nada”. Es decir, si se dan los hechos que la regla estipula, por regla general, esta debe ser aplicada para resolver el caso particular, lo que supone que cualquier otra regla no es válida o aplicable en dicho caso. Esto va en línea con el hecho de que los principios no establecen cuáles son las consecuencias jurídicas que se desprenden cuando se cumplen las condiciones prescritas para su aplicación (Atienza & Ruíz, 2007, p. 30; Ródenas, 2015, 16, 18-25). La exclusión total de la norma no sucede con los principios –principios en sentido estricto y directrices–, ya que, a diferencia de las reglas, aquellos no pretenden delimitar las condiciones de los casos en los que deben ser aplicados⁸. Más bien argumentan en uno u otro sentido sin que deba seguirse necesariamente una decisión. Esto implica que cuando un determinado principio debe ser tenido en cuenta para resolver un caso, la juez debe sopesar su relevancia en el caso para *inclinarse* la decisión hacia un lado o el otro, siempre teniendo en cuenta también otros principios que sean relevantes para resolver el caso. Es importante precisar que el hecho de que un principio sea importante para la resolución de un caso no quiere decir que finalmente sea el que proporcione la solución normativa para el caso, porque puede suceder que otro principio sea igualmente aplicable y tenga más peso en el caso concreto. Esto es lo que Dworkin denomina la *dimensión de peso o importancia* de los principios, lo que implica que cuando dos o más principios entran en conflicto en un caso concreto la juez deberá ponderar el peso cada uno de esos principios para resolverlo (pp. 25-29; Atienza & Ruíz, 2007, p. 30-31).

Por su estructura, las reglas no cuentan con esa dimensión de peso o importancia, debido a que en estas las condiciones de aplicación están “...constituidas por propiedades independientes de las razones que operen en favor o en contra de [la solución normativa que proporciona la regla en cuestión]...” (Atienza & Ruíz, 2007, p. 32)⁹, lo que hace que su forma de aplicación sea, como se dijo, de todo-o-nada o concluyente cuando el caso es subsumible en el supuesto de hecho de la regla. Por lo tanto, cuando esas condiciones están dadas, por regla general, la regla en cuestión debe ser aplicada –realizando la conducta o produciendo el estado de cosas ordenado, según se trate de una regla de acción o de fin–, aunque haya principios que puedan ser importantes en el caso. Digo “por regla general”, ya que pueden presentarse situaciones excepcionales en las que cierta regla entre en colisión con un principio que, frente al caso particular, tenga mayor peso que el o los principios subyacentes a la regla¹⁰, lo que, en

⁸ Esto es a lo que se refiere Ródenas (2015) cuando dice que los principios en sentido estricto y las directrices no configuran el caso mediante propiedades independientes del contenido de la norma (pp. 16, 18-25). En el mismo sentido, Atienza & Ruíz (2007) hacen referencia a esta característica diciendo que los principios son aquellas normas cuyas propiedades relevantes del caso que regula son muy generales (p. 25).

⁹ Es importante tener presente que las reglas en su estructura correlacionan una solución normativa con casos genéricos o condiciones de aplicación constituidas por propiedades independientes de las razones a favor o en contra de dicha solución normativa (Atienza & Ruíz, 2007, p. 32).

¹⁰ Cuando se habla de *principios subyacentes a la regla* se está haciendo referencia a esos principios que dieron lugar a la creación de la regla en particular.

consecuencia, conllevaría a la inaplicación de la regla y la prevalencia del principio (Atienza & Ruíz, 2007, p. 32). En palabras de Ródenas (2015):

“De manera que debe excluirse la aplicación de una regla de mandato cuando, de acuerdo con los principios que le sirven de justificación subyacente, su aplicación a un caso concreto no está justificada.” (p. 20).

En lo que tiene que ver con el razonamiento jurídico, desde una perspectiva, el aporte de los principios a la argumentación es menor que la de las reglas en dos sentidos, a saber: i) no simplifican el proceso de argumentación, pues se debe acudir a la ponderación de los principios relevantes al caso y; ii) cuando los principios son empleados como argumentos prácticos tienen menos fuerza o son menos concluyentes que las reglas, debido a que, el que se cumplan las condiciones de aplicación de un principio no implica necesariamente que este deba ser aplicado al caso, sino que será meramente una razón a favor de resolver el caso en un determinado sentido. Esto es así porque puede que los principios en conflicto aplicables al mismo caso resulten teniendo más peso (Ródenas, 2015, p. 25). Sin embargo, desde otra perspectiva, se podría decir que superan a las reglas en dos sentidos. i) Al estar enunciados en términos más generales pueden ser aplicados en una mayor cantidad de casos y; ii) al tener una menor fuerza que las reglas en cuanto premisas del razonamiento práctico, tienen una mayor capacidad expansiva, lo que quiere decir que la solución normativa que proporciona abarca aspectos tanto valorativos como directivos¹¹.

Señaladas las características de las reglas y de los principios en general, voy a abordar ahora la diferenciación entre principios en sentido estricto y directrices. De acuerdo con las características y estructuras de los principios en sentido estricto y de las directrices, se tiene que aquellos –al igual que las reglas de acción– señalan como consecuencia jurídica una conducta que consiste en la realización u omisión de una acción; mientras que las directrices comparten con las reglas de fin el que la conducta que se ordena como solución normativa sea la producción de un estado de cosas (Ródenas, 2015, pp. 18-22). En relación con la ponderación, cuando se opera con principios en sentido estricto lo que se hace es construir casos genéricos para determinar en cuáles prevalece un principio respecto de otro que es concurrente. Cuando se trata de directrices, la ponderación está dirigida a “...concretar un fin y/o sus formas de realización...” (Atienza & Ruíz, 2007, p. 37).

Por lo tanto, cuando los principios en sentido estricto determinan como obligatoria o prohibida la realización de cierta acción, permiten que la destinataria de la norma se desentienda de las consecuencias que esta genere. Piénsese, por ejemplo, en la regla que ordena a los trabajadores de obras de infraestructura utilizar casco mientras se encuentren en el sitio de la obra. Esto se debe a que, en la práctica, cuando por medio de la ponderación se define la prevalencia de un principio, este se expresa como una regla de acción (Atienza & Ruíz, 2007, p. 37; Ródenas, 2015, p. 22). A diferencia, entonces, de lo que sucede con los principios cuando

¹¹ El aspecto valorativo de los principios se refiere a la valoración de las conductas que estos entrañan, mientras que el aspecto directivo tiene que ver con las conductas que estos demandan realizar.

prevalecen en un caso concreto, la destinataria de una directriz no podrá ser ajena a las consecuencias que ocasione el resultado que se le ordena perseguir, pues se le exige una ponderación de la idoneidad de los medios empleados, tanto en relación con el fin perseguido como en relación con otros fines que también deben ser perseguidos y que pueden verse afectados por la ejecución de esas acciones (Atienza & Ruíz, 2007, p. 37-38; Ródenas, 2015, pp. 18-24).

Hasta ahora, se podría decir que las reglas de fin son iguales a las directrices en todos los sentidos. Esto, no obstante, no es cierto, pues la diferencia entre unas y otras radica en que, cuando las condiciones de aplicación de la directriz están dadas, la producción de ese estado de cosas o resultado se ordena llevar a cabo se hace en la mayor medida posible. Cuando se trata de una regla de fin, como ya se dijo, su cumplimiento es de todo-o-nada. De manera que, si la destinataria de la regla no produce el estado de cosas ordenado incurrirá en el incumplimiento de la regla en cuestión. Así las cosas, las directrices se corresponden con lo que Alexy llamó mandatos de optimización (Atienza & Ruíz, 2007, pp. 33 y 34). Las anteriores consideraciones sobre los principios en el razonamiento jurídico se corresponden, casi en su totalidad, a lo dicho por Atienza & Ruíz (2007, pp. 44-49).

La discusión sobre la aplicación y estructura de los principios jurídicos en la teoría del Derecho inició con Dworkin y su artículo *The Model of Rules* (1967) (Atienza & Ruíz, 2007, p. 22). En dicho artículo Dworkin (1967) criticaba al positivismo jurídico –para lo cual toma la versión de H. L. A. Hart como modelo– argumentando que la justificación que otorga cuando los jueces tienen que solucionar un caso difícil acudiendo a estándares que no se corresponden con la estructura de las reglas no es satisfactoria. Esto es así debido a que, en el contexto en que vivieron Dworkin y Hart, los principios se consideraban criterios que estaban *por fuera del derecho* a los que las jueces acudían para resolver ciertos casos. En la actualidad, ese no es el caso de Colombia.

En nuestra Constitución Política y leyes se positivizaron –y se positivizan– una cantidad importante de principios, con lo que se les otorga fuerza vinculante y se resuelve esa discusión. Sin embargo, y como lo señala Bernal Fandiño en *El deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos* (2013), existe inquietud frente a las decisiones judiciales basadas en principios dada su amplitud, pues se dice que los límites al poder de la juez se vuelven más difusos y podría llevar a la arbitrariedad. La razón de lo anterior se encuentra en que ciertos principios –como el de solidaridad–, pueden –y de hecho lo hacen– imponer límites a los principios de libertad contractual y de autonomía privada, entre otras cosas, considerados pilares de la teoría clásica del negocio jurídico (pp. 30–31). Es decir, la intervención del Estado en la esfera privada-contractual se hace más fuerte cuando se le otorga más peso al principio de solidaridad o al de buena fe. Esto se evidencia en el análisis de las sentencias de la Corte Constitucional basadas en el principio de solidaridad, especialmente cuando se trata de relaciones contractuales en las que participan entidades financieras que, como ha señalado la misma Corte, prestan un servicio público, como lo es la actividad financiera. Y es que, aunque esas *inquietudes*, en principio pudieran ser fundadas en razón de la indeterminación de los principios –como he señalado acá– la Corte se ha encargado de disiparlas a partir de la construcción de una sólida línea jurisprudencial sobre el papel que juega –y cómo opera– el principio de solidaridad en las relaciones contractuales.

III. EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

En Colombia, el principio de solidaridad responde a la caracterización de principios en sentido estricto y, además, explícitos debido a que se encuentra positivizado en el ordenamiento jurídico colombiano en los artículos 1º y 95.2 de la Constitución Política de 1991¹². El artículo 1º consagra el principio de solidaridad en los siguientes términos:

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

Por su parte, el artículo 95.2 de la Constitución dispone que

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

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

Son deberes de la persona y del ciudadano:

[...].

2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;”

La solidaridad objeto de esta investigación no es aquella consagrada en los artículos 1568 y siguientes del Código Civil para las obligaciones. De acuerdo con Fernández Segado (2012), la raíz de la palabra “solidaridad” “...es el étimo romano *solidarium*, que se enlaza con las expresiones *solidum*, *soldum* y que significa «entero», «compacto», de ahí la conocida figura jurídica de la *obligatio in solidum*...” u obligación solidaria¹³ (p. 141; Arban, 2017, pp. 243-244). Muestra esto cómo el origen de la solidaridad en el derecho está, precisamente, en el derecho privado, pues ese tipo de solidaridad buscaba brindarle mayores garantías al acreedor. Esa visión de la solidaridad en el derecho privado es egoísta y contradice “...la solidaridad vista como un valor jurídico en el marco del Estado social y democrático de Derecho.” (Fernández Segado, 2012, p. 141).

¹² La distinción entre principios explícitos e implícitos se refiere a si están formulados expresamente en el ordenamiento jurídico, caso en el cual son explícitos, o si, por el contrario, son extraídos a partir de enunciados presentes en el ordenamiento jurídico (Atienza & Ruíz, 2007, p. 27). En este sentido, el principio de solidaridad en Colombia es explícito, ya que se encuentra consagrado en los artículos 1º y 95.2 de la Constitución Política.

¹³ En igual sentido Arban, E. (2017). Exploring the Principle of (Federal) Solidarity. *Review of Constitutional Studies/Revue d'études constitutionnelles*, 22(2), 241-261, en particular pp. 243-244.

En Colombia, la Corte Constitucional se ha ocupado del principio de solidaridad en diversas oportunidades. Una de ellas es la sentencia T-036 de 1995, en la que la Corte resolvió el caso de dos adultos mayores (64 y 81 años) que vieron vulnerado su derecho a la dignidad humana debido a que el dueño del predio vecino a de ellos, obstruyó el paso por la servidumbre de tránsito que usaban los accionantes para acceder a la vía pública, obligándolos a arrastrarse debajo de alambres de púas y a cargar ellos mismos los productos que vendían para su subsistencia. En esta oportunidad, la Corte consideró que se trataba de un de esos casos excepcionales en los que los deberes constitucionales son exigibles directamente, aunque no tengan un desarrollo legal, como el deber de solidaridad¹⁴. En este caso, la Corte expresó que entendía la solidaridad “...como aquella pauta de comportamiento conforme a la cual el accionado debió haber actuado al surgir el conflicto objeto de esta tutela.” (Sent. T-036 de 1995), por lo que tuteló el derecho a la dignidad humana de los accionantes.

En la sentencia C-459 de 2004, con ponencia del magistrado Jaime Araujo Rentería, en la que se decidió sobre la constitucionalidad de los artículos 39 y 40 inciso primero de la Ley 472 de 1998 que otorgaban incentivos económicos para aquellas personas que instauraran acciones populares¹⁵. En la citada sentencia la Corte abordó el estudio del principio de solidaridad para definir si dicho incentivo iba en contravía de la Constitución por no cumplir con los postulados del mencionado principio. En esa ocasión la Corte, citando la sentencia C-237 de 1997, con ponencia de Carlos Gaviria Díaz, que estudió la exequibilidad de los artículos 263 y 270 del Código Penal (Decreto 100 de 1989) y del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989), respectivamente, sobre el delito de inasistencia alimentaria a menores, se refirió al principio de solidaridad de la siguiente manera:

“...En virtud de tal deber, al Estado le corresponde garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, y para ello debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de inferioridad, bien de manera indirecta, a través de la inversión en el gasto social, o bien de manera directa, adoptando medidas en favor de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. [...] Pero, el deber de solidaridad no se limita al Estado: corresponde también a los particulares, de quienes dicho deber es exigible en los términos de la ley, y de manera excepcional, sin mediación legislativa, cuando su desconocimiento comporta la violación de un derecho fundamental. Entre los particulares, dicho deber se ubica en forma primigenia en la familia, dentro de la cual cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente, atendiendo razones de equidad.”

¹⁴ Para la Corte, los deberes constitucionales son exigibles de manera directa únicamente cuando su incumplimiento da o puede dar lugar a un perjuicio irremediable. (Sent. T-036 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

¹⁵ Es importante recordar que los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 fueron derogados por la Ley 1425 de 2010.

Esto deja en evidencia la contradicción entre la solidaridad en el Estado social y democrático de derecho del que habla Fernández Segado (2012, p. 141) y la solidaridad entre deudores que busca proteger al acreedor¹⁶.

En la sentencia T-550 de 1994 que resolvió el caso de un grupo de personas que demandó al alcalde de Córdoba (Bolívar) y a la sociedad Turfin Ltda., ya que consideraban que la construcción de una obra social, consistente en la construcción de terraplenes que ampliaron el área fluvial en el área en la que esas personas decían habitar, violaba sus derechos. Para los demandantes, la vulneración de derechos fundamentales se configuraba porque,

“...como consecuencia de las señaladas obras, efectuadas sobre bienes de uso público, los ciudadanos dedicados a las labores de la pesca artesanal no pueden circular libremente por los terrenos en mención sino en horas determinadas; que los ganados no pueden pastar en el lugar; que a las familias les es imposible dedicarse al esparcimiento como se hacía antes en épocas festivas; que al represar las aguas del caño que desemboca en el río Magdalena, aquél se ha venido cerrando con malezas y sedimentos; que los pescadores y parceleros no pueden llegar a sus sitios de trabajo sino tomando otra vía, con la consiguiente pérdida de tiempo; que los aprendices de conducción de vehículos, que practicaban en dichos terrenos, ya no pueden hacerlo.” (Sent. T-550 de 1994)

La Corte Constitucional, al referirse al principio constitucional de solidaridad, señaló lo siguiente:

“Desde el punto de vista constitucional, tiene el sentido de un deber -impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social- consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo.

Pero fundamentalmente se trata de un principio que inspira la conducta de los individuos para fundar la convivencia en la cooperación y no en el egoísmo.

Según el artículo 1º de la Carta, la solidaridad entre los integrantes de la organización política que ella estructura constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho. Al tenor del artículo 95, numeral 2, uno de los deberes de la persona y del ciudadano radica en ‘obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas.’” (Sent. T-550 de 1994)

La Corte concluyó que “...en lugar de haber causado un perjuicio a la colectividad, han traído beneficios, consistentes particularmente en la ampliación de las posibilidades de pesca en

¹⁶ En Colombia no somos ajenos a este tipo de solidaridad, pues el inciso 2º del artículo 1568 del Código Civil lo estableció así:

“[...].

Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum.”

una zona que antes de ellas era totalmente seca...”. Así, la Corte Constitucional entendió que en este caso lo que se presentaba era “[una] demostración de que los principios de solidaridad social, prevalencia del interés colectivo y concertación entre los sectores público y privado, plasmados en la Constitución Política, pueden hacerse realidad.” (Sent. T-550 de 1994). En consecuencia, declaró improcedente la tutela.

Por otra parte, en la sentencia C-767 de 2014, la misma Corte recordó que el principio de solidaridad se concreta en una serie de obligaciones que se les exigen a los distintos componentes de la sociedad. Adicionalmente, en virtud de este principio, el Estado debe “...intervenir a favor de los más desaventajados de la sociedad cuando éstos no pueden ayudarse por sí mismos.” En esa misma línea, expresó que los *deberes fundamentales* que impone el principio de solidaridad “...en ciertos escenarios se refuerzan, cuando se trata de asegurar a sujetos en condiciones desfavorables, la protección de todas las facetas de sus garantías fundamentales.” Para la Corte, entonces, esto se fundamenta en la protección especial prevista por el artículo 13 inciso 3° de la Constitución que en el inciso tercero ordena la protección que deben recibir los grupos que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta¹⁷.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que las manifestaciones del principio de solidaridad son múltiples y van desde su utilización como fundamento del Estado, hasta su aplicación en el ámbito de la seguridad social (Mendieta & Elena, 2020; Sass, 1992).

Incluso, más allá de nuestro régimen constitucional y legal, otros estamentos sociales han promovido el principio de solidaridad. Por ejemplo, la Iglesia Católica ha incorporado el principio de solidaridad como uno de los pilares de la fundamentación de la doctrina social que se recoge en el *Compendio de la doctrina social de la Iglesia* (Letelier Widow, 2017, pp. 86-87). Así las cosas, para la doctrina social de la Iglesia Católica el principio de solidaridad

“...designa en primer lugar la profunda interdependencia de los hombres y los pueblos en relación con el bien común de cada comunidad y, en último término, de la humanidad entera, interdependencia en virtud de la cual no es posible que algunos estén realmente bien mientras haya otros que padecen graves injusticias o carecen de lo mínimo indispensable.” (Letelier Widow, 2017, p. 94).

Lo que busca con el principio de solidaridad la Iglesia Católica, en un sentido práctico, es organizar y dirigir las estructuras sociales y las actividades de individuos hacia el bien común y lejos de las estructuras que fueron fundadas sobre la base del pecado debido a que “...institucionalizan relaciones de abuso y de explotación de los más débiles” (Letelier Widow, 2017, p. 94). Más adelante, Letelier Widow (2017) señala que Juan Pablo II consideró al principio de solidaridad “...como ‘uno de los principios básicos de la concepción cristiana de la organización social y política...’” (p. 95).

Retornando al campo legal, en el ámbito de la seguridad social en salud, el principio de solidaridad se encuentra consagrado en el literal c., artículo 2° de la Ley 100 de 1993, así:

¹⁷ En este caso, el grupo desaventajado al que se hace referencia es el de las personas víctimas del conflicto armado interno.

“[...].

c. SOLIDARIDAD. Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo.

Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables.”

De acuerdo con Mendieta & Elena (2020), el principio de solidaridad se manifiesta en “...que quienes poseen recursos económicos deban subsidiar solidariamente la salud de aquellos que no tienen ingresos.” (p. 93). La similitud con la concepción de la Iglesia sobre el principio de solidaridad es visible: ambas perspectivas propugnan por una protección de los más débiles.

Por su parte, Chamie (2018) trata la solidaridad “(...) como pauta de comportamiento en determinadas situaciones (...)” (p. 206). Dice Chamie que la solidaridad es un valor constitucional que tiene una triple dimensión: (i) es el fundamento de la organización política (art. 1º CN); (ii) es una guía de comportamiento de las personas y; (iii) se constituye en criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales (arts. 86 y 95.1 CN). Sin embargo, Chamie (2018), siguiendo a Bianca (2000) manifiesta dificultad para identificar en qué medida incide el principio de solidaridad en la autonomía privada de los particulares, debido a que la libertad del individuo se observa en el marco de un ordenamiento que se inspira en el valor de la solidaridad social como valor de fondo del orden jurídico constitucional (p. 206). Es así como el principio de solidaridad ha sido reconocido como un principio fundamental, el cual “imprime ciertos parámetros de conducta social a los particulares, que pretenden racionalizar ciertos intercambios sociales” (Sent. T-520 de 2003, en Chamie, 2018, p. 207). En este sentido, una de las funciones de la solidaridad en el derecho privado es la de mitigar los efectos dañosos que puede generar la vida en sociedad. Siguiendo la misma línea, afirma que en el Estado Social de Derecho “(...) el principio de solidaridad cumple la función de corregir sistemáticamente algunos de los efectos nocivos que tienen las estructuras sociales y económicas sobre la convivencia política a largo plazo...” (Chamie, 2018, p. 207).

IV. EL SOLIDARISMO CONTRACTUAL

El solidarismo contractual es un movimiento doctrinal cuyo objetivo es lograr un equilibrio en los contratos buscando que las partes tengan en cuenta –y velen porque se satisfaga– no solo el interés propio, sino también el de la cocontratante, en especial si una de las partes se encuentra en una posición de debilidad respecto de la otra, de manera que se eviten abusos del derecho o de la posición dominante en detrimento de la parte débil. Para ello, como veremos, a los

contratantes se les imponen deberes adicionales que se desprenden de lo pactado. Por eso, de acuerdo con los defensores de esta doctrina, cuando se presenta un desequilibrio en el contrato que le impide a una de las partes un ejercicio real y efectivo de su autonomía privada, las jueces estarán facultadas para intervenir y buscar un equilibrio razonable en las prestaciones del contrato. Sin embargo, antes de entrar a analizar a profundidad de qué se trata, considero ilustrativo explorar primero de dónde surgen esas ideas, qué circunstancias motivaron una transformación de este talante en la noción de contrato. Para esto, seguiré, principalmente, lo dicho sobre el solidarismo contractual por Mariana Bernal Fandiño, en Colombia, y Juan J. Benítez Caorsi, en Uruguay. La mejor forma de comenzar es por explicar lo que se conoce como *la crisis del contrato*.

Como advertencia preliminar, es pertinente que el lector tenga presente que en esta sección describo el trabajo prescriptivo de la ya mencionada doctrina del solidarismo contractual.

A. El origen

Según explica Bernal Fandiño en *El deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos* (2013), la aplicación radical de los ideales del liberalismo clásico generó reacciones de todo tipo, debido a que esos ideales "... aíslan al individuo de su realidad social..." (p. 42). Es decir, no tienen en cuenta las circunstancias sociales de las personas, sino que las considera en abstracto. Así, en la Francia del siglo XIX aparece "...un movimiento intelectual en torno a la noción de solidaridad" con expositores como Émile Durkheim, León Bourgeois y León Duguit con "La división del trabajo social", "La solidaridad" y "Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón", respectivamente (pp.41 y ss.). Duguit, en particular, señala que "...ser solidario no es solamente no obstaculizar el desarrollo de los demás sino, particularmente, realizar acciones positivas para que los otros tengan todo el desarrollo de sus propias potencialidades." (p. 43). De esta manera,

"[...] la reacción contra el individualismo político y jurídico del siglo XVIII se vio reflejada en nuevas teorías que buscaban el establecimiento de un orden objetivo que expresara o materializara una exigencia de naturaleza social y no simplemente de realización de los intereses individuales, ya no solo en el derecho público, sino también dentro del derecho privado." (Bernal Fandiño, 2013, p. 43)

De esta manera, los movimientos de solidaridad surgieron como respuesta a los ideales del liberalismo clásico, el cual propendía por un individualismo que busca satisfacer únicamente el interés propio (Benítez Caorsi, 2013, pp. 25-66; Bernal Fandiño, 2013, pp. 41-44). La noción de contrato no ha sido ajena a esos procesos y su transformación va a estar dictada, en gran medida, por los cambios sociales que se producen y las nuevas concepciones políticas que se gestan. La concepción clásica del contrato estaba permeada completamente por un individualismo liberal del siglo XIX, en la que los principios fundamentales del contrato eran la autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria del contrato (Bernal Fandiño, 2013, p. 44; Benítez Caorsi, 2013,

p. 38). Dichos principios, junto con la noción de contrato, han ido evolucionando hacia una noción de contrato en la que ya no son los principios fundamentales, pero tampoco pierden su importancia. Lo que sucede ahora es que no son absolutos, pues principios como el de solidaridad imponen ciertos límites (Bernal Fandiño, 2013, p. 44). Para Benítez Caorsi (2013), el liberalismo mutó de un individualismo egoísta a un individualismo solidario, pasando de concebir el conflicto de intereses entre deudor y acreedor como único elemento central del contrato, a una resignificación del mismo basada en la lealtad con el fin de que la operación de intercambio de bienes o servicios satisfaga los intereses de ambos contratantes (p. 54 y ss.).

Es por esto que, para Benítez Caorsi, no se debería hablar de crisis del contrato sino, más bien, de la crisis de la concepción individualista y liberal del contrato (2013, p. 38-44). Este autor llega incluso a afirmar que se trata de una crisis de la autonomía de la voluntad, pues la parte débil en el contrato está obligada a aceptar las condiciones que la parte dominante o fuerte es libre de imponer, es decir, la vulnerabilidad de la parte débil es explotada por la parte fuerte en la relación contractual. La doctrina de la solidaridad contractual surge como respuesta a las fallas de la concepción clásica de garantizar una igualdad material entre las partes al momento de celebrar un contrato. Se partía de la suposición de que, como todos los comerciantes, varones y propietarios se encontraban en las mismas condiciones frente a la ley, esto sería suficiente para garantizar que no existiera un abuso de parte de ninguno de los contratantes. Y es precisamente esa desigualdad en el poder de negociación la que justifica la intervención judicial con el fin de lograr un equilibrio contractual (Bernal Fandiño, 2013, pp. 41 y 42 y pp. 44-48; Benítez Caorsi, 2013, pp. 85 y ss.).

De acuerdo con la doctrina a la que se ha hecho referencia, las razones que dieron lugar al surgimiento de la solidaridad contractual se podrían resumir así: si bien era (es) deseable que los postulados de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual fueran las bases de las relaciones contractuales, su aplicación ilimitada y desregulada implicaba que, en la realidad, existiera un desequilibrio entre los contratantes, lo que, en consecuencia, impedía un verdadero ejercicio de dichos postulados a la parte débil de la relación contractual. Es decir, para la parte débil la autonomía privada y la libertad contractual eran meros supuestos que no podía ejercer debido a que la igualdad en las condiciones de las partes –que se suponía en las relaciones contractuales–, era meramente formal y no material. Por lo que la solidaridad surge con el objetivo fundamental de equilibrar las condiciones del contrato.

Esa concepción individualista del contrato basada en los postulados liberales de los siglos XVIII y XIX dio paso a una concepción social del contrato que se preocupa por proteger a los débiles (Benítez Caorsi, 2013, p. 42). Estos cambios responden, como se dijo, a cambios sociales y políticos más amplios que promueven “...más sensibilidad de la sociedad y del ordenamiento por los intereses de los sectores, clases, comunidades deprimidas, tomados en colectivo y en unidad singular, y de mayores decisión y exigencia en la tutela de tales intereses...” (Hinestrosa, 2014, p. 14). En virtud de lo anterior, en la teoría contractual se crearon nuevos límites a las figuras de la autonomía de la voluntad y el principio de la fuerza obligatoria del contrato, como la exigencia de la función social que, para el caso particular de Colombia se consagró en el artículo

333 de la Constitución Política¹⁸. Por cuenta de dichos límites, se esgrimieron críticas en el sentido de que habría una castración de la iniciativa privada o que se eliminaría el principio de la autonomía privada¹⁹; sin embargo, no ha sucedido tal cosa y, en cambio, doctrinantes como Hinestrosa (2014), han señalado cómo este principio y la figura del contrato no han perdido su identidad y continúan siendo de la mayor importancia para el tráfico jurídico (pp. 13-14).

De esta manera, para Benítez Caorsi (2013), se presenta lo que podría llamarse una socialización del contrato (Timm, 2008, p. 8), que resalta la importancia del contrato como un instrumento que no solo permite realizar los intereses propios, sino también intereses ajenos. Esa socialización o incorporación de la función social del contrato responde a la necesidad de intervención de lo público para evitar abusos del derecho y que se utilice el contrato como una herramienta de opresión. Esta concepción exige una compatibilización de las bases clásicas del contrato (autonomía privada y principio de la fuerza obligatoria del contrato) con principios de índole social como la buena fe y la solidaridad, los cuales buscan garantizar una cierta justicia y equilibrio económico en los contratos. Así las cosas, serán objeto de protección institucional o jurídica aquellos acuerdos que, en virtud de la buena fe y la solidaridad, libres, útiles y justos (Bernal Fandiño, 2013, pp. 56 y 57). Es esa la función social del contrato. Esto se podrá comprobar en la medida en que las partes puedan ejercer de forma real y efectiva su autonomía y libertad, es decir, que las condiciones contractuales no sean impuestas en su totalidad por la parte poderosa de la relación en detrimento de su cocontratante (pp. 44-85). Es decir, de acuerdo con Benítez Caorsi (2013), la solidaridad contractual no solo busca reducir la disparidad entre las contratantes para evitar abusos, sino que también impone deberes de cooperación e información recíprocos con el fin de que ambas partes puedan satisfacer sus propios intereses en la mayor medida posible (pp. 86-98).

Según Bernal Fandiño (2013), el otro *pilar* del solidarismo contractual es la búsqueda de un equilibrio económico razonable en los contratos (pp. 56-60). No se pretende, pues, un equilibrio perfecto en el contrato, sino aquel que sea *razonable* en consideración de las circunstancias del caso. Es esa repartición balanceada de las cargas y los beneficios del contrato lo que asegura la efectiva realización de los intereses de las partes. De lo anterior es posible deducir que la finalidad del contrato es la satisfacción de los intereses de las partes. Por lo que, pueden presentarse casos en los que haya un desequilibrio en el contenido del contrato, pero se satisfagan los intereses de las partes. En esos casos el equilibrio en el contrato evidentemente no será determinante para la realización de su finalidad (Bernal Fandiño, 2013, p. 59).

¹⁸ Al respecto, Hinestrosa (2014) considera que “[L]a función social de la figura, la utilidad social de la disposición, no constituye ni conceptual ni prácticamente límite alguno de la autonomía privada, sino su modo de ser, su cauce genuino”, por cuanto esta siempre la ha tenido. Situación distinta es que hoy en día la sociedad y el ordenamiento jurídico tengan actitudes frente a la autonomía privada que implican un tratamiento más estricto (pp. 13-14).

¹⁹ “La excesiva intromisión del juez en los asuntos de los particulares se traduce en una política de control social, limitación a las libertades individuales y castración de la iniciativa privada.” Mantilla Espinosa, F. (2011). El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia. *Revista chilena de derecho privado*, (16), p. 213. <https://doi.org/10.4067/s0718-80722011000100006>; Ver también: Benítez Caorsi, J. J. (2013). *SOLIDARIDAD CONTRACTUAL: Noción posmoderna del contrato*. Madrid: Editorial Reus, p. 43.

¿Cómo pretende lograr esos objetivos el solidarismo contractual? De lo dicho hasta ahora es posible deducir que, uno de los mecanismos es mediante la imposición de nuevos deberes a las contratantes (Bernal Fandiño, 2013, pp. 60 y ss.).

B. Los deberes secundarios de conducta

Como es sabido, la buena fe objetiva –manifestada como buena fe contractual– supone la imposición de ciertos deberes a las partes en los contratos como los de protección, lealtad, información, corrección, coherencia, entre otros. En el ordenamiento jurídico colombiano, los deberes secundarios de conducta encuentran su soporte normativo en los artículos 1603 y 871 de los Códigos Civil y de Comercio, respectivamente, según los cuales los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligan, no solo a lo expresamente pactado, sino a todas las cosas que se deriven de la naturaleza de la obligación, según la ley, la costumbre o la equidad natural. Dichos deberes, como tales, otorgan a la contraparte derechos correlativos y su incumplimiento dará lugar a responsabilidad civil de la parte incumplida²⁰ (Hinestrosa, 1997, pp. 13 y ss; Solarte, 2004, pp. 303-310; Neme Villarreal, 2006, pp. 90-107; Tolosa Villabona, 2017, pp. 37-48).

Esto mismo sucede con el solidarismo contractual, el cual impone a las partes los deberes de lealtad, cooperación, coherencia, protección, información, entre otros, los cuales gravan a ambas cocontratantes para que dirijan sus esfuerzos a la satisfacción, no solo del interés propio, sino también del interés de la cocontratante (Bernal Fandiño, 2013, pp. 60 y ss.; Abreu Barroso, Lucas; Portes Sthel, 2015; Pérez Arango, 2016, pp. 8-12). De esta manera, el solidarismo busca *aterrizar* la idea abstracta del hombre libre que profesa el liberalismo individualista. Es por esto que, aunque el solidarismo reconoce la importancia de la autonomía de la voluntad como fuente del efecto de las obligaciones, para que sea válida debe cumplir con las exigencias de la vida en sociedad (Bernal Fandiño, 2013, p. 52). El logro de la doctrina de la solidaridad contractual consiste, pues, en crear límites a la autonomía privada (Bernal-Fandiño, 2016) y a la libertad contractual, principios estos que dejaron de ser absolutos en la medida en que el fin de todo contrato debe ser la realización del interés de todos los involucrados (Benítez Caorsi, 2013; Bernal Fandiño, 2013, pp. 41-82; Pico Zuñiga & Rojas Quiñones, 2014). Según Benítez Caorsi (2013), las partes de un contrato debe asumir cargas adicionales en virtud de la solidaridad, de las que sobresale que “... el hacerse cargo del interés del otro no se limita solamente a preservar su existencia, sino a *garantizar razonablemente su realización.*” (cursiva infratexto) (p. 65).

Con esto en mente, explicaré únicamente los deberes de cooperación y lealtad por dos razones: (i) porque son los más recurrentes en los trabajos consultados y; (ii) porque considero que son lo más importantes para la consecución de los objetivos del solidarismo contractual.

²⁰ La discusión sobre el régimen de responsabilidad civil aplicable a los casos de incumplimiento de deberes secundarios de conducta no se abordará acá, por exceder el propósito de esta investigación.

1. EL DEBER DE COOPERACIÓN

Para Bernal Fandiño (2013), el deber de cooperación conlleva también deberes como el de información, la obligación de seguridad y la exigencia de mitigar el daño. Incluso se ha señalado que el deber de cooperación podría dar lugar a que se establezca una regla según la cual se sancione a la parte que rechace una oferta de negociación que la juez considere adecuada cuando haya una disputa entre las partes (pp. 61-62). El deber de cooperación implica que las partes deben colaborar con la otra cuando sea razonable exigirlo para el cumplimiento de las obligaciones. Pero no solo eso, sino que el interés del otro se debe realizar de manera tal que el otro obtenga el mayor beneficio posible (*ibídem*, pp. 62-63). No significa esto que las partes deban incurrir en situaciones extremadamente onerosas para poder realizar el interés del otro.

Este deber supone, entonces, la contribución recíproca a la causa contractual (Benítez, 2013, p. 112) para la cual “...las partes han de obrar conjuntamente para apoyar, coordinar y facilitar a su co-contratante la realización de la finalidad que subyace al negocio jurídico, dentro de lo que permite la razonabilidad.” (Rojas Quiñones, 2020). Correlativamente, el deber de cooperación implica que las partes no puedan asumir actitudes indiferentes frente a los intereses de la otra parte, sino que deben asumir “...un comportamiento activo en pro del otro que garantiza la suerte de un cumplimiento útil del contrato.” (Benítez, 2013, p. 101).

2. EL DEBER DE LEALTAD

El deber de lealtad entendido como lealtad para con la cocontratante conlleva los deberes de reserva, de no competencia, de evitar conflictos de intereses, además de la obligación de renegociar el contrato en caso de imprevisión (Bernal Fandiño, 2013, p. 63). Tamayo Jaramillo (2010) considera que este deber incluye también los deberes de información, de consejo y de instrucción (como se citó en Bernal Fandiño, 2013, p. 63). Para la doctrina solidarista este deber está presente en todos los tipos contractuales (Bernal Fandiño, 2013, pp. 64-65).

Según la jurisprudencia de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia, el deber de lealtad prohíbe a las partes realizar prácticas deshonestas en el ámbito de la competencia comercial, al igual que proscribire el cumplimiento malicioso de las cláusulas del contrato (Neme Villarreal, 2006, p. 92). Por su parte, Tolosa (2017) se refiere al deber de lealtad como deber de fidelidad, según el cual se privilegia la confianza y el cumplimiento contractual de manera que se eviten conflictos de intereses entre las partes. Adicionalmente, se les exige a las partes no adelantar negociaciones si no planean concluir las, ni interrumpirlas sin justificación. (p. 46).

Como se dijo, uno de los *pilares* del solidarismo contractual es la búsqueda de un equilibrio económico razonable en los contratos. En consecuencia, para esta corriente, cuando una de las partes del contrato se encuentra en una posición de inferioridad o debilidad respecto de la otra, la intervención de la juez estará justificada por cuanto el desbalance económico del contrato implica el incumplimiento de los deberes secundarios de conducta que se derivan de la buena fe

y la solidaridad. En últimas, el desequilibrio afecta la autonomía privada y la libertad de la parte débil de la relación y es la juez la encargada de reequilibrar el contrato y garantizarla a las partes el ejercicio efectivo de la autonomía privada.

C. Las críticas

La doctrina del solidarismo contractual, obviamente, ha sido objeto de fuertes críticas (Bauer & Bernal Fandiño, 2021, p. 63). Mantilla Espinosa, en su artículo “El *Solidarismo* Contractual En Francia Y La Constitucionalización De Los Contratos En Colombia” (2011) se encarga de ello. Veamos. Para comenzar, es pertinente señalar que, para Mantilla Espinosa (2011) la doctrina del solidarismo contractual es propia del derecho francés y la equipara con lo que él llama la doctrina del *neoconstitucionalismo* en Colombia. El *neoconstitucionalismo*, propugna por la aplicación directa de normas constitucionales a los contratos entre particulares, y ha tenido lugar, en parte, gracias a la expedición de la Constitución de 1991, que, por lo demás, “[...] pasó, entonces, a cristalizar los objetivos generales del Estado en cuanto a su intervención directa en las relaciones entre los particulares en busca de los ideales de justicia, bienestar y solidaridad.” (Mantilla Espinosa, 2011, pp. 187-199 y p. 223). Sobre la aplicación directa de los preceptos constitucionales a las relaciones de derecho privado, se ha dicho que

“Ni el derecho privado ni en particular el derecho de los contratos pueden aislarse de los mandatos constitucionales, que en Colombia enmarcan toda la normatividad dentro del concepto de Estado Social de Derecho. Así, si tenemos una Constitución que consagra principios como la solidaridad y la buena fe, que atraviesan transversalmente todas las áreas del derecho, independientemente de si su origen se encuentra más cercano al derecho público, en el primer caso, o al derecho privado, en el segundo, su análisis debe realizarse no de manera restrictiva y circunscrita a un ámbito específico, sino como parte de un todo, de un ordenamiento armónico e integral, en lugar de segmentado e inconexo.” (Bernal Fandiño, 2013, p. 30)

Las similitudes que encuentra Mantilla Espinosa (2011) entre el solidarismo contractual y el *neoconstitucionalismo* son las consideraciones de tipo altruista e idealista que las subyacen (p. 197). Sobre los deberes de las contratantes que se desprenden de la buena fe –y de la solidaridad– como los de “...cooperación, colaboración recíproca, armónica y generosa, conservación del equilibrio, seriedad, lealtad y hasta fidelidad”, recuerda la crítica hecha por Jean Carbonnier (1996), según la cual es sorprendente que, mientras el matrimonio se convierte cada vez más en un contrato, algunas personas quieren transformar todos los contratos en un matrimonio (p. 213, como se citó en Mantilla Espinosa, 2011, p. 202). Esto se debe a que le preocupan las consecuencias que tienen la intervención activa de la juez en ejercicio de su *poder moderador*, que se fundamenta en los deberes que imponen la buena fe y la solidaridad, y que suponen el derecho correlativo de la cocontratante.

Al referirse al trabajo de “... [extracción de] principios encaminados a la protección y otorgamiento efectivo de los derechos de los individuos” que ha venido realizando la Corte

Constitucional, en la nota al pie número 61, Mantilla Espinosa (2011) cita el pasaje de “El cielo de los conceptos jurídicos” de Jhiring que describe lo que este llamó la “prensa hidráulico-dialéctica de interpretación”, la cual le permite a los juristas extraer de todo texto o pasaje lo que se necesita, aún cuando se trate de pasajes contradictorios (Jhiring, 1993, p. 225, como se citó en Mantilla Espinosa, 2011, p. 200). Particularmente, Mantilla (2011) señala que la buena fe y la solidaridad comparten dos características: (a) la indeterminación del supuesto de hecho y de la sanción y; (b) el alto contenido emotivo (p. 208). Esto puede afectar la seguridad jurídica debido a que la aplicación directa y generalizada de estos principios conlleva a que se instaure lo que llama una *justicia intuitiva del caso por caso* (Mantilla Espinosa, 2011, pp. 208-209; Zarante Bahamón, 2016, p. 265). Así mismo, sugiere limitar la buena fe a la protección y sanción de conductas dolosas y temerarias de las partes del contrato, a través de la figura del abuso del derecho (Mantilla Espinosa, 2011, p. 211). Esta propuesta es, cuando menos, curiosa. Por un lado, no se ve cómo con la figura del abuso del derecho se superaría claramente el “problema” de la indeterminación y, por el otro, la imposición de los llamados deberes secundarios de conducta pretende, entre otras cosas, evitar los abusos del derecho (Neme Villarreal, 2006, pp. 88-89; Solarte Rodríguez, 2004, pp. 305-306).

Como se puede inferir de lo expuesto, la crítica subyacente va dirigida a la afectación de la seguridad jurídica por cuenta de la aplicación directa de principios constitucionales, cuyo contenido es en gran parte indeterminado a los contratos entre particulares.

V. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN EL DERECHO CONTRACTUAL

La jurisprudencia colombiana ha abordado el estudio del principio y deber de solidaridad aplicado al ámbito del derecho contractual en múltiples sentencias. Esto es importante debido a que permite vislumbrar la relevancia que ha tomado este principio en la práctica jurídica y entender de qué manera opera. Pero también permite ver cómo, ni siquiera la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la solidaridad en materia contractual logra establecer diferencias claras con el principio de buena fe. Por eso, el objetivo de este capítulo conocer qué es lo que ha dicho la Corte Constitucional de Colombia sobre este tema, para que, de esta manera, sea posible entender la incidencia que tiene la solidaridad en el derecho contractual. En esta sección se estudiarán sentencias de tutela que ha resuelto la Corte en las que el incumplimiento del deber de solidaridad consagrado en el artículo 95 de la Constitución Política ha provocado la vulneración de derechos fundamentales. Esto, como se verá, se presenta mayoritariamente en casos en los que una de las partes es una entidad financiera debido a las exigencias especiales a las cuales están sujetas por tratarse de una actividad que la misma Corte considera como servicio

público. Además, en estas sentencias tendrá gran importancia la posición de inferioridad de los accionantes con respecto de los demandados²¹.

En la sentencia T-125 de 1994, la Corte estudió el caso de un padre que alegaba que su hijo negoció, sin orden escrita de su padre y sin ser apto para celebrar contrato alguno, un inmueble de su propiedad. El demandante dijo que su hijo dilapidaba el dinero producto de la venta del inmueble y que lo tenía en completo abandono. De acuerdo con los declarantes, la situación del demandante empeoró de manera progresiva desde la muerte de su compañera, pues “estaba endeudado, no comía ni dormía y le robaban cada vez que abría el negocio.” Fue tal el abandono, que las hermanas del demandante tuvieron que llevarle a vivir con ellas a otra ciudad. Uno de los declarantes llegó a señalar al hijo del accionante como el responsable de la mala situación económica de este, ya que aquel no le ayudaba a su padre a atender el almacén y llegó al punto de sustraer enseres de este. El accionante solicitó que le fuera concedido el derecho a conocer la clase de transacción que realizó su hijo y el valor comercial del inmueble objeto del contrato. Adicionalmente, pidió que se ordenara la entrega de la parte del precio que le correspondía por las mejoras realizadas en el lote sobre el que se construyó el inmueble enajenado.

En esta sentencia, la Corte Constitucional indicó que:

“Los deberes constitucionales son aquellas conductas o comportamientos de carácter público, exigibles por la ley a la persona o al ciudadano, que imponen prestaciones físicas o económicas y que afectan, en consecuencia, la esfera de su libertad personal. Las restricciones a la libertad general sólo pueden estar motivadas por fundadas razones que determine el Legislador. En este sentido, los deberes consagrados en la Constitución comprenden una habilitación al Legislador para desarrollar y concretar la sanción por el incumplimiento de los parámetros básicos de conducta social fijados por el Constituyente.

Lo anterior no impide, sin embargo, que en la ponderación de los valores constitucionales el juez de tutela tome directamente en cuenta los deberes constitucionales, ya que éstos constituyen un criterio hermenéutico indispensable para la delimitación de los derechos fundamentales. La relación de complementariedad entre unos y otros exige del intérprete constitucional una lectura de los derechos y deberes que actualice el contenido de las libertades en general, pero que, a la vez, obligue a la persona a asumir las responsabilidades derivadas de la vida en comunidad.

²¹ Para encontrar las sentencias acá mencionadas partí, en primer lugar, de sentencias citadas en algunos de los trabajos consultados para esta investigación, como lo fueron la T-520 de 2003, la T-419 de 2004 y la T-170 de 2005. Posteriormente, el buscador de la página web de la Corte Constitucional me fue de gran utilidad al realizar búsquedas de sentencias en las que se mencionaran palabras como “solidaridad”, “deber de solidaridad”, “entidades financieras”, “principio de solidaridad”, entre otras. No sucedió lo mismo cuando utilicé el buscador de la Corte Suprema de Justicia, incluso cuando empleé las mismas palabras clave, ya que las sentencias que aparecían como resultado de la búsqueda trataban temas relacionados con obligaciones solidarias en el sentido expresado por los artículos 1568 y siguientes del Código Civil. Es esta la razón de la ausencia total de sentencias de la Corte Suprema de Justicia que hubiesen resuelto casos en los que el principio y deber de solidaridad jugaran un papel determinante en las relaciones contractuales.

La exigibilidad de los deberes constitucionales, sin embargo, depende, en principio, de la voluntad legislativa de actualizar, mediante la consagración de sanciones legales, su potencialidad jurídica. La imposición de un deber, en consecuencia, presupone necesariamente de una ley previa, quedando descartada su aplicación retroactiva.” (Sent. T-125 de 1994)

Más adelante, la Corte señala que, excepcionalmente, los deberes constitucionales pueden ser exigibles directamente. Ello ocurre cuando el incumplimiento de estos por parte de un particular vulnera o amenaza derechos fundamentales de otra persona. En estos casos la juez de tutela deberá determinar si la acción u omisión del particular constituye un incumplimiento de un deber constitucional que vulnera o amenaza un derecho fundamental, y si la ley permite la procedencia de la acción de tutela contra ese particular (Sent. T-125 de 1994). De esta manera, expresó la Corte que “[L]a solidaridad es un valor constitucional que presenta una triple dimensión.” En ese sentido, se tiene que la solidaridad:

1. Es el fundamento de la organización política (CP art. 1º);
2. Sirve de pauta de comportamiento conforme al que deben obrar las personas en determinadas situaciones y;
3. Es útil como un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales (CP arts. 86 y 95-1) (Sent. T-125 de 1994).

Finalmente, la Corte encontró que, en efecto, se presentaba un incumplimiento del deber de solidaridad que afectaba derechos fundamentales del actor, por cuanto la conducta de su hijo contribuyó a hacer más gravosa su situación, persona de la tercera edad carente de recursos económicos que garanticen su subsistencia, lo que suponía una situación de debilidad respecto de su hijo. Esto es así debido a que, según la Corte, “[E]n el plano negocial, las partes deben comportarse con lealtad, lo que se traduce, en términos prácticos, en el respeto de los derechos ajenos y en el no abuso de los propios (CP art. 95-1).” En concordancia con la doctrina del solidarismo contractual, la Corte afirmó que “[E]l abuso de las posiciones dominantes rompe el equilibrio contractual. Ello sucede frecuentemente en el uso de la información.” (Sent- T-125 de 1994). La vulneración o amenaza a derechos fundamentales se produjo, pues, en el hecho de que ocultar información de un negocio a una persona que está *vitalmente* interesada en él, “...configura una conducta que *coloca a la persona en situación de indefensión*, respecto del contratante que abusa de su posición privilegiada.” (Sent. T-125 de 1994). Nótese que la Corte ya resaltaba la *situación de indefensión* en la que estaba el actor –se trataba de una persona de la tercera edad carente de los recursos económicos suficientes para garantizar su subsistencia–, y que se profundiza con el abuso de la posición dominante de su hijo –que constituye el incumplimiento del deber de solidaridad. Esa situación de indefensión se podría asimilar a lo que la Corte, en sentencias posteriores, va a llamar *debilidad manifiesta*.

Finalmente, remata la Corte diciendo que

“La solidaridad debe gobernar las relaciones entre las partes contratantes, particularmente entre las personas con intereses comunes en el negocio. No obstante, el incumplimiento del deber de informar acerca del desarrollo de un contrato a la persona interesada en él, es una materia que debe ser resuelta exclusivamente con base en la ley, pues, carece de relevancia constitucional, salvo que la omisión materialmente vulnere de manera directa los derechos fundamentales de quién depende en grado sumo de las resultas del mismo para su subsistencia autónoma y libre, siempre que en este caso excepcional se acredite, además de la insuficiencia de los remedios legales, que la omisión es la causa eficiente de la transgresión.” (Sent. T-125 de 1994) (Negrilla fuera de texto)

Lo resaltado en negrilla llama particularmente la atención, pues, evidentemente, se corresponde completamente con el postulado de la doctrina del solidarismo contractual. La Corte ordenó que el hijo le debía suministrar a su padre copia auténtica de todos y cada uno de los documentos suscritos por él que tengan relación con la venta o enajenación de la casa. Consideró la Corte que la protección de derechos fundamentales del actor justifica la restricción temporal del derecho de libertad económica del hijo. Adicionalmente, le concedió al actor un término de cuatro (4) meses para iniciar las acciones ordinarias a que haya lugar, so pena de que cesen los efectos del fallo, ya que la tutela fue concedida como mecanismo de protección transitorio. En consecuencia, ordenó al accionado “...abstenerse de realizar cualquier acto traslativo de dominio sobre los bienes objeto de la permuta hasta tanto no se decida de fondo sobre las acciones a instaurar por el peticionario...” (Sent. T-125 de 1994).

En la sentencia T-520 de 2003 al resolver el caso de una persona que fue secuestrada y que, cuando quedó en libertad, fue demandada por los bancos con los que había adquirido créditos con anterioridad a su secuestro. En esa ocasión la Corte consideró que había una afectación de los derechos fundamentales del acto como consecuencia del incumplimiento del deber constitucional de solidaridad. Sobre el deber de solidaridad en particular señaló que

“Si bien la solidaridad no puede considerarse, técnicamente como un derecho fundamental, sí constituye un principio fundamental (C.N. art. 1) y un deber de las personas (C.N. art. 95.2), que tiene una estrecha relación con el derecho a la igualdad (C.N. art. 13).” (Sent. T-520 de 2003).

En línea con lo anterior, la Corte expresó que

“La solidaridad no sólo es un deber constitucional genérico (C.N. art. 95.2), también es un principio fundamental (C.N. art. 1º). Como principio, la solidaridad imprime ciertos parámetros de conducta social a los particulares, que pretenden racionalizar ciertos intercambios sociales. En el Estado Social de Derecho, el principio de solidaridad cumple la función de corregir sistemáticamente algunos de los efectos nocivos que tienen las estructuras sociales y económicas sobre la convivencia política a largo plazo.” (Sent. T-520 de 2003).

Al referirse a la posibilidad de aplicar directamente el deber de solidaridad a los casos en los cuales su incumplimiento por parte de un particular vulnera o amenaza derechos fundamentales de otra persona, afirmó que ello exige la intervención de los jueces constitucionales para evitar

que se cause un perjuicio irremediable. En efecto, para la Corte “[La] aplicación judicial directa de la solidaridad resulta particularmente exigible en estos casos.” (Sent. T-520 de 2003). Para la Corte, la juez de tutela le podrá exigir el cumplimiento del deber de solidaridad a un particular, “...cuando su incumplimiento afecte los derechos fundamentales de una persona que, por ausencia de regulación legal, carece de protección.” (Sent. T-520 de 2003). Es de resaltar que en este caso la Corte determinó que el demandante se encontraba en una situación de *debilidad manifiesta* que se produjo a causa de su secuestro, debido a “...que las personas que han sido secuestradas se encuentran particularmente expuestas a las condiciones económicas que deben enfrentar después de su liberación, que de estas condiciones dependen sus posibilidades de readaptación social...” (Sent. T-520 de 2003).

Respecto de la actividad financiera, la Corte señaló que, aunque para cumplir el principio de eficiencia en el sistema financiero, la regulación de la actividad financiera debe estar guiada por la lógica del mercado, ello no implica que las entidades financieras puedan excluir a ciertos deudores de manera arbitraria y sin tener en cuenta sus condiciones de participación. Por esta razón

“el principio de solidaridad impone a las entidades financieras un deber de consideración hacia los deudores del sistema financiero que han sido liberados después de un secuestro. En desarrollo de sus actividades, estas entidades no pueden imponerles a los deudores que hayan sido secuestrados cargas que superen sus posibilidades de cumplir libre y responsablemente sus obligaciones financieras. Particularmente, en aquellas circunstancias en que la conducta de las entidades bancarias incida directamente sobre las posibilidades de readaptación a la actividad económica y social de estas personas.” (Sent. T-520 de 2003)

La solución de la Corte, finalmente, consistió en (i) mantener la suspensión de los procesos ejecutivos por el término de un mes; (ii) ordenar la novación del contrato en el entendido de que las obligaciones solo se hicieran exigibles un año después de la liberación del secuestrado; (iii) dispuso que las entidades bancarias no podrían exigir el pago de los intereses moratorios causados durante el tiempo del secuestro y hasta un año después de la liberación del demandante; (iv) excluyó la aplicación de las cláusulas aceleratorias y; (v) ordenó a los bancos que, una vez se haya verificado la novación de los contratos, solicitaran la terminación anticipada de los respectivos procesos ejecutivos.

Por otra parte, en la sentencia T-419 de 2004, la Corte abordó el estudio del caso de una persona que, víctima de desplazamiento forzado a causa de la violencia, incumplió en el pago de un crédito que tenía un con un banco, el cual estaba garantizado con una hipoteca sobre su finca, ubicada en el municipio de Doncello, Caquetá, vereda Las Violetas. La Corte explicó que “... la materialización del deber de solidaridad, contenido en la Constitución, entendido éste como la exigencia tanto al Estado como a los particulares de brindar el socorro y la ayuda que las circunstancias de debilidad ameriten.” (Sent. T- 419 de 2004)

La pregunta que respondió la Corte en este caso fue la siguiente:

“¿Se vulneran los derechos fundamentales alegados por una persona desplazada (vida, igualdad, libertad u otro derecho fundamental), cuando una entidad bancaria le exige el pago de su obligación sin considerar los efectos que tiene la condición de desplazado sobre sus posibilidades de cumplir tal pago?” (Sent. T-419 de 2004).

La Corte encontró que la entidad bancaria había vulnerado el derecho de petición del actor, debido a que aquella no tuvo en consideración la condición de desplazado en el crédito que tiene con la entidad. En consecuencia, la Corte le ordenó al banco que suministrara al actor una respuesta adecuada a la situación de desplazamiento forzado, esto es,

“...que le informe si existen alivios de crédito por hacer parte de la población desplazada por la violencia; si puede acceder a algunos de los créditos de que trata la Ley 418 de 1997 “por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”; si el Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario, FINAGRO, puede hacer el redescuento de la obligación del actor; si tiene derecho a subsidios; si se cuenta con otras garantías además de la hipoteca, que prevean situaciones como la que padece el demandante : abandono del inmueble que garantiza la obligación y pérdida de los demás bienes.” (Sent. T-419 de 2004)

En la sentencia T-170 de 2005, la Corte conoció el caso de una pareja que adquirió un crédito hipotecario con una entidad financiera. La pareja incumplió con el pago de las cuotas mensuales, por lo que el banco que otorgó el crédito hipotecario presentó una demanda ejecutiva en la que solicitó que se hiciera efectiva la cláusula aceleratoria y se ordenara el pago de la deuda como también de los intereses de plazo, intereses de mora y las primas de seguros cubiertas por el ejecutante. Posterior al inicio del proceso ejecutivo, la pareja deudora fue diagnosticada con SIDA, se encontraban desempleados y debían cuidar de sus cuatro hijos menores de edad, lo que constituyó una situación de debilidad manifiesta. En esta oportunidad la Corte ordenó la suspensión del proceso ejecutivo por el término de sesenta (60) días, durante los cuales el banco debía refinanciar el crédito hipotecario a la pareja, teniendo en cuenta las circunstancias de debilidad manifiesta en la que se hallaban. La Corte consideró que se configuró un desconocimiento del principio de buena fe y del deber de solidaridad por parte del banco y como consecuencia de ello, se vulneraron los derechos a la igualdad y a la dignidad de la pareja, pues este, no obstante estar al tanto de las difíciles circunstancias por las que atravesaba la pareja en razón de haberseles detectado el virus del SIDA, de encontrarse desempleados y de tener que velar por el sostenimiento de sus cuatro niños,

“...continuó con el trámite normal del proceso, no puso ese hecho en conocimiento del juez ni mostró interés alguno en una alternativa que les permitiera a los deudores cumplir la obligación a su cargo pero de una manera compatible con la circunstancia de debilidad en que se hallaban.” (Sent. T-170 de 2005)

En esta sentencia la Corte señaló que el deber de solidaridad consagrado en el artículo 95.2 de la Constitución Política “...impone el despliegue de acciones humanitarias ante situaciones

que pongan en peligro la vida o la salud de las personas.” En cuanto al contenido de dicho principio, manifestó que “...cada miembro de la comunidad, tiene el deber de cooperar con sus congéneres ya sea para facilitar el ejercicio de los derechos de éstos, o para favorecer el interés colectivo.” (Sent. T-170 de 2005). Así, para la Corte el principio de solidaridad social se manifiesta de 3 maneras distintas, a saber:

“...(i) como una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar los individuos en ciertas situaciones, (ii) un criterio de interpretación en el análisis de acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen vulnerar derechos fundamentales y (iii) un límite a los derechos propios.” (Sent. T-170/2005)

La sentencia T-358 de 2008 tiene una gran importancia en la construcción de esta línea jurisprudencial, porque introdujo una subregla nueva que debe ser tenida en cuenta en casos futuros en los que el incumplimiento del deber de solidaridad produjera la vulneración de derechos fundamentales. En esta sentencia, la Corte conoció el caso de una persona ubicada en San Vicente del Caguán que había adquirido un crédito con un banco y que, como causa del de desplazamiento forzado del que había sido víctima, no había podido cancelar. El 1° de febrero de 2006, el accionante puso en conocimiento de la entidad su situación de víctima de desplazamiento forzado y la imposibilidad de cancelar el crédito. La calidad de víctima de desplazamiento forzado la acreditó con una certificación de su inscripción en el Registro Único de Desplazados por la Violencia que expidió Acción Social. El 23 de octubre de 2006, el accionante solicitó la condonación total de la deuda, a lo que el banco respondió negativamente, a lo que adujo que ya le había concedido una prórroga de 180 días y que, podía dar trámite a una nueva prórroga de 180 días acreditando nuevamente su calidad de desplazado. El accionante alegó que, el 27 de abril de 2007 cuando quiso cancelar la obligación, no le recibieron el dinero por encontrarse reportado como deudor moroso en las centrales de riesgo y por haber en curso un proceso de cobro jurídico en su contra. Por ello, el 3 de mayo de 2007, radicó un derecho de petición en el que solicitó que le retiraran el cobro jurídico para poder cancelar las cuotas atrasadas y continuar con el pago del crédito. Su solicitud fue negada, porque la obligación estaba vencida desde el 28 de octubre de 2006 y que fue remitida a cobro jurídico a los 90 días. Además, le informaron “... ‘Que la certificación de la oficina de Acción Social, fue recibida el 1 de diciembre 2006 y ya no era viable gestionar la prórroga’, que solo procede antes del vencimiento de la obligación...” (Sent. T-358 de 2008). Así, solicitó en la tutela “...que la institución financiera accionada desista del cobro jurídico y se le reciban las cuotas atrasadas, para poder continuar pagando el crédito de manera normal, además de retirársele la anotación ‘*de las centrales de riesgo por ser deudor moroso.*’” (Sent. T-358 de 2008) (Cursiva propia del texto).

En la consideración Tercera referente a la “Procedencia del amparo constitucional por la afectación de derechos fundamentales derivada del inadecuado desarrollo de los postulados de la buena fe y del deber de solidaridad”, la Corte recordó que el principio de buena fe está consagrado en el artículo 83 de la Carta Política y que es

“...la probidad, transparencia, respeto, lealtad y solidaridad que en todo momento han de poner en práctica los asociados en el desempeño de sus deberes y derechos, que así exige a los particulares [...] actuar correctamente, en el marco de unas relaciones de confianza mutua y para garantizar la convivencia pacífica...” (Sent. T-358 de 2008).

Como parte de la reiteración de jurisprudencia, citó la sentencia T-434 del 30 de mayo de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil²², en la que la Corte dispuso por un lado que, en virtud del principio de solidaridad “cada miembro de la comunidad tiene el deber de cooperar con sus congéneres ya sea para facilitar el ejercicio de los derechos de éstos, o para favorecer el interés colectivo” y, por el otro que, aunque el deber de solidaridad vincula y condiciona el actuar del Estado, la sociedad y la familia, la intérprete (o sea la juez) debe establecer los límites de su exigibilidad en cada caso particular, porque no se trata de un deber ilimitado.

Al analizar el caso concreto, la Corte señaló de entrada

“...que el desconocimiento de la calidad [de desplazado] acreditada por el actor, rompe la solidaridad debida a las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, en cuyo caso, es deber del Estado y de los particulares, según la situación, acudir con la comprensión necesaria, dentro de la órbita de su competencia...” (Sent. T-358 de 2008).

De esta manera, la Corte encontró que el banco no tomó efectivamente en cuenta la calidad de desplazado del demandante y su grupo familiar, por lo que se sobreentiende que la intervención de la Corte estaba justificada en este caso. Al respecto, la Corte expresó que

“Es claro que el principio de buena fe también impone deberes a los particulares y bien puede no haber lugar a que se extingan las obligaciones civiles ni sus garantías, pero lo que sí debe ordenar la Corte al Banco Agrario de Colombia es que re programe el crédito, como le viene instando el demandante, dentro de unas condiciones que le sean asequibles y pueda honrar dentro de su penosa situación.” (Sent. T-358 de 2008).

En consecuencia, la Corte concedió la tutela “en atención a los principios de solidaridad y buena fe y como protección al *habeas data*” (Sent. T-358 de 2008). Ordenó al banco que planteara y acordara con el accionante nuevas opciones reales para el pago de su deuda, teniendo en cuenta su condición de desplazado y la abstención del cobro anticipado de la deuda, de los intereses moratorios por el incumplimiento, de los honorarios de abogado y de los demás gastos y costas derivados del cobro judicial o extrajudicial de la deuda. Ordenó también al banco que solicitara

²² En esta sentencia, la Corte resolvió el caso de un trabajador enfermo de SIDA que alegaba que su empleador le había terminado de manera unilateral el contrato de trabajo, por razón de su enfermedad. La Corte consideró que ello no era así, porque el empleador le había otorgado al demandante una licencia remunerada durante un año y medio, lo que significaba que empleador había actuado conforme al principio de solidaridad. Recordó también que “...la exigencia del deber de solidaridad no puede considerarse como una obligación absoluta y perpetua, de modo que no pueden exigirse conductas ulteriores que constituyan una carga desproporcionada en cabeza de quien tiene tal deber.” Concluyó entonces que no había una vulneración de derechos fundamentales o amenaza de un perjuicio irreparable.

la terminación del proceso ejecutivo que adelantaba contra el demandante. Finalmente, ordenó al banco que gestionara lo necesario para que fueran excluidas las anotaciones negativas del actor por el incumplimiento del crédito en CIFIN y Datacrédito.

Siguiendo esta línea, en la sentencia T-181 de 2012, que reiteró, entre otras, las sentencias T-520 de 2003, T-419 de 2004, T-678 de 2005, T-358 de 2008 y T-697 de 2011, la Corte Constitucional resolvió el caso de una víctima de desplazamiento forzado que había adquirido un crédito hipotecario y, como consecuencia de la situación de debilidad manifiesta en la que se encontraba, incumplió con el pago de la deuda. En la mencionada sentencia, la Corte señaló que, de la jurisprudencia “...uniforme y constante reiterada en esta oportunidad...”, se desprendería una regla jurisprudencial aplicable a los casos que tiene relación con la aplicación del principio de solidaridad para facilitar el pago de obligaciones crediticias de la población desplazada. Así, dice la Corte que

“La regla jurisprudencial extraída de los pronunciamientos reiterados en esta oportunidad establece que (i) las personas víctimas de desplazamiento forzado, que (ii) suscribieron un crédito hipotecario antes de que se presentaran los hechos que motivaron su movilización; y (iii), con posterioridad a esos hechos suspenden el pago de las cuotas correspondientes por motivo del desplazamiento forzado, (iv) tienen el derecho a que las entidades financieras reestructuren la deuda y adopten las medidas descritas en el considerando 4.8 de esta providencia.” (Sent. T-181 de 2012).

Las medidas a las que se refiere la cita anterior son: (i) La obligación contraída por una víctima de desplazamiento forzado previa su ocurrencia no es exigible mientras persistan las circunstancias de indefensión y debilidad que caracterizan el delito del desplazamiento y sus consecuencias; (ii) la renegociación de la deuda y la terminación de cualquier proceso ejecutivo que se hubiese iniciado para su exigibilidad²³; (iii) no habrá mora por el incumplimiento de las obligaciones por parte de la víctima desde la fecha del desplazamiento hasta la notificación de la sentencia que resuelve el proceso de tutela; (iv) lo anterior implica a su vez que sea inadmisibles el uso de cláusulas aceleratorias y el cobro de intereses moratorios durante dicho lapso; (v) los intereses de mora causados sobre las cuotas que se llegaron a pagar desde el momento del desplazamiento hasta la notificación de la sentencia serán abonados al capital total adeudado; (vi) el pago de los intereses remuneratorios causados a partir del momento del desplazamiento sobre las cuotas que han dejado de pagarse a partir de esa fecha, al igual que las cuotas pendientes de pagar, deben calcularse con sujeción al principio de solidaridad y teniendo en cuenta las condiciones de desplazamiento del actor, para lo cual deberán llegar a nuevos acuerdos de pago. Si no se llega a un acuerdo, se debe aplicar el artículo 884 del Código de Comercio y; (vii) “...la

²³ Sobre este punto específico, la Corte señaló que cuando se ha iniciado un proceso ejecutivo antes de presentar la acción de tutela, se ha “...optado por ordenar (i) ordenar a la entidad financiera que, como demandante, realice los trámites necesarios para la terminación del proceso, o (ii) disponer directamente que el juez que adelanta el trámite ejecutivo lo suspenda o termine anticipadamente.” No obstante, recordó que en la sentencia T-448 de 2010 la Corte estableció que la suspensión o terminación del proceso ejecutivo sólo procede cuando la tutela se interpone antes de la diligencia de remate del bien inmueble. (Sent. T-181 de 2012).

entidad financiera demandada [deberá] realizar las acciones pertinentes para eliminar cualquier registro del peticionario en esas bases de datos, originado en el supuesto incumplimiento en el pago de las obligaciones contraídas antes del desplazamiento.” (Sent. T-181 de 2012).

La Corte concluyó entonces que en ese caso se cumplían los presupuestos de aplicación de la regla jurisprudencia referida, ya que determinó que

“el Banco Agrario tenía la obligación de aplicar las medidas de alivio financiero previstas en la jurisprudencia constitucional y, en cambio La institución, en cambio, no sólo omitió ese deber sino que decidió perseguir el pago judicial del crédito, desconociendo el derecho fundamental de James Mejía Cardona a recibir un trato especial, de carácter solidario, en atención a su situación de vulnerabilidad. Por lo tanto, la Sala ordenará que la entidad accionada adopte las medidas de alivio financiero enunciadas sumariamente en el considerando 4.8 de esta providencia.” (Sent. T-181 de 2012)

Finalmente, en la sentencia T-246 de 2014, que resolvió el caso de un comerciante que había adquirido varios productos financieros con distintos bancos, y que fue víctima de dos secuestros extorsivos en el 2010: el primero, perpetrado por el ELN, permaneció un día secuestrado y; el segundo, por parte del Frente 45 de las FARC, estuvo dos días privado ilegalmente de la libertad. Para recuperar su libertad, el actor tuvo que pagar una suma de dinero que le causó un detrimento patrimonial, por lo que incumplió con sus obligaciones crediticias. El comerciante fue incluido por la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas en el Registro Único de Víctimas en virtud de los secuestros extorsivos de los que fue objeto. El actor consideró que “la decisión de las entidades accionadas de realizar un reporte negativo en las centrales de riesgo, ante el incumplimiento de obligaciones bancarias, como consecuencia del secuestro extorsivo del que fue víctima” vulneraron sus derechos fundamentales al habeas data, trabajo, vivienda y vida digna (Sent T-246 de 2014).

En este caso, la Corte consideró que el reporte negativo en las centrales de riesgo vulneraba los derechos de accionante. Esto se debió a que, de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 986 de 2005:

“ARTÍCULO 11. INTERRUPCIÓN DE PLAZOS Y TÉRMINOS DE VENCIMIENTO DE OBLIGACIONES DINERARIAS. Se interrumpirán para el deudor secuestrado, de pleno derecho y retroactivamente a la fecha en que ocurrió el delito de secuestro, los términos de vencimiento de todas sus obligaciones dinerarias, tanto civiles como comerciales, que no estén en mora al momento de la ocurrencia del secuestro. Las respectivas interrupciones tendrán efecto durante el tiempo de cautiverio y se mantendrán durante un período adicional igual a este, que no podrá ser en ningún caso superior a un año contado a partir de la fecha en que el deudor recupere su libertad. También cesarán los efectos de las interrupciones desde la fecha en que se establezca la ocurrencia de la muerte real o se declare la muerte presunta del deudor secuestrado.

En consecuencia, los respectivos acreedores no podrán iniciar el cobro prejudicial o judicial de dichas obligaciones, ni contra el deudor principal secuestrado, ni contra sus garantes ni contra sus codeudores no beneficiarios del crédito que tengan la calidad de garantes.

Igual tratamiento tendrán las obligaciones que se deban pagar mediante cuotas periódicas. Si el deudor secuestrado se halla en mora de pagar alguna o algunas de estas, la interrupción de los plazos de vencimiento a que se refiere el presente artículo sólo se dará respecto de las cuotas que aún no se encuentren vencidas.

PARÁGRAFO 1o. Durante el período de interrupción definido en este artículo, los acreedores no podrán aplicar cláusulas aceleratorias por la mora en el pago de las cuotas vencidas.

PARÁGRAFO 2o. Una vez el deudor recupere su libertad, este y sus acreedores deberán reestructurar, renegociar o si fuese necesario novar la obligación, en condiciones de viabilidad financiera para dicho deudor, que permitan su recuperación económica.

PARÁGRAFO 3o. Las obligaciones que se encontraren en mora al momento de la ocurrencia del secuestro, podrán gozar del beneficio previsto en el presente artículo, siempre y cuando se pongan al día a la fecha en que el deudor fue privado de su libertad.

PARÁGRAFO 4o. No podrán ser incluidos en las bases de datos de las centrales de información financiera los deudores secuestrados beneficiarios de esta ley. Asimismo, deberán ser excluidos de dichas bases de datos quienes se encuentren en las circunstancias descritas en el párrafo anterior.” (Subrayado fuera de texto).

Es decir, el accionante no podía ser reportado a las centrales de riesgo sino hasta pasados uno y dos días, respectivamente para cada secuestro, después de recuperar su libertad. La Corte consideró que, en el presente caso

“...los efectos del reconocimiento de que se trata de un evento de fuerza mayor deben extenderse por el término necesario para hacer frente al cumplimiento de obligaciones bancarias, pues para el deudor implica unas erogaciones económicas que son imprevisibles y irresistibles, al tener que costear su libertad.”

Por lo tanto, encontró que era procedente inaplicar la expresión “*durante un período adicional igual a este*” del artículo 11 de la Ley 986 de 2005, por cuanto dicho lapso que no se correspondía con lo establecido en los artículos 1º, 2º y 95 de la Constitución, pues el accionante debió pagar para recuperar su libertad, es decir, aplicarla vulneraba derechos fundamentales del accionante. Adicionalmente, el artículo 1º del Decreto 2952 de 2010, establece que

“En el evento en que el incumplimiento de la(s) obligación(es) dineraria(s) a cargo de un titular de información se origine en una situación de fuerza mayor causada por el secuestro, la desaparición forzada o el desplazamiento forzado de dicho titular, este tendrá derecho a que el incumplimiento no se refleje como información negativa en su reporte”.

En consecuencia, determinó que los beneficios que otorga el artículo 11 de la Ley 986 de 2005, debían extenderse por un año contado a partir del día en que recuperó su libertad. En virtud de ello, revocó la sentencia de segunda instancia que revocó la de primera, y confirmó las

decisiones frente a la eliminación de las bases de datos del dato negativo sobre la obligación bancaria adquirida con el Banco Popular. Y complementó las órdenes proferidas por el juez de primera instancia así:

“(i) se ordenará a Computec Datacrédito S.A. y Cifin que eliminen cualquier reporte negativo sobre las obligaciones bancarias adquiridas con el Banco Popular durante el período en que el accionante estuvo en fase de readaptación, esto es, entre el 29 de octubre de 2010 y el 29 de octubre de 2011; (ii) se ordenará a Datacrédito y Cifin que eliminen de su base de datos cualquier reporte negativo que obre sobre el señor Pintor durante el periodo comprendido entre el 29 de octubre de 2010 y octubre de 2011; (iii) se ordenará al Banco Popular, de Occidente y de Bogotá que hagan un estudio de reclasificación del riesgo crediticio a partir de lo establecido en el Capítulo II de la Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995, contemplando las variables de: (a) los reportes negativos, (b) los pasivos y activos y (c) la capacidad de endeudamiento y crédito, (d) las condiciones financieras, (e) las características del contrato, (f) la calidad de las garantías, (g) las fuentes de pago y (h) las condiciones macroeconómicas en las que pueda enfrentarse la entidad bancaria y teniendo en cuenta la interrupción de los términos para exigir las obligaciones bancarias entre el 29 de octubre de 2010 y el 29 de octubre de 2011.”

Como se puede evidenciar, a través de las últimas tres décadas, la Corte Constitucional ha construido una línea jurisprudencial sobre el incumplimiento del principio y deber de solidaridad por parte de entidades bancarias frente a personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta provocada por un secuestro o por desplazamiento forzado, que tiene bien delimitados los presupuestos de aplicación.

VI. ANÁLISIS

En esta sección realizaré análisis referentes (a) al principio de solidaridad y el solidarismo contractual; (b) al principio de solidaridad aplicado a los casos de derecho contractual estudiados; (c) a la relación entre la buena fe y el principio de solidaridad; (d) a la similitud existente entre el principio de solidaridad aplicado a casos concretos y la teoría de la imprevisión; (e) al funcionamiento del principio de solidaridad como principio en sentido estricto cuando es empleado para resolver casos concretos y; (f) al papel que podría jugar el solidarismo contractual como uno de los mecanismos del derecho privado en la lucha contra la pobreza a la luz de la propuesta de Diego Papayannis (2020).

a. El principio de solidaridad y el solidarismo contractual

La línea entre el solidarismo contractual y el principio y deber de solidaridad de los artículos 1º y 95.2 de la Carta Política es hoy bastante difusa. En este sentido, se puede apreciar como la finalidad de ambos es la distribución de pérdidas y la mitigación del daño cuando se presentan

circunstancias que ponen a una de las partes en una situación de inferioridad o de desventaja en la ejecución del contrato. Al repasar la jurisprudencia estudiada en el capítulo precedente, se puede ver con claridad como la Corte acoge los postulados del solidarismo contractual en sus decisiones al imponerle a la parte dominante deberes derivados de la solidaridad, como el de cooperación con el fin de lograr la finalidad de los contratos, esto es, la satisfacción de los intereses de las partes en la mayor medida posible. Según se vio, el trato que le ha dado la Corte Constitucional al principio de solidaridad impone claros límites a principios como la autonomía privada, la libertad contractual y la fuerza obligatoria del contrato. La Corte lo señaló en la sentencia T-170 de 2005:

“... la solidaridad se orienta a garantizar, por parte de las personas, el cumplimiento de determinadas funciones con miras a la realización de fines constitucionales. Ahora, la regla general es que los deberes constitucionales sólo generan obligaciones para las personas cuando han sido materia de desarrollo legal. Esto tiene sentido pues la imposición de deberes implica la configuración de límites para las libertades individuales y en una democracia el legitimado para establecer tales límites es el legislador, no la administración, ni tampoco la jurisdicción. De allí que sea la ley la encargada de fijar las circunstancias en que deben cumplirse los deberes superiores y también las consecuencias de su incumplimiento. Una vez que el deber de solidaridad ha sido desarrollado en un ámbito específico, los particulares quedan compelidos a su observancia. Por ello, en caso de no darle cumplimiento, encontrándose en capacidad fáctica y jurídica de hacerlo, y de producirse un resultado antijurídico, éste último les resulta imputable y deben asumir las responsabilidades consecuentes a tal incumplimiento.”

Sin embargo, creo que la aplicación del principio de solidaridad tiene una limitación estructural. Como mostré, quienes proponen el solidarismo contractual propugnan por que la solidaridad se incorpore a toda clase de contratos, de modo que cumpla una función similar a la que ya cumple la buena fe y que, en esa medida, pueda ser exigible judicialmente siempre que se presente una transgresión de la solidaridad. Ahora bien, aunque de acuerdo con el artículo 95.2 de la Constitución toda persona está obligada a actuar conforme al principio de solidaridad social, el constituyente lo circunscribió especialmente a los casos en los cuales estén en peligro la vida o la salud de las personas. Esto crea un presupuesto de aplicación claro: que de por medio haya una amenaza o vulneración a derechos fundamentales de personas en debilidad manifiesta como consecuencia del incumplimiento de ese principio. De ser incorporado al ordenamiento jurídico el solidarismo contractual, los efectos de la solidaridad podrían ser aplicados, se reitera, a todos los casos en los que se presente un incumplimiento de ese principio con independencia de que por ello se amenacen o vulneren derechos fundamentales.

b. El principio de solidaridad en materia contractual

Como se desprende de la jurisprudencia analizada, el principio de solidaridad cobra relevancia constitucional *únicamente* cuando su incumplimiento vulnera o amenaza un derecho

fundamental de personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta. Y es que, aunque el deber de solidaridad consagrado en el artículo 95.2 de la Carta Política impone a las partes actuar de cierta manera, no pretende una cooperación entre las partes del contrato para la satisfacción de los intereses de ambas partes. Más bien, como se vio, lo que hace la Corte Constitucional al abordar el estudio de casos en los que el incumplimiento de este deber vulnera o amenaza un derecho fundamental, es sopesar los derechos y expectativas legítimas de las entidades financieras (en la mayoría de los casos) y los derechos fundamentales de quienes se ven afectados por el incumplimiento del deber de solidaridad, restringiendo la autonomía privada y libertad económica de quienes vulneran o amenazan un derecho fundamental. En esa medida, la Corte busca fórmulas que garanticen, por un lado, la protección de la parte que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta y, por el otro, la satisfacción del interés legítimo de la otra parte, que casi en todos los casos se manifestaba en el derecho que tenían las entidades financieras a que se les pagara.

c. La solidaridad y la buena fe

Una lectora atenta seguramente se habrá percatado de la estrecha relación que existe entre el principio de la buena fe y el principio de solidaridad. Y es que pareciera que la justificación de que el principio de solidaridad sea aplicado a los contratos —sea como deber constitucionalmente exigible en ciertos casos o como principio incorporado a todos los contratos en el solidarismo contractual— está necesariamente atada a la buena fe. Tanto en los trabajos sobre la solidaridad en los contratos consultados para esta investigación, como en las sentencias analizadas encontré referencias recurrentes a la buena fe que me llevaron a preguntar si existen diferencias significativas entre estos dos principios. A primera vista pareciera que no las hay.

El principio de buena fe, tal y como está consagrado en el artículo 83 de la Constitución, se configura “[C]omo principio fundante del sistema...”, pues guía la conducta entre particulares y entre estos y la actuación del Estado (Solarte, 2004, pp. 287-288; Neme Villarreal, 2006, p. 80; Chamie, 2018, p. 213; Sent. T-071 de 2017). Así entendida, para Chamie (2018) la buena fe puede considerarse *principio de principios*, debido a que “...toda relación jurídica debe ajustarse al postulado de corrección, honestidad, probidad, colaboración...” (p. 213). Esto se corresponde con lo que Solarte (2004) llama *buena fe objetiva*, que “...equivale a la honradez, corrección o rectitud con la que una persona debe actuar en el tráfico jurídico.” (p. 287). La buena fe objetiva se refiere, entonces, a esa “...conducta o comportamiento que se considera como el parámetro que debe ser observado en las relaciones que los particulares establecen...” (Solarte, 2004, pp. 287-288).

La principal manifestación de la buena fe objetiva es, pues, la buena fe contractual que, respecto de la ejecución del contrato, hace surgir deberes de conducta adicionales a los expresamente pactados que se derivan de la naturaleza de la respectiva relación contractual. “[C]on ello [se busca] realizar el interés contractual de la otra parte.” (*ídem*, pp. 289-290). En este

sentido, los contratos deben ser cumplidos de buena fe para que se pueda llevar a cabo la “...finalidad social y privada que obedece a su celebración.” (Ospina Fernández & Ospina Acosta, 2015, p. 321). Otra de las funciones que cumple la buena fe es la de límite al ejercicio de los derechos subjetivos, ya que proscribe “...el abuso o la desviación en su ejercicio...” (Solarte, 2004, p. 290). Señala Hinestrosa (2000) que la buena fe, en su sentido actual, “...tutela al contratante débil, que la legislación acoge y remite cláusulas generales al juez, para la interpretación y aplicación del ordenamiento, incluso como doctrina constitucional...” (p. 13).

Sobre la buena fe en el contexto de relaciones jurídicas en las que el principio de solidaridad tiene un papel predominante, recuérdese la sentencia T-358 de 2008, en la cual la Corte expresó que la buena fe es:

“...la probidad, transparencia, respeto, lealtad y solidaridad que en todo momento han de poner en práctica los asociados en el desempeño de sus deberes y derechos, que así exige a los particulares [...] actuar correctamente, en el marco de unas relaciones de confianza mutua y para garantizar la convivencia pacífica...” (Sent. T-358 de 2008).

Del aparte transcrito, se puede inferir que la Corte parece sugerir que el deber de solidaridad se desprende del principio de buena fe. En el mismo sentido se ha manifestado Neme Villarreal (2006):

“a nuestro juicio la amplitud del principio, ese *manare latissime* o significado profundo y amplio del que hablaba CICERÓN (*de off.* 3.17.70), que hace que la buena fe esté presente en las cosas fundamentales de la vida social, y **que vincula al principio con deberes de honestidad, de probidad, de consideración de los intereses de la contraparte y por ende de colaboración y de solidaridad, de claridad, de diligencia, de equilibrio, de reciprocidad y de lealtad**, entre otros muchos, que conducen a vedar el abuso del derecho o el enriquecimiento sin causa, todas reglas que emanan del principio de buena fe...” (p. 88) (Negrilla fuera de texto)

En la misma sentencia T-358 de 2008, sobre los deberes que impone la buena fe, la Corte Constitucional refirió los mismos que ha dicho que impone la solidaridad en otras sentencias:

“Es claro que el principio de buena fe también impone deberes a los particulares y bien puede no haber lugar a que se extingan las obligaciones civiles ni sus garantías, pero lo que sí debe ordenar la Corte al Banco Agrario de Colombia es que re programe el crédito, como le viene instando el demandante, dentro de unas condiciones que le sean asequibles y pueda honrar dentro de su penosa situación.” (Sent. T-358 de 2008) (Subrayado fuera de texto).

Solarte (2004), siguiendo a José Luis De Los Mozos, tal vez en un intento por delinear la diferencia entre el principio de buena fe y el principio de solidaridad social entendido “como un límite a la actuación de los particulares en aras del superior interés social”, precisa que “...el principio de buena fe actúa en el campo de las relaciones intersubjetivas más que en un contexto de tipo social.” (p. 289). Como se vio de las sentencias reseñadas, el principio de solidaridad también actúa en el campo de las relaciones intersubjetivas, por lo que la diferencia que señala

Solarte parece ser una diferencia aparente. De todo lo dicho hasta acá, se podría concluir que entre el principio de buena fe y el de solidaridad se presenta una identidad frente a la función que cumplen, esto es, la integración del contenido del contrato y a (la mayoría de) los deberes que se derivan de dicha integración y que se les imponen a las partes del contrato²⁴. No obstante, hay una función que cumple el principio de solidaridad –y que se desprende de un análisis detenido de las sentencias estudiadas en el capítulo anterior– y que no lo hace el de buena fe consistente en la distribución de pérdidas cuando se presenta un desequilibrio económico en el contrato.

En efecto, al mirar en conjunto las soluciones que la Corte dio a casi todos los casos analizados, se advierte que, en virtud de la solidaridad tomada como deber, siempre le ordenó a la entidad financiera implicada que desistiera de su pretensión ejecutiva y, en cambio, que renegociará las condiciones del crédito del cual era acreedora o que refinanciara el mismo, atendiendo a las circunstancias particulares del deudor que se encontraba en una situación de debilidad manifiesta²⁵. Esa función de distribución de pérdidas la comparten el principio de solidaridad y la teoría de la imprevisión, como mostraré a continuación.

d. La solidaridad y la teoría de la imprevisión

Como se habrá podido notar a lo largo del trabajo, las similitudes entre el principio de solidaridad en el derecho contractual y la teoría de la imprevisión, consagrada en el artículo 868 de Código de Comercio, son evidentes. En especial cuando se compara la teoría de la imprevisión a la luz de la jurisprudencia acá estudiada. Pues bien, el referido artículo 868 dispone que se podrá pretender la revisión de las condiciones contractuales cuando se presenten “...circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa...”. Junto con la lesión enorme, el enriquecimiento sin causa y el abuso de la posición dominante, la teoría de la imprevisión es uno de los mecanismos jurídicos que buscan restablecer el equilibrio económico del contrato (Montoya, 2005, p. 138). Así, señala Montoya (2005) que el fin de la imprevisión es efectuar un nuevo reparto de cargas y de beneficios estrictamente económicos, que fueron alterados por circunstancias que las partes no previeron al momento de pactar las cláusulas que regirían la relación contractual (p. 138). Para que la contratante afectada pueda solicitar la revisión judicial de las condiciones contractuales, únicamente se exige que haya obrado de buena fe, esto es, que no pretenda defraudar el interés legítimo del acreedor (Hinestrosa, 2020, p. 13).

²⁴ El deber de información es un ejemplo de deberes que no se desprenden del principio de solidaridad, pero sí del de buena fe.

²⁵ Salvo en la Sentencia T-125 de 1994, esa fue la solución que proporcionó la Corte para los demás casos analizados en este trabajo.

Ahora, para que proceda la revisión del contrato, la imposibilidad de cumplirlo no puede ser absoluta. Es por esto que Hinestrosa (2020) prefiere hablar de dificultad económica que pone al deudor en una situación en la cual de ser judicialmente conminado a pagar se perdería la conmutatividad económica del contrato, lo cual supondría "...una desproporción prestacional injusta y reprobable." (p. 14; Montoya, 2005, pp. 140). La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 27 de febrero de 1937, como se citó en la Sentencia T-726 de 2016, consideró que eso constituía la diferencia de la teoría de la imprevisión de las nociones de error y de fuerza mayor en estos términos:

"[e]sta teoría radicalmente distinta de la noción de error y de fuerza mayor, tiene por base la imprevisión, es decir que se trate de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificulta en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad. No se trata en suma de una imposibilidad absoluta de cumplir, lo que constituye ya la fuerza mayor, sino de una imposibilidad relativa, como la proveniente de una grave crisis económica, de una guerra, etc."

En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia T-726 de 2010, en la cual conoció el caso de una víctima de desplazamiento forzado que, por el incumplimiento en el pago de un crédito, la entidad financiera acreedora instauró un proceso ejecutivo en el que solo se encontraba pendiente la fijación de la fecha de remate de dos fincas pertenecientes al actor de la tutela. Así se expresó la Corte:

"El hecho debe ser de tal forma que si se hubiera previsto no se hubiera emitido consentimiento para la configuración del contrato o se habría hecho en términos diferentes. Se trata de limitar la autonomía de la voluntad por el cambio de circunstancias y así se constriñe a una de las partes a novar las cláusulas pertinentes del contrato, esto es, las directamente afectadas con el hecho imprevisible, en amparo de los derechos de la parte más débil. De este modo, no se extingue la obligación sino que varían las condiciones para el cumplimiento de las obligaciones, en aras de restablecer la igualdad que debe imperar en la contratación privada y que se vio afectada por el hecho imprevisible." (Sent. T-726 de 2010).

Lo dicho hasta acá sobre la teoría de la imprevisión permite concluir que las sentencias reseñadas en el capítulo anterior que resolvían casos en los que, por circunstancias excepcionales, imprevistas o imprevisibles, e inimputables a los deudores estos no podían continuar pagando los créditos que adquirieron previamente con entidades financieras, ya que, de hacerlo, podrían sufrir un perjuicio irremediable que afectaría sus derechos fundamentales. Sin embargo, solo fue en la sentencia T-726 de 2010 que la Corte Constitucional comenzó a reconocer esas soluciones como la aplicación de la teoría de la imprevisión por considerar que "...el hecho del desplazamiento forzado constituye un impedimento que influye en la exigibilidad de la obligación al hacer para el afectado por este delito y deudor de una obligación, más onerosa su situación.", es decir, el hecho del desplazamiento forzado constituye un hecho imprevisible e irresistible (Sent. T-726 de 2010). De lo anterior, la Corte concluyó que, como efecto de la teoría

de la imprevisión, se le impone al acreedor la reestructuración de las obligaciones dinerarias. Resolvió, pues, la Corte de la siguiente manera:

“la obligación adquirida no se extingue, sino que nova de acuerdo a los parámetros expuestos en las providencias reseñadas. Así, el acreedor debe abstenerse de a) cobrar anticipadamente la deuda, esto es, de hacer uso de la cláusula aceleratoria; b) de cobrar intereses moratorios por el incumplimiento, lo anterior con fundamento en que como no medió culpa del deudor, queda exonerado de responsabilidad y por ende del pago de este tipo de perjuicios, c) en caso de que se hubiere realizado una anotación negativa del actor, originada por el incumplimiento de su crédito en las bases de datos de la CIFIN y Datacrédito, gestione lo necesario para que éstas sean excluidas y d) se reconoce el derecho que le asiste a la entidad bancaria para reclamar el pago de intereses remuneratorios o de plazo causados a partir del momento del desplazamiento sobre las cuotas que hayan dejado de pagarse a partir de dicha fecha. Estos intereses, al igual que las cuotas que están pendientes de pagar deben calcularse con sujeción al principio de solidaridad y teniendo en cuenta las condiciones de desplazamiento del actor, para lo cual deberán llegar a nuevos acuerdos de pago. Si no se llega a un acuerdo se debe aplicar el artículo 884 del Código de Comercio.”

A pesar de haber aplicado la teoría de la imprevisión a la resolución del caso anterior, resulta extraño que en la sentencia T-246 de 2014 la Corte Constitucional no se haya referido a la teoría de la imprevisión. Esto se explica porque en esta última sentencia, como se vio, se trató del caso de una víctima de secuestro, casos frente a los cuales se crearon alivios legales para quienes fueran víctimas de este delito, con base en lo resuelto en la sentencia T-520 de 2003. No procedía, pues, la revisión judicial del contrato como efecto de la teoría de la imprevisión, porque existe una regla legal que dispone cuál es la solución normativa para los casos de secuestrados (art. 11, Ley 986 de 2005 y art. 1º, Decreto 2952 de 2010). Situación que no se presenta frente al caso de quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta por el desplazamiento forzado.

Así las cosas, por lo menos frente a obligaciones dinerarias en contratos de ejecución sucesiva, no existe ninguna diferencia entre el principio de solidaridad y la teoría de la imprevisión respecto de la consecuencia jurídica de su aplicación, pues las soluciones de la Corte Constitucional frente a casos en los que se presentan circunstancias excepcionales, imprevistas o imprevisibles, y que hacen excesivamente oneroso el cumplimiento de la obligación se podrían encuadrar dentro de la solución genérica que proporciona el ya mencionado artículo 868 del Código de Comercio, pues siempre se dirigieron a repartir entre ambos cocontratantes las pérdidas que dicha situación cause.

Finalmente, pareciera ser que la razón por la que la teoría de la imprevisión ha sido ampliamente aplicada por la jurisprudencia constitucional²⁶ radica en que, de no hacerlo el deudor en esos casos podría sufrir un perjuicio irremediable que vulnere derechos fundamentales.

²⁶ Si se toman en cuenta todas las sentencias en las que no se mencionó dicha teoría en la solución del caso.

e. El principio en sentido estricto de solidaridad

Con referencia a lo dicho en el primer capítulo sobre los principios en sentido estricto, creo que la aplicación que hace la Corte del principio de solidaridad ilustra muy bien cómo operan este tipo de normas regulativas en la práctica que, por lo demás, no dista de lo dicho por la teoría del derecho, debido a que ni el principio de solidaridad (art. 1° C.N.) ni el deber de solidaridad (art. 95.2 C.N.) han sido desarrollados legalmente, de manera que permitan conocer los presupuestos de aplicación en abstracto; o, lo que es lo mismo, no es posible conocer las propiedades del caso en abstracto, pues los principios en sentido estricto –como el de solidaridad– no las establecen. Es por esa misma razón que el principio de solidaridad no resulta siendo aplicado en casos en los que sea aplicable, debido a que puede haber otros principios igualmente aplicables al caso que tengan más peso, como lo serían, por lo general, la autonomía privada y la libertad contractual. Es decir, por su dimensión de peso, el principio de solidaridad actúa como una razón a favor o en contra de una determinada solución a un caso concreto. Tampoco existe una consecuencia jurídica consagrada en la ley cuando este principio sea aplicable, sino que, como sucede con los principios en sentido estricto, la consecuencia se define caso a caso. Esto lo hizo explícito la Corte en la sentencia T-434 de 2002 cuando dijo que

“Este deber, que vincula y condiciona el actuar tanto del Estado, como de la sociedad y la familia, no es ilimitado, y por esta razón el intérprete en cada caso particular debe establecer los límites precisos de su exigibilidad.”

No obstante, hoy se podría decir que gracias a la aplicación reiterada del principio de solidaridad se creó a una regla de acción derivada de dicho principio. Gracias a la bien definida línea jurisprudencial sobre relaciones contractuales con entidades financieras que ha construido la Corte Constitucional a través de los años, hoy es más o menos claro cuáles son las condiciones en las que el principio de solidaridad deberá ser aplicado y cuál será la consecuencia jurídica de su aplicación al caso concreto. Esto es así, especialmente en lo que tiene que ver con la regla jurisprudencial que extrajo la misma Corte en la sentencia T-181 de 2012, ya que es en ese punto en particular en el que se puede evidenciar cómo la aplicación de principios en sentido estricto para resolver casos los convierte *de facto* en reglas de acción en el caso concreto, es decir, ordenan la realización de una acción determinada. Esta regla (de acción) jurisprudencial creada a partir del principio de solidaridad dispone, entonces, que (i) las personas víctimas de desplazamiento forzado, que (ii) suscribieron un crédito hipotecario antes de que se presentaran los hechos que motivaron su movilización; y (iii), con posterioridad a esos hechos suspenden el pago de las cuotas correspondientes por motivo del desplazamiento forzado, (iv) tienen el derecho a que las entidades financieras reestructuren la deuda y adopten las siguientes medidas:

1. La obligación contraída por una víctima de desplazamiento forzado previa su ocurrencia no es exigible mientras persistan las circunstancias de indefensión y debilidad que caracterizan el delito del desplazamiento y sus consecuencias;

2. La renegociación de la deuda y la terminación de cualquier proceso ejecutivo que se hubiese iniciado para su exigibilidad;
3. No habrá mora por el incumplimiento de las obligaciones por parte de la víctima desde la fecha del desplazamiento hasta la notificación de la sentencia que resuelve el proceso de tutela;
4. Lo anterior implica a su vez que sea inadmisibles el uso de cláusulas aceleratorias y el cobro de intereses moratorios durante dicho lapso;
5. Los intereses de mora causados sobre las cuotas que se llegaron a pagar desde el momento del desplazamiento hasta la notificación de la sentencia serán abonados al capital total adeudado;
6. El pago de los intereses remuneratorios causados a partir del momento del desplazamiento sobre las cuotas que han dejado de pagarse a partir de esa fecha, al igual que las cuotas pendientes de pagar, deben calcularse con sujeción al principio de solidaridad y teniendo en cuenta las condiciones de desplazamiento del actor, para lo cual deberán llegar a nuevos acuerdos de pago. Si no se llega a un acuerdo, se debe aplicar el artículo 884 del Código de Comercio y;
7. "...[L]a entidad financiera demandada [deberá] realizar las acciones pertinentes para eliminar cualquier registro del peticionario en esas bases de datos, originado en el supuesto incumplimiento en el pago de las obligaciones contraídas antes del desplazamiento." (Sent. T-181 de 2012).

Es por esto que creo que en la actualidad decir que el temor a una posible afectación a la seguridad jurídica²⁷ por la aplicación de principios constitucionales en general, y del principio de solidaridad en particular, para resolver casos en los que una de las partes es una entidad financiera y la otra se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, cuando menos, pierde cada vez más fuerza. Esto se debe a que, por lo menos en lo que tiene que ver con los casos como los referidos, la posición de la Corte ha sido consistente a través de los años y la línea jurisprudencial está muy consolidada. Aún así, el principio de solidaridad todavía conserva dos características muy importantes, a saber: i) está enunciado en términos generales, lo que permite que sea aplicado en una mayor cantidad de casos, ii) debido a que sigue teniendo una menor fuerza que las reglas en cuanto a premisa de razonamiento práctico, lo que hace que la consecuencia jurídica que proporciona abarque aspectos valorativos y directivos.

²⁷ Ver Mantilla Espinosa, F. (2011). El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (16), 187-241. <https://doi.org/10.4067/s0718-80722011000100006>. Igualmente, Zarante Bahamón, G. (2016). Constitucionalización y protección de derechos fundamentales en el contrato de seguros. Análisis jurisprudencial - Corte Constitucional de Colombia. *Revista Ibero-Latinoamericana de seguro*, 25(45), 15-91. <https://doi.org/10.11144/javeriana.ris45.cpdf>. En el mismo sentido, Manrique Chaves, D. M. (2016). La Sobreconstitucionalización Del Derecho De Seguros: El Compañero Permanente O Cónyuge Del Mismo Sexo Como Beneficiario a Título Legal En El Seguro de Vida. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, 44(25), 91-139. <https://doi.org/10.11144/javeriana>, en particular pp. 94-96.

f. La solidaridad contractual como mecanismo de lucha contra la pobreza

Quisiera hacer un comentario final referente al papel que podría jugar el solidarismo contractual en la lucha contra la pobreza. En el artículo titulado “¿Incumbe al derecho privado la lucha contra la pobreza?”, Papayannis (2020) reflexiona, por un lado, sobre la pertinencia del derecho privado en la lucha contra la pobreza y, por el otro, sobre la eficiencia que tendría si así lo hiciera. Así las cosas, concebir el derecho privado de manera que evite la pobreza se justifica en la medida en que el derecho público no logra el objetivo de acabarla o le toma mucho trabajo. Es por eso que el derecho privado no debería mantener una posición “neutral” en ese sentido y, si bien no mejorar la situación de los grupos más desaventajados por las implicaciones en la autonomía privada y libertad contractual de las personas que ello podría tener, sí debería estar concebido para que, por lo menos, no genere más pobreza y neutralice los efectos regresivos sobre los grupos desaventajados (Papayannis, 2020, pp. 8-12). Señala el autor que

“La sugerencia que se hace de un derecho privado que abarca consideraciones distributivas no pretende abolir el mercado, sino forjar un derecho privado que sea interpersonalmente justo, que evite desigualdades injustificadas, aprovechamientos o explotación de la vulnerabilidad ajena.” (Papayannis, 2020, p. 10).

El parecido de esta propuesta con los fines del solidarismo contractual, cuyo objetivo es que por medio del deber de cooperación exista un equilibrio razonable en los contratos para evitar así abusos del derecho o de la posición dominante en detrimento de la parte débil, es sorprendente. En este sentido, creo que la doctrina del solidarismo contractual podría ser uno de los mecanismos del derecho privado que, como mínimo, neutralice los efectos negativos y regresivos -económicamente hablando- que tiene sobre personas en situaciones desfavorables. Lo anterior, debido a que esta teoría propugna por la satisfacción de los intereses de ambas partes.

VII. CONCLUSIONES

Entre los distintos tipos de normas jurídicas que existen, los principios en sentido estricto como una de las manifestaciones de las normas regulativas, ha tenido un gran impacto en Colombia por cuenta del principio de solidaridad. Los principios en sentido estricto, vale la pena recordar, no establecen unas condiciones generales y abstractas de aplicación ni la consecuencia jurídica que se sigue de su aplicación. Sin embargo, como en el caso del principio de solidaridad, cuando son aplicados, operan como una regla de acción que exige que las órdenes impartidas se cumplan a cabalidad. Esto implica que, como en los casos analizados, las entidades financieras no podían aducir que no les había sido posible cumplir lo ordenado por la Corte, *v. gr.*, desistir de la acción ejecutiva y renegociar los créditos de los cuales eran acreedoras.

El solidarismo contractual como corriente doctrinal propende por la incorporación de la solidaridad en todos los contratos para que la ejecución de estos se guíe, entre otros, por el deber de cooperación que busca garantizar un equilibrio económico razonable en el contrato a partir de la distribución equitativa de las cargas o pérdidas entre las partes, según sea el caso. Esto se da en el marco de la protección de la contratante que ostenta una posición de inferioridad respecto de la otra, con el fin de evitar abusos en detrimento de la parte débil de la relación contractual. A pesar de que el solidarismo contractual no ha sido acogido formalmente en nuestro ordenamiento jurídico, en la práctica ya se evidencian sus efectos. Basta revisar la jurisprudencia Constitucional sobre el principio de solidaridad que, por lo demás, no presenta diferencias con el solidarismo contractual, más allá de la necesidad de estar frente a una vulneración o amenaza de derechos fundamentales para que la juez constitucional pueda acudir a este para decidir de una determinada manera.

La aplicación del principio de solidaridad no solo se parece (¿es?) a una manifestación del solidarismo contractual, sino que también son plausibles las similitudes con el principio de buena fe, con cual comparten más rasgos característicos de los que uno creería. A excepción de uno: la función de distribución de pérdidas cuando se presenta un desequilibrio económico en el contrato.

Y ni hablar de la identidad que existe entre el principio de solidaridad aplicado en casos de contratos de ejecución sucesiva que versan sobre obligaciones dinerarias y la teoría de la imprevisión. Esto se hace evidente cuando se logra identificar que cumplen el mismo propósito: cual es ajustar los contratos a circunstancias que hacen que el cumplimiento de las prestaciones sea demasiado oneroso para una de las contratantes, a partir de una distribución equitativa de las cargas o pérdidas económicas que surjan del contrato.

Finalmente, creo que el solidarismo contractual –ya sea como principio aplicado a casos particulares o como teoría de la imprevisión–, podría ser un buen mecanismo del derecho privado en la lucha contra la pobreza en los términos de Papayannis (2020), por cuanto está inspirado en una justicia distributiva y no en una correctiva que actúa cuando la sociedad ya ha sufrido los efectos regresivos de la regulación del derecho privado. Particularmente, si se piensa en los efectos que seguramente ha tenido la pandemia del sars-coV-2 en el equilibrio prestacional económico de los contratos. Esta sería una herramienta eficaz no solo para restablecer la conmutatividad inherente a los contratos sinalagmáticos, sino también para establecer una justicia contractual que sea correctiva. Esto es, que neutralice los efectos nocivos de la pandemia –y del derecho privada en general– por lo menos, para quienes están en situaciones económicas desfavorables.

BIBLIOGRAFÍA

- Abreu Barroso, Lucas; Portes Sthel, L. (2015). The Role of Objective Good Faith in Current Contract Law: For a General Duty of Inter Partes Cooperation and Solidarity. *Journal of Civil Law Studies*, 8(1), 187-205.
- Arban, E. (2017). Exploring the Principle of (Federal) Solidarity. *Review of Constitutional Studies/Revue d'études constitutionnelles*, 22(2), 241-261.
- Bauer, T. C., & Bernal Fandiño, M. (2021). Solidarismo y contratos relacionales: alternativas frente a la pandemia de covid-19. *Revista de Derecho Privado*, (41), 53-80. <https://doi.org/10.18601/01234366.n41.03>
- Bernal-Fandiño, M. (2016). El principio de solidaridad como límite a la autonomía privada. *Revista Jurídicas*, 13(2), 60-70. <https://doi.org/10.17151/jurid.2016.13.2.5>
- Bernal Fandiño, M. (2013). *El Deber de Coherencia en el Derecho Colombiano de los Contratos* (1ª). Bogotá D. C.: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- Calderón Villegas, J. J. (2007). Constitucionalización del Derecho Comercial: Algunas de las Huellas Trazadas por las Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. *Revista Universitas Universidad Javeriana Bogota*, 113, 113-137.
- Chamie, J. F. (2018). Notas sobre algunos principios generales del derecho: una reflexión a partir de principios generales y su influencia en las obligaciones en la experiencia jurídica colombiana. *Derecho PUCP*, (80), 187-235. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201801.006>
- Fernández Segado, F. (2012). La solidaridad como principio constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, (30), 139-181. <https://doi.org/10.5944/trc.30.2012.7004>
- Hinestrosa, F. (2014). [Función, límites y cargas de la autonomía privada]. *Revista de Derecho Privado*, 26, 5-39.
- Letelier Widow, G. (2017). ¿Qué son los principios de la doctrina social de la Iglesia? *Theologica Xaveriana*, 67(183), 85-112. <https://doi.org/10.11144/javeriana.tx67-183.qpdsi>
- Mantilla Espinosa, F. (2011). El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (16), 187-241. <https://doi.org/10.4067/s0718-80722011000100006>
- Mendieta, D., & Elena, C. (2020). ¿Qué ha pasado con los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia del sistema general de seguridad social en salud de Colombia? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 10(1), 86-102. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v10i1.6487>
- Neme Villarreal, M. (2006). El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano. *Revista de Derecho Privado*, (11), 79-126.

- Papayannis, D. M. (2020). *¿Incumbe al derecho privado la lucha contra la pobreza?* 1-43.
- Pérez Arango, D. C. (2016). El solidarismo contractual desde el análisis económico del derecho. *Revista de derecho privado*, (56), 1-18. <https://doi.org/10.15425/redepriv.56.2016.04>
- Pérez Lledó, J. A. (2015). Normas constitutivas: Reglas que confieren poderes y reglas puramente constitutivas. Las definiciones. En D. González Lagier (Ed.), *CONCEPTOS BÁSICOS DEL DERECHO* (pp. 27-45). Madrid: Marcial Pons.
- Pico Zuñiga, F. A., & Rojas Quiñones, S. A. (2014). *Solidarismo Contractual: El deber de cooperación y su repercusión en la responsabilidad civil* (Pontificia Universidad Javeriana). Recuperado de <http://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/10116>
- Rojas Quiñones, S. (2020). Responsabilidad civil por falta de cooperación contractual – Relevancia en tiempos del COVID-19 – In Casu - Blog. Recuperado 9 de septiembre de 2021, de Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado - IARCE website: <https://www.iarce.com/responsabilidad-civil-por-falta-de-cooperacion-contractual-relevancia-en-tiempos-del-covid-19/>
- Sass, H.-M. (1992). Introduction: The principle of solidarity in health care policy. *The Journal of Medicine and Philosophy*, 17, 367-370.
- Solarte Rodríguez, A. (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *Vniversitas*, 53(108), 281-315. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82510807>
- Timm, L. B. (2008). Los orígenes del contrato en el Nuevo Código Civil: Una introducción a la función social, al welfarismo y a la solidaridad contractual. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, 3(1). Recuperado de <http://services.bepress.com/lacjls/vol3/iss1/art4>
- Tolosa Villabona, L. A. (2017). De los principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo. *Estudios Socio-Jurídicos*, 19(2), 13-61. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5701>
- Vásquez Vega, D. (2020). Oportunidad de oro para reconsiderar la teoría de la imprevisión | Ámbito Jurídico. Recuperado 29 de septiembre de 2021, de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/ambito-del-lector/civil-y-familia/oportunidad-de-oro-para-reconsiderar-la-teoria-de-la>

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia del 31 de mayo de 1961 (M.P. José J. Gómez R.). G.J. 2240, pág. 927 A 935, Tomo XCV.

Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-125 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: 14 de marzo de 1994).

Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-550 de 1994 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo: 2 de diciembre de 1994).

Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-036 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz: 8 de febrero de 1995).

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-237 de 1997 (M.P. Carlos Gaviria Díaz: 20 de mayo de 1997).

Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-434 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil: 30 de mayo de 2002).

Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-520 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil: 26 de junio de 2003).

Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-419 de 2004 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra: 6 de mayo de 2004).

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-459 de 2004 (M.P. Jaime Araújo Rentería: 11 de mayo de 2004).

Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-170 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño: 25 de febrero de 2005).

Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-358 de 2008 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla: 17 de abril de 2008).

Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-726 de 2010 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez: 13 de septiembre de 2010).

Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-181 de 2012 (M.P. María Victoria Calle Correa: 8 de marzo de 2012).

Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-246 de 2014 (M.P. Mauricio González Cuervo: 11 de abril de 2014).

Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-767 de 2014 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: 16 de octubre de 2014).

Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-071 de 2017 (M.P. Aquiles Arrieta Gómez: 6 de febrero de 2017).