

# Nicolás Ortegón Obando

nicoortegon@gmail.com

Recibido: 18.11.20

Aceptado: 07.04.21

## Probando el incumplimiento del contrato: criterios para atribuir la carga probatoria

### Proving a breach of contract: burden of proof assigning criteria

**Resumen:** La prueba del incumplimiento del contrato resulta un asunto medular de las controversias que a diario se suscitan en los distintos escenarios tanto extrajudiciales (contractuales) como litigiosos, especialmente en los procesos en que se pretende la declaración del cumplimiento de un contrato. El presente artículo propone algunos criterios de utilidad para los administradores de justicia al momento de abordar las controversias que se derivan del incumplimiento de un contrato. Así, partiendo de una aproximación a las instituciones centrales del derecho de los contratos, como la tipicidad contractual, la calidad de los sujetos contractuales y pasando por los principios tutelares de la buena fe y la equidad, se llega a proponer la insuficiencia de la norma contenida en el artículo 1757 del Código Civil, y se termina resaltando la relevancia de la disposición novedosa adoptada en el artículo 167 del Código General del Proceso, que adopta la carga dinámica de la prueba, no sin antes resaltar algunos problemas prácticos que puede generar la norma ya en el escenario del proceso.

**Palabras clave:** carga de la prueba; incumplimiento contractual; integración del contrato; tipo contractual; buena fe; equidad.

**Abstract:** Proving a breach of contract is a core issue in daily controversies arising in both extrajudicial (contractual) and litigious scenarios, especially in those processes contending to fulfill a contract. This article proposes some valuable criteria for justice administrators when dealing with disputes arising from breach of contract by looking into the central institutions in contract law, such as contractual typicity, contractual subjects, and the protective principles of good faith and equity. Furthermore, it states the inefficacy of article 1757 of the Civil Code. It ends by highlighting the relevance of the emotional burden of proof indicated in article 167 of the General Process Code, although highlighting some practical and procedural problems caused by this disposition.

**Keywords:** burden of proof; breach of contract; contract integration; contractual type; good faith; equity.

El principio de la *carga de la prueba*, también conocido como *carga probatoria*, del que se trata el presente artículo, reviste dos facetas que permiten comprenderlo tanto (i) desde el rol de los sujetos procesales con su intervención dinámica en el pleito, como (ii) desde la atribución o facultad del administrador de justicia. En primer lugar, la carga de la prueba les atribuye a las partes la acreditación de los enunciados fácticos que fundamentan su pretensión o su excepción en un

proceso, de tal forma que propicia el papel dinámico de cada uno de los sujetos en controversia, en la medida en que de su dinamismo dependerá el éxito de la posición que plantee, bien a través de la demanda o mediante la formulación de excepciones en su contestación. En suma, la parte se vuelve responsable del éxito de su propio caso, en la medida que sepa imprimir diligencia en la actividad probatoria.

## 1. Premisa “análisis de la carga probatoria desde el incumplimiento contractual”

Sobre el primer aspecto se han pronunciado las tres altas cortes y la doctrina. La Corte Suprema de Justicia (1938) ha resaltado que, en virtud de este principio:

Todo demandante que intente una acción debe acreditar el fundamento en que se apoya; y todo demandado que, sin negar el hecho mismo alegado contra él, invoque otro hecho que destruya el efecto del primero, debe aducir la prueba correspondiente (Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 29 de abril de 1938).

Asimismo, esa Corporación expone que al demandante también le corresponde probar la existencia de un vínculo jurídico con el demandado, del cual se origina la prestación que reclama, pues, mientras no lo haga, “el demandado está libre por la presunción de que no es deudor”. Es así como, cuando el demandado se limita a negar los hechos, no debe presentar prueba al respecto; mientras que, mientras que cuando opone medios de prueba para hacer valer hechos distintos a los acreditados por el extremo activo, a él corresponde aducir las pruebas correspondientes. Todo lo anterior, conforme con las consignas *de actori incumbit probatio; incumbit probatio qui dicit, non qui negata; y reus excipiendo fit actor* (Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 29 de abril de 1938).

Para el Consejo de Estado (2016), la *carga probatoria* reposa sobre tres aristas del derecho civil clásico (art. 1757 del C.C.), a saber:

a) *Onus probandi incumbit actori*: El actor tiene el deber de probar el hecho que invoca como soporte de su pretensión, b) *Reus, in excipiendo, fit actor*: el demandado que contradice la pretensión del actor, a su vez, se hace demandante, ante la urgencia de probar el hecho que le sirve de excusa, c) *Actore non portante, reus absolvitur*: El demandado queda exonerado de la obligación cuando, propuesta su excepción a la pretensión del actor, éste se muestra incapaz de contradecirlo, probando la vigencia de su causa” (Consejo de Estado. Sentencia del 1 de agosto de 2016).

Por su parte, la Corte Constitucional considera que “corresponde a cada parte acreditar los hechos que invoca, tanto los que sirven de base para la demanda como los que sustentan las excepciones, de tal manera que deben asumir las consecuencias negativas en caso de no hacerlo” (Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 2016).

A nivel doctrinario, se ha indicado que tal noción procesal puede entenderse como una regla que “indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que

sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados” (Parra, 2002, p. 194). Otro sector señala que según este principio sobre las partes “gravita fundamentalmente el deber de procurar que las pruebas se practiquen o aporten y es por eso que a su iniciativa para solicitarlas e interés para llevarlas a efecto se atiende de manera primordial” (López, 2017, p. 45). Por su parte, el maestro Devis Echandía (2012) considera que se trata de una “regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar, para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones” (Devis, 2012, p. 405).

Ahora bien, sobre el segundo aspecto, es decir desde la óptica del administrador de justicia, la carga de la prueba constituye una herramienta que le sirve para atribuir efectos procesales en casos de incertidumbre, lo que le resulta de utilidad en aquellos eventos en los que exista oscuridad sobre determinado hecho, o se advierta que uno de los sujetos puede contribuir al proceso, aportando conocimiento de una situación fáctica o una circunstancia técnica que ilumine el caso y permita resolver la controversia de forma justa.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia (2017) se ha pronunciado señalando que se trata de una regla de conformación de la decisión judicial referida a la demostración de los presupuestos fácticos previstos en una norma jurídica general, impersonal y abstracta aplicable al caso concreto, que cercena la posibilidad creativa del juez, impidiendo que incurra en una aplicación indebida o en una interpretación errónea de la ley sustancial

De ahí que siendo la carga de la prueba una regla de conformación sintáctica de la decisión judicial, los detalles de su distribución únicamente pueden estar prestablecidos por la norma sustancial que rige la controversia, o bien por una presunción de tipo legal, pero jamás por una invención de estirpe judicial (Corte Suprema de Justicia, 2017).

A su turno, desde la doctrina se ha indicado también que esta regla, le señala al juzgador “cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un *non liquet*, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas” (Devis, 2012, p. 405). Asimismo, le “permite en cualquier caso tomar una decisión en el supuesto de incertidumbre sobre el hecho, subjetivizando las consecuencias de esa incertidumbre” (Taruffo, 2011, p. 247).

En la legislación colombiana, el principio de la carga de la prueba aparece en el artículo 1757 del Código Civil (González de Cancino, 2007, p. 360), el cual dispone que “[i]ncumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”. También aparece dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, que introdujo el principio de la carga dinámica de la prueba, en los siguientes términos:

Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez *podrá*, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

A pesar de la extensión de las acepciones referidas, *la carga probatoria* como concepto resulta insuficiente de cara a las nuevas realidades y tendencias del derecho contractual, caracterizado —entre otros aspectos— por la complejidad tanto de las relaciones negociales, como de las obligaciones asumidas y de las consecuentes prestaciones que se arrojan las partes. Esta limitación del concepto de

carga probatoria implica que no puede erigirse una única forma de atribuir la carga de la prueba, debido a que surgirían inequidades tanto en el plano contractual como en el escenario procesal.

En todo caso, tal y como lo señala la doctrina, (López, 2017, p. 90) la norma bajo estudio no puede entenderse como una licencia para que la parte débil dentro del contrato y en el marco del proceso, se exima de la actividad probatoria que sigue teniendo para demostrar ciertos hechos. El desplazamiento de la carga de la prueba debe ser parcial y responder a presupuestos debidamente justificados y sustentados, bien por la parte que solicita la aplicación de la norma, ora por el juez, quien también tiene la posibilidad de atribuirle a uno de los sujetos procesales la carga de probar un hecho.

Sin desconocer la importancia de la carga dinámica de la prueba, consagrada en el estatuto procesal referido, la norma se antoja confusa y los límites y los supuestos para dinamizar la carga de la prueba no son claros ni para el juez ni tampoco para las partes, lo que lleva a cuestionarse cuáles pueden ser las bases de derecho sustancial que puedan justificar y servir de herramienta para la atribución de la carga probatoria. Más allá de la cercanía con el material probatorio, el tener en su poder el objeto de la prueba, las circunstancias técnicas especiales, la intervención en los hechos que dieron lugar al proceso o el estado de indefensión o incapacidad de la contraparte, este trabajo busca ofrecer otros criterios que, estudiados desde la relación negocial, puedan ser utilizados por el juez y por las partes.

Con todo, la problemática enunciada con la insuficiencia de la carga de la prueba se acentúa por la dificultad de acreditar ciertas conductas o determinados hechos, como ocurre por ejemplo en el caso de las obligaciones complejas, derivadas de contratos en los que la ejecución de las prestaciones requiere de un conocimiento especial. Así ocurriría en el caso hipotético del usuario de un servicio de tecnología que sufre una falla con su equipo, y se ve entonces abocado a demostrar que el servicio prestado por la empresa de tecnología tenía fallas. ¿Resulta acertado

y justo exigirle al particular que pruebe el incumplimiento en este caso? Consideramos que no, y que atribuirle a la parte débil de la relación contractual este tipo de cargas, exigen lo que la Corte Suprema de Justicia (1936, p. 339) ha denominado pruebas diabólicas por considerarlas intolerables, injustas, imposibles de cumplir.

En similar sentido, ha reiterado la figura posteriormente (1971, p. 170) al describir cómo en los juicios reivindicatorios contra un poseedor no inscrito, el demandante solo debe exhibir un título anterior de dominio debidamente registrado para que su acción prospere, pudiendo exhibir otros títulos anteriores a la posesión material del demandado. Advierte que esta potestad, no implica que el demandado “pueda exigir al actor, como comprobante de su dominio, una serie indefinida y ascendente de títulos, o sea lo que los tratadistas franceses denominan la “cadena infernal”, constitutiva de la *probatio diabólica*, que no es eficaz en estos juicios”. Y concluye que se trata de la exigencia de acreditar un determinado hecho, que resultaría gravosa en exceso, desproporcionada e injusta, que en últimas implicaría un menoscabo al derecho a la prueba.

Los retos en esta materia pueden expresarse a través de los siguientes cuestionamientos: ¿cuándo debe probarse el cumplimiento del contrato?, ¿cuándo y cómo debe probarse el incumplimiento?, ¿qué criterios existen para distribuir entre las partes la carga de acreditar el incumplimiento?

En materia negocial la atribución de la carga de la prueba se determina por diferentes aspectos: el tipo contractual, la integración del contenido negocial y la equidad, entre otros.

En este artículo se abordan las dificultades enunciadas, con base en las hipótesis que pueden presentarse en aquellos procesos declarativos en los que se disputa el incumplimiento de una obligación de fuente contractual, es decir, los procesos cuya pretensión es el cumplimiento del contrato civil o mercantil. Para ello, se iniciará con una exposición acerca de las presunciones como herramientas del sistema normativo con las que cuenta el juez para prescindir de la atribución de la carga probatoria. Seguidamente, se analizarán los presupuestos para

distribuir la carga de la prueba del incumplimiento del contrato, y finalmente, se explicará cuáles son los criterios de atribución.

Para comenzar, es preciso aclarar que las presunciones son reseñadas en el artículo 66 de nuestro Código Civil como aquellos hechos que se pueden deducir de determinados antecedentes conocidos. Se trata de una presunción legal cuando esas circunstancias son determinadas por la ley y vale decir que es posible probar la inexistencia del hecho presumido, a no ser que la misma ley lo prohíba, caso en el cual se trataría de una presunción de derecho.

En armonía con esa disposición, el artículo 166 del Código General del Proceso señala a su vez que “[l]as presunciones establecidas por la ley serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados. El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice”.

Para Devis Echandía (2012, p. 677) la presunción termina siendo un juicio lógico del juez o del legislador, así, al tratarse de presunciones de hombre, “son principios lógicos basados en las reglas de la experiencia, que permiten una correcta valoración de las pruebas; por consiguiente, no son en realidad presunciones sino reglas para el criterio del juez”. Para este autor, el rasgo más relevante de las presunciones es permitirle al juez prescindir de atribuir la prueba en determinadas circunstancias, por ello añade que, al regular situaciones jurídicas sustanciales

(...) razón tienen Micheli y Liebman, cuando dicen que al suprimir el hecho presumido del presupuesto fáctico para que tales efectos se produzcan, lo simplifican y delimitan; pero también es cierto que, como lo observa Rosenberg, hacen superflua o innecesaria la prueba de ese hecho e indudablemente lo anterior se traduce en una liberación, dispensa o exención de prueba, como afirman Hedemann, Alsina y Rocha. Por este motivo, la prueba que se pida para demostrar el hecho presumido es redundante e inútil y debe permitirse que el juez la rechace” (Devis, 2012, p. 685).

De lo anterior resulta claro que la presunción racionaliza la actividad probatoria, en la medida que, acreditado un primer hecho, *prima facie*, se puede omitir la comprobación de otro, toda vez que la ley se encarga de señalar la consecuencia que se deriva de la demostración del primero de los hechos. Vale señalar que, en varios casos, la ley presume el segundo hecho, pues las reglas científicas o de la experiencia enseñan la consecuencia lógica que se deriva del primero.

En todo caso, se han distinguido varios tipos de presunciones, unas que admiten prueba en contrario y otras que no, motivo por el cual la función primigenia del juez será determinar ante qué tipo de presunción se está, pues de esa forma podrá realmente racionalizar la actividad probatoria durante el proceso, negando por ejemplo las pruebas que sean aportadas con el fin de desvirtuar una presunción de derecho.

Sobre los tipos de presunciones, la Corte Suprema de Justicia resalta por ejemplo *tres grupos de presunciones*: (i) las presunciones simples o de hombre; (ii) las presunciones *juris tantum* o legales en ocasiones admiten cualquier prueba en contrario y a veces solo una terminadas y especiales y (iii) las presunciones *juris et de iure* no admite pruebas en contrario porque están basadas en principios científicos incuestionables. Lo que la caracteriza a todas, es que logran relevar de la carga de la prueba a uno de los sujetos procesales (1939, p. 312).

Devis Echandía (2012) refiere que, en las presunciones creadas por el legislador, “sea *juris tantum* o *juris et de iure*, se considera definitivamente cierto el hecho (en las últimas) o provisionalmente mientras no se suministre prueba en contrario (en las primeras)”; mientras que cuando es simple presunción judicial o de hombre, se considera ese hecho simplemente como probable, a menos que por leyes físicas o lógicas haya certeza sobre el hecho (2012, p. 678).

Para este autor, cada una de las presunciones tiene una función procesal. En las presunciones de hombre, por ejemplo, el juez infiere de acuerdo a las circunstancias “una

presunción judicial a favor o en contra de la verosimilitud de los hechos que son objeto de esas pruebas y de la sinceridad del sujeto que se los hace conocer". Frente a las presunciones legales indica que tienen una función sustancial, extraprocesal adicional a la probatoria: "darle seguridad a ciertas situaciones de orden social, político, familiar y patrimonial, como a la legitimidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio, a la posesión de las tierras, al ejercicio de los derechos políticos (...)" (Devis. 2012, p. 678).

Desde el punto de vista contractual, se ha discutido sobre si la legislación colombiana consagra un régimen de culpa presunta en el artículo 1604 del Código Civil. Un interesante debate al respecto se suscita entre dos reputados autores de la doctrina nacional. Mientras que Tamayo Jaramillo (2010, p. 477) considera que el inciso tercero del artículo 1604 del Código Civil no consagra una presunción de culpa contractual, Suescún Melo estima que sí hay una presunción de culpa en esa norma (Suescún, 1996. p. 415).

En criterio de Tamayo Jaramillo (2010), la norma determina cuándo incumbe acreditar determinado acto, "[u]na cosa es decir a quién le corresponde probar la diligencia y cuidado (...) y otra cosa muy distinta es establecer que el deudor deberá siempre probar la diligencia y cuidado a que estaba obligado" y añade que el legislador establece que cuando se alega el caso fortuito, le incumbe al deudor probarlo, aceptando así la teoría de que el artículo 1604 consagra una presunción de culpa del deudor contractual, los dos conceptos que sirven de soporte a la hipótesis se excluirían

entre sí, puesto que si basta la diligencia y cuidado, sobra lo del caso fortuito; y si se exige el caso fortuito, sobra lo de la prueba de la diligencia y cuidado ya que ésta última sería insuficiente para exonerar de responsabilidad al deudor (Tamayo, 2010. p. 477).

Aunado a ese debate, pareciera que la jurisprudencia se ha decantado por la presunción de culpa, atendiendo al tipo de obligación contenido en cada contrato. Así lo ha definido la Corte Suprema de Justicia (1992) al prever que el deudor de obligaciones de resultado

se encuentra de pleno derecho en falta cuando no las ejecuta y no puede demostrar que esa inexecución no le incumbe, lo cual de hecho significa destruir una presunción de culpa (...), presunción que no es absoluta puesto que el deudor puede destruirla probando que su incumplimiento obedeció a fuerza mayor o caso fortuito que sobrevino sin culpa y antes de estar constituido en mora (art. 1604 CC).

En ese sentido, el juez debería primero calificar las obligaciones que se señalan como incumplidas por las partes y deberá desentrañar si alguna presunción ampara el caso que pretende resolver, determinando a qué tipo pertenece, pues de esa forma podrá restringir válidamente la actividad probatoria dentro del proceso, en la medida que ya no será una parte la que deba acreditar un hecho constitutivo de incumplimiento pues la misma ley se encarga de cobijarla con la presunción, que la otra parte podrá o no desvirtuar.

## 2. Presupuestos para la atribución de la carga de la prueba en el incumplimiento contractual

En el presente acápite se identificarán cuáles son los supuestos que se deben acreditar para atribuir la carga de la prueba dentro de un proceso en el que se pretenda declarar el incumplimiento del contrato. Con este propósito, se presentarán sucintamente los postulados que deben cumplirse para ese ejercicio, iniciando por el procedimiento de integración del contrato a partir del principio de la buena fe, tutelar de la contratación contemporánea, lo que conducirá al estudio del programa contractual en su totalidad para presentar a continuación la valoración integral del cumplimiento del negocio jurídico.

Seguidamente, se hará referencia a la colaboración como elemento estructural de la obligación, de la cual emanan a su vez conductas especiales para el interés de la *contraparte* en el contrato, y que incluso se mantienen cuando fenece el vínculo negocial. Este aspecto resulta nuclear para entender, interpretar y abordar las relaciones obligatorias y sus vicisitudes.

Por último, se abordará un tópico medular pero que al margen de su relevancia puede pasar inadvertido y es la inobservancia del programa contractual. Al estudiar a quién se le atribuye la carga de la prueba del incumplimiento, se puede discutir si hubo o no cumplimiento del contrato, es decir, nos ubicamos en el estudio de una patología contractual, que puede terminar con la conclusión de esa inobservancia del programa contractual.

2.1. La integración del contrato, derivada del principio de buena fe, se erige como presupuesto de la distribución de la carga de la prueba

En la doctrina del derecho privado, se ha dicho que:

la integración del contenido contractual que emana de la buena fe supone, de un lado, la creación de

obligaciones adicionales a cargo de las partes, y a su vez, de otro, la restricción o modificación de las obligaciones previstas por los contratantes (Neme, 2016. p. 377).

De esta manera, se reconoce de un lado que el contrato puede ser incompleto, pues las partes no pueden prever todas las posibles obligaciones que se desprenden de un negocio, y de otra parte también se admite la posibilidad de que las partes en ejercicio de la autonomía negocial, se obliguen a desplegar conductas que puedan ir en contra de la naturaleza misma del contrato, desvirtuándolo, o en contravía con la ley, las normas imperativas, las buenas costumbres y la moral.

Sobre la integración del contrato, cierto sector de la doctrina opina que se trata de una forma de intervención del Estado en los contratos. En palabras de Diego Franco, la integración

implica una intervención del Estado sobre la actividad de los particulares, como consecuencia de la cual se presenta una coexistencia de fuentes, la estatal y la privada o convencional, donde la primera está en grado de imponerse en parte o totalmente a la otra (Franco, 2019, p. 210).

Otro sector, considera que el procedimiento de integración del contenido del negocio jurídico parte del supuesto de que “la norma negocial en parte no puede (y, en parte, puede no querer) regular todos los aspectos de una relación jurídica [y, por tanto], se hace necesario determinar la total norma reguladora de esa relación, mediante la integración de la *Lex negotii* con las demás fuerzas normativas” (Solarte, 2004, p. 292.)

Al respecto también señala Carlos Ignacio Jaramillo que ésta se da cuando se pretende llenar los vacíos

que los contratantes “pudiendo nominalmente hacerlo, no colmaron en su oportunidad, en cuyo caso le corresponderá al intérprete —o actor calificado— proceder de conformidad, por cuanto las partes, por más que lo quisieran, no lo pueden prever todo (...)” (Jaramillo, 2014, p. 58).

Por su parte, Hineyrosa resalta los deberes de lealtad, buena fe, corrección y colaboración entre los sujetos de la relación crediticia, en el marco de una cultura jurídica política contemporánea que promueve un enfoque solidarista de las relaciones obligatorias, como lo dispone el artículo 1175 del Código Civil; y afirma que:

de ese modo, dichos deberes (entre ellos los “deberes de protección”, *Schutzpflichten*) pasan a ser parte fundamental, común del contenido de toda obligación, por fuerza de la cláusula general *ex lege*, cuyo alcance preciso se singulariza en cada circunstancia, al tiempo que constituyen un límite, y de suyo un temperamento, a la pretensión del acreedor (exigibilidad, alcances, magnitud), al imponer el equilibrio de su interés legítimo con la exposición del deudor, y un talante más consonante con la función de la colaboración intersubjetiva (2007. pp. 113-114).

Ahora bien, a nivel normativo, el Código Civil colombiano introdujo en su artículo 1603 el principio de buena fe contractual, en virtud del cual los contratos “deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”. Una norma similar se presenta en el artículo 871 del Código de Comercio que establece que:

Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

Este artículo 1603 es considerado como la fuente normativa de integración del contenido negocial, en

virtud del cual, la buena fe no solo inserta obligaciones en ese contenido negocial, sino que además depura las disposiciones particulares que vayan en contravía del mismo principio.

En efecto, las obligaciones que no fueran pactadas expresamente por las partes, pero que emanan de la naturaleza del contrato, están llamadas a integrar el programa contractual y por ello, su cumplimiento es objeto de valoración para determinar si las prestaciones debidas fueron satisfechas o no.

Sobre la buena fe como creadora de obligaciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ha señalado que

Aludir a la buena fe en materia de la formación y ejecución de las obligaciones, apareja ajustar el comportamiento a un arquetipo o modelo de conducta general que define los patrones socialmente exigibles relacionados con el correcto y diligente proceder, la lealtad en los tratos, la observancia de la palabra empeñada, el afianzamiento de la confianza suscitada frente a los demás; en síntesis, comportarse conforme se espera de quienes actúan en el tráfico jurídico con rectitud, corrección y lealtad. Y cabalmente, a tan amplio espectro de actuación se refiere el citado artículo 863 del Código de Comercio, de manera, pues, que el proceso de creación de las relaciones obligatorias debe sujetarse a ciertas normas sociales concretas que subyacen en la conciencia ético-jurídica de las comunidades, o sectores de las mismas y que imponen a las personas guardar fidelidad a la palabra dada, no traicionar la confianza despertada en los demás, no interrumpir abrupta e injustificadamente las negociaciones, entre otras (Corte Suprema de Justicia. 2000).

En una providencia más reciente, el alto tribunal sostuvo que la buena fe es pilar de toda negociación y que de él se desprenden otros derechos y deberes como una especie de

referente inamovible de un debido comportamiento

contractual. La buena fe contribuye a que en la proyección, celebración, desarrollo y terminación de uno cualquiera de los negocios que los interesados puedan llegar a celebrar, concurren valores que lleven a uno u otro a comportarse a tono con lo previsto y ajustado (Corte Suprema de Justicia. 2016).

En palabras de la profesora Neme Villareal, la buena fe obliga

no solo a lo fijado en la convención y a los cuidados generales usuales entre personas honorables, sino a todas aquellas prestaciones accesorias que las circunstancias que rodean el negocio en cada momento vayan poniendo de manifiesto, con independencia de que hayan o no sido pactadas expresamente (2006, p. 90).

En consecuencia, parece que, al momento de calificar el cumplimiento del contrato, el intérprete debe haberlo integrado con aquellas obligaciones que, aun cuando no hubieran sido pactadas, debían ser cumplidas por los contratantes, al punto de que su inobservancia deriva en un inobjetable incumplimiento del contrato. En suma, el procedimiento de integración del contenido del contrato, como paso indispensable de la labor de interpretación, permite responder íntegramente la pregunta acerca de ¿qué debe el deudor?

Desde hace más de 80 años (1935), la Corte Suprema de Justicia se encargó de precisar que “Ocurre la integración cuando el texto adolece de defectos, de oscuridad o ambigüedad, o es incompleto o equivocado, o cuando las expresiones y aun las mismas ideas de las partes carecen de claridad o de exactitud (...)” (Corte Suprema de Justicia, 1935). Posteriormente, en sentencia de 20 de junio de 1977, añadiría implícitamente que existen otros aspectos que integran el contrato, aunque no hayan sido pactadas, por su naturaleza misma. Así lo dejó expresado al analizar el contenido del artículo 1603 del Código Civil, en un controvertido caso en el que había un vacío en el contrato:

la manipulación de la tapa del tanque de la aeronave

es asunto que naturalmente concierne al propietario o usuario de ésta, por tratarse de un implemento de la misma, en mayor razón si se tiene en cuenta que su colocación defectuosa puede ser fatal (Corte Suprema de Justicia, 1977)

Con lo anterior, se señala la importancia de integrar el contenido del contrato con aquellas obligaciones que, por una u otra razón, las partes no tuvieron en cuenta al momento de celebrarlo, pero que le pertenecen en la medida en que se tornan necesarias para lograr la finalidad que las partes quieren satisfacer con su celebración y que se erigen como parámetro de valoración para determinar el cumplimiento o el incumplimiento del contrato.

Así, la integración se encarga de definir los contornos reales del negocio jurídico, no solo por añadir obligaciones, sino también al depurar aquellas que no se adecúan con la operación celebrada por las partes, por resultar abiertamente contrarias al contrato. Será pues el juez o el árbitro quien, al aproximarse al negocio jurídico en su labor de intérprete, deba estudiar con rigor el contrato cuyo cumplimiento se debate, escudriñando la intención de las partes, de tal forma que las obligaciones que dejaron de tenerse en cuenta hagan parte del contrato.

Resulta entonces obvio que el incumplimiento de dichas obligaciones deberá ser objeto de prueba en el escenario litigioso, de acuerdo con los criterios de atribución que se señalarán en el capítulo tercero del presente trabajo.

2.2. El deber de colaboración como elemento estructural de la prestación se edifica en un presupuesto para poder atribuir la carga de la prueba del incumplimiento

La extraordinaria complejidad de las relaciones obligatorias actuales impone que este tipo de vínculos sean siempre abordados en clave de cooperación y colaboración recíprocas. Esta reciprocidad ha sido entendida por cierto sector de la doctrina (San Martín, 2011, pp. 273-325) en el sentido en que el acreedor también se vuelve, si se quiere, deudor del deudor, particularmente, de los perjuicios que este último sufra

por estar obligado más de lo previamente establecido y por los beneficios que el deudor hubiera obtenido con la ejecución de la prestación.

En este último caso, por tratarse de un deber secundario de conducta, el acreedor podrá quedar exonerado de responsabilidad en base a la misma buena fe que le impone el deber de cooperar, es decir, siempre que la ejecución efectiva de la prestación por parte del deudor conlleve un “apreciable sacrificio” para los intereses del deudor (San Martín, 2011, pp. 273-325).

Siguiendo su detallado estudio sobre la materia, la doctora Lilian San Martín advierte más adelante que la cooperación entre las partes puede ser dividida en tres aspectos. En primer lugar, la cooperación en sentido genérico, respecto de la tendencia de todos los individuos de satisfacer sus intereses dignos de protección jurídica y la realización del programa obligatorio de la obligación. En segundo término, el deber de cooperación, que consiste en los deberes secundarios de conducta impuestos por la buena fe para que la ejecución de la obligación sea lo más ventajosa posible para deudor y acreedor, colaborando entre sí, para superar las dificultades que puedan surgir, llevando a cabo comportamientos positivos que no impliquen un sacrificio de sus intereses propios mayor al beneficio a percibir. Finalmente, la cooperación en sentido técnico se presenta cuando se requiere el concurso del acreedor para efectuar el pago debido.

Por su parte, Valencia Zea y Ortiz Monsalve (2015, p. 365), al estudiar los artículos 1739 y 1883 del Código Civil, encuentran fundamento para hablar de la mora del acreedor, y planean hipótesis en las que esta sea negligente o no tenga interés en recibir la prestación<sup>1</sup>.

Sin embargo, Hinestrosa (2007, p. 115) describe la necesidad de la colaboración recíproca con tal profundidad que vale la pena exponerla:

El derecho de obligaciones es el reglamento de la colaboración intersubjetiva y la obligación es deber de cooperación. Su razón de ser estriba en la imposibilidad de concebir, cada día menos, una economía natural, dada la especialización y el refinamiento en la oferta de bienes y servicios, que paulatinamente se ha ido extremando, y teniendo en cuenta la posibilidad de que cada cual se desenvuelva más amplia e intensamente en su propio campo, con una mayor riqueza de posibilidades de realización personal y de mejor calidad de vida (...) lo que el acreedor prevé es un determinado comportamiento del deudor, útil para él: una actividad considerada en sí o en su resultado, una dación o una entrega, o una inactividad: abstención, y que por lo mismo, en cuanto subsista en él ese interés (específico en el sentido de su singularidad), todo mueve a respaldar su aspiración a satisfacerlo (prestación real). En fin de cuentas, para eso está la obligación y es una relación jurídica.

Es así como se puede afirmar que en las relaciones patrimoniales que se desprenden de la contraprestación, como objeto de la obligación, subyacen relaciones humanas permeadas por la honestidad, la rectitud y el decoro. Esto implicaría afirmar que la consideración del interés ajeno siempre debe ser una máxima en este tipo de vínculos. Por ende, el logro de la satisfacción de la prestación al que aspira la contraparte necesariamente debe ser un móvil del contratante. La cooperación resulta ser, entonces, un elemento fundamental de la relación obligatoria, sin el cual resultaría imposible explicar la pulcritud, el decoro, el pundonor que se debe tener para con el otro.

---

<sup>1</sup> “El deudor puede ofrecer a su acreedor el pago de la suma de dinero que le debe exigiendo que previamente se le cancele la hipoteca que la garantiza, pero el acreedor puede no tener interés en recibir la prestación o ser negligente en asistir a la notaría a cancelar la hipoteca. Del mismo modo el arrendatario, una vez vencido el contrato, ofrece la cosa arrendada al arrendador, pero este en forma negligente no la recibe. Otro caso lo tendríamos cuando el trabajador ofrece oportunamente al empleador ejecutar el trabajo convenido, y este no coopera en la ejecución de la obligación, motivo por el cual el cumplimiento en otro tiempo distinto perjudica al trabajador. En todos estos casos existe mora en el acreedor, y en todos se pueden causar perjuicios al deudor”.

Ahora bien, ya en un campo adversarial, ese deber de colaboración se mantiene incólume por dos motivos principales. En primer lugar, porque en virtud de la actitud recta que se deben las partes, las obligaciones se mantienen incluso después del contrato, como ocurre por ejemplo con las obligaciones de saneamiento que surgen con ocasión de la compraventa. ¿Podría acaso el vendedor desprenderse de estas, sin propender porque el comprador pueda utilizar el bien comprado para lo que lo adquirió? O ¿cómo explicar las obligaciones de confidencialidad que surgen de un contrato pero que persisten aun cuando aquel se ha extinguido?

En segunda instancia, el deber de colaboración se mantiene vigente, porque la autorregulación de intereses que se instrumentaliza a través del contrato implica reconocer que muchas situaciones que las partes previeron en su programa contractual pueden tener efectos que tiendan a extenderse en el tiempo, sin que puedan desprenderse de ellos simplemente por el fenecimiento del vínculo. Así lo entiende Bianca (2007, p. 29) cuando define el contrato como una regla autónoma que “deriva del consentimiento de las partes (autorregulación) y no de poder autoritario externo (regla heterónoma)”.

En efecto, la buena fe no se extingue con el fenecimiento del vínculo, sino que irradia también con sus efectos, obligaciones y deberes todas las etapas del contrato. En esa línea expositiva, Martha Lucía Neme (2006) ha señalado que:

La buena fe debe estar presente en todo el *iter* contractual y sin solución de continuidad, desde las negociaciones que preceden la formación del contrato, incluida su celebración o concreción, hasta el periodo post-contractual, pasando por supuesto por la ejecución del mismo, por lo que, como ha sostenido la jurisprudencia, dicho principio está presente in extenso, además de que dicha presencia se caracteriza por su marcada “intensidad”, durante todas las etapas en comento, razón por la cual cuando haya de juzgarse si el comportamiento de las partes se ajustó o no a los postulados de la buena fe, ello debe

evaluarse de manera integral, revisando las posturas de las mismas en todos y cada uno de los momentos del negocio *sub examine*.

Es así como puede afirmarse que efectivamente ese deber de colaboración integra la contraprestación durante toda la relación negocial y, en ese sentido, hace parte de la obligación misma, y se convierte en parámetro para determinar el cumplimiento de la prestación debida, en la medida en que su infracción puede ser demandada como desconocimiento del reglamento contractual pactado por las partes, cuando el interés del otro se vio degradado por una conducta que discrepa y se aleja de esa probidad que se espera en el negocio.

2.3. La existencia de una situación de incumplimiento o de insatisfacción de la prestación como presupuesto para la atribución de la carga de la prueba del incumplimiento

Las legislaciones decimonónicas no consagran una definición del incumplimiento contractual, ni mucho menos una disciplina general sobre el mismo. La discrepancia entre esas codificaciones y los instrumentos del derecho moderno de los contratos generan una dispersión normativa que reta a jueces y abogados, provocando incertidumbre. La doctrina se ha pronunciado sobre este fenómeno indicando que ello se refleja en la existencia de varios niveles de protección para el acreedor respecto de una obligación infringida y evidencia que el modelo del codificador no se ajusta al derecho moderno de los contratos, que ha dejado de ser visto como un conjunto de obligaciones unidireccionales, para convertirse en una en “una garantía de satisfacción del interés del acreedor y que impone al deudor la realización del contrato, de lo pactado” (De la Maza y Vidal, 2019, p. 132).

El Código Civil colombiano tampoco contiene una disposición que defina expresamente el incumplimiento, solo puede hacerse relación a él a través de las tipologías reconocidas a través de los artículos 1613 y 1614, esto es, el no haberse cumplido la obligación, el estar ante un cumplimiento imperfecto o que se presente un retardo en el cumplimiento, como pasará a exponerse.

El artículo 1613 del Código Civil señala que:

La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.

Por su parte, el artículo 1614 del mismo Estatuto indica que por daño emergente se entiende el perjuicio o la pérdida

que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

Las definiciones sobre el incumplimiento en la doctrina son varias. Por ejemplo, para Carlos Pizarro Wilson:

el incumplimiento contractual asume tres formas típicas: el incumplimiento total de alguna obligación contractual, el cumplimiento imperfecto, por satisfacción parcial en la ejecución de una o más de las obligaciones y, por último, el cumplimiento tardío, del cual se derivan los daños moratorios (2008, p. 257).

Para este autor, es necesario que se cumplan cuatro condiciones para verificar la responsabilidad contractual, a saber: (i) un incumplimiento; (ii) que ese incumplimiento sea culpable; (iii) un daño y (iv) la respectiva relación de causalidad entre ellos.

Para Hinestrosa (2015b, Vol II. p. 871), por su parte, “[i]ncumplimiento del contrato quiere decir inexecución de obligación emanada de él, imputable al deudor y, en términos generales, atribuible a culpa suya”.

A su turno, Chinchilla (2018, p. 336) señala que el

incumplimiento contractual aparece cuando

no existe un justo equilibrio entre el interés del deudor, pues de la articulación entre lo que quiere el acreedor y el deber del deudor, trae como conclusión que la conducta del deudor no se ajustó al contenido de la relación obligatoria, generando la insatisfacción del acreedor. Con el incumplimiento las partes no logran la satisfacción del interés común que los llevó a celebrar el contrato.

A su vez, Ramírez Baquero (2013, p. 388) define el incumplimiento contractual como “el hecho jurídico consistente en que el deudor, siendo exigible la prestación debida al acreedor, no la ejecuta oportuna y cabalmente, desatendiendo con este comportamiento el imperativo jurídico de obligación a su cargo”. Mientras que Tapias Rocha, delinea el concepto indicando que incumplir es equiparable a violar una determinada obligación al no dar, no hacer; hacer incompleto o defectuosamente, o retardar el cumplimiento y que “por el contrario, cuando se trate de obligaciones negativas, el incumplimiento de éstas consiste en hacer el deudor lo que se comprometió a no realizar” (Tapias, 2008, p. 232).

Finalmente, Orsini propone abordar la comprensión del incumplimiento desde tres ópticas: (i) el incumplimiento en sentido estricto, que se presenta cuando el deudor se abstiene de cumplir con la conducta como había sido pactada, aun cuando sea satisfecho el interés del acreedor (quien obtiene el resultado por un medio lejano al comportamiento del deudor o por un cumplimiento forzoso en especie); (ii) el incumplimiento en sentido objetivo, que sucede cuando el deudor incumple con la obligación y el interés del acreedor no se satisface por ninguna otra vía; y (iii) el incumplimiento en sentido subjetivo, que ocurre cuando, frente a la situación anteriormente descrita, al deudor se le puede imputar por no acreditarse un hecho extraño a su voluntad que le hubiere impedido realizar la conducta prometida en el contrato (imposibilidad objetiva sobreviniente o causa extraña) (Orsini, 2003, p. 164).

A pesar de la diversidad de definiciones, en líneas generales se identifican dos elementos nucleares que permiten perfilar los contornos de la figura del incumplimiento: la imputabilidad al deudor (Pizarro, 2008, p. 257) y la separación entre la conducta del deudor y el contenido del contrato, estos dos elementos generan el fracaso en el programa negocial, frustrando a las partes en la satisfacción de los intereses que los motivaron a celebrar el contrato.

Ahora bien, así como no es unívoca la definición del incumplimiento, tampoco hay consenso sobre los distintos tipos de incumplimiento que se pueden presentar como anomalías en el desarrollo del contrato. Algunos los clasifican desde el plano de los sujetos negociales como incumplimiento en *sentido estricto, objetivo o subjetivo* (Orsini, 2003 p. 164), mientras otros se enfocan en el impacto que pueda generar en el negocio y en la posibilidad de solventarlo, clasificándolo en: incumplimiento *definitivo, parcial, defectuoso, grave, simple retardo, remediable o irremediable* (Chinchilla, 2018, p. 338).

Lo expuesto hasta aquí, permite sostener que el incumplimiento contractual es una vicisitud que surge en vigencia del contrato, cuando el deudor se separa del programa contractual, desatendiendo las obligaciones que le son exigibles, o atendiéndolas tardíamente o de manera deficiente, de acuerdo con lo esperado por el acreedor, y que deviene en un juicio de responsabilidad en contra del deudor.

Por ese motivo, para poder atribuir la carga de la prueba del incumplimiento es necesario ubicarse en un escenario de discusión sobre la satisfacción de la prestación debida, es decir, un escenario en el que se debate si hubo o no una infracción al reglamento contractual, en el que se discuta si el programa contractual fue debidamente

observado o si, por el contrario, hubo una insatisfacción de las obligaciones que conformaban el negocio jurídico.

Será justamente en el debate ante la justicia que las dos partes puedan acreditar si el reglamento contractual sí fue ejecutado en la forma debida o, *a contrario sensu*, hubo responsabilidad contractual derivada de la inobservancia de las obligaciones asumidas y de aquellas que integran el contenido del contrato, por ser esenciales al tipo de operación celebrada, o que por lo dispuesto en la ley le correspondan al negocio, bien sea por equidad o por costumbre.

En el ordenamiento jurídico colombiano, por ejemplo, se le da un tratamiento específico a la figura del incumplimiento, en el artículo 1603 del Código Civil, que introduce el principio de la buena fe, advirtiendo que los contratos “deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”. Se trata de un tratamiento similar, pero diferente al contenido en el artículo 871 del Código de Comercio que establece que los contratos

deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

Como puede advertirse, en materia mercantil, además de la naturaleza del contrato y la ley, también la costumbre y la equidad natural sirven como fuente de la integración (y depuración) del contenido del contrato.

### 3. Criterios de atribución de la carga de la prueba del incumplimiento

Una vez revisados los presupuestos para atribuir la carga de la prueba del incumplimiento del contrato, en el presente apartado se revisará cuáles son los criterios de atribución de la carga para la acreditación del incumplimiento. Para ello, se debe partir de una premisa fundamental y es que no necesariamente corresponderá probar al que afirma, en los términos del artículo 167 del Código General del Proceso, sino que por la complejidad de la controversia y de la misma relación comercial que se esté examinando, la carga podrá ser asumida por la contraparte.

No obstante, se debe advertir que antes de demostrar el incumplimiento de una obligación, es necesario acreditar su existencia. En palabras del reconocido autor Fernando Vélez al comentar el artículo 1757 del Código Civil,

la carga de la prueba incumbe a quien afirma un hecho que tiende a cambiar el statu quo de las cosas, no al que niega tal hecho. (...) la parte que alega que la otra ha contraído una obligación para con ella, debe probar la existencia de la obligación. La parte que alega que la que se impuso a favor de la otra parte, se extinguió, debe probar la extinción de la obligación. Luego, si en el primer caso no se prueba la existencia de la obligación, se absuelve a la parte a quien se atribuye ésta, y si en el segundo no se prueba la extinción de la obligación, se declara existente ésta para los efectos legales (Vélez, 1926, p. 426).

Se trata de una realidad que, aunque es incontrovertible, por su evidencia puede resultar inadvertida por las partes del contrato o bien, en un escenario litigioso, por los sujetos procesales. De ahí que en los contratos que consten por escrito, será más fácil probar la presencia de una obligación, bastando con ello aportar el contrato al proceso, mientras que en el caso de contratos que

no se encuentren plasmados en un documento, se deberá acudir a otros medios de prueba, tales como los testimonios o la confesión.

En todo caso, vale recalcar lo importante de entrar probando la existencia de las obligaciones cuyo incumplimiento se debate, como presupuesto fundamental para el estudio de fondo de las pretensiones dentro del proceso. Se trata, entonces, de un paso previo, indispensable, y que por su obviedad puede ser olvidado por las partes, lo que llevaría al fracaso de las pretensiones.

3.1. El tipo contractual y la función del contrato: una relación estrecha que permite atribuir la carga de la prueba de acuerdo con el merecimiento de tutela de cada negocio particular

El primero de los criterios de atribución de la carga de la prueba del incumplimiento es el tipo contractual. Para Cardilli, el tipo contractual se corresponde con un momento histórico, adecuándose “al ‘factor tiempo’, en los límites en que logre mediar entre sustancia del tipo contractual y su respuesta a nuevas exigencias sociales y económicas, (lo que) le permite resistir en el tiempo” (Cardilli, 2008, p. 171).

En ese sentido, puede afirmarse que la tipicidad se encuentra ligada a la autonomía de las partes, sin que se le limite a los esquemas comerciales normativos o a los reconocidos jurisprudencialmente, por el contrario, esa tipicidad faculta a las partes para idear sus propias figuras. Al respecto, la doctrina ha sostenido que se trata de un aspecto referido a la autonomía privada y que responde

a las crecientes demandas de instrumentos de intercambio y de asociación, como corresponde al

desarrollo cultural y económico, y a la imaginación creadora de individuos y comunidades. La tipicidad no es un límite a la autonomía, sino un modo de ser de ella y de la mentalidad humana (Hinestrosa, 2015a, p. 311).

Ciertamente, las partes en el ejercicio de la autonomía negocial que se les reconoce gozan, entre otras facultades, de la libertad de contratar, de actuar por conducto de intermediario y de escogerlo, de escoger la contraparte o el destinatario de la asignación, escoger la figura, seleccionar el medio de expresión y de la libertad para determinar el contenido del negocio (Hinestrosa, 2015a, pp. 297-321). Esta libertad implica la de escoger el tipo negocial más adecuado para atender o resolver sus necesidades, pudiendo escoger incluso aquellos que carecen de toda disciplina dentro del ordenamiento jurídico, en procura de regular sus intereses, autogobernando así sus relaciones privadas. Por consiguiente, es innegable, entonces, que la tipicidad se encuentra siempre enfocada a la función del contrato celebrado.

Sin embargo, la forma de tutelar los derechos en los contratos atípicos no es un tema pacífico. En Roma, por ejemplo, los contornos de los distintos tipos contractuales fueron delineados con la praxis y sobre todo a partir de las opiniones de los juristas, quienes, al estudiar los casos sometidos a su conocimiento, en donde las partes incluían obligaciones que muchas veces no consultaban la esencia del pacto celebrado, fueron perfilando los tipos negociales.

Así lo expone Cardilli, al analizar el papel de los juristas romanos que, en su parecer,

(...) les imponía traducir en la trama de las estructuras jurídicas las exigencias sociales, negando relevancia a la ocasional y simple reiteración de las cláusulas contractuales verificadas en la praxis negocial, imponiéndoles —no obstante—, al mismo tiempo, el deber de aventurarse en una labor de ‘filtro’ y ‘limpieza’ conceptual de las reglas que son incluidas en el tipo y luego vehiculadas por el mismo. La obra de afinación

y adecuación que con esfuerzo denodado emerge en todas las fuentes, muestra con mayor nitidez el estrato más profundo de la estructura del contrato típico, aquel que lo caracteriza por el reconocimiento y la resistencia en el tiempo. Se trata de un complejo mecanismo de sedimentación de los contenidos típicos del contrato; un incansable trabajo que ha diseñado el tipo hasta convertirlo en un valor *per se* (Cardilli, 2008, p. 218).

Al margen de la labor edificadora de la estructura propia de cada tipo, el problema frente a lo que se denominan contratos atípicos en Roma, es que había un déficit de protección de aquellos pactos ajenos al tipo negocial. Ciertos negocios merecían toda la protección, mientras otros no generaban ni siquiera acciones. El problema gira, entonces, en torno a la posibilidad de tutelar los intereses de los contratantes en este tipo de negocios. Para caracterizar brevemente el sistema contractual romano, vale la pena tener en cuenta el relato de Chinchilla (2015) quien expone que, en el sistema romano, el pacto era entendido como una convención entre dos o más sujetos, carente de forma, y era utilizado por la jurisprudencia como un acuerdo no formal para determinar los efectos jurídicos de sus relaciones negociales, bajo el respeto de los tipos contractuales. En ese sentido, el pacto no era dado en una *stipulatio*, no entregaba un supuesto de hecho típico de un contrato en el plano del *ius civile*, no daba lugar a que el pretor concediera una *actio honoraria*, no producía obligación por no encontrarse dentro de los tipos contractuales preestablecidos en el ordenamiento y “su tutela se producía mediante una excepción concedida por el pretor con el fin de paralizar la acción contractual”. Algunos tipos de pacto eran los *pacta ex intervallo*, para adicionar cláusulas con posterioridad o de forma separada al contrato, y los *pacta in contenti*, los cuales se dirigían a modelar los efectos del contrato y se incluían como cláusulas anexas al contrato al momento de su celebración.

Al respecto, el mentado autor precisa que,

La tutela del pacto y sus efectos respecto al contrato dependían también del ámbito de actuación. Así, un pacto *in contenti* inherente a un contrato protegido

por los *iudicium bonae fidei* o que fijara el contenido contractual al cual accedía sin desnaturalizar el tipo contractual, era tutelado por vía de la acción del contrato del cual hacía parte. Por el contrario, si era un pacto *in continenti* que se refería a un contrato protegido por los *iudicium stricti iuris*, la tutela era por vía de *exceptio pacti*, puesto que la acción que nacía del contrato ya estaba completamente determinada por el *oportere* entre las partes y no podía ser modificada por una convención posterior. Por su parte, el pacto *ex intervallo* solo tenía efecto sobre el contenido del contrato, y su tutela era por vía de excepción en aquellos casos en los que aliviaba la posición del obligado, es decir, aquellos *pacta pro reo* y no *pacta pro actore*.

Esta diferencia de tratamiento se debe a que cuando se hacía referencia a los pactos cuya eficacia reposaba en la inherencia de la *exceptio pacti* a los *bonae fidei iudicium* se afirmaba, por un lado, la valoración del *oportere ex fide bona* en el que se exigía a las partes obrar conforme a lo convenido y excluir cualquier forma de dolo; y por el otro, que los pactos contribuían a conformar el contenido de la obligación, de manera que determinaban lo que realmente querían las partes, es decir, servían para considerar la relación contractual según la voluntad efectiva de los contratantes, la cual resultaba de los pactos celebrados, con respeto al tipo contractual (Chinchilla, 2015, pp. 94-95).

Seguidamente, los juristas encuentran que, con fundamento en la cláusula general de buena fe, esos negocios que no asumen el nombre de un contrato típico o no tienen una causa y que en principio carecen de acción, ahora sí pueden ser protegidos (Cardilli, 2008, p. 202).

Como puede observarse, la discusión en Roma pasaba por la identificación del núcleo fundamental de cada tipo contractual, depurando el contenido auténtico y esencial del negocio, al tiempo que se establecía qué era lo que identificaba a cada contrato, que lo hacía único y, en últimas, aquello que servía de fundamento para garantizar la tutela del negocio a través de las acciones.

Posteriormente, al incorporarse la cláusula general de buena fe, esa protección se fue extendiendo a pactos que no hacían parte del catálogo de los contratos típicos.

Bajo ese antecedente histórico, entendiendo la importancia de la función del contrato en la tipicidad y la relevancia de la tipicidad contractual para acceder a la tutela efectiva vía acción a los derechos derivados del contrato, se llega al estado actual del tema.

La existencia de un contrato típico genera inmediatamente un merecimiento de tutela por parte del ordenamiento jurídico, en tanto es reconocido, promovido y disciplinado por el mismo ordenamiento, que se ha ido decantando en cuanto a su estructura, su funcionalidad y su núcleo esencial. Esto implica que no existe necesidad de probar lo que se busca a través del contrato, no es necesario demostrar que el pacto cumple con una función social ni que tiene una funcionalidad práctica ni que obedece a una operación económica relevante, porque su reconocimiento dentro del catálogo contractual del ordenamiento vigente hace presumir que merece la protección referida. De suerte que la carga de acreditar el incumplimiento en este tipo de negocios solo se limitaría a eso: demostrar que el contratante no adecuó su comportamiento al reglamento contractual.

Sin embargo, en lo atinente a los contratos totalmente atípicos, existe una doble carga de la prueba que le corresponderá al que afirma el incumplimiento, en los términos contenidos en la regla general dispuesta por el artículo 167 del Código General del Proceso. En primera medida, deberá probarse el merecimiento de tutela del contrato, esto es que aquel cumple con una función práctica o socio económica. La acreditación de este aspecto es fundamental, pues de no hacerlo, se estaría privando el contratista que crea que su contraparte ha incumplido, de un elemento estructural de toda vida negocial, y es la posibilidad de que se protejan sus intereses. Y solo después de esto, se debería acreditar la insatisfacción de las obligaciones asumidas en virtud del contrato. Sobre la prueba del merecimiento de la protección del contrato, Hinestrosa manifiesta que

(...) en tanto que la inclusión de la figura en la ley es garantía preventiva de legitimidad, en el evento de simple tipicidad social y, mucho más, en el caso de novedad (¿hibridación?) no existe esa seguridad, y a veces, ni siquiera una presunción de merecimiento de la tutela, y la jurisdicción posiblemente adoptará una postura de indiferencia mientras no se demuestre la utilidad social (o sociabilidad) de la disposición, o esta aparezca evidente (Hinestrosa 2015a, p.127).

No basta sin embargo con este criterio de atribución de la carga de la prueba del incumplimiento del contrato en razón a la tipicidad o atipicidad del negocio. A continuación, se pasará a analizar un segundo criterio relacionado con la integración del contenido negocial.

3.2. La integración del contenido negocial como criterio de atribución de la carga de la prueba, previo ejercicio hermenéutico y argumentativo del demandante para estructurar el contrato con todas las obligaciones que de su naturaleza se desprenden

La integración del contenido negocial resulta un paso obligatorio al momento de interpretar el contrato, en la medida en que solo una vez que se realice la integración del negocio, se podrán conocer con certeza todas las obligaciones que le eran exigibles a las partes y trascenderá lo que los contratantes pactaron y que por cualquier motivo dejaron de tener en cuenta al momento de celebrar el negocio (Jaramillo, 2014. p. 113).

Se trata de un robustecimiento del contrato, en virtud del principio de la buena fe contractual, conforme al cual las partes no solo se obligan a lo expresamente pactado “sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella” (Código Civil Colombiano. Artículo 1603).

Sobre los elementos naturales del contrato, Fernando Vélez sostuvo, al estudiar el artículo 1501 del Código Civil, que:

Las cosas naturales de un contrato, son las que la ley subentiende pactadas en él a pesar del silencio

de las partes acerca de ellas, *quae in contractu tacite veniunt*, pero que no siendo de la esencia del contrato, pueden suprimirlas expresamente las partes sin que por esto el contrato deje de existir o degenerar en otro. Es de la naturaleza del contrato de compraventa que el vendedor responda del saneamiento (art. 1893). De modo que, si al vender nada se dice de éste, quedará obligado a él el vendedor. Sin embargo, a éste puede eximirse expresamente de sanear la evicción (art. 1909), y no porque se le exima de dejar de existir el contrato o degenerar en otro (arts. 1603 y 1621, inc. 2º) (Vélez, 1926, p. 14).

Así las cosas, puede afirmarse que, como consecuencia de esa integración del contenido negocial, la buena fe se erige como fuente de obligaciones adicionales de las partes. Este carácter genitivo de obligaciones adicionales de las partes ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expediente 7125, en sentencia del 8 de mayo de 2003, con ponencia de Jorge Santos Ballesteros, se refirió a los deberes de lealtad, probidad y buena fe que las partes se deben recíprocamente en el marco de un contrato de seguro, resaltando la coherencia que debe caracterizar el comportamiento contractual desde la etapa de preparación hasta la de ejecución del contrato, bajo la óptica de la cooperación.

Para Neme Villareal, la buena fe es la fuente misma de la integración. En ese sentido, sostiene que Andrés Bello, autor del Código Civil, como un visionario, dispuso expresamente en el artículo 1603 del Código Civil, que

los contratos deben ejecutarse de buena fe” y evidenció, además, que “la integración del contrato con todos aquellos deberes que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella, es consecuencia directa del principio de buena fe (Neme, 2006, p. 79).

Como se dejó enunciado en el acápite anterior de este artículo, el Código Civil colombiano establece como fuentes de la integración en virtud del principio de la buena fe, no solo las relacionadas con la naturaleza

de la obligación contraída, sino también *las que por ley pertenecen a ella* (Artículo 1501, Código Civil), mientras que el Código de Comercio dispone que en virtud de la buena fe, los contratos “obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural” (art. 871, Código de Comercio).

Con estos elementos conceptuales presentes, vale la pena preguntar ¿de qué manera puede convertirse la integración del contrato en un criterio para la atribución de la prueba del incumplimiento? En primera medida, en el marco del ordenamiento civil, sería indispensable que la parte que considere que el otro ha incumplido interprete el contrato, previa integración de su contenido, enriqueciendo el programa contractual con las obligaciones que emanan de la naturaleza del vínculo, es decir, de la operación económica celebrada.

Una vez realizado este ejercicio de integración e interpretación, la parte tiene la carga no solo probatoria, sino sobre todo argumentativa de evidenciar aquellos elementos que pertenecen al programa negocial, que, por la naturaleza de las obligaciones, por la función del negocio, le son propios, o que la misma ley ha reconocido que hacen parte de un determinado tipo contractual. En otros términos, la parte interesada debe demostrar que sin un aspecto específico que no fue pactado, la operación celebrada carecería de sentido, perdería sus notas distintivas, incluso, si se quiere, el contrato no habría sido celebrado si no se tuviera esas obligaciones adicionales como contenido del negocio jurídico (Neme, 2019, p. 250-285.)

Ahora, si la relación contractual está gobernada por el Código de Comercio, de conformidad con su Artículo 871, las fuentes de la integración en virtud de la buena fe comprenden además de las que disponga la ley, las que sugiere la costumbre y la equidad como parte de la génesis de la función integradora. En ese caso, la parte accionante deberá acreditar la existencia de la costumbre que sirve de germen de las obligaciones que pretende hacer valer como incumplidas (Código General del Proceso, art. 179).

Como puede observarse, la relevancia de la integración del contenido contractual estriba en la existencia de elementos que, aunque las partes no contemplen al momento de la celebración del contrato, sí forman parte de las obligaciones que son exigibles a cada uno de los contratantes y que por ello resultan relevantes al momento de atribuir responsabilidad por el incumplimiento de aquellas.

En suma, es posible señalar que se trata de una superación de la autonomía de la voluntad a ultranza, para el rescate de valores que permean las relaciones contractuales y que imponen de un lado la corrección del contenido del negocio y de otro lado la inclusión de nuevas obligaciones.

Así lo reconoce Zimmermann (2010, p. 205) al afirmar que

encontramos un énfasis cada vez mayor en la lealtad de las partes, la protección de la confianza, la cooperación, la preocupación también por los intereses de la otra parte y en la justicia sustancial. Es un sendero que nos conduce lejos de las exageraciones del positivismo (...).

3.3. La equidad como herramienta del juez para alcanzar la justicia contractual en cada caso concreto se convierte en criterio de atribución de la carga de la prueba del incumplimiento

El papel de la equidad en el ordenamiento jurídico colombiano resulta innegable. Sobre este concepto vale reseñar lo expuesto por la doctora María Cecilia M'Causland Sánchez, quien en su trabajo *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual* realiza una aproximación a la equidad, de acuerdo con las funciones que le atribuye el ordenamiento jurídico, para proponer que esta es un criterio auxiliar del juez, un principio extrasistemático por no estar contenido en la Constitución y un concepto jurídico indeterminado cuya concreción material corresponde al juez, con miras a la realización de la igualdad material. Se trata, pues, de una herramienta de interpretación de toda clase de normas (las que

contienen principios y reglas, así como las que son claras o aquellas contradictorias), cuando no sea suficiente acudir a la analogía *legis*, la doctrina constitucional, las reglas generales del derecho y la costumbre. Asimismo, el juez está habilitado para emplear este criterio no solamente cuando el legislador defiera expresamente la decisión a la equidad, sino también cuando se requiera para que la aplicación de la ley al caso concreto se ajuste a la justicia (M'Causland, 2019, pp. 259-260).

Asimismo, resulta interesante revisar la noción expuesta por Chamie en un importante recuento histórico sobre la noción de la equidad, indicando que, en el ámbito de la filosofía, la noción más antigua se remite a la fórmula de la justicia en el caso concreto, en tensión con el carácter universal de la ley. Una concepción más aceptada es aquella según la cual, se trata de “un conjunto de preceptos que regulan las relaciones humanas por encima de las disposiciones jurídicas y que el legislador debe considerar al momento de la elaboración de las normas”. A partir de lo anterior, surgió la idea de que la equidad es la fuente del derecho aplicable a los casos de lagunas, junto con los principios generales del derecho. En la Italia del siglo XX, se hizo alusión a la equidad general y a la equidad como justicia entendida en un sentido amplio. Fue así como en la doctrina surgió una tercera acepción de equidad como

la justa reglamentación del caso individual, de adaptación de la norma a la situación de hecho, vale decir, una equidad particular que, relacionada con el remedio en estudio, no será otra cosa que un criterio para juzgar la reglamentación de un caso concreto y que corresponde a la conciencia subjetiva del juez (Chamie, 2013, pp. 221-222), lo cual comporta la modificación del rol de juez.

Ahora bien, en el caso colombiano, el Código Civil adoptó la equidad como criterio interpretativo, al exponer en su artículo 32 que “En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”. En la misma línea,

se fijó la equidad como un límite para la interpretación del pensamiento del legislador y en todo caso para aclarar las leyes oscuras o incongruentes, en el artículo 5° de la Ley 153 de 1887 cuyo tenor indica que “Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes”.

Sin embargo, a pesar de las referencias precitadas, no se advierten mayores referencias literales a ese principio. A lo sumo, se puede colegir su existencia en algunas normas, especialmente para corregir injusticias que puedan derivarse en ciertas relaciones contractuales.

Considérese por ejemplo la solución prevista para la ocurrencia de la *lesión enorme* (Código Civil Colombiano. Artículo 1948). En virtud de esta figura, el comprador podrá o consentir la rescisión o completar el justo precio con deducción de la décima parte, y el vendedor a su vez podrá consentir en la rescisión o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte. Tales soluciones resultan una aplicación directa de la equidad en materia contractual, así como en el caso de la acción contenida en el artículo 1925 del Código Civil.

Sin embargo, es solo con la expedición del Código de Comercio, influenciado por el Código Civil Italiano de 1942, que la equidad vuelve a adquirir un rol protagónico. Así se explicita en el artículo 868 del Estatuto Mercantil en lo que refiere a la revisión del contrato, en escenarios de excesiva onerosidad sobrevenida, cuando le atribuye al juez la posibilidad de ordenar reajustes en equidad.

Además de esta disposición, resulta relevante recordar que a voces del artículo 871 del señalado Estatuto Mercantil, se incluyó la equidad natural como fuente de integración de obligaciones en los contratos. Como puede verse, la equidad citada pocas veces en el Código Civil, cobra un rol preponderante en el escenario comercial.

Y siguiendo en esa línea, el constituyente de 1991

quiso que la misma fuera un criterio auxiliar de los administradores de justicia. Así lo dispuso el artículo 230 inciso 2 que dispone que los jueces: “en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. Esa función de la equidad como criterio auxiliar al momento de proferir las sentencias, encontró también respaldo legal en el artículo 7 del Código General del Proceso así:

Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos. El proceso deberá adelantarse en la forma establecida en la ley.

Es así como la equidad funge no solo como criterio integrador de obligaciones no pactadas en el ordenamiento jurídico colombiano, sino también como principio corrector del contenido del contrato, o si se quiere, de situaciones anómalas que puedan afectar la justicia contractual, y a partir de la Constitución de 1991 se fincó con mayor fuerza como criterio auxiliar de los jueces al momento de administrar justicia.

En todas las facetas que se desprenden de las normas referidas, es posible advertir la equidad como un criterio del juez para distribuir la carga de la prueba en el incumplimiento contractual. Será, entonces, el administrador de justicia quien acuda a ella en cada caso concreto, para poder solventar las dificultades probatorias en materia obligacional que se susciten en cada evento, cuando la regla general contenida en el artículo 1757 del Código Civil y la cláusula prevista en el artículo 167 del Código General del Proceso sean insuficientes.

La evaluación de la situación concreta sometida a

conocimiento del juez, irradiada por las normas referidas y de manera muy particular por el precepto constitucional contenido en el artículo 230.2, permiten al operador judicial tomar la determinación, ante la incertidumbre de caer en una injusticia, de atribuir la prueba del cumplimiento de una determinada obligación a una de las partes, estimando que sea esa la mejor forma de arribar a una decisión justa y en todo caso de garantizar a cada uno de los sujetos procesales la igualdad y el equilibrio en el escenario adversarial.

La equidad se convierte entonces en una herramienta para el juez, quien en cada caso particular podrá atribuir a una de las partes la carga de probar un hecho determinado y relevante para concretar un escenario de incumplimiento, propiciando un contexto de justicia no solo contractual, sino también procesal, reduciendo la existencia de situaciones desequilibradas.

3.4. La calidad de las partes en la relación negocial permite la atribución de obligaciones y cargas específicas, como la del incumplimiento del contrato, valorando en cada caso los conocimientos específicos de cada sujeto que reduzcan la asimetría contractual y procesal

Una revisión de las normas generales sobre contratos en los códigos decimonónicos permite sostener que estos partían de relaciones obligacionales en donde las partes eran iguales, sin que hubiera asimetría de ningún tipo. No había una necesidad especial de proteger a una parte sobre la otra y, por lo mismo, no había especiales deberes distintos a los que emanaban de la buena fe.

Posteriormente, con la diversificación de los bienes y servicios ofertados en el mercado y la masificación de la contratación, las relaciones negociales se tornaron más complejas. El consumidor entra en el escenario jurídico y la relación negocial que nace entre aquel y el productor o proveedor se caracteriza por la asimetría.

Sobre esta figura de la asimetría, Javier Rodríguez Olmos señala que se trata de un desequilibrio estructural en la relación negocial:

(...) por una lado, el empresario, comerciante, productor o prestador de bienes y servicios, quien en virtud del ejercicio de su actividad profesional está en capacidad de hacer un análisis global y racional de la relación costo-beneficio, sirviéndose normalmente de un contenido contractual predispuesto; por el otro, el consumidor, para quien, en vista del volumen y el monto de las transacciones que realiza —por lo regular, por medio de contenidos estandarizados— resulta completamente irracional y desmesurado hacer un cálculo teniendo en cuenta todos los aspectos posibles más allá del precio y de ciertos factores relacionados con la prestación principal que contrata (Rodríguez, 2013, p. 154).

Es esta asimetría contractual la que resulta a su vez génesis del cambio en el paradigma del modelo de contrato. Ya no se habla entonces de un contrato entre iguales, como el arquetipo establecido en los códigos decimonónicos, sino que, ante la constatación de una desigualdad entre los contratantes, se impone una nueva forma de entender las relaciones obligatorias.

Roppo propone al respecto algunas diferencias entre el contrato tradicional y el contrato del consumidor, en lo que se refiere puntualmente a los remedios contractuales: en el segundo la invalidez tiene una forma más intensa, en atención a la vulnerabilidad del contrato y de la gran cantidad de vínculos impuestos a la autonomía privada, de la forma que, a pesar de conllevar especiales causales de invalidez, más invasivas que en el derecho común, usualmente son menos destructivas del vínculo contractual y perjudicando más su contenido que su supervivencia (Roppo, 2005, pp. 37-38).

Otros sectores de la doctrina afirman incluso que hay un tercer arquetipo contractual, que trasciende a los contratos del consumidor, conservando sus propias características, un contrato:

(...) cuya “fuerza de ley” resulta notoriamente atenuada (por la profusa creación de rescisiones por

arrepentimiento, y por la difusión de las causales de invalidez provenientes de la multiplicación de los vínculos de forma, de contenido, de transparencia/totalidad); un contrato en el que la impugnación más grave es equilibrada con una contención forzosa de sus consecuencias destructivas (nulidades elativas, nulidades sólo parciales); un contrato cada vez más sujeto a controles sobre el equilibrio de las prestaciones, en sentido no sólo normativo sino también genuinamente económico, mucho más allá de los limitados casos en que la tradición lo aceptaba; un contrato cuyo régimen sufre la creciente mezcla entre órdenes de reglas tradicionalmente separadas, como las reglas de validez y las reglas de comportamiento/responsabilidad (Roppo, 2005, pp. 61-62).

Además, desprende el nuevo arquetipo contractual de los contratos de consumo, aunque señala que su génesis sí se encuentra en ese tipo de relaciones:

El nuevo paradigma contractual, aunque edificado originariamente con base en el régimen del contrato con el consumidor (entendido como contrato entre un consumidor y un profesional), se nutre en realidad inclusive de los regímenes contractuales que no tienen esta connotación subjetiva, desde que prescinden de la mencionada calidad socio-económica de las partes, o desde que aceptan dichas cualidades distintas en las partes. O, nacido en el campo del contrato con el consumidor, el nuevo paradigma contractual muestra una fuerza expansiva que lo proyecta más allá de dicho campo (Roppo, 2005, pp. 61-62).

En todo caso, es la especificidad y diversidad de los bienes y servicios ofertados en el mercado, aunada a la existencia de grandes empresas y al conocimiento especializado que tiene el ofertante de los bienes y servicios, la que justifica la protección de la parte que carece de esos conocimientos. Esa tutela se refleja en la atribución de deberes específicos en cabeza de la parte fuerte de la relación contractual, por ejemplo, el deber de información que contempla el artículo 19 de la Ley 1480 de 2011 (Chinchilla y Neme, 2018).

Se puede afirmar, entonces, que la fuente de este tipo de obligaciones adicionales que surgen en atención, por ejemplo, al carácter profesional de uno de los sujetos se encuentra justamente en la buena fe, contenida, como se ha indicado en algunos apartes de este trabajo, en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio. Esta buena fe enriquece el contenido obligacional del contrato escrito con obligaciones novedosas que se desprenden de la naturaleza del negocio, de manera que su desconocimiento implicaría hacer a un lado la función misma del pacto.

Esta atribución de deberes que son exigibles y se vuelven parámetros para determinar el cumplimiento del contrato se ha ido extendiendo a toda relación en la que pueda verificarse la existencia de una asimetría contractual, en razón no solo a las calidades profesionales del deudor de la obligación o al especial conocimiento que aquel tenga, sino también, por razones socioeconómicas que evidencien la especial protección que requiere una de las partes en la relación negocial. Así, la imposición de estas nuevas obligaciones funge también como tutela a favor de esa parte que merece especial protección, reduciendo la desigualdad preexistente en el contrato.

Como ejemplo de lo anterior se encuentran las relaciones que surgen entre la banca y sus clientes. En ellas se da un robustecimiento del contenido obligacional del contrato en cabeza del empresario, a quien se le atribuyen los denominados deberes secundarios de comportamiento, que buscan asegurar las prestaciones principales del respectivo producto, servicio o bien, como, por ejemplo:

..- (...) el deber de informar acerca del uso de una cosa que se adquiere, el deber de publicar y hacer conocer los reglamentos en la prestación de servicios públicos, el compromiso de suministrar información sobre los potenciales riesgos que trae el consumo de determinados productos alimenticios, o la ingestión de drogas, el deber de indicar la fecha de fenecimiento de los mismos, todos estos son, por supuesto, deberes de fidelidad y de cooperación que integran un extenso catálogo de deberes a cargo del empresario y cuya

omisión puede dar origen a una indemnización de perjuicios de fuente claramente contractual si, por ejemplo, por falta de una debida información, se genera un daño a la vida o a la integridad de los consumidores o adquirentes del bien o de quien, en general, recibe el servicio (Santos, 2008, p. 917).

En este tipo de relaciones se pueden encontrar obligaciones profesionales, entendidas como un *conjunto de cargas, obligaciones y conductas esperadas que se predica hoy en forma prácticamente indefinida del profesional* (Rodríguez, 2013, p. 167). Algunas de estas obligaciones son la lealtad que, a juicio del autor, se expresa con mayor entidad en contratos de confianza, *intuitu personae* “por cuanto en el manejo del crédito las partes se otorgan recíprocamente una confianza excepcional, que no sólo las vincula a ellas sino también a la comunidad”. Así, en aplicación de esa obligación, no “podría el fiduciario tomar la decisión que lo favoreciera o beneficiara al tercero en detrimento de los intereses de su cliente” (p. 169 y 275), la obligación de información, en virtud de la cual

el profesional debe hacer conocer al potencial contratante de manera clara y comprensible no sólo las condiciones y calidades del bien o servicio que ofrece o se le demanda, sino los riesgos o precauciones que han de tenerse en cuenta en relación con ellos (p. 170).

La eficacia conforme con la cual “en virtud de la competencia particular que posee [el profesional], el cliente tenga fundadas razones para “sentirse en las mejores manos”. De acuerdo a esa obligación “el profesional debe conocer las regulaciones y requisitos que su actividad y su clientela deben satisfacer”, así como los riesgos normales o extraordinarios que puedan presentarse, y la forma adecuada de mitigarlos, además de contar con una organización robusta que permita adoptar las mejores decisiones en casos oscuros (p. 173). Y finalmente la prudencia, de acuerdo con la cual el profesional debe “realizar en forma cauta y diligente los actos necesarios para la debida consecución de la finalidad del contrato y la satisfacción de sus obligaciones” (Rodríguez, 2013, p. 173)”.

Esta asimetría también es posible encontrarla en las relaciones que emanan del consumidor y el productor de un bien tecnológico especializado o en las relaciones que surgen en los proyectos de infraestructura. Se trata de relaciones en las que una parte es “titular” de un conocimiento especializado del que carece en todo o en parte su co-contratante. En efecto, es solo el profesional quien debido a su calidad conoce los aspectos técnicos de la construcción<sup>2</sup>, tecnología, inversiones, divisas, etc., aspectos que la parte débil desconoce o no maneja a la perfección, por lo que dejarle la prueba de tales hechos constitutivos de cumplimiento o incumplimiento a la parte débil, sería entregarle el cumplimiento de una carga probatoria imposible o altamente gravosa.

La necesidad de solucionar el problema de asimetría en estas relaciones, a la luz de la cooperación como eje transversal de la relación obligatoria y de la lealtad procesal como principio estructural de las relaciones jurídicas procesales, impone, ya en el plano litigioso, que si la controversia se suscita en torno al cumplimiento o incumplimiento de un tema concreto cuyo conocimiento solo lo tiene la parte fuerte, será esta quien deba probarla en el proceso.

Piénsese, por ejemplo, en el caso de un inversionista que tiene dudas fundadas sobre si su comisionista le aconsejó la inversión que mejor se adecuaba a sus posibilidades y su realidad. Difícilmente podría el inversionista demostrar que hubo negligencia en el actuar del comisionista. En materia de fiducia, la Circular Básica Jurídica 029 de 2014 rescata la existencia del deber de asesoría, en virtud del cual “el fiduciario debe dar consejos u opiniones para que los clientes tengan conocimiento de los factores a favor y en contra del negocio y así puedan expresar su consentimiento con suficientes elementos de juicio” (Circular Básica Jurídica 029 de 2014. Parte II. Título II. Artículo 2.2.1.2.2).

Otro caso de análisis se da cuando la duda estriba en el cumplimiento o incumplimiento del suministro de energía

eléctrica. ¿No estará en mejor capacidad de acreditar el cumplimiento de la obligación la empresa encargada de suministrar la energía? Incluso se podría sostener la misma línea reflexiva en cuanto a las obligaciones del médico, pues ¿acaso el paciente puede demostrar fácilmente que el profesional de la salud desconoció los procedimientos que eran necesarios en una intervención quirúrgica que era objeto de un contrato?

Podríamos encontrar aun más escenarios en donde la prueba de un determinado hecho se encuentre en cabeza de uno de los sujetos, en razón a su especial conocimiento sobre un tema puntual. Por ejemplo, en los contratos de obras o en las grandes concesiones viales, es claro que el contratante o el concesionario cuentan con experticia en la rama de la infraestructura, lo que presupone conocimientos específicos, por ejemplo, en las características y uso de ciertos materiales, en el conocimiento de las propiedades del suelo, en estrategias de financiamiento de proyectos, entre otros múltiples aspectos, por lo que en un escenario procesal es entendible que el juez, de oficio, o la contraparte, pidan que sea esa parte la que acredite ciertos hechos.

En efecto, la existencia de esas obligaciones adicionales de los empresarios, o de los profesionales en determinados ramos, son exigibles aun después de terminado el contrato y se hacen exigibles incluso en el escenario litigioso, en donde el juez puede solicitar su cumplimiento para fines procesales, de manera que el empresario sigue siendo deudor de esas obligaciones v. gr. de información, y el operador de justicia, a través de los poderes que le confiere la ley procesal, puede hacerlas exigibles.

El razonamiento que antecede encuentra respaldo en lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, norma que acoge la carga dinámica de la prueba, en especial cuando la norma señala que uno de los criterios para determinar cuándo una parte se

---

<sup>2</sup> Por ejemplo, que se cumplieron las especificaciones técnicas contenidas en los términos de condiciones para la construcción de una vía, o que los materiales eran de buena calidad.

encuentra en una situación más favorable para probar un hecho es la existencia de circunstancias técnicas especiales.

Sobre la citada carga dinámica de la prueba, la Corte Constitucional señaló en Sentencia C-086 de 2016 que

(...) halla su origen directo en la asimetría entre las partes y la necesidad de la intervención judicial para restablecer la igualdad en el proceso judicial. (...) la noción de carga dinámica de la prueba, “que no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla”, supone reasignar dicha responsabilidad, ya no en función de quien invoca un hecho sino del sujeto que, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de acreditarlo (Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 2016. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.)

Ahora bien, la calidad de las partes en la relación contractual tiene implicaciones sustanciales concretadas en el surgimiento de obligaciones adicionales que se desprenden de su conocimiento especializado en una materia; al profesional se le exigirá ir un poco más allá del contenido del programa contractual, en aras de materializar las aspiraciones de su contraparte, que en últimas lo llevaron a celebrar el contrato.

Al respecto, resulta ilustrativo lo propuesto por Chinchilla, quien, al estudiar el deber de información en los contratos, expone que la calidad de las partes es importante para determinar el alcance de este deber, pues no están en la misma situación un profesional o sujeto cualificado y una persona con una presunción de ignorancia legítima, debido a las condiciones cognoscitivas, sociales y las circunstancias fácticas en las que ella se encuentra con relación a su contraparte, esto sin desmedro de la obligación de colaboración y diligencia que generan los contratos por aplicación del principio general de buena fe (Chinchilla, 2011, p. 337).

Por otra parte, en el campo procesal, la expectativa

en el comportamiento del profesional se materializa en cargas especiales desde el punto de vista probatorio, pues con la finalidad de establecer la veracidad de las pretensiones o de las excepciones, es válido, sin romper la igualdad procesal, atribuirle la acreditación de determinados hechos en razón justamente a esa calidad personal que ostenta, de la cual se deriva un conocimiento especializado del que carece tanto su contraparte como el administrador de justicia.

3.5. El tipo de obligación. Las obligaciones de medio y de resultado y la regla de la prueba de la diligencia como criterio para atribuir la carga de la prueba del incumplimiento. La prueba en las obligaciones de no hacer y sus particularidades

Un último criterio relevante para la atribución de la carga de probar el incumplimiento es el relacionado con el tipo de obligación, de manera particular en las obligaciones de medio y de resultado.

Esta distinción entre obligaciones de medio y de resultado se le atribuye a René Demogue, al salvar una aparente contradicción entre los artículos 1137 y 1147 del Código civil francés, de la siguiente manera:

mientras que el primero introdujo un principio general en la regla de prueba dentro de la responsabilidad contractual, según el cual el deudor es responsable si el acreedor prueba que aquél no se comportó como era debido, esto es, como un buen padre de familia, el 1147 parecía decir lo contrario. Según este artículo, el deudor sólo podría quedar exonerado de responsabilidad mediante la prueba de una causa extraña. (...) Frente a esta contradicción entre aquéllos dos textos, la solución de René Demogue pareció simple y adecuada: mientras la obligación sea de medios, la regla que se aplicaría es la del artículo 1137 del Código civil francés; si la obligación fuere de resultado, la regla aplicable sería la del artículo 1147 del mismo Código (Martínez Cárdenas, 2008, p. 900).

La distinción entre obligaciones de medio y de

resultado no ha sido del todo aceptada por la doctrina. Varias críticas se han enfocado en contra de esa diferenciación. Por ejemplo, para Neme Villareal “no refleja verdaderamente la realidad, ya que muchas obligaciones no son irreductibles a esta distinción y además resulta de dudosa aplicación a las obligaciones extracontractuales” (Neme, 2018, p. 30). La dificultad de categorizar cada relación obligatoria como de medio o de resultado, ha derivado en varias clasificaciones que a la postre han terminado por desnaturalizar la diferenciación. Así, por ejemplo, estarían aquellas que

“(…) se distinguirían no solo por la intensidad del compromiso adquirido, sino también por la carga y el objeto de la prueba de la inejecución; estas variantes van desde las obligaciones “de resultado” propiamente dichas hasta las obligaciones estrictamente “de medios”, pasando por las “obligaciones de garantía”, las obligaciones de “resultado atenuadas” o también denominada “de medios reforzada” (Neme, 2018, p. 32).

A la Corte Suprema de Justicia se le debe la adopción de esta teoría en el ordenamiento jurídico colombiano, a través de la providencia del 5 de noviembre de 1935, con ponencia del Dr. Juan Francisco Mujica, en la que señaló con claridad que incurrir en culpa es sinónimo de faltar a los deberes de un buen padre de familia o de un hombre prudente, ya sea por faltar a la prudencia o por no ejecutar las obligaciones contraídas. Asimismo, expone que para analizar la culpabilidad no son de utilidad la clasificación de las obligaciones en dar, hacer o no hacer, así como tampoco las obligaciones positivas o negativas; por lo cual debe acudir a la clasificación de obligaciones de medio y de resultado, que se pueden describir de la siguiente manera:

El contenido de cualquiera obligación consiste en la prestación que el acreedor puede reclamar al deudor y que este debe suministrar. La prestación pues, o bien es una conducta del deudor en provecho del acreedor, o bien es un resultado externo que con su actividad debe producir el deudor a favor del acreedor. Dicho en otras palabras, la obligación puede tener por objeto un hecho o un resultado determinado y entonces obliga al

deudor a realizar ese hecho o a obtener ese resultado deseado por el acreedor. El hecho prometido por el deudor o la abstención a que él se ha comprometido, tienen las características de ser claros, precisos y de contornos definidos. Es deber del deudor obtener con su actividad ese hecho, tal resultado. En cambio, en las obligaciones de medio, el deudor únicamente consiente en aportar toda la diligencia posible a fin de procurar obtener el resultado que pretende el acreedor. El deudor solo promete consagrar al logro de un resultado determinado su actividad, sus esfuerzos y su diligencia, pero no a que este se alcance (Corte Suprema de Justicia. Cas. Civil. Mayo 31 de 1938. G.J. XLVI pág. 571.)

Así, a pesar de no tener un respaldo normativo, y de la resistencia de algunos sectores de la doctrina a aceptarlas como adecuadas para el ordenamiento jurídico patrio, sí se puede hablar de una regla tutelar en lo concerniente a la carga de la prueba, y es la contenida en el inciso tercero del artículo 1604 del Código Civil que resulta aplicable a esta clase de obligaciones.

La norma citada señala que “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”.

Antes de algunas reflexiones sobre dicha norma, es necesario aclarar que la primera actividad probatoria del demandante o del demandado en el caso de las obligaciones de medio y de resultado se debe dirigir a la prueba del tipo de obligación. En otras palabras, si a lo que se había obligado era a alcanzar un resultado determinado o si, por el contrario, lo que le era exigible era el desplegar un explícito grado de diligencia. Sobre el particular, Tamayo concluye que, aunque en algunos contratos las obligaciones se pueden considerar a priori como de medio o de resultado, en otros “sobre todo los de prestación de servicios médicos, el deudor se puede comprometer a una mayor o menor diligencia y, por tanto, el juez en cada caso concreto deberá determinar si la obligación era de medio o de resultado” (Tamayo, 2010, p. 537).

En ese sentido, la prueba del tipo de obligación, siguiendo los lineamientos de la regla general contenida en el artículo 167 del Código General del Proceso, corresponderá al que afirma.

Acreditado lo anterior y ya bajo el imperio de lo normado en el inciso tercero del artículo 1604 del Código Civil, es posible establecer que el deudor de una obligación de medio será quien tenga la carga de demostrar que ha actuado de manera diligente y prudente, siguiendo los estándares que la actividad desarrollada imponga, evidenciando que cumplió con la *lex artis* que gobernaba su actuación. El deudor en la obligación de medio tiene entonces el imperativo de actuar, en desarrollo del contrato, de manera recta y acuciosa, desplegando las mejores prácticas en pro de alcanzar la prestación de su contraparte. Y será él quien debe desplegar la diligencia, quien deba probarla. Lo anterior en estricta aplicación de lo dispuesto en la norma bajo estudio del Código Civil.

Por otro lado, el deudor de la obligación de resultado, a fin de acreditar su posición, deberá demostrar la ocurrencia del caso fortuito o la fuerza mayor que impidió ejecutar el programa contractual como había sido pactado, pues solo probando esa causa extraña será eximido de responsabilidad por no haber cumplido con las obligaciones que le eran exigibles. En efecto, el deudor de la obligación de resultado, independientemente del grado de diligencia que imprima en su actuación, solo se librárá si ocurriere una causa extraña que haya imposibilitado el cumplimiento del contrato. En palabras de Koteich:

En las obligaciones de medios, el deudor se obliga a poner todos los medios, precisamente, y toda su diligencia en la consecución del objetivo último que persigue el acreedor con el contrato; ese es, pues, el contenido de su obligación, un comportamiento, no un hecho, y por eso se les llama también obligaciones de prudencia y diligencia. El deudor cumple aunque el acreedor no consiga su objetivo final, pero, se insiste, se exige un “mínimo de resultado”, consistente en llevar a cabo, precisamente, los actos tendientes a lograr la finalidad que persigue el acreedor con el

contrato (...) En las obligaciones de resultado, en cambio, el deudor se obliga a un resultado preciso y determinado, no basta pues con “emplear todos los medios necesarios (...) la prueba exoneratoria en este tipo de obligaciones está constituida por la causa extraña, aunque en casos extremos ni siquiera ella exonera (Koteich, 2014, p. 662).

Las reglas de la prueba del incumplimiento en el caso de las obligaciones con prestaciones de *no hacer* tienen unas notas diferenciadoras que se apartan de otro tipo de obligaciones, como las de medio, las de resultado, o las que tienen con prestaciones de dar o de hacer, debido a las características propias de dicho tipo de vínculos obligatorios.

En este tipo de vínculos el deudor “debe una abstención: dejar de hacer, durante un tiempo determinado, un comportamiento determinado que, de no constituir el objeto o prestación, podría realizar libre y lícitamente” (Hinestrosa, 2019, p. 11). Esto supone que el incumplimiento se estructura de una forma diversa a las de los otros tipos de obligaciones. Para la obligación de no hacer el incumplimiento consiste “lisa y llanamente en la ejecución del acto prohibido, y de suyo tiene significación, independientemente de si cabe la reincidencia o la posibilidad de incumplimiento se agota en una sola acción” (Hinestrosa, 2019, p. 11). Como consecuencia, cuando se alegue ese incumplimiento, el deudor se defenderá negando categóricamente que ha realizado el acto prohibido.

Sobre la manera de probar el hecho negativo, Taruffo precisa que debe hacerse mediante la coartada, es decir, probando la ocurrencia de un hecho distinto incompatible con el que se niega; sin embargo, esa técnica no funciona cuando las circunstancias de espacio y tiempo son vagas e indeterminadas, caso en el cual, la única posibilidad probatoria es el empleo de declaraciones del sujeto al que los hechos son atribuidos (Taruffo, 2011, p. 140).

Este tipo de obligaciones aparecen, por ejemplo, en la normativa que gobierna el contrato de agencia comercial. De un lado, el artículo 1318 del Código de

Comercio dispone la exclusividad en favor del agente, que se entiende pactada, salvo que las partes dispongan lo contrario, y dicta que el empresario no podrá disponer de varios agentes en una misma zona y para el mismo ramo de actividades o productos. Por su parte, el artículo 1319 del mismo Estatuto establece que la exclusividad en favor del agenciado se puede pactar, prohibiéndole al agente la promoción o explotación, en la misma zona y en el mismo ramo, de los negocios de dos o más empresarios competidores. Como puede observarse se trata de dos conductas que el obligado debe abstenerse de realizar, so pena de infringir el contrato.

Se está entonces ante una negación indefinida, que como se verá más adelante no debe ser probada, al tenor del artículo 167 del Código General del Proceso que preceptúa que “los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren pruebas”. La prueba, en este caso, le corresponde al *acreedor/demandante*, quien puede acreditar la infracción al reglamento contractual, demostrando el acto positivo desplegado por el deudor, que será a su vez el que fundamente el incumplimiento del negocio, puntualmente, de la obligación que le imponía abstenerse de hacer algo. Para Hernán Fabio López esta excepción en la carga probatoria se justifica por la dificultad práctica tan alta de demostrar o acreditar

hechos que se caracterizan por su indefinición en el tiempo, la que no siempre es absoluta sino, las más de las veces relativa, es decir que depende de la existencia de la negación o afirmación indefinida del transcurso de un lapso que racionalmente evidencia la imposibilidad o por lo menos gran dificultad, de probar la circunstancia respectiva, pero no necesariamente de una indefinición temporal absoluta como exegéticamente se le toma en ocasiones (López, 2019, p. 82).

Lo señalado hasta aquí permite afirmar que la regla del artículo 1757 del Código Civil, que afirma que *aquel que afirma es quien debe probar*, en este caso, tiene ciertos matices derivados de la exoneración que la misma ley procesal le concede al que niegue indefinidamente un hecho, alterando la carga de la prueba. Será pues el acreedor/demandante quien tenga que desplegar su actividad probatoria para demostrar la infracción que le atribuye al deudor.

Así lo reitera Hinestroza afirmando de manera clara que, respecto de las obligaciones de no hacer, por razones de lógica y practicidad, es al acreedor a quien concierne demostrar el incumplimiento del deudor, poniendo en evidencia la infracción en que incurrió el deudor (Hinestroza, 2007, p. 232).

## 4. Aspectos problemáticos de la carga dinámica de la prueba contenida en el artículo 167 del Código General del Proceso

No se puede poner en duda la importancia de la figura de la carga dinámica de la prueba, ya no como construcción doctrinaria o jurisprudencial, sino contenida en la ley procesal colombiana, fungiendo como una herramienta para la administración de justicia, en el marco de un proceso judicial, y en particular en un proceso declarativo en el cual se busca determinar si una parte cumplió o no un contrato.

Sin embargo, la norma no está desprovista de algunas problemáticas que vale la pena resaltar, partiendo de la oportunidad con la que cuenta el juez para distribuir la carga de la prueba en el proceso.

El inciso segundo del artículo 167 del CGP dispone que podrá distribuirse la carga *en cualquier momento del proceso antes de fallar*. ¿Qué ocurre si se hace después de terminada la etapa probatoria, justo antes de alegar de conclusión y de dictar sentencia? La decisión del juez, materializada en un auto, sería susceptible de recurso de reposición (Artículo 318 del CGP), que en ese momento procesal resultaría extraño, cuando ya las partes dirigen sus esfuerzos a precisar los aspectos más fuertes de su posición en los alegatos de conclusión. Habría que suspender la audiencia para resolver el recurso, pero peor aún, habría que reabrir una etapa probatoria que ya se encontraba cerrada, pues lo justo es que, si el juez redistribuye la carga de probar un hecho determinado, se dé un tiempo para poder aportar la prueba del hecho que se debe acreditar.

Y si bien el Código General del Proceso no estableció un proceso rígido, como si era el previsto en el Código de Procedimiento Civil, no creemos que la ductilidad de la cuerda procesal declarativa dé para reabrir etapas ya fenecidas, pues contrariaría el propósito de garantizar procesos de duración razonable (Artículo 2 del CGP).

Aún más, supongamos que esa reapertura de etapa probatoria, para demostrar un hecho que el juez estima relevante para solucionar la controversia, propicie que el proceso se prolongue superando el término consagrado en el artículo 121 del CGP, con lo que perdería competencia el juez que adelanta el proceso y que se encargó de proferir la providencia que asignó la carga de probar. Esto desnaturalizaría los procesos y los alargaría indefinidamente.

Incluso, en un escenario aún más dramático, como la norma habilita que la distribución de la carga de la prueba se pueda hacer hasta antes del fallo, pensemos en las dificultades que se generarían si el juez toma esa decisión después de los alegatos de conclusión, antes de proferir la sentencia. Nuevamente habría que suspender la audiencia mientras la parte recurre el auto, y en todo caso volver a suspender mientras se allegan al proceso los medios probatorios para acreditar el hecho. A mi juicio, una vez se tengan en el acervo probatorio las nuevas pruebas, el juez debería volver a correr traslado para nuevamente alegar de conclusión, pues en los primeros alegatos las partes no pudieron tener en cuenta esas nuevas circunstancias.

¿No sería más acertado que las partes sepan anticipadamente quién debe probar cada hecho? Si bien la norma señala que en todo caso debe darse la contradicción de la prueba, ¿el posibilitar que el juez distribuya la carga en cualquier momento no desnaturaliza la estructura del proceso? Considero que es el momento en el cual se fija el litigio —Artículo 372 del CGP— el ideal para que se atribuya la carga de probar un hecho determinado a la parte, teniendo en cuenta los criterios de derecho sustancial que se han señalado en este trabajo, y a los demás que consagra el artículo 167 del CGP. Abrir la posibilidad de que el juez distribuya la carga

de la prueba en cualquier momento hasta antes del fallo puede desconocer la economía procesal, además de abrir escenarios que ya se encontraban cerrados en el trámite adversarial.

Finalmente, otro aspecto que puede resultar controversial al revisar la norma es que pareciera que el juez no tiene límite al dinamizar la carga de la prueba dentro del proceso. La discrecionalidad con la que cuenta el operador judicial puede desembocar en que se atribuya a una de las partes la prueba de todos los hechos, bajo el argumento de que tiene un conocimiento técnico especial o que cuenta con información que la contraparte carece.

A mi juicio, la norma debió ser enfática en que, a pesar de la posibilidad de dinamizar la carga de la prueba, esta figura no puede tolerar la desidia probatoria y la pobreza argumentativa de la parte débil y la exagerada intervención del juez que pueda comprometer su imparcialidad durante el proceso.

Así las cosas, es necesario que al momento de distribuir la carga de la prueba, el juez no solo analice el caso bajo la óptica del negocio jurídico celebrado, tal como ya se ha expuesto en el presente trabajo, sino que también estudie la controversia bajo el prisma de la economía procesal y la celeridad del proceso, sin que, además, comprometa su imparcialidad en el proceso y sin que pueda eximir a la parte débil de cumplir con

ciertas cargas necesarias para la prosperidad de su posición dentro del litigio. Una lectura distinta fomentaría el desequilibrio de las partes en el proceso, aún bajo el loable propósito de equilibrar a los sujetos procesales.

La carga dinámica de la prueba como aparece prevista en el estatuto procesal impone retos no solo a las partes, quienes deben entrar probando al proceso, aportando todos los medios de prueba que tengan o que puedan conseguir, sin esperar que sea el juez quien les marque la senda de lo que deban probar y cómo lo deban hacer, y de otro lado, a los jueces, quienes tienen que ser particularmente críticos, estrictos y rigurosos en la lectura de la controversia, no solo desde el punto de vista procesal evitando tomar partido y recargar a la parte fuerte del litigio y del negocio, evitando dilaciones injustificadas y reaperturas de fases ya fenecidas dentro del proceso, y también desde un punto de vista sustancial, buscando desentrañar los límites del contrato cuyo cumplimiento se debate, extrayendo la totalidad de las obligaciones que lo integran.

Como puede verse, varios reparos se pueden formular a la norma procesal, que juzgamos insuficiente y confusa y que puede revestir dificultades procesales con implicaciones sustanciales serias, en donde se comprometan los derechos de las partes, y que en suma puedan desenfocar el debate sobre la prueba del cumplimiento del contrato, aspecto medular de las controversias que se estudian en este trabajo.

## 5. Conclusiones

Culminado este recorrido, es posible presentar algunas conclusiones respecto de la figura del incumplimiento, así como de la carga probatoria en el ordenamiento jurídico colombiano.

La existencia de presunciones en el ordenamiento jurídico funge como una útil herramienta para el administrador de justicia, en la medida que permite hacer uso de lo normado en el artículo 1604 del Código Civil y de la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que definen modelos de culpa presunta para cierto tipo de obligaciones, bien sean de medio o de resultado. Así, al acudir a las presunciones reconocidas en el ordenamiento jurídico patrio, el juez puede racionalizar la actividad probatoria dentro del proceso y resulta ante todo un paso previo a la atribución de la carga de la prueba, en la medida que la presunción exime a quien cobija, de la acreditación de un determinado hecho.

La prueba del incumplimiento contractual, en el contexto de los procesos declarativos, tiene una estrecha relación con el modelo de contrato. La regla probatoria se encuentra permeada por la sustancialidad del negocio jurídico y por sus notas diferenciadoras. De esa forma, acreditar el incumplimiento en los contratos entre iguales, en aquellos negocios cuyo objeto material no reviste mayores dificultades, permite, en principio, la aplicación de la regla general contenida en el artículo 1757 del Código Civil, en virtud de la cual quien alega la existencia de una obligación o su extinción deberá probar.

Sin embargo, en los contratos que involucran bienes o servicios de especiales características técnicas o en aquellos negocios en donde una parte tiene un conocimiento del cual la otra carece o en pactos donde se verifica una asimetría en atención a factores sociales, económicos o de otra índole, la efectividad de la regla general contenida en el mencionado artículo 1757 se

pone en entredicho y se vuelve insuficiente.

Ante las dificultades de la norma para responder a la complejidad de algunas relaciones contractuales contemporáneas, la existencia de criterios de atribución de la carga de la prueba que se desprenden del tipo contractual, de la integración del contenido negocial, como la equidad, la calidad de las partes o del tipo de obligación, permite que se propicien auténticos escenarios de justicia contractual, en los cuales se le pueda exigir a cada parte la acreditación de determinadas circunstancias relacionadas con las obligaciones cuyo incumplimiento se discute dentro del proceso.

De cara a esos criterios de atribución de la prueba del incumplimiento, aparecen dos tipos de exigencias: de un lado, las partes requieren una diligencia en la actividad probatoria y una actuación leal (artículo 78, Código General del Proceso) y por otra parte, el operador judicial debe desentrañar la sustancia del negocio jurídico, examinando plenamente su contenido, determinando la operación que se buscaba realizar con el contrato, indagando puntualmente la función del tipo celebrado e interpretando el negocio para integrarlo con la totalidad de obligaciones que conformaban el programa contractual. En suma, se requiere del operador judicial una activa participación para poder revelar el verdadero rostro del contrato celebrado, más allá de las formas que las partes hayan empleado (Código General del Proceso. Artículo 42, numeral 3).

La inclusión de la carga dinámica de la prueba, adoptada en el artículo 167 del Código General del Proceso, se encargó de adaptar el derecho probatorio a las nuevas realidades que generan retos para alcanzar la justicia material en los distintos escenarios litigiosos que se presentan en el derecho contractual contemporáneo. La introducción de elementos tales como la facilidad de una parte para poder aportar una

prueba, las circunstancias técnicas especiales o el estado de indefensión de una de las partes le conceden al administrador de justicia herramientas que garantizan la instrumentalidad del derecho procesal para la realización del derecho sustancial en los conflictos que se deriven de las relaciones negociales.

La carga de la prueba del incumplimiento en el derecho moderno de los contratos se encuentra permeada por la noción de cooperación, elemento transversal del instituto obligatorio. El resurgimiento de esa noción de cooperación en la actualidad nos remite a conceptos estructurales del derecho colombiano como la solidaridad (artículo 1º de la Constitución Política) y la buena fe. El entender que las relaciones privadas se encuentran permeadas por la consideración del interés ajeno, aun en el campo litigioso, permite comprender el alcance de la carga dinámica de la prueba, no como una forma de arbitrariedad judicial, sino como una herramienta para lograr la justicia material.

De igual manera, la carga dinámica también materializa el principio de igualdad de las partes, conforme lo establecido en los artículos 13 de la Constitución Política y 4 del Código General del Proceso, pues resulta una herramienta idónea para disminuir las brechas que puede haber entre los otrora sujetos negociales y ahora partes del proceso, en la medida en que el juez puede solicitarle a una de las partes la prueba de un hecho determinado que posiblemente la contraparte no está en la posibilidad o facilidad de acreditar.

Ahora bien, a pesar de la importancia de haber incluido la figura en nuestro ordenamiento jurídico, es fundamental tener presente que la existencia de la carga dinámica de la prueba no puede volverse una excusa para que el sujeto procesal que se encuentre en dificultad de probar un hecho se exima de desplegar toda la actividad probatoria que le corresponde a toda persona que, en el marco de una contienda litigiosa, aspire al reconocimiento de sus pretensiones o al triunfo de sus excepciones.

La confusa redacción del artículo 167 del Código General del Proceso requiere que en la práctica los jueces

que estudien las solicitudes de las partes para dinamizar la carga de la prueba de un hecho determinado analicen rigurosamente el caso, y que en todo caso no se exima y se propicie la desidia procesal de la parte débil para dejar en cabeza de la parte fuerte de la relación negocial (y procesal) la acreditación de todos los hechos, pues ello implicaría desequilibrar la igualdad material de los sujetos procesales. Un erróneo análisis del caso y un equivocado uso de la atribución de la carga dinámica por parte del juez le llevaría a desconocer uno de los propósitos de la norma, equilibrar e igualar la posición de las partes en el proceso, además de ir en contravía con una nueva forma de entender el proceso, en donde los sujetos procesales cuentan con amplios poderes para llevar el conocimiento al juez para resolver la controversia.

Es necesario que el juez que pretenda dinamizar la carga de la prueba en un proceso lo haga de manera oportuna. Si bien la norma procesal señala que puede hacerse en cualquier momento antes de dictar sentencia, consideramos que el escenario justo para proceder de conformidad es durante el decreto de las pruebas, de manera tal que las partes sepan con anterioridad qué hechos deberán acreditar, y no se vean sorprendidas por una providencia que atribuya la prueba de un hecho cuando ya ha transcurrido casi todo el proceso. Lo anterior impone que el administrador de justicia, una vez avoque el conocimiento de un proceso, estudie juiciosamente la demanda y la contestación de la demanda, de manera que sepa cuáles son los hechos que no se encuentran acreditados con las pruebas aportadas por las partes en esa instancia del proceso, y rápidamente profiera un auto para solicitarle a las partes la demostración de un hecho.

De igual forma, los sujetos procesales deben entender con precisión los contornos de la carga dinámica, asumiendo responsable y diligentemente las tareas probatorias y argumentativas que les exige el escenario procesal, sin pretender que la facultad conferida en el artículo 167 del Código General del Proceso les exima de ir al litigio con las pruebas que tengan en su poder, o que puedan obtener.

La incertidumbre que se podía suscitar a nivel probatorio en lo que podemos llamar relaciones jurídico-negociales complejas (por oposición a los contratos en condiciones de igualdad) se puede sortear retornando a nociones que se encuentran en el derecho contractual pero que a veces, en el fragor del litigio, parecen olvidarse, tales como la buena fe, la equidad, la cooperación y la igualdad material. Estos institutos marcan la senda para la realización de la verdadera justicia contractual, brindándole al juez herramientas durante el proceso, y a las partes recordándoles la importancia de que aun cuando sus intereses estén en discusión ante la

jurisdicción, no puede perderse de vista la lealtad y la consideración del interés ajeno.

En todo caso, la existencia de los criterios de atribución que ha sido expuesta en el presente trabajo no pretende ser una limitante para desentrañar nuevos razonamientos que, siempre con la justicia material como horizonte y con las instituciones del derecho contractual como guía, busquen desatar los problemas que puedan presentarse al auscultar la incertidumbre sobre el cumplimiento en las relaciones negociales complejas.

## Referencias

- Betti, E. (1969). *Teoría General de las Obligaciones*. Tomo I. (J. L. de los Mozos, trad.). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Bianca, M. (2007). *Derecho Civil. El Contrato* (F. Hinestrosa y E. Cortes, trads.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cardilli, R. (2008). El problema de la resistencia del tipo contractual en el Derecho Romano: entre *natura contractus* y *forma iuris*. *Revista Roma e America, Diritto Comune*, (26), 161-220.
- Chamie Gandur, J. F. (2012). El principio general de *reductio ad aequitatem* por desequilibrio contractual. *Revista de Derecho Privado*, (22), 219-275.
- Chamie Gandur, J. F. (2013). *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos: De la vis cui resisti non potest a las cláusulas de hardship*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Chinchilla Imbett, C. A. (2011). El deber de información contractual y sus límites. *Revista de Derecho Privado*, (21), 327-350.
- Chinchilla Imbett, C. A. (2015). "Contrarius consensus": terminación del contrato por mutuo acuerdo en la experiencia jurídica romana. *Revista de Derecho Privado*, (28), 79-126.
- Chinchilla Imbett, C. A. (2018). *La excepción de incumplimiento contractual: Estructura, función y límites*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Chinchilla Imbett, C. A. y Neme Villareal, M. L. (2018). *El consentimiento informado del consumidor: Del sinalagma a las exigencias de información*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- De la Maza Gazmuri, I. y Vidal Olivares Á. (2019). *La Modernización del Derecho de los Contratos*. Bogotá: Ibáñez y Centro de Estudios de Derecho Comparado.
- Devis Echandía, H. (2012). *Teoría General de la Prueba Judicial* (6ª ed.) Tomo I. Bogotá: Ed. Temis – Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas.
- Diez-Picazo, L. (1996). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II: Las relaciones obligatorias*. Madrid: Editorial Civitas.
- Franco Victoria, D. (2019). *Interpretación de los contratos civiles y estatales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- González de Cancino, E. (2007). *Obligaciones: Derecho Romano y Código Civil Colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa Forero, F. (2007). *Tratado de las obligaciones. Concepto. Estructura. Vicisitudes* (3ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Hinestrosa Forero, F. (2015a). *Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico*. Volumen I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa Forero, F. (2015b). *Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico*. Volumen II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa Forero, F. (2019). Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones. *Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia*, (36), 5-25.
- Jaramillo Canción, C. I. (2014). *Interpretación, calificación e integración del contrato*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana – Ibáñez.
- Koteich Khatib, M. (2014). Los criterios de imputación de la responsabilidad contractual: una mirada a los códigos y sus fuentes romanas. En E. González de Cancino, E. Cortés Moncayo y F. Navia Arroyo (Eds.). *Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestrosa*. Tomo I (pp. 643-671). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- López Blanco, H. F. (2017). *Código General del Proceso. Pruebas*. Bogotá: Dupré Editores.
- López Blanco, H. F. (2019). *Código General del Proceso. Parte General (2ª ed.)*. Bogotá: Dupré Editores.
- M'Causland Sánchez, M. C. (2019). *Equidad Judicial y responsabilidad extracontractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Martínez Cárdenas, B. M. (2008). La adaptación de la teoría de las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado en el derecho colombiano. En F. Mantilla Espinosa (Dir.) y F. Ternera Barrios. *Los contratos en el Derecho Privado (1ª reimpresión)* (pp. 899-914). Bogotá: Universidad del Rosario – Ed. Legis.
- Neme Villareal, M. L. (2006). El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano. *Revista de Derecho Privado*, (11), 79-126.
- Neme Villareal, M. L. (2016). *La buena fe en el derecho romano: extensión del deber de actuar conforme a la buena fe en materia contractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Neme Villareal, M. L. (2018). *Obligaciones de garantía en el derecho contemporáneo. Análisis desde la tradición del derecho civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Neme Villareal, M. L. (2019). La buena fe como eje del proceso de integración e interpretación del contrato en el Código de Bello: consonancia con la función social del contrato y con la tutela de los derechos fundamentales. En C.A. Chinchilla Imbett y F. Navia Arroyo. *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello. Análisis y Prospectivas en la Sociedad Contemporánea*. (pp. 235-293). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Orsini, J. M. (2003). *La Resolución del Contrato por Incumplimiento*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios.
- Parra Quijano, J. (2002). *Manual de Derecho Probatorio (12ª ed.)*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Pizarro Wilson, C. (2008). La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 31, 255-265.
- Ramírez Baquero, E. A. (2013). *Obligaciones y Contratos. Ensayos: El incumplimiento obligacional y sus aspectos probatorios*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Rodríguez Azuero, S. (2009). *Contratos Bancarios: Su significación en América Latina (6ª ed.)*. Bogotá: Ed. Legis.
- Rodríguez Azuero, S. (2017). *Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina (2ª ed.)*. Bogotá: Ed. Legis.
- Rodríguez Olmos, J. (2013). La interpretación de los contratos con el consumidor: elementos para la contextualización de la problemática. (Primera Parte). *Revista de Derecho Privado*, (24), 151-188.
- Roppo, V. (2005). *El contrato del dos mil* (M. Koteich, trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Salgado Ramírez, C. Consideraciones sobre el deber precontractual de información y su particularidad en la relación de consumo. En C. L. Valderrama Rojas (Dir.). *Perspectivas del derecho del consumo* (pp. 305-354). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- San Martín Neira, L. C. (2011). Sobre la naturaleza jurídica de la 'cooperación' del acreedor al cumplimiento de la obligación. *Revista de Derecho Privado*, (21), 273-325.

- Santos Ballesteros, J. (2008). La responsabilidad civil contractual aplicada a la actividad del empresario. En F. Mantilla Espinosa y F. Ternera Barrios (Dir.). *Los contratos en el Derecho Privado* (1ª reimpresión) (pp. 915-936). Bogotá: Universidad del Rosario – Ed. Legis.
- Solarte Rodríguez, A. (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *Vniversitas*, 53(108), 281-315.
- Tamayo Jaramillo, J. (2010). *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I* (5ª reimpresión). Bogotá: Editorial Legis.
- Tapias Rocha, H. (2008). La acción de responsabilidad contractual. En F. Mantilla Espinosa y F. Ternera Barrios (Dir.). *Los contratos en el Derecho Privado* (1ª reimpresión) (pp. 225-246). Bogotá: Universidad del Rosario – Ed. Legis.
- Taruffo, M. (2011). *La prueba de los hechos* (J. Ferrer Beltrán, trad.). Madrid: Editorial Trotta.
- Valencia Zea, A. y Ortiz Monsalve, Á. (2015). *Derecho Civil. Tomo III: De las obligaciones* (reimpresión de la 10ª ed.). Bogotá: Editorial Temis.
- Vélez, F. (1926). *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*. Tomo VI (2ª ed.). París: Imprenta Paris-América.
- Zimmermann, R. (2010). *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo: La tradición del derecho civil en la actualidad* (J. Rodríguez Olmos, trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

## Jurisprudencia

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil  
CSJ. Cas. Civil. Sentencia del 19 de junio de 1935.
- CSJ. Cas. Civil. Sentencia del 5 de noviembre de 1935. GJ XLIII No. 1904. Pág. 407.
- CSJ. Cas. Civil. Sentencia de 26 de febrero de 1936. GJ. XLIII. No. 1907-1908. M.P. Dr. Miguel Moreno Jaramillo. Pág. 339.
- CSJ. Cas Civil. Sentencia del 29 de abril de 1938.
- CSJ. Cas. Civil. Sentencia del 31 de mayo de 1938. G.J. XLVI. Pág. 571.
- CSJ. SC. Sentencia de 30 de junio de 1939. GJ XLVIII Pág. 312. M.P. Dr. Fulgencio Lequerica Vélez.
- CSJ. Cas Civil. Sentencia de 2 de abril de 1941. GJ LI. No.1971-1972. M.P. Dr. Hernán Salamanca. Pág.170.
- CSJ. Cas Civil. Sentencia de 20 de junio de 1977. M.P. Dr. Ricardo Uribe Holguín.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Sentencia de 8 de octubre de 1992.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 5372. M.P. Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Sentencia del 9 de agosto de 2000.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Sentencia del 17 de marzo de 2003.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 7125. M.P. Jorge Santos Ballesteros. Sentencia del 8 de mayo de 2003.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 1996-13623-01. M.P. Dra. Margarita Cabello Blanco. Sentencia del 16 de noviembre de 2016.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 2011-00108-01. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez. Sentencia del 28 de junio de 2017.
- Corte Constitucional. Sentencia C-400 de 1999. Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 2016. Magistrado Ponente Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

## Normas

Constitución Política de Colombia.

Código Civil Colombiano.

Código de Comercio Colombiano.

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Código General del Proceso.

Circular Básica Jurídica 029 de 2014. Superintendencia Financiera de Colombia.