

EL RIESGO CONSTITUCIONAL EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

Luis Javier Moreno Ortiz⁺

Doctorando en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda
Profesor e investigador Universitario, Colombia

Sección Doctrina

Resumen

Analizar el papel de la Constitución Política en tanto factor de riesgo para los negocios, a partir de una investigación que se ocupe de su relevancia como norma interpretativa y como parámetro hermenéutico vinculante, es la sujeta materia de este documento. El análisis propuesto busca ponderar los principios de supremacía de la Constitución y de la autonomía de la voluntad, en el marco de la noción de orden público, y abordar la hermenéutica de las cláusulas contractuales a partir de la propia Constitución, de la intención de las partes y del principio de la buena fe.**

Palabras clave

Supremacía de la Constitución - Autonomía de la voluntad - Riesgos contractuales - Interpretación de los contratos - Validez de los contratos.

* Abogado y Licenciado en Filosofía y Humanidades de la Universidad Sergio Arboleda. Especialista en Derecho Administrativo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.

** Este artículo de reflexión presenta resultados de la investigación hecha por el autor en desarrollo del proyecto *Observatorio de derecho público*. Se inscribe en las tareas del grupo de investigación Crear de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, sede Bogotá D.C.

Abstract

To analyze the role of the Constitution as a risk factor for businesses, from research to care for their relevance as an interpretative and hermeneutic binding as a parameter, is the subject matter hereof. The proposed analysis seeks to balance the principles of supremacy of the Constitution and the autonomy of the will, under the notion of public policy, and addressing the hermeneutics of contractual clauses from the Constitution, the intent of the parties and the principle of good faith.

Keywords

Supremacy of the Constitution - Freedom of contract - Contractual risks - Contract interpretation - Validity of contracts.

Sumario

- I. Introducción
- II. El riesgo constitucional en los negocios
- III. La supremacía de la Constitución y el valor normativo de los contratos
- IV. El efecto de las decisiones constitucionales
- V. La interpretación de los contratos
- VI. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

Hay dos factores relevantes en el mundo de los negocios: el beneficio y el riesgo. La relación entre estos factores es directamente proporcional: a mayor beneficio mayor riesgo. Un análisis juicioso de los negocios implica prever, valorar y cuantificar las circunstancias que inciden o que pueden incidir en ambos factores. No obstante, el discurso suele centrarse en los beneficios o utilidades, que concitan la mayor atención, y en desdeñar el riesgo, que es tan inevitable en los negocios como lo es en la vida. Algunos estudios sobre la teoría del riesgo, como el de Diz (2006) se enmarcan dentro de los estudios de las matemáticas y se centran en el riesgo actuarial y en el riesgo financiero. Otros estudios como el de Latorre (1992) abordan el riesgo en el mercado de seguros. El riesgo parece ser importante sólo para los matemáticos, los contadores y los aseguradores.

Un hombre de negocios razonable debe tomar en cuenta los riesgos de su inversión o de su actividad. Dentro de estos riesgos, una parte muy importante corresponde al derecho y a los derechos, tanto en su contenido e interpretación como en su aplicación en la práctica. Por eso, todos los tratados de protección y promoción de inversiones firmados por la República de Colombia, prevén en sus secciones los riesgos, en especial el de expropiación, los parámetros para resolver el posible conflicto y los mecanismos idóneos para hacerlo. Así lo revela, a modo de ejemplo, lo consignado en los tratados celebrados con Reino Unido (Ley 1464 de 2011), China (Ley 1462 de 2011), India (Ley 1449 de 2011), Perú (Ley 1342 de 2009), Suiza (Ley 1198 de 2008), y España (Ley 437 de 1998).

Otro tanto ocurre con los tratados de libre comercio. Sobre estas cuestiones merece la pena revisar el estudio de María Angélica Rodríguez Barrios y Juana Paola Rodríguez Vargas (2001).

Aunque se quiera creer que en un contrato lo único relevante es la intención de las partes, plasmada en las cláusulas, hay otros factores tan o más importantes a considerar. Sobre la base del riesgo en los negocios es posible construir teorías en torno a la necesidad de los seguros y hasta una teoría de la justicia como la de John Rawls (1997). Entre los factores de riesgo jurídico para los negocios y, por ende, para los contratos, uno de los más importantes es el riesgo constitucional. La Constitución Política representa para los negocios un triple riesgo: como norma imperativa, como parámetro hermenéutico vinculante y como fuente invalidante para los contratos. Lo que se dice de la Constitución debe decirse también de la jurisprudencia constitucional, que es hoy en día una de las más dinámicas y relevantes fuentes del derecho. Así lo deja en claro la Corte Constitucional, entre otras, en las Sentencias C-634 y C-539 de 2011, C-335 de 2008, T-292 de 2006, C-836 de 2001, C-037 de 2000, C-037 de 1996, C-083 de 1995, C-131 y C-113 de 1993.

El presente documento pretende analizar a la Constitución Política en tanto factor de riesgo para los negocios, a partir de una investigación que explore su existencia como norma imperativa y su presencia como parámetro hermenéutico vinculante. En el primer asunto, el análisis se centrará en el principio de supremacía de la Constitución y en su incidencia respecto del principio de la autonomía de la voluntad, en el marco de la noción de orden público. En el segundo asunto, el análisis procurará abordar la interpretación de los contratos conforme a la Constitución y su incidencia respecto del criterio de seguir la intención de las partes y la buena fe.

El doble análisis precedente parece conducir a dos resultados, que pueden enunciarse a modo de hipótesis, así: la creciente constitucionalización del derecho de los negocios reduce cada día más el ámbito de la autonomía de la voluntad privada, al punto de que en la actualidad el derecho privado

puede considerarse como un sobreviviente; y la omnipresencia de la Constitución en los negocios hace necesario considerar en todos los contratos la posibilidad, cada vez más recomendable, de introducir una cláusula relativa al riesgo constitucional, que es tan o más importante que otros riesgos, como los actuariales, los económicos, los de seguridad o los fiscales.

II. EL RIESGO CONSTITUCIONAL EN LOS NEGOCIOS

El tema del riesgo de constitucional en los negocios, puede plantearse como problema de investigación en los siguientes términos: ¿Cuál es la incidencia actual de la Constitución Política y de la jurisprudencia constitucional en la República de Colombia, respecto de la fuerza vinculante de los contratos, en su interpretación y en su validez?

Para estudiar este problema es necesario emplear un método analítico que, sobre una descripción sucinta de los principios constitucionales y contractuales en liza, se ocupe de establecer en términos teóricos y en términos prácticos la incidencia de la Constitución Política y de la jurisprudencia constitucional en los negocios, en especial respecto de la fuerza vinculante de los contratos, de su interpretación y de su validez.

Para hacer la descripción antedicha, es menester acudir a fuentes doctrinales y jurisprudenciales, en las cuales se aluda a dichos principios, se precise su contenido y se fije su alcance de manera unívoca. Sobre esta base epistemológica, es necesario esbozar un breve estudio de casos, construido sobre la base de la jurisprudencia constitucional, a partir del cual se pueda organizar, sistematizar y teorizar, de la mano de la doctrina, un discurso razonable y ponderado.

De la gran masa jurisprudencial forjada por la Corte Constitucional a partir de la vigencia de la Constitución Política de 1991, se seleccionará a modo de ejemplo, algunos casos relevantes que involucren contratos entre particulares, o que incidan en ellos, dando preferencia a las sentencias tipo c y su sobre las sentencias tipo t.

III.LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y EL VALOR NORMATIVO DE LOS CONTRATOS

Es un error común el asumir que los contratos se hacen, se interpretan y se validan o invalidan sin ninguna interferencia externa a las partes. Esto quizá se deba a una incorrecta comprensión de la división tradicional entre derecho privado y derecho público, que se puede atribuir con alto grado de probabilidad a los glosadores, como procura demostrar en otro lugar (Moreno, 2009), en el cual pongo de presente lo dicho en el Libro Segundo, Título 14, Sección 7 del Digesto (§ 6, p. 76), a saber: <<Ait praetor: “pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo”>>, lo que equivale a decir: <<Dice el pretor: “Mantendré los pactos convenidos que se hayan hecho sin dolo, sin infringir las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos o edictos de los emperadores, y que no sean en fraude de los mismos”>>. Sobre esa base, enseguida puntualizo lo siguiente:

La autonomía de la voluntad tiene, pues, tres grandes condiciones: la rectitud del acuerdo, valga decir, que la expresión del consentimiento esté libre de dolo malo, o sea de malicia y falacia; la licitud del acuerdo, es decir, la no contradicción o desconocimiento directo de las normas imperativas o de orden público; y la corrección del acuerdo, o sea, que éste no se emplee para contradecir o desconocer indirectamente las normas imperativas o de orden público, o para dañar a una persona, mediante el ardid del fraude. (§ 6, p. 76).

La realidad es que los contratos, al igual que cualquier acto o norma jurídica, están regidos por normas imperativas, que deben cumplirse a pesar de la voluntad de las partes, e incluso contra tal voluntad. En el discurso tradicional sobre el principio de la autonomía de la voluntad, de clara estirpe moderna, se quiere ver en la ley una fuente supletiva de derecho, que sólo es aplicable a falta de estipulación de las partes. De este modo, si las partes acuerdan de manera amplia y sistemática las reglas conforme a las cuales ha de regirse su relación, por sustracción

de materia la ley se torna en innecesaria. El Código Civil parece confirmar esta apreciación, al establecer en el artículo 1602 que el contrato es ley para las partes. Algo parecido se encuentra en los Códigos Civiles de Argentina (artículo 1137), Chile (artículo 1545), Uruguay (artículo 1291) y Venezuela (artículo 1159).

Si bien las partes, en ejercicio de su autonomía, pueden darse a sí mismas la ley, esta competencia o facultad no es ilimitada. El propio código civil reconoce que el principio de la autonomía de la voluntad tiene como límites la ley, entendida como manifestación imperativa, y las buenas costumbres. Este reconocimiento es aún más explícito en los Códigos Civiles de Bolivia (artículo 454), España (1255) y Perú (artículo 1354). El carácter imperativo de la ley deviene de su condición de norma de orden público, valga decir, de norma heterónoma dictada por el ente que ejerce el poder político, que se impone a todas las voluntades individuales. La mayor parte de leyes imperativas, en el ámbito de los negocios, se centran en prohibir ciertas conductas, como las relativas a los objetos y las causas ilícitas en los contratos.

La visión decimonónica de culto a la ley, que se predica de la ley imperativa o de orden público, se amplía con la aparición de la Constitución Política como norma jurídica. Al ser una verdadera norma jurídica de aplicación inmediata, la Constitución Política reemplaza y desplaza en la mayoría de los casos a la ley, cuyo papel de mediador deja de ser necesario. Este fenómeno, conocido como constitucionalización del derecho, genera dos importantes consecuencias: la crisis de la ley y la constitucionalización de los negocios.

Respecto de la Constitución Política no se puede predicar el discurso moderno sobre la ley, pues no existe ninguna norma constitucional que sea supletiva de la voluntad de las partes. Por el contrario, todas las normas constitucionales son imperativas, tanto para las partes como para todas las personas y autoridades. El imperio de la Constitución Política, que también se predica del legislador, del gobierno y de los jueces, y por tanto de la ley,

los actos administrativos y las providencias judiciales, da lugar al principio de la supremacía de la Constitución.

Los contratos en tanto norma jurídica, si bien son la ley para las partes, no son la ley suprema para las partes. Por encima de los contratos, e incluso por encima de la propia ley, está la Constitución Política, al punto que ningún contrato puede celebrarse contraviniendo sus preceptos. Aunque no suela hablarse del control de constitucionalidad de los contratos, esta es una consecuencia inevitable del principio de supremacía de la Constitución.

Con el propósito de brindar un contexto al análisis, en un mundo tan complejo como el actual, merece la pena destacar que tanto los contratos como la propia Constitución Política comparten características epistemológicas y sistemáticas que los singularizan, y que los distinguen de la visión plana de otrora. Entre estas características conviene considerar tres, a saber: (i) se trata de textos abiertos, que requieren ser conformados; (ii) son textos que contienen tanto reglas como principios, cuyo alcance exige un esfuerzo interpretativo y de ponderación; (iii) son textos que están articulados de manera necesaria con otros referentes relevantes, de los cuales no pueden prescindir.

El más previsor de los contratos no alcanza a cubrir todas las contingencias que pueden presentarse, sino apenas las más comunes, ordinarias o probables. La vida en su rica variedad escapa a la red de las cláusulas, pues hay riesgos latentes y desconocidos, e incluso otros latentes y conocidos, pero desdeñados, como el riesgo constitucional. Las constituciones contemporáneas pese a contener múltiples previsiones, también claudican a la postre ante la variedad de la vida. Nuestra constitución es un buen ejemplo de ello, pues sus más de 380 artículos y sus más de 30 reformas, aparecen insuficientes ante lo variopinto de la realidad en la cual vivimos, como lo revela con prolijidad la jurisprudencia de todos los jueces en materia de acción de tutela. Ante esta limitación, el derecho responde con dos herramientas metodológicas: la integración de sistemas y el reconocimiento de lo innominado.

En cuanto a la integración de sistemas, cada vez es más frecuente ver en los contratos cláusulas que aluden a otras fuentes, como a los principios de *unidroit* o a lo que ha dado en llamarse *lex mercatoria*. Esta alusión implica, en la práctica, la necesidad de integrar un sistema normativo en el cual el contrato es tan sólo una de las partes, pero no el todo. Por ello, se sostiene que el contrato no se hace de manera definitiva al momento de negociar, ni siquiera al momento de firmarlo, sino que es necesario conformarlo con el concurso de otros referentes. Otro tanto puede decirse de lo que se omite en el contrato, para lo cual es necesario acudir a la ley supletiva. La constitución no escapa a esta tendencia, en el caso colombiano el artículo 93 pone de presente de manera explícita la necesidad de integrar un bloque de constitucionalidad, a partir de la propia constitución y de los tratados internacionales sobre derechos humanos, como lo dejan en claro los trabajos de Arango (2004), Fajardo (2007), Rubio (1993) y Uprimny (2001).

En cuanto al reconocimiento de lo innominado, quizá la parte más grata y feraz del derecho comercial la ofrece la cantera inagotable de los contratos innominados, pues esa es la vía por la cual se manifiesta la creatividad humana y la capacidad del derecho para estar en sintonía con la realidad de los negocios. La constitución también reconoce el fenómeno de lo innominado, al hablar en su artículo 94 de los derechos fundamentales innominados, como lo ponen de presente Botero (2006), Ferreira (2011), Huertas (2011), Morales (2010) y Moreno (2011).

El contrato y la constitución han dejado de estar integrados sólo por reglas. En ambos es cada vez más frecuente reconocer principios, cuya fuerza irradiadora supera en mucho a las reglas. Por la vía de los principios la hermenéutica jurídica decimonónica, que en el caso colombiano está contenida en la Ley 153 de 1887, resulta insuficiente. Los principios plantean exigencias interpretativas que distan mucho de la suposición de que hay preceptos claros, que no requieren de interpretación. Los principios siempre deben interpretarse, pero para ello no

es útil lo previsto en la hermenéutica tradicional, sino que es necesario considerar otros métodos, como el de la ponderación. Este método de interpretación da cabida a la retórica y, por tanto, a la argumentación, de tal suerte que hoy en día existen prolijos discursos tanto sobre los principios contractuales como sobre los principios constitucionales. Respecto de los principios constitucionales y su ponderación, son valiosos los aportes de Alexy (1993, 1997 y 2004), Arango (1999, 2004 y 2005), Atienza (1993), Austin (1998), Barak (2006), Bernal (2003, 2005 y 2006), Bickel (1962), Fix y Vásquez (2004), Dworkin (1997), Estrada (2000), Ferrajoli (2006), García (1984), Guastini (2007), Heck (1961), Holmes (1964 y 1996), Kauffman (1999), Lopera (2006), López (2004 y 2006), Manero (1996), Moreso (1997), Nanclares (2001), Recasens (1980), Schmitt (1996) y Zagrebelsky (2002, 2005 y 2008).

El fenómeno de la globalización se puede predicar tanto de los negocios como del derecho. El número creciente de normas internacionales relevantes en materia de contratos y en materia constitucional, unido a la existencia de diversos tribunales internacionales que las aplican, son hoy en día referentes jurídicos imprescindibles. En materia de contratos, los tratados de protección y promoción de inversiones y los tratados de libre comercio están llamados a fijar pautas que no se pueden ignorar; los tribunales arbitrales nacionales e internacionales y su doctrina, generan también importantes referentes. En materia constitucional, los tratados de derechos humanos y los tratados de integración regional son cada vez más importantes; los tribunales internacionales de derechos humanos, como la Corte Interamericana con sede en San José, y la propia Comisión Interamericana con sede en Washington, de manera directa, y los demás tribunales de derechos humanos existentes en Europa, Asia y África, son también relevantes. A lo dicho debe agregarse el papel protagónico del método del derecho comparado, que conduce a revisar normas extranjeras y decisiones de tribunales extranjeros, en el devenir de nuestro propio derecho.

IV. EL EFECTO DE LAS DECISIONES CONSTITUCIONALES

A la complejidad de la Constitución Política, es necesario agregar la complejidad de la jurisprudencia constitucional colombiana, que es tan abundante como extensa y prolija, y en la cual, si se busca con paciencia, es posible encontrar casi cualquier cosa. Esta jurisprudencia incide en el plano normativo, en el interpretativo y en el de los derechos fundamentales. Antes de discernir las diversas modalidades de decisiones constitucionales, que conforman la jurisprudencia constitucional, es menester hacer algunas breves reflexiones sobre la jurisdicción constitucional en Colombia.

En primera reflexión es la de que la jurisdicción constitucional no es en realidad una jurisdicción especializada, sino la más general de las jurisdicciones, pues está integrada por todos los jueces y tribunales de la República. Esta pluralidad orgánica tiene su contrapartida en una pluralidad funcional, pues la Corte Constitucional y el Consejo de Estado comparten las competencias propias de un tribunal constitucional, en materia de control de constitucionalidad de normas jurídicas, correspondiéndole a la primera el control de las reformas constitucionales y de las leyes en sentido material y formal, y al segundo el de los actos administrativos de carácter general y particular.

La pluralidad de los órganos y de las funciones, y esta es la segunda reflexión, también se puede predicar de las instituciones, pues el control constitucional puede generarse merced al ejercicio de una acción pública de constitucionalidad, de una acción pública de nulidad, de objeciones gubernamentales por inconstitucionalidad, de manera automática, de manera previa, de una acción de tutela, o por vía de excepción de inconstitucionalidad.

La pluralidad de órganos, de funciones y de instituciones genera, y esta es la tercer reflexión, una pluralidad de providencias judiciales, que van desde autos hasta sentencias, con varios tipos y modalidades. Si se decide centrar el estudio en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que es apenas

una pequeña parte de la tarea de la jurisdicción constitucional, aunque quizá la más representativa, hay serias dificultades para emprender una clasificación de las providencias que ésta dicta.

Una primera aproximación a las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, revela que las hay de tres clases: de constitucionalidad o tipo c, de unificación o tipo su y de tutela o tipo t. Cada una de estas clases tiene, a su vez, varias subclases.

Las sentencias tipo c no se pueden reducir a la dualidad estricta que es propia de la aplicación de las reglas, para asumir o se declara una norma exequible o se la declara inexecutable. Ante esta reducción se levanta una tercera alternativa: la de las sentencias inhibitorias, que se producen cuando no se satisfacen unas exigencias mínimas, que la jurisprudencia suele calificar como mínimos argumentativos, y suelen darse en procesos generados por el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad o por objeciones gubernamentales.

Ninguna de las tres categorías anteriores es simple. En el caso más sencillo en apariencia, el de las inhibitorias, es posible que la Corte Constitucional deba hacer una interpretación constitucional en sus consideraciones para llegar a esta clase de decisión. Si bien la decisión deja la norma demandada intacta, en tanto la Corte no se pronuncia sobre su validez, la interpretación puede constituir doctrina constitucional y, en esa medida, ser una pauta vinculante al momento de interpretar los contratos.

Las sentencias de inexecutableidad, que parecen ser las más categóricas, pues eliminan del ordenamiento jurídico la norma demandada, suelen tener importantes modalidades. En cuanto a las modulaciones temporales, es célebre el debate sobre los efectos de la decisión en el tiempo, valga decir, sobre su aplicación hacia el pasado, que algunos califican como retroactiva, o su aplicación hacia el futuro, mientras se cumple el plazo para que el Congreso dicte una nueva ley. También se conocen casos de modulaciones sobre el contenido, en los cuales se declara una expresión normativa inexecutable, pero se

establecen condiciones para interpretar el resto de la norma de la que hace parte.

Las sentencias de exequibilidad son las más complejas en materia de modalidades, pues bajo ellas caben interpretaciones, adiciones, integraciones, etc. Estas modulaciones afectan tanto la decisión misma, que es la que se modula en la mayoría de los casos, como la interpretación de la norma demandada y de la propia Constitución, que tiene también un efecto vinculante.

No es extraño que sobre la sentencia constitucional y sus modulaciones existan copiosos trabajos, entre los cuales se pueden destacar los de Martínez (2000) y Olano (2004).

En el estudio de Martínez, quien fue Magistrado de la Corte Constitucional, se argumenta sobre la modulación de las sentencias, a partir de la necesidad práctica que se deriva de la experiencia colombiana. La modulación surge de la pluralidad de posibilidades interpretativas de las normas constitucionales y de la posibilidad de juzgar la constitucionalidad de tales interpretaciones, lo cual pone de presente una circunstancia muy importante: en ocasiones no es la norma la que tiene problemas de constitucionalidad, sino una o varias interpretaciones posibles de ella. Esta es la razón de ser de la modulación interpretativa. En cuanto a la clasificación, Martínez presenta dos especies de sentencias modulativas, conforme al criterio de lo afectado por la modulación, que puede ser el contenido de la sentencia o su efecto temporal. Entre las primeras se encuentran las interpretativas, a las que ya se aludió, las aditivas o integradoras, que agregan contenido a la norma legal, como ocurre en las Sentencias C-109 de 1995 y C-690 de 1996 y las sustitutivas, que reemplazan el vacío causado por la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma legal, como es el caso de la Sentencia C-113 de 1993. Entre las segundas aparecen las de efecto retroactivo y las que corresponden a fórmulas de constitucionalidad temporal o inconstitucionalidad diferida.

En el estudio de Olano agrega a las dos especies anteriores, tres nuevas. En cuanto a las especies conocidas, dentro de la especie de modulaciones que afectan el contenido, a las que califica

como manipulativas, a las conocidas sentencias interpretativas o condicionales, aditivas o integradoras y sustitutivas, agrega las sentencias apelativas o exhortativas o coactivas, en las cuales la Corte exhorta al legislador para tomar una decisión en un plazo determinado, que de cumplirse sin que se haya hecho lo exhortado, permite a la Corte aplicar directamente la Constitución. Dentro de la especie de modulaciones relativas al efecto temporal, a las que califica como prospectivas, mantiene las sentencias retroactivas y las sentencias diferidas, a las que añade las sentencias con efecto pro futuro, que sería el caso de la mayoría de las decisiones, cuya vigencia empieza a partir de su comunicación o notificación, con la posibilidad de establecer un período de transición, caso en el cual se estaría muy cerca de las sentencias diferidas.

En cuanto a las tres nuevas especies que propone Olano, las modulaciones del derecho de los jueces, otros modelos sin modulación y las modulaciones específicas de la Corte Constitucional, su contenido es el siguiente: dentro de las modulaciones del derecho de los jueces se encuentran las sentencias fundadoras de línea, las sentencias hito, las sentencias confirmadoras de principio y la jurisprudencia pop; dentro de los otros modelos sin modulación están las sentencias de control concreto de constitucionalidad, las sentencias declarativas de inconstitucionalidad, las sentencias de inconstitucionalidad por omisión, las sentencias con efectos en el ámbito personal, las sentencias atípicas y las sentencias sobre omisiones legislativas; dentro de las modulaciones específicas de la Corte Constitucional aparecen las sentencias de unificación de jurisprudencia y sobre el mínimo vital.

Las sentencias tipo su, a las que se refiere Olano en su última categoría, se suelen dictar en casos de acciones de tutela en los cuales se toca un tema de especial importancia constitucional, respecto del cual existen posturas contrarias al interior de la jurisdicción constitucional, e incluso de la propia Corte Constitucional. Si bien su número es escaso, por su objeto estas sentencias están llamadas a ser las más importantes de las que

dicta la Corte. Las sentencias de unificación, en tanto generan un precedente jurisprudencial vinculante, son relevantes como fuente directa de derecho y, en tanto unifican una interpretación normativa, sea de la Constitución o sea de la ley, son relevantes para la interpretación que de ambas normas deben hacer las autoridades y los particulares. Su impacto e incidencia en los negocios es tan o más alto que el de la ley.

En las sentencias tipo t la Corte se pronuncia, casi siempre por medio de sus salas de revisión de tutelas, sobre el amparo de derechos fundamentales, con el propósito de unificar la jurisprudencia. Aunque persiste la controversia, incluso dentro de la misma Corte, acerca de si estas sentencias pueden ser consideradas como fuentes del derecho, es innegable que constituyen un elemento relevante al momento de interpretar y de aplicar los contratos, en la medida en que una u otra tarea involucren derechos fundamentales de alguna persona.

Vista la tipología de las sentencias de la Corte Constitucional, conviene precisar, así sea brevemente, los efectos que tienen tales sentencias. Cuando se trata de sentencias tipo c, su efecto es siempre vinculante. Tanto el *decisum* de la sentencia como su *ratio decidendi* tienen efectos *erga omnes*. Lo primero se comprende al aceptar que la Corte cumple el rol de un legislador positivo y, merced a las sentencias manipulativas, también el de un legislador positivo. Lo segundo se comprende al aceptar que la *ratio decidendi* de la sentencia constituye un precedente vinculante.

Cuando se trata de sentencias t, se suele pensar que su efecto es *inter partes*. No obstante, siendo su objeto el de unificar la jurisprudencia, por la vía del derecho a la igualdad, que exige un igual trato en situaciones semejantes, estas sentencias también tienen un efecto es en realidad *inter comunis*. El efecto *inter partes* se predica, en principio, del *decisum* de la sentencia, mientras que el efecto *inter comunis* se predica, también en principio, de su *ratio decidendi*. En el caso de las sentencias su, que en el fondo son sentencias tipo t con especial cualificación, se puede decir de lo mismo de ambos efectos, aunque es

evidente que su *ratio decidendi* tiene un indiscutible efecto *inter comunis*.

Las sentencias que tienen efecto *erga omnes* equivalen a leyes imperativas o de orden público y, en esta medida, se sobreponen al principio de la autonomía de la voluntad. La clara consecuencia de esta sobreposición es la de que, en razón del principio de supremacía de la Constitución y del principio de supremacía de la ley, son referentes normativos vinculantes para los contratos y, en general, para los negocios. En esta medida, desconocerlos, corresponde al nivel más alto del riesgo constitucional.

V. LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

El asumir que las partes son las que, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, se dan su propia ley, conduce a asumir que la intención de las partes y la buena fe son los criterios hermenéuticos relevantes para interpretar dicha ley. Así lo reconocen los artículos 1618 a 1624 del Código Civil de Colombia, al disponer lo relativo a la interpretación de los contratos. Entre los criterios hermenéuticos que recoge el código, previstos en su mayoría para reglas, no para principios, están los de prevalencia de la intención de las partes, aplicación exclusiva a la materia contratada, efecto útil de las cláusulas, interpretación conforme a la naturaleza del contrato, interpretación sistemática, por comparación o por aplicación práctica, interpretación no sobre los casos previstos e interpretación a favor del deudor.

Por fortuna, pese al lastre decimonónico que arrastra el Código Civil y, en general, los códigos civiles hispanoamericanos, al lado de las reglas y de su hermética hermenéutica, están algunos principios, entre ellos, en el lugar más destacado, la buena fe. Este principio, reconocido en el artículo 1603 del Código, si bien aparece vinculado a la ejecución de los contratos, es la puerta legal por la cual se cuele en éstos obligaciones que no aparecen expresamente en las cláusulas, pero que deben cumplirse por ser de la naturaleza del contrato o por estar en la ley.

El principio de buena fe exige considerar como un referente obligatorio, para ejecutar los contratos y, por ende, para hacer negocios, a la ley. Por esta puerta se cuele la Constitución y la jurisprudencia constitucional en tanto norma jurídica, en razón del principio de la supremacía de la Constitución, lo que conduciría a lo dicho atrás. No obstante, de lo que se trata ahora es de averiguar se la intención de las partes, a la que para fines de la reflexión se va a asumir clara e inequívoca, para que no sea menester acudir a otros criterios hermenéuticos, tiene en sí misma la capacidad de sobreponerse a los referentes hermenéuticos constitucionales.

Antes de examinar esta cuestión, se debe reiterar que si el contrato contiene principios en sus cláusulas, o si los incorpora por remisión directa o indirecta, los criterios de interpretación previstos en el Código Civil son insuficientes, pues en tal evento se requiere ponderar dichos principios y, por ende, es forzoso construir un discurso, valga decir, hacer una argumentación razonable. En este contexto, un argumento razonable planteado sobre los principios contractuales, puede y debe imponerse a una regla clara e inequívoca, en caso de entrar en conflicto. La existencia misma de los principios da un especial papel al juez o al árbitro encargado de conocer y de resolver el conflicto, pues de su ponderación depende la comprensión cabal del contrato y la decisión del litigio.

La supremacía de la Constitución apunta, como ya se vio, a la existencia de una jerarquía de normas, en la cual los contratos se encuentran en una categoría inferior a ésta y a la ley. Dado que tanto la Constitución como la ley y los contratos, en tanto normas jurídicas, son susceptibles de ser interpretadas, cabe preguntar si las interpretaciones correspondientes gozan o no de la misma jerarquía. La respuesta no puede ser sino afirmativa. De esto se sigue una consecuencia de primer orden: los contratos no se pueden interpretar conforme a la intención de las partes, si esta interpretación va en contra de la interpretación que las autoridades competentes hagan de la Constitución o de la ley. En este sentido la interpretación constitucional se sobrepone

a la hermenéutica contractual. Desconocer esta interpretación configura un riesgo, quizá más moderado que el de desconocer la Constitución y la jurisprudencia constitucional, en tanto norma, pero en todo caso relevante para los contratos y los negocios.

Para ilustrar lo dicho sobre interpretación, más que acudir a eruditos estudios, como se hace en los párrafos anteriores, conviene traer a cuento un caso decidido por la Corte Constitucional, en una sentencia tipo t: la T-486 de 2005. En esta sentencia la Corte, para pronunciarse sobre un asunto ya decidido, alude a la doctrina constitucional implícita. Los antecedentes del caso, el problema jurídico a resolver y el discurso de la Corte, se sintetizan en seguida.

El gerente de una empresa de telecomunicaciones presenta una acción de tutela contra la respectiva comisión de regulación, con fundamento en los siguientes hechos: la empresa celebró con otra del sector, la empresa X, un contrato de acceso, uso e interconexión; al haber controversias relativas al contrato, solicitó la intervención de la comisión; la empresa X presentó acción de tutela contra la comisión, la cual fue a la postre concedida; para cumplir el fallo, la comisión dictó una resolución A en la que se abstiene de decidir la controversia; esta acción de tutela no fue seleccionada por la Corte para su revisión; de manera paralela en otro contrato semejante, celebrado con la empresa Y, también se solicitó a la comisión que resolviera la controversia; la empresa Y presentó acción de tutela contra la comisión, la cual fue concedida; la comisión dictó la resolución B en la que se abstiene de decidir la controversia; esta acción de tutela fue seleccionada por la Corte para su revisión y, por medio de la Sentencia T-178 de 2004, revocando la decisión del juez de instancia; con base en esta decisión se solicitó a la comisión revocar la resolución B y reanudar la actuación; la comisión así lo hizo; con base en misma sentencia, e invocando el derecho a la igualdad y el precedente judicial, se solicitó a la comisión revocar la resolución A y continuar la actuación; la comisión negó esta solicitud, arguyendo que la sentencia tenía efectos *inter partes*.

Al plantear el problema jurídico, la Corte se enfrenta a una difícil cuestión teórica: las decisiones de tutela que ella decide no revisar, hacen tránsito a cosa juzgada. Sin embargo, al decidir un caso posterior semejante, aunque no hay identidad en las partes, la sentencia de la Corte se contraponen a lo decidido por los jueces de instancia. Esta encrucijada se plasma en los siguientes problemas: (i) si la acción *<<pretende un nuevo pronunciamiento en un asunto ya resuelto>>* y (ii) *<<si el efecto de las decisiones adoptadas en las Sentencias T-088 y T-178 de 2004, (...) debe ser extendido a las partes que incoaron una acción de tutela sobre supuestos fácticos y jurídicos idénticos a los resueltos en las sentencias citadas, a pesar de su no elección por esta Corte>>*.

Respecto del primer problema, luego de repasar lo actuado, la Corte encuentra que se trata de un mismo conflicto contractual, por lo cual, en razón del derecho a la igualdad y del principio de respeto al precedente judicial, la aplicación de sus sentencias resultaba obligatoria dadas las similitudes fácticas y jurídicas de los asuntos que se controvertieron en sede constitucional. Al mediar una nueva solicitud de la compañía interesada a la comisión, esta circunstancia permite diferenciar la presente situación de la anterior, lo que le sirve a la Corte para afirmar que en este caso *<<no se busca obtener un nuevo pronunciamiento sobre lo decidido (...) sino el amparo constitucional a la igualdad>>*.

Respecto del segundo problema, la Corte plantea la aplicación de la doctrina constitucional a los casos que presentan identidad fáctica y jurídica. Para hacerlo comienza por reconocer que las decisiones de tutela adoptadas por la Corte tienen efecto *inter partes*, como lo dispone el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. A renglón seguido dice que esto no es tan absoluto como lo indicaría una interpretación literal. En un fallo anterior, al ejercer el control de constitucionalidad sobre la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, la Corte precisó que:

(...) la doctrina constitucional que define el contenido y el alcance de los derechos constitucionales sentada por la Corte Constitucional, con ocasión de la revisión de fallos de tutela, trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución. El principio de independencia judicial, tiene que armonizarse con el principio de igualdad en la aplicación del derecho, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad. (punto 4.2.)

Las sentencias tipo t, pues, va más allá de resolver la controversia entre las partes, ya que a juicio de la Corte tienen al menos cuatro propósitos adicionales, a saber: unificar la interpretación y la aplicación de la Constitución; precisar el alcance de los derechos fundamentales; trazar pautas de procedencia y desarrollo de la acción de tutela; y sentar la doctrina constitucional a seguir por los jueces, a falta de norma aplicable al caso. Al resolver casos paradigmáticos, que son los seleccionados en revisión, la Corte fija unos parámetros para la interpretación y aplicación de las normas superiores, parámetros que, vale la pena agregar, son vinculantes para las autoridades y los particulares.

En el caso *sub examine* se advierte con claridad tanto el valor vinculante de la interpretación constitucional, como el efecto *inter comunis* que está latente en todas las sentencias tipo t y que puede concretarse en el futuro, en la medida en que se den las circunstancias adecuadas.

VI. CONCLUSIONES

La omnipresencia de la Constitución en el plano normativo, visible en su corpulento cuerpo de más de 380 artículos, ante los cuales pocas cosas son indiferentes, en el bloque de constitucionalidad conformado con múltiples tratados internacionales de derechos humanos, en los derechos fundamentales innominados y en la jurisprudencia constitucional, junto a la amplia presencia que mantiene la ley, con las matizaciones introducidas a ella por la jurisprudencia

constitucional, han reducido de manera progresiva y constante, el ámbito del principio de la autonomía de la voluntad privada.

La libertad contractual en un Estado Democrático y Social de Derecho, en el cual opera el principio de supremacía de la Constitución, está confinada a un reducido ámbito, pues debe atemperarse a múltiples normas jurídicas imperativas, valga decir, de orden público.

La interpretación de los contratos también está limitada por las interpretaciones de las normas superiores, de tal suerte que la intención de las partes si bien sigue siendo un elemento relevante, no es el principal referente para tal labor.

Por su incidencia, la Constitución y la jurisprudencia constitucional, en tanto normas jurídicas o criterios relevantes de interpretación de los contratos y, en general, de los negocios, constituyen un riesgo que amerita ser estudiado, cuantificado, valorado y, sobre todo, previsto en los contratos.

Bibliografía

- _____ (2011) *Los derechos sin nombre* en Cuadernos de Derecho Público, núm. 3, pp. 9-60.
- ALEXY, R. (1993) *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ALEXY, R. (1997) *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, 2ª ed. Barcelona: Gedisa.
- ALEXY, R. (2004) *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- ARANGO OLAYA, M. (2004) *El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en Precedente* – Anuario Jurídico, pp. 79-102.
- ARANGO, R. (1999) *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Bogotá: Siglo del Hombre y Universidad de los Andes.

- ARANGO, R. (2004) *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ARANGO, R. (2005) *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.
- ATIENZA, M. (1993) *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- AUSTIN, J. (1998) *The uses of the study of jurisprudence*. Indianápolis: Hackett.
- BARAK, A. (2006) *The judge in a democracy*. Princeton University Press.
- BERNAL PULIDO, C. (2003) *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- BERNAL PULIDO, C. (2005) *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BERNAL PULIDO, C. (2006) *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BICKEL, A. (1962) *The least dangerous branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press.
- BOTERO MARINO, C. (2006) *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Consejo Superior de la Judicatura.
- DIZ CRUZ, E. (2006) *Teoría del riesgo*, 2ª ed. Bogotá: Ecoe Ediciones.
- DWORKIN, R. (1977) *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
- ESTRADA, A.J. (2000) *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- FAJARDO ARTURO, L.A. (2007) *Contenido y alcance jurisprudencial del bloque de constitucionalidad en Colombia* en la Revista Civilizar, vol. 7, núm. 13, pp. 15-34.
- FERRAJOLI, L. (2006) *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5ª ed. Madrid: Trotta.
- FERREIRA CAUSIL, A.C. (2011) *Los derechos innominados en Colombia. Reflexiones sobre su origen* en Cuadernos de Derecho Público, núm. 3, pp. 71-150.
- FIX FIERRO, H. Y VÁSQUEZ, R. (comp.) (2004) *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*. México: Unam, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- GARCÍA, E.A. (1984) *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- GUASTINI, R. (2007) *Estudios de teoría constitucional*, 3ª ed. México: Unam y Fontamara.
- HOLMES, O.W. (1964) *The Common Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- HUERTAS BONILLA, M.F. (2011) *El derecho al mínimo vital* en Cuadernos de Derecho Público, núm. 3, pp. 61-69.
- KAUFFMAN, A. (1999) *Filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- LATORRE LLORENS, L. (1992) *Teoría del riesgo y sus aplicaciones a la empresa aseguradora*. Madrid: Mapfre.
- LOPERA G.P. (2006) *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- LÓPEZ MEDIA, D. (2006) *El derecho de los jueces*, 2ª ed. Bogotá: Legis y Universidad de los Andes.
- LÓPEZ MEDINA, D. (2004) *Teoría impura del derecho*. Bogotá: Legis y Universidad de los Andes.
- MANERO RUIZ, J. (1996) *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.

- MARTÍNEZ CABALLERO, A. (2000) *Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana* en Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, núm. 316, pp. 86-108.
- MORALES CAICEDO, J.M. (2010) *Análisis de la función supletoria del juez constitucional de tutela respecto del desarrollo de la política pública de derechos humanos en Colombia*, Bogotá, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- MORENO ORTIZ, L.J. (2009) *El origen privado del derecho: una aproximación a la autonomía de la voluntad* en Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, núm. 340, pp. 63-98.
- MORESSO, J.J. (1997) *La indeterminación del derecho y la indeterminación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- NANCLARES, A. (2001) *Los jueces de mármol*. Medellín: La Pisca Tabaca.
- OLANO GARCÍA, A. (2004) *Tipología de nuestras sentencias constitucionales* en Universitas, núm. 108, pp. 571-602.
- RECASENS SICHES, L. (1980) *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa.
- RODRÍGUEZ BARRIOS, M.A. y Rodríguez Vargas, J.P. (2001) *Acuerdos bilaterales para la protección de la inversión extranjera en países subdesarrollados. El caso colombiano*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- RUBIO LLORENTE, F. (1993) *El bloque de constitucionalidad en La forma del poder*. Madrid: centro de estudios constitucionales.
- SCHMITT, C. (1996) *sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Madrid: tecnos.
- UPRIMNY, RODRIGO (2001) *El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal* en Daniel O'Donnell, Inés Margarita Uprimny y Alejandro Villa (Comp) *Compilación de*

jurisprudencia y doctrina nacional e internacional, Bogotá, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos.

WENDELL HOLMES, OLIVER (1996). *The Path of the Law*. Bedford: Applewood.

ZAGREBELSKY, G. (2005) *Historia y Constitución*. Madrid: Trotta.

ZAGREBELSKY, G. (2008) *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Madrid: Trotta.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO (2002) *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.

Jurisprudencia

Todas las referencias corresponden a sentencias proferidas por la Corte Constitucional.

Corte constitucional. Sentencia C-113 de 1993.

Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 1993.

Corte Constitucional. Sentencia C-083 de 1995.

Corte Constitucional. Sentencia C-109 de 1995.

Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996.

Corte Constitucional. Sentencia C-690 de 1996

Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2000

Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001

Corte Constitucional. Sentencia T-486 de 2005

Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 2006

Corte Constitucional. Sentencia C-335 de 2008

Corte Constitucional. Sentencia C-539 de 2011

Corte Constitucional. Sentencia C-634 de 2011

Normatividad

Constitución Política de Colombia

Código Civil de Argentina

Código Civil de Bolivia

Código Civil de Chile

Código Civil de Colombia

Código Civil de España

Código Civil de Perú

Código Civil de Uruguay

Código Civil de Venezuela

Decreto 2591 de 1991

Ley 153 de 1887

Ley 437 de 1998

Ley 1198 de 2008

Ley 1342 de 2009

Ley 1449 de 2011

Ley 1462 de 2011

Ley 1464 de 2011