



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Relatoría Sala de Casación Civil

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL:  
EFECTOS JURÍDICOS DERIVADOS DEL  
COVID-19 Y LA DECLARATORIA DE ESTADO DE  
EMERGENCIA EN LOS CONTRATOS CIVILES Y  
MERCANTILES.**

CAMILO ANDRÉS ALBA PACHÓN  
*Profesional Universitario Grado 21*  
*Relatoría Sala de Casación Civil*

*Bogotá, Colombia*  
*Abril de 2020*

Efectos jurídicos derivados del COVID-19 y la declaratoria de Estado de Emergencia  
en los contratos civiles y mercantiles  
Coordinación Área de Bienes y Derecho Ambiental

En virtud del Estado de Emergencia Económico, Social y Ecológico, promulgado mediante Decreto Nacional número 475 de 25 de marzo de 2020, y frente a la preocupación de la ciudadanía respecto del cumplimiento y ejecución de sus relaciones contractuales, la Coordinación del Área de Bienes y Derecho Ambiental de la Relatoría de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha elaborado el presente documento, relacionado con las principales reglas jurisprudenciales aplicables a las instituciones jurídicas contractuales relevantes en la presente coyuntura social.

Para estos efectos el documento titulado “*Análisis Jurisprudencial: efectos jurídicos derivados del COVID-19 y la declaratoria de Estado de Emergencia en los contratos civiles y mercantiles*”, pretende dar a conocer la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, frente a la imposibilidad de ejecución y cumplimiento de los contratos, brindándole al usuario de la administración de justicia distintas alternativas que la jurisprudencia nacional prevé para dar respuesta a las principales inquietudes jurídicas que se suscitan ante la contingencia actual. De esta manera, el documento pone a disposición del usuario los siguientes temas:

1. Antecedentes jurisprudenciales del control constitucional de la Corte Suprema de Justicia, frente a las declaratorias de Estados de Excepción.
2. Del principio de Solidaridad y su aplicación en los contratos civiles y comerciales.
3. Mecanismos jurídicos aplicables a las controversias contractuales.
4. Terminación del vínculo contractual.

Así mismo, al final de cada uno de los temas, se precisan a manera de conclusión las reglas jurisprudenciales producto del análisis correspondiente, y susceptibles de ser aplicadas en los respectivos casos.

La Coordinación del Área de Bienes y Derecho Ambiental de la Relatoría de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, agradece enormemente las consultas remitidas a la Relatoría de esta corporación, esperando que el presente documento sea de gran ayuda y apoyo en todas las relaciones comerciales y contractuales que la ciudadanía en general celebra en su cotidianidad y particularmente en coyunturas de crisis.

## ***PAUTAS DE LECTURA***

- ✚ El presente documento contiene el análisis jurisprudencial de las principales instituciones jurídicas contractuales, mediante el cual los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, los usuarios de la administración de justicia, la comunidad académica y la ciudadanía en general, podrá acceder a las principales fuentes jurisprudenciales que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha expedido en relación a los cuatro ejes temáticos mencionados en el índice.
- ✚ Cada temática está desarrollada exclusivamente con las causas que en sede de Tutela, Revisión y Casación han sido avocadas por esta Sala, identificando reglas jurisprudenciales concretas.
- ✚ El contenido de cada capítulo está organizado de tal manera que, el lector pueda en primera medida, identificar el marco conceptual de la institución jurídica que se analiza, para luego desarrollar temas puntuales de carácter jurisprudencial. Es decir, pasa de un análisis general a un análisis particular.
- ✚ El documento no tiene en cuenta apreciaciones subjetivas ni estudios doctrinales, de tal manera que se limita a identificar la jurisprudencia relevante para la actual coyuntura social.
- ✚ El lector deberá efectuar un análisis crítico del documento en relación al supuesto de hecho que se le presente, y en ningún momento el presente estudio tendrá efectos de providencia judicial.

## Índice

1. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, FRENTE A DECLARATORIAS DE ESTADOS DE EXCEPCIÓN.....	5
2. DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y SU APLICACIÓN EN LOS CONTRATOS CIVILES Y COMERCIALES. ....	9
3. DERECHOS DEL CONSUMIDOR.....	16
4. MECANISMOS JURÍDICOS APLICABLES A LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. ....	21
4.1. EL CONTRATO DE TRANSACCIÓN.....	21
4.2. LA CONCILIACIÓN.....	29
5. TERMINACIÓN DEL VÍNCULO CONTRACTUAL. ....	39
5.1. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.....	39
5.2. DEL CASO FORTUITO O LA FUERZA MAYOR.....	44
6. REGLAS JURISPRUDENCIALES. ....	51



I. ANTECEDENTES  
JURISPRUDENCIALES DEL CONTROL  
CONSTITUCIONAL DE LA CORTE  
SUPREMA DE JUSTICIA FRENTE A  
DECLARATORIAS DE ESTADOS DE  
EXCEPCIÓN.

## 1. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, FRENTE A DECLARATORIAS DE ESTADOS DE EXCEPCIÓN.

En el marco de la Constitución Política de 1886, la Corte Suprema de Justicia tenía por mandato constitucional, la guarda de la integridad del estatuto superior. Es así, como la jurisprudencia de esta Corporación fue reiterativa en efectuar un control formal a los Decretos Legislativos, determinando que la escogencia de las medidas que se tomaran para restablecer el orden público, serían de competencia exclusiva del Gobierno, por cuanto es él, el responsable constitucional de mantenerlo.<sup>1</sup>

Sin embargo, el control constitucional de los Decretos Legislativos expedidos en el marco del Estado de Sitio, tendría una connotación más sustancial, dado que la Corte Suprema como juez constitucional, determinaría si las medidas adoptadas guardaban relación con los hechos generadores o sobrevinientes de la perturbación, observando la existencia de otros aspectos que pudiesen quebrantar preceptos constitucionales<sup>2</sup>.

En términos de la Corte Suprema:

*“Según el numeral 19 del artículo 120 del Estatuto Fundamental, corresponde al Presidente de la República la función de "conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado". Para ese efecto, el artículo 121 del mismo estatuto dispone que, mediante la declaración del estado de sitio y mientras dure la anormalidad, "el Gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes rigen para la guerra entre naciones"; pero no puede derogar las leyes sino limitarse "a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio", pues debe declarar "restablecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento, y dejaran de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado ". Finalmente, el artículo 214 confía a la Corte "la guarda de la integridad de la Constitución", con potestad para "decidir definitivamente sobre la exequibilidad" de los decretos de estado de sitio "cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.”<sup>3</sup>*

Igual concepto mantiene hoy en día la Corte Constitucional, encargada por disposición de la Constitución Política de 1991, de ejercer el control formal y material, con el fin de analizar los motivos que presenta el Ejecutivo para declarar los diferentes Estados de Excepción<sup>4</sup>, entre ellos el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica:

*“1.2.2.1. En ejercicio de las funciones de juez de constitucionalidad de las leyes y los decretos legislativos, la Corte Suprema de Justicia consideraba que la evaluación del orden público era una competencia completamente discrecional del Presidente de la República, por tratarse de típicos ‘actos políticos’, en la medida en que se trataba de la valoración de situaciones que escapaban al control jurisdiccional, razón por la cual el control judicial de las declaratorias del estado de sitio -hoy estado de conmoción interior- era solo formal. Tal fue la línea tradicional de su jurisprudencia. Posteriormente, la misma Corte Suprema, al tiempo que mantenía*

<sup>1</sup> Sentencia CSJ de 13 de octubre de 1977, Gaceta Judicial Tomo CLVI, pág. 269-279, ID: 338837

<sup>2</sup> Sentencia CSJ de 13 de octubre de 1977, Gaceta Judicial Tomo CLVI, pág. 269-279, ID: 338837

<sup>3</sup> Sentencia CSJ de 08 de abril de 1967, Gaceta Judicial Tomo GCXX-CXXVI, pág. 46-52. ID: 338590

<sup>4</sup> Doctrinariamente divididos en tres a saber: Estado de Conmoción Interior, Estado de Guerra Exterior y Estado de Emergencia.

*el control formal de las declaratorias de estado de sitio, realizó unos desarrollos jurisprudenciales estrictos en relación con el juicio de constitucionalidad de los decretos legislativos de ejercicio de las facultades extraordinarias, recabando en la conexidad de sus medidas con los hechos que habían ocasionado la emergencia. Finalmente, luego de la expedición de la Constitución Política de 1991, se entendió que en un Estado Social de Derecho es imposible que existan actos emanadas por los órganos del Estado sin que existan controles sobre ellos. En otras palabras, y basados en la Constitución y su interpretación sistemática, lo cierto es que no pueden existir al interior de un Estado de Derecho actos arbitrarios o desprovistos de control por parte de los órganos que detentan el poder. Ahora bien, específicamente y en relación con las declaratorias de emergencia, luego de la sentencia C-004 de 1992, la Corte Constitucional realiza el control formal y material de éstas.*

*1.2.2.2. La sentencia C-004 de 1992 es paradigmática. Allí la Corte sostiene que, en general, el control del Congreso y de la Corte Constitucional tiene como objeto preservar los principios esenciales del ordenamiento amenazado, sin que uno excluya al otro, siendo el primero eminente político y el segundo estrictamente jurídico. Específicamente el control judicial adelantado por la Corte Constitucional se erige como un límite a la discrecionalidad del Presidente de la República, consistiendo en la verificación del presupuesto objetivo que motiva la declaratoria de emergencia.”<sup>5</sup>*

Si bien dicha competencia ha quedado en cabeza de la Honorable Corte Constitucional, en esta oportunidad, más que pretender elaborar un estudio jurisprudencial de los Estados de Excepción, se desea mostrar que las medidas recientemente adoptadas por el Gobierno Nacional no son extrañas a los poderes Ejecutivo y Judicial de la República de Colombia, y por ende, los diferentes mecanismos jurídicos para el cumplimiento y ejecución de los contratos civiles y comerciales también han sido previstos con anterioridad.

Conforme a ello, multiplicidad de situaciones similares al Estado de Emergencia que hoy nos inquieta, fueron presentadas en varias oportunidades ante la Corte Suprema, en cuyas eventualidades esta Corporación dio aplicación al principio de conexidad para determinar la exequibilidad de los Estados de Sitio:

*“El entendimiento armónico de este conjunto de preceptos le ha permitido a la jurisprudencia deducir, cada vez con mayor precisión, que la finalidad de los decretos extraordinarios cohonostados por el estado de sitio no puede ser diversa del restablecimiento del orden perturbado; que, en cuanto se encamine a tal fin y **no rebase las limitaciones absolutas de la Carta**, válidas aun que para la guerra, la facultad legislativa del Gobierno, si efímera es tan amplia que excede la ordinaria del Congreso; **pero que esos decretos de emergencia deben ostentar algunos signos objetivos de su conexidad con el orden público a cuya restauración se enderezan**, pues la calificación definitiva de su constitucionalidad, a instancia de cualquier ciudadano, compete a una Rama del Poder distinta de la que los dictó.*

*Sobre este último aspecto tiene dicho la Corte reiteradamente : "La necesidad de que, a un mismo tiempo, se ejerzan por el Presidente y por la Corte, facultades calificadoras acerca de la conexidad de un decreto o de una ley con la guarda del*

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-156 de 09 de marzo de 2011, M.P. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.



orden público, sin que se produzca para ello una colisión de competencias sobre la materia, objeto de la soberana determinación de cada Rama del Poder, indica como natural premisa de una norma procedente la consideración de estas hipótesis: " 1. En la aplicación de los preceptos pertinentes de la Carta hay casos de manifiesta y clara congruencia de la norma que se suspende o se dicta, con la guarda del orden público. " 2. Hay casos, así mismo, en que la norma nueva o la que se suspende, no guarda, en forma clara y evidente, ninguna relación con el orden público, y " 3. **Hay casos dudosos, en los cuales no se manifiesta la conexidad del acto legislativo con el orden público.** A estas situaciones distintas, que pueden ofrecerse al juicio de la Corte, ha de corresponder una posición también diferente, que consulte la naturaleza propia del fenómeno en cada caso contemplado. Para la primera hipótesis, la declaración de exequibilidad se impone como necesaria consecuencia. "Para la segunda, es indudable, con fundamento análogo, que la inexecutable debe ser proferida. **En los casos dudosos, cuando la vinculación del ordenamiento de carácter legislativo con el orden público, no es clara u ostensible, la prudencia del fallador constitucional le exige decidirse por la exequibilidad**<sup>6</sup>, para evitar que pueda perturbarse el cabal cumplimiento del mandato de la Carta."<sup>7</sup>

Con igual contundencia la Corte Suprema determinó:

"Si, pues, en estado de sitio, por razón de éste y con la finalidad de atender a la guarda o restablecimiento del orden público, puede el Presidente de la República, en la extensión de las permisiones no ya de la ley positiva sino de las del Derecho de Gentes, estatuir sobre materias no regladas y suspender las regulaciones incompatibles con el estado de anormalidad, y siempre dentro del límite intraspasable de no contrariar las normas de la Constitución de obligatorio imperio en todo tiempo, es claro que los decretos legislativos que en la situación de emergencia dicte, para ser exequibles, **han de ajustarse a dos requisitos indispensables que nítidamente fluyen de los artículos 121 y 118 ordinal 8º J, a saber: el de la conexidad de la norma con el restablecimiento del orden público; y el de la transitoriedad de la misma en la medida de la duración del estado de emergencia.** Decantado está el contenido de tales conceptos en las sentencias de esta corporación de fecha 28 de junio de 1956 (LXXXIII, pág. 25 y ss.), 5 de agosto de 1958 (LXXXVIII, pág. 484 y ss.), 18 de mayo y 25 de julio de 1966 (las dos últimas aún no publicadas en la Gaceta Judicial), lo que obviamente excusa la reiteración del análisis de aquellas nociones. Basta, pues, por vía de síntesis afirmar una vez más su elemental significado consiste la conexidad de un decreto de estado de sitio en el hecho de que su preceptiva esté dirigida y vinculada a la guarda."<sup>8</sup>

En el marco de estas pautas y reglas jurisprudenciales, la Sala declaró exequibles Decretos Legislativos con similar objeto al que hoy nos ocupa. Ejemplo de ello son los siguientes:



Decreto legislativo 596 de 1970. Por medio del cual se estableció la limitación a la circulación de ciudadanos en el territorio colombiano, prohibiéndose las reuniones de carácter político, manifestaciones públicas, concentraciones religiosas, estudiantiles o laborales, paros cívicos y espectáculos públicos que

<sup>6</sup> Sentencia CSJ de 28 de abril de 1967, Gaceta Judicial Tomo CXX-CXXVI, pág. 71-74. ID: 338593

<sup>7</sup> Sentencia CSJ de 08 de abril de 1967, Gaceta Judicial GCXX-CXXVI, pág. 46-52. ID: 338590

<sup>8</sup> Sentencias CSJ, Gaceta Judicial CXX-CXXVI, pág. 53-65, Gaceta Judicial Tomo CXX-CXXVI, pág. 66-70, Gaceta Judicial Tomo CXX-CXXVI, pág. 146-151.

afectasen el normal desarrollo de las actividades ciudadanas. Declarado exequible mediante sentencia de 14 de mayo de 1970, al cumplir el requisito de conexidad.<sup>9</sup>

- ✚ Decreto legislativo 595 de 1970. Mediante el cual se le otorgó a los gobiernos departamentales y municipales la potestad de tomar las medidas pertinentes para evitar el acaparamiento, especulación y suspensión de suministros de abastecimiento de primera necesidad.<sup>10</sup> Declarado exequible mediante sentencia de 14 de mayo de 1970, al dar cumplimiento al requisito de conexidad.
- ✚ Decreto Legislativo 1129 de 1970. Mediante el cual se establece el toque de queda y limitaciones jurídicas y legalmente permitidas a los derechos de libre locomoción de personas y vehículos, así como la prohibición de reuniones, en pro del orden público, la salud y la moral pública.<sup>11</sup> Declarado exequible mediante sentencia de 13 de agosto de 1970, al corroborarse el requisito de conexidad.

Como se puede observar, son *reglas jurisprudenciales* importantes que se tuvieron en cuenta para dar lugar a las declaratorias de exequibilidad de los Decretos Legislativos expedidos en los Estados de Excepción las siguientes: **a)** la consecución del principio de conexidad, **b)** la no vulneración de mandatos constitucionales, **c)** la temporalidad de las medidas adoptadas durante el estado de excepción, y por último, **d)** una regla especial, fundamentada en la primacía del orden público, tal es que ante la duda de conexidad de las medidas adoptadas, prevalecería la exequibilidad del Decreto Legislativo.

Algunas de estas reglas jurisprudenciales han sido adoptadas por la Corte Constitucional, quien hoy día en su ardua tarea, ha establecido requisitos formales y materiales para el control constitucional de dichos cuerpos normativos, así como los juicios respectivos de conexidad, ausencia de arbitrariedad, intangibilidad, necesidad, incompatibilidad y proporcionalidad, los cuales una vez superados, amerita la declaratoria de exequibilidad del Decreto Ley.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Sentencia CSJ de 14 de mayo de 1970, Gaceta Judicial Tomo CXXXVII, pág. 153-155. ID: 338656

<sup>10</sup> Sentencia CSJ SC de 14 de mayo de 1970, Gaceta Judicial Tomo CXXXVII, pág. 161-167, ID: 338655

<sup>11</sup> Sentencia CSJ SC de 13 de agosto de 1970, Gaceta Judicial Tomo CXXXVII, pág. 309-311. ID: 338680

<sup>12</sup> Corte Constitucional C-254 de 2009, C-912 de 2010, C-742 de 2015 y C-135 de 2009.

II. DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD  
Y SU APLICACIÓN EN LOS  
CONTRATOS CIVILES Y  
COMERCIALES.



## 2. DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y SU APLICACIÓN EN LOS CONTRATOS CIVILES Y COMERCIALES.

Diferentes principios y deberes jurídicos revisten importancia no solo para la ejecución y el cumplimiento de los contratos civiles y comerciales (etapa contractual), sino también para el desarrollo en sus etapas pre-contractuales y post-contractuales. Uno de estos principios, que acapara en gran medida la atención de los vínculos negociales, es la llamada **autonomía de la voluntad privada**. Aquella ha sido interpretada por la Sala Civil de la Corte Suprema, tanto en un criterio netamente privatista, como en un criterio constitucional. De esta manera se ha determinado, en un estricto sensu:

*“Como es suficientemente conocido, uno de los principios fundamentales que inspiran el Código Civil es el de la autonomía de la voluntad, conforme al cual, con las limitaciones impuestas por el orden público y por el derecho ajeno, los particulares pueden realizar actos jurídicos, con sujeción a las normas que los regulan en cuanto a su validez y eficacia, principio éste que en materia contractual alcanza expresión legislativa en el artículo 1602 del Código Civil que asigna a los contratos legalmente celebrados el carácter de ley para las partes, al punto que no pueden ser invalidados sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.*<sup>13</sup>

En igual sentido, bajo el criterio ius privatista, esta corporación se ha pronunciado respecto de las facultades que de dicha voluntad se derivan:

*“En este orden de ideas, tratándose de la autonomía de la voluntad privada y el conjunto de facultades con que en virtud de ella cuentan las personas, facultades que se condensan en la de celebrar un determinado negocio jurídico o dejar de hacerlo, en la de elegir con quien realizarlo y en la de estipular las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas que en cuanto ocasionen agravio a intereses legítimos no amparados por una prerrogativa específica distinta, dan lugar a que el damnificado, aun encontrándose vinculado por el negocio y por fuerza precisamente de las consecuencias que para él acarrea la eficacia que de este último es propia, pueda exigir la correspondiente indemnización.”*<sup>14</sup>

Más sin embargo, la Sala Civil ha ampliado su criterio jurisprudencial, en aplicación de la cláusula constitucional del Estado Social de Derecho, al establecer:

*“La autonomía privada (auto, ‘aujtov’, uno mismo, y “nomos”, ley), expresión de la libertad, derechos fundamentales, libre desarrollo de la personalidad e iniciativa económica y de empresa garantizadas por el “Estado Social de Derecho” en tanto soportes del sistema democrático (Preámbulo, artículos 2º, 13, 14, 16, 28, 58, 59 a 66, 78, 82, 94, 150 [19] y [23], 332, 333, 334, 335, 373, Constitución Política), confiere al sujeto iuris un poder para engendrar el negocio jurídico (negotium iuridicus, Rechtsgeschäft), rectius, acto dispositivo de intereses jurídicamente relevante.*

*Más concretamente, la persona es la médula cinética, razón y justificación de toda conocida ordenación normativa, a la cual le concede personificación, atributos, derechos, iniciativa, libertad y habilidad jurídica para disponer de sus intereses en*

<sup>13</sup> Sentencia CSJ CS de 17 de mayo de 1995, exp. 4512, Sentencia CSJ SC de 23 de marzo de 2012. M.P. Ruth Marina Díaz, ID: 238592.

<sup>14</sup> Sentencia CSJ SC de 19 de octubre de 1994, exp 3972, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, ID: 238592



*procura de satisfacer sus fines, necesidades vitales, designios o propósitos individuales en la vida de relación, disciplinar, regular, gobernar u ordenar su esfera dispositiva en el tráfico jurídico mediante el negocio jurídico y el contrato o “acuerdo dispositivo de dos o más partes o sujetos contractuales para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas’ (arts. 864 Código de Comercio y 1495 Código Civil)” (cas. civ. sentencias de 31 de mayo de 2010, exp. 25269-3103-001-2005-05178-01; 1º de julio de 2008, exp. 11001-3103-033-2001-06291-01; y 1º de julio de 2008, exp. 11001-31-03-040-2001-00803-01).*

*Justamente, la autonomía privada en cuanto libertad contractual, comporta el razonable reconocimiento legal a toda persona de un cúmulo de poderes o facultades proyectadas en la posibilidad de disponer o abstenerse de la disposición (libertad de contratar o no contratar), seleccionar el sujeto con quien dispone (libertad de elegir parte o contratante), escoger o crear el tipo contractual (libertad de optar en el catálogo legis o en los usos y prácticas sociales por la especie singular de contrato o crearlo), celebrarlo de inmediato o previo agotamiento de una fase formativa (libertad de celebrar el contrato en forma inmediata o progresiva), hacerlo directamente o por mandatario, representante o apoderado, expresar el acto dispositivo (libertad de expresión o de forma), determinar el contenido (libertad de estipular el contenido), asegurar el cumplimiento, prevenir la terminación o disponerla, y garantizar, atenuar o ampliar la responsabilidad.”<sup>15</sup>*

Por otro lado, hace énfasis respecto de las limitaciones jurídicas que dicho principio contiene, al reconocer el criterio moderno del orden público, el cual se encuentra permeado por múltiples categorías jurídicas de rango constitucional, las cuales puede llegar a imperar en el desarrollo de los contratos:

*“Las leyes de orden público, según el concepto de Beudant, son las que tienden a asegurar la organización que posee una sociedad para su normal y correcto funcionamiento, y tienen como característica predominante que interesan más a la comunidad que a los hombres individualmente considerados y se inspira más en el interés general que en el de los individuos (...). Lejos de toda generalización absoluta, debe atenderse con presencia al fundamento y fin de cada norma para determinar su verdadero carácter según que se dirija y destine directa e inmediatamente al beneficio de un particular o a beneficiar en primer término la comunidad. De esta manera aparece muy calificado el carácter de orden público que corresponde a las leyes de derecho privado que rigen, por ejemplo, el estado y capacidad de las personas, base de la organización social; las que gobiernan la propiedad, especialmente la agraria por que conforman económicamente el Estado (...)” Sent. Cas. Civ. 23 de junio de 1940, G.J. T.XLIX pp 567).*

*Sin titubeo alguno hoy en día, no admite discusión de ninguna índole que el ordenamiento en general, regente en la patria, **debe estar dirigido a propiciar o lograr que la República se erija, en verdad, como un estado social de derecho, exteriorización inequívoca de la concepción moderna del orden público, y a partir del cual se dan las directrices que gobiernen la conducta de autoridades y particulares (art. 1º C. P.), amén de la observancia de aquellos parámetros que involucran el respeto por la persona humana, su dignidad, el acceso al trabajo, la solidaridad de quienes la integran y la prevalencia del interés general; debiendo serlo***

<sup>15</sup> Sentencia CSJ SC de 30 de agosto de 2011, exp. 01957-01, M.P. William Namén, ID: 227858

**también, de manera prioritaria, la satisfacción de las necesidades de aquellos individuos desvalidos o que se encuentren en condiciones de inferioridad o indefensión (Art. 13 ib); igualmente asumirá tal función la intervención de la economía, en cuanto a los bienes de producción, distribución, utilización y su consumo; así mismo, la participación y control de la prestación de servicios públicos y el control del medio ambiente; todo con miras a generar bienestar y mejoramiento en las condiciones o calidad de vida (Arts. 333 y ss idem). En veces, el orden público actúa como un mecanismo para la organización, productividad, eficiencia y equidad del sistema económico, hay una economía dirigida (orden público de dirección), y en ocasiones, para proteger determinados intereses (orden público tutelar o de protección) en razón de cierta posición económica, social, jurídica, factores sociales (Estado providencia, proteccionismo social) para proveer al bienestar social y la satisfacción de las necesidades económicas de los ciudadanos, suprimir o atenuar manifiestas desigualdades socio-económicas (contratos de adhesión, derecho del consumo), ora económicos (política deflacionista-control de precios-de crédito, derecho de la competencia, interés general )**

**...Empero, el concepto de orden público, es dinámico, mutable y cambiante, aunque no esencialmente variable y sus modificaciones se advierten en intervalos relativamente largos en el tiempo. Así, lo considerado hace unos lustros de orden público, no lo es hoy, como lo del presente puede variar mañana, y en verdad, los profundos cambios contemporáneos gestados en la vertiginosa mutación del comercio, las relaciones comerciales y el tráfico jurídico, han modificado el contexto socio-económico de la época en la cual la Corte sentó la doctrina jurisprudencial de las sentencias de 2 diciembre de 1980.**<sup>16</sup>

De esta manera, permeándose el derecho privado con los principios rectores del ius constitucionalismo de 1991, se ha dado lugar a que los distintos contratos típicos y atípicos del derecho civil y comercial deban estar ajustados a todo el cuerpo de principios y deberes constitucionales que imperan en nuestro ordenamiento jurídico. Es decir, no basta con la mera afirmación de que la autonomía de la voluntad privada esta única y exclusivamente limitada por el orden público convencional. Entran en esta eventualidad, a jugar un papel preponderante principios tales como el de igualdad negocial, la buena fe contractual, los deberes secundarios de conducta y, de gran relevancia en esta oportunidad, principios y deberes constitucionales tales como el de solidaridad contractual, lealtad contractual y colaboración.

Si bien las partes (llámense oferentes, aceptantes o contratantes), en desarrollo de la autonomía de la voluntad privada o la libertad contractual, cuentan con la discrecionalidad para convenir las cláusulas que consideren pertinentes, ello no obsta a que puedan echar de menos los principios y deberes anteriormente mencionados. Siendo así, una primera aproximación que vale la pena hacer, es la referente a la buena fe como principio rector de los contratos, por virtud del cual, la Sala lo definió como un principio general superior del ordenamiento jurídico:

*“la buena fe no es un principio de efímera y menos de irrelevante figuración en la escena jurídica, por cuanto está presente, in extenso, amén que con caracterizada intensidad, durante las etapas en comento, tanto más si la relación objeto de*

<sup>16</sup> Sentencia CSJ SC de 19 de octubre de 1994, exp 3972, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, ID: 238592, Sentencia CSJ SC de 23 de marzo de 2012. M.P. Ruth Marina Diaz, ID: 238592.

referencia es de las tildadas de 'duración', v. gr: la asegurativa, puesto que sus extremos -in potentia o in concreto-, deben acatar fidedignamente, sin solución de continuidad, los dictados que de él emergen (prédica conductiva). Es en este sentido que los artículos 863 y 871 del C. de Co y 1.603 del C. C., en lo pertinente, imperan que "Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual..."; "Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe....", y "Los contratos deben ejecutarse de buena fe...."

Quiere decir lo anterior que para evaluar si un sujeto determinado actúo o no de buena fe, resulta imperativo examinar, en cada una de las precitadas fases, la conducta por él desplegada, pero de manera integral, o sea en conjunto, dado que es posible que su comportamiento primigenio, en estrictez, se ciña a los cánones del principio rector en cita y ulteriormente varíe, en forma apreciable y hasta sorpresiva, generándose así su inequívoco rompimiento. **De allí que la buena fe no se pueda fragmentar, en orden a circunscribirla tan sólo a un segmento o aparte de una fase, por vía de ejemplo: la precontractual –o parte de la precontractual-, ya que es necesario, como corresponde, auscultarla in globo, según se indicó, valorando las diversas oportunidades que los interesados tuvieron para actuar con lealtad, corrección (correttezza) y diligencia, según sea el caso. Al fin y al cabo, sin excepción, ella se predica de la integridad de eslabones que, analizados en retrospectiva, conforman la cadena contractual (iter contractus), rectamente entendida. No es gratuito que el citado artículo 863 del Código de Comercio, expressis verbis, establezca un débito de comportamiento que cobija todo el "...período precontractual", sin distingo de ninguna especie**<sup>17</sup>

Pero además de hacer hincapié en su aplicación extensiva a la formación integral del negocio y su relevancia jurídica, lo ha permeado de otros principios y deberes tales como la lealtad y la colaboración contractual:

“Sobre el particular, la Corte ha explicado que “ ‘la buena fe, hoy sólidamente entroncada con insoslayables mandatos constitucionales (Carta Política, art.83), suele ser contemplada por el ordenamiento desde tres perspectivas distintas: de un lado, aquella que mira las esferas íntimas de la persona, para tomar en consideración la convicción con la que ésta actúa en determinadas situaciones; **de otro lado, como la exigencia de lealtad, semblante que la erige en un verdadero hontanar de normas de corrección contractual; y finalmente, como un criterio de interpretación de los negocios jurídicos.** )”<sup>18</sup>

“Y en referencia a uno de esos oficios que la caracteriza (integrador), pertinente resulta señalar que refleja tanto un aspecto negativo como uno positivo. **En el primero, “la buena fe se presenta como una obligación de respeto, de conservación de la esfera de los intereses ajenos”. Respecto al positivo, “la buena fe impondrá una activa colaboración entre los cocontratantes, encaminada a promover sus intereses”** (Betti, Emilio, Teoría General de las Obligaciones, tomo I., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969).

<sup>17</sup> Sentencia CSJ SC de 2 de agosto de 2001; Exp., No. 6146.

<sup>18</sup> Sentencia CSJ SC de 16 de agosto de 2007, Exp.No.1994 00200 01, Sentencia CSJ SC de 19 de diciembre de 2011, Exp. 2002 00329 01.

Por ello, la potestad que la ley brinda a las personas para decidir, libremente, la suerte de sus destinos, **no es posible considerarla, como ya se dijo, en términos absolutos; la realización de esa facultad impone, simultáneamente, observar un mínimo de exigencias:** “el ejercicio de un Derecho subjetivo es contrario a la buena fe no sólo cuando no se utiliza para la finalidad objetiva o función económica o social para la cual ha sido atribuido a su titular, sino también cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone en el tráfico jurídico (...) Los derechos subjetivos han de ejercitarse siempre de buena fe. Más allá de la buena fe el acto es inadmisibles y se torna antijurídico” (Luis Díez-Picazo, *La Doctrina de los Actos Propios*). Se espera, entonces, conciencia que el ejercicio de ciertos derechos impone, concomitantemente, el respeto por los ajenos; es patentizar valores como la razonabilidad, el **equilibrio contractual, el fin común; es, en definitiva, vindicar, de manera privilegiada, comportamientos libres de propósitos egoístas e individualistas, que al ejercitar los derechos legales o contractuales, según el caso, arrasen con los intereses de la parte con la que se pactó**”.<sup>19</sup>

Esta visión de carácter constitucional que propende por la igualdad sustancial en todas las etapas de los contratos, permite vislumbrar las diferentes alternativas que la ciudadanía en general puede llegar a adoptar en el tránsito de sus relaciones contractuales y comerciales, habida cuenta del Estado de Emergencia Social, Económico y Ecológico decretado por el Gobierno Nacional ante la pandemia del COVID-19. Si bien es cierto, el principio “*lex contractus, pacta sunt servanda*”, consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, determina que los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y por ende solo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo o por causas legales, mandatos de orden superior establecen la importancia de la ejecución y cumplimientos de los contratos en el marco de la colaboración mutua de las partes, con el fin de que cada una de ellas materialice su interés jurídico y económico. Es por ello, que el principio de la Solidaridad Contractual<sup>20</sup>, reconocido de manera expresa por la Corte Constitucional<sup>21</sup>, y reiterativamente citado por esta Sala, propende por adaptar las relaciones jurídicas que no se encuentran en un pie de igualdad,<sup>22</sup> generando deberes contractuales tales como el de Cooperación y Lealtad<sup>23</sup>, evitando la ruptura intempestiva de la unidad contractual y dando primacía a la obligación de cumplir los contratos de buena fe. Así, no es posible agotar el cumplimiento y la ejecución de los contratos civiles y comerciales, ni sus etapas pre-contractuales y post-contractuales, con el mero cumplimiento del orden público convencional, por el contrario la Sala incentiva a las partes contratantes para que establezcan un vínculo de colaboración activa en la realización y los fines propios del objeto del contrato<sup>24</sup>.

Ejemplo de ello, es la sentencia SC5851-2014 en la que la Sala determinó la importancia que reviste en las relaciones contractuales y comerciales esa solidaridad propio de jurisprudencia Francesa:

<sup>19</sup> Sentencia CSJ SC5851-2014 de 13 de mayo de 2014, M.P. Margarita Cabello, ID: 252345

<sup>20</sup> Como deber se establece en el artículo 92 de la Constitución Política de Colombia, como principio en el artículo primero constitucional.

<sup>21</sup> Sentencia T-520/03 Sentencia T-517/06, T-550/94, Sentencia C-569/04, Sentencia C-569/04, Sentencia C-1036/03, Sentencia T-523/06, Sentencia C-532/05

<sup>22</sup> Bernal-Fandiño, M. (2016). El principio de solidaridad como límite a la autonomía privada. *Revista Jurídicas*, 13 (2), 60-70. DOI: 10.17151/jurid.2016.13.2.5.

<sup>23</sup> Bernal-Fandiño, M. (2016). El principio de solidaridad como límite a la autonomía privada. *Revista Jurídicas*, 13 (2), 60-70. DOI: 10.17151/jurid.2016.13.2.5.

<sup>24</sup> Bernal-Fandiño, M., (2007) El solidarismo contractual, especial referencia al derecho francés



*“El negocio de suministro para distribución, convenio acordado entre los litigantes, adicional a otros elementos propios **de su naturaleza y que le caracterizan, está signado por ser un acuerdo de colaboración y de duración.***

*Esa primera función de colaboración se traduce en una disposición por parte del distribuidor para con su proveedor de ayudarlo a cumplir su objeto social; **es una concurrencia de objetivos, de participación en fines similares; ambos buscan un beneficio económico y procuran lograrlo con el apoyo mutuo.** El distribuido o proveedor, a través de esa contribución, se libera de asumir y organizar la colocación de la mercancía producida, con la consiguiente reducción de costos, pues no necesitará de personal, ni transporte, ni infraestructura adicional para llevar sus productos al consumidor, entre otros, pues todo ello lo asume el distribuidor; por su parte, este último, adquiere un bien respecto del cual no tuvo que realizar ninguna inversión para su producción, ni asume las labores, deberes y obligaciones que competen al fabricante; además, asegura la provisión regular de la mercancía.*

*Dicha relación pone en evidencia manifiesta la función económica que cumple el pacto de suministro para distribución, en favor de ambas partes. El distribuidor ubica su empresa dentro de la red de distribución del fabricante y éste logra trasladar su producto a menores costos hasta los lugares previamente concertados o los que aquél decida explorar.*

*Referente a la duración, la distribución se caracteriza porque tanto el proveedor como el distribuidor comparten, en común, el interés de que ese vínculo, en el tiempo, dure lo máximo posible; hasta cuando las circunstancias lo aconsejen, pues, de suyo, aparece que entre más exista la actividad cumplida, mayores probabilidades habría de recuperar la inversión y optimizar los beneficios.*

*8.6.1. De estas dos cualidades se deduce que la distribución impone al comprador (distribuidor), la implementación en mayor o menor volumen, según el producto distribuido, de una organización necesaria para tales propósitos y, por supuesto, esa situación le genera la asunción de gastos importantes, cuya recuperación, en la mayoría de las veces, está supeditada a la extensión del convenio, lo que significa que si el mismo no se prolonga con vocación de perdurar, el interés en el negocio tanto para el proveedor como para el distribuidor pierde significado”.<sup>25</sup>*

Téngase en cuenta que la pandemia del Covid-19 ha generado un cambio drástico en la percepción social, ecológica, económica y legal del orden público, reiterando la sentada jurisprudencia que esta Sala provee respecto de la naturaleza cambiante de dicho concepto, siendo relevante para los contratantes o las partes de un negocio jurídico tener en cuenta dicha coyuntura, dado que, como se ha observado, la autonomía de la voluntad como motor de las relaciones civiles y comerciales se encuentra limitada y permeada por ese orden público cambiante, variable y dinámico que las partes no pueden obviar, más aun cuando principios constitucionales rigen su vínculo negocial.

De lo anterior, se pueden identificar con sana lógica que son *reglas jurisprudenciales* importantes a tenerse en cuenta las siguientes: **a)** El principio de la autonomía de la voluntad tiene un carácter ius privatista que ha sido permeado por la cláusula del Estado

---

<sup>25</sup> Sentencia CSJ SC5851-2014 de 13 de mayo de 2014, M.P. Margarita Cabello, ID: 252345

Social de Derecho, **b)** Dicha autonomía está limitada por el orden público constitucional, categoría dinámica, mutable y cambiante, **c)** La autonomía de la voluntad está fundamentada por principios constitucionales tales como la buena fe y la solidaridad contractual, acompañados de deberes constitucionales como la cooperación y la lealtad, los cuales son aplicables a todos los contratos civiles y mercantiles, **d)** Mediante la colaboración mutua de las partes, la aplicación de dichos principios y deberes propende por equilibrar la relación contractual, materializando los intereses jurídicos y económicos de los contratantes y evitando a toda costa la ruptura intempestiva de los contratos.

Este análisis jurisprudencial, es uno de los posibles escenarios más viables al que la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia invita ante la situación de Emergencia que vivimos. Las distintas soluciones las podrán formular la ciudadanía en general, sin embargo conforme a la jurisprudencia se avienen otros posibles escenarios, que serán desarrollados más adelante, y que deberán contemplarse de manera integral por parte de los usuarios de la administración de justicia.

### III. DERECHOS DEL CONSUMIDOR.

### 3. DERECHOS DEL CONSUMIDOR.

Para la Sala también es relevante recordar la importancia que en nuestro ordenamiento constitucional, revisten los negocios jurídicos celebrados por la ciudadanía en el tránsito ordinario de la adquisición de bienes y servicios.

En razón de ello, en sede de Tutela, se ha determinado el alcance del marco conceptual en lo referente a los usuarios y consumidores, apoyándose en la tesis en virtud de la cual, aquellos aspectos propios de la actividad económica del adquirente que mejoren dicha actividad, hacen imposible que ese sujeto sea considerado consumidor<sup>26</sup>. Así, lo prevé el artículo 5º, numeral 3º de Ley 1480 de 2011, el cual precisa:

*“3. Consumidor o usuario. Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.”*

De igual forma, se ha establecido que en el desarrollo de los contratos amparados por la Ley 1880 de 2011, impera el principio “pro consumatore”:

*“La protección contractual estipulada en la Ley 1480 de 2011, lleva consigo un principio ineludible, descrito en los siguientes términos: “(...) [l]as condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor. En caso de duda, prevalecerán las cláusulas más [beneficiosas a aquél] sobre aquellas que no lo sean (...)”.*

*Dicho principio llamado “pro consumatore” o en favor del consumidor, se cimenta, básicamente, en la situación de debilidad de éste frente al mercado y se encamina a lograr un equilibrio en las relaciones entre aquél y los actores comerciales o empresariales con carácter dominante. Por tanto, ante normas contrapuestas o, eventualmente, perjudiciales para el consumidor, deberá efectuarse una interpretación favorable a este último en procura de no lesionar sus garantías y permitirle superar las desigualdades con los demás agentes mercantiles.”<sup>27</sup>*

Más aún, la protección de estos sujetos de derecho se extiende a las etapas precontractuales, contractuales y poscontractuales:

*“En el asunto sublite, podemos señalar que los aquí quejosos como consumidores o usuarios de los productos inmobiliarios, gozan de la protección del Estado, inclusive desde la etapa precontractual, pues fue allí donde aquéllos manifestaron su voluntad de adquirir ciertas obligaciones para con el respectivo constructor, y paralelamente, de un cúmulo de derechos en el marco de los deberes primarios y secundarios de conducta.*

*Los actos precontractuales, contractuales y poscontractuales se rigen por las normas de protección al consumidor del Código Civil y las especiales del Código de Comercio, por ejemplo, la “opción de compra” haría parte de los primeros, mientras que la promesa de compraventa, como negocio autónomo, puede hacer parte de los*

<sup>26</sup> Sentencia CSJ STC11346-2018 de 5 de septiembre de 2018, M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

<sup>27</sup> Sentencia CSJ STC11884-2018 de 14 de septiembre de 2018, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.



segundos. Por tanto, deben ajustarse a las reglas pertinentes sobre la materia establecida en dichas normatividades, y observar deberes y derechos. En los primeros se hallan: la seguridad e indemnidad y recibir información; y en relación con los segundos, está: informarse respecto de la calidad de los productos, entre otros. Han de evitar las “cláusulas abusivas”, las cuales, como se señaló con anterioridad deben ser objeto de control en los negocios de consumo, por parte de los jueces del Estado<sup>28</sup>.

“Esta cuestión no es de poca transcendencia porque se relaciona **directamente con los deberes primarios y secundarios de conducta, todos los cuales deben estar mediados de una buena fe activa, al momento de ejecutar el acto obligacional**, o al instante de aceptar, en términos del acto o negocio jurídico, la oferta que le hace el productor, fabricante o distribuidor del azucarado.”<sup>29</sup>

Entre algunos de los deberes secundarios de conducta en los que ha ahondado esta Corporación, se destaca el deber de información y su distinción con la publicidad:

“El Estatuto del Consumidor -Ley 1480/11- define la información como «[t]odo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización» (Art. 5º, Num. 7º), siendo la publicidad una especie de ella, al punto de ser catalogada como un derecho del consumidor (Art. 3º), por lo que desde tiempo atrás se ha dicho que, «cuando la invitación a contratar se realiza por conducto de una publicidad no puede, no debe, descartarse un eventual daño a sus destinatarios y su condigna reparación, si es que publicidad tal no se hace con apego a la sinceridad y seriedad que es de esperarse, de modo de inferir que la confianza del consumidor ha sido traicionada» (CSJ SC, sentencia 13 Dic. 2001, Exp. 6775) ...

Como lo sostiene la doctrina especializada en la materia, la información contiene únicamente elementos objetivos, mientras que la publicidad puede comunicar tanto aspectos objetivos como apreciaciones subjetivas; de ahí que, en relación con esta última, sólo se exige que cuando contenga aquellos, la misma no sea engañosa, es decir, que corresponda a la realidad y sea suficiente, de manera que no induzca ni pueda inducir a error, engaño o confusión; por tal razón, el canon 23 del citado compendio normativo prevé que, «[l]os proveedores y productores deberán suministrar a los consumidores información, clara, veraz, **suficiente**, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan y, sin perjuicio de lo señalado para los productos defectuosos, serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información. En todos los casos la información mínima debe estar en castellano» (resalto intencional), entendiéndose por suficiente, «aquella que ordinaria o regularmente se considera necesaria o idónea, para que el consumidor se forme una opinión acerca de la oferta planteada y tome una decisión de si aceptar o rechazar la misma», todo lo cual apunta a que el aspecto extrañado por los tutelantes no corresponde a un elemento objetivo de la oferta que debía ser puesto en su consideración por el

<sup>28</sup> Sentencia CSJ STC11884-2018 de 14 de septiembre de 2018, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

<sup>29</sup> Sentencia CSJ STC4819-2017 de 5 de abril de 2017, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

*proveedor para que ellos pudieran formarse una idea de lo ofrecido, y así poder tomar una decisión de aceptación o rechazo de la misma.”<sup>30</sup>*

Así mismo, en desarrollo del bloque de constitucionalidad y de normas supranacionales de obligatorio cumplimiento como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la protección de los derechos del consumidor ha trascendido a otros derechos fundamentales del ordenamiento, tales como:

- ✚ *El debido proceso y el derecho a la defensa de los consumidores de alimentos y bebidas gaseosas.* En este evento se duelen los gestores de la determinación tomada por la Superintendencia de Industria y Comercio en un trámite administrativo desarrollado sin la participación de los accionantes, en el que se ordenó suspender la campaña pedagógica en medios masivos que evitaba el consumo excesivo de alimentos y productos no saludables. La Corte en este evento ordenó revocar la sentencia y vincular a los accionantes.<sup>31</sup>
- ✚ *El debido proceso y los derechos de las personas en condición de discapacidad en su calidad de consumidores financieros.* En virtud de esta causa, el accionante (sujeto con discapacidad de orden mental, calificada en un 55.4%), demandó la protección de sus derechos, con el fin de que se hiciera efectiva una póliza para condonar la obligación en razón a dicha discapacidad y a su condición de madre cabeza de familia. Ante la negativa para la protección de sus derechos como consumidor financiero y en razón a la situación que padece, la Corte concede el amparo frente a la doble dimensión de discriminación sufrida por la accionante y la ausencia de garantías dada su condición.<sup>32</sup>

Todo el marco de protección jurisprudencial que ha desarrollado la Sala Civil en este tema, está sustentado en el ejercicio del *control de convencionalidad*,<sup>33</sup> en virtud del cual bajo cualquier circunstancia, los Estados deben inclinarse por garantizar los derechos Humanos y constitucionales, aun en Estados de Excepción:

*“Brota palmario, la obligación del juez, en este caso la Superintendencia Financiera quien ejerció funciones jurisdiccionales, de sustentar debidamente sus decisiones tiene una relación intrínseca con lo consagrado en el artículo 8.1 del acotado tratado . Al respecto la Corte Interamericana aludiendo a dicho postulado, expresó:*

***“(…) [L]as decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una***

<sup>30</sup> Sentencia CSJ STC15218-2018 de 21 de noviembre de 2018, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

<sup>31</sup> Sentencia CSJ STC4819-2017, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

<sup>32</sup> Sentencia CSJ SCT14920-2018 de 15 de noviembre de 2018, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

<sup>33</sup> Sentencia CSJ STC9128-2019 del 11 de julio de 2019, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, Sentencia CSJ STC8322-2019 de 26 de julio de 2019, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, Sentencia CSJ STC11884-2018 de 14 de septiembre de 2018, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, Sentencia CSJ STC9911-2018 de 2 de agosto de 2018, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, Sentencia CSJ STC4819-2017 de 5 de abril de 2017, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona,

de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso. (...)”.

El instrumento citado resulta aplicable por virtud del canon 9 de la Constitución Nacional, cuando dice:

“(…) Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia (...)”.

**La regla 93 ejúsdem, señala:**

**“(…) Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.**

“Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (...)”.

**Y, del mismo modo, el mandato 27 de la Convención de Viena, sobre el derecho de los tratados de 1969 , debidamente ratificada por Colombia, según la cual: “(…) Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...)”.**

5.1. Aunque podría argumentarse la viabilidad del control de convencionalidad sólo en decursos donde se halla el quebranto de garantías sustanciales o cuando la normatividad interna es contraria a la internacional sobre derechos humanos, se estima trascendente efectuar dicho seguimiento en todos los asuntos donde se debata la conculcación de prerrogativas iusfundamentales, así su protección resulte procedente o no.

**Lo aducido porque la enunciada herramienta le permite a los Estados materializar el deber de garantizar los derechos humanos en el ámbito doméstico, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos y su jurisprudencia, ejercicio que según la Corte Interamericana se surte no sólo a petición de parte sino ex officio .**

**No sobra advertir que el régimen convencional en el derecho local de los países que la han suscrito y aprobado, no constituye un sistema opcional o de libre aplicación en los ordenamientos patrios; sino que en estos casos cobra vigencia plena y obligatoriedad con carácter impositivo para todos los servidores estatales, debiendo realizar no solamente un control legal y constitucional, sino también el convencional; con mayor razón cuando forma parte del bloque de constitucionalidad sin quedar al arbitrio de las autoridades su gobierno.”<sup>34</sup>**

---

<sup>34</sup> Sentencia CSJ STC9911-2018 de 2 de agosto de 2018, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona

En resumen, serán *reglas jurisprudenciales* destacadas: **a)** no se considera consumidor aquel que adquiera un bien o servicio para satisfacer aspectos propios de su actividad económica, **b)** los negocios jurídicos que se celebren en el marco de la ley 1880 de 2011 se regirán por el principio “pro consumatore”, **c)** los derechos del consumidor están protegidos tanto las etapas precontractuales, contractuales y poscontractuales, **d)** a estas relaciones jurídicas de consumo le son aplicables los deberes secundarios de conducta y todas aquellas normas civiles y comerciales relacionadas con la oferta y la aceptación mercantil, **e)** la protección de los derechos del consumidor ha trascendido a otros derechos fundamentales del ordenamiento a través del bloque de constitucionalidad y de normas supranacionales de obligatorio cumplimiento, **f)** los Estados deben inclinarse por garantizar los Derechos Humanos, Constitucionales y de los consumidores, aún en Estados de Excepción.



IV. MECANISMOS JURÍDICOS  
APLICABLES A LAS CONTROVERSIAS  
CONTRACTUALES.

#### 4. MECANISMOS JURÍDICOS APLICABLES A LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.

Como se pudo observar en la reiterativa jurisprudencia citada, la autonomía de la voluntad concede a las partes contratantes un conjunto de atributos, derechos, libertades y habilidades jurídicas para disponer y satisfacer sus propios intereses,<sup>35</sup> encontrando su mayor expresión en la decisión que se tienen de celebrar o no un determinado contrato. En algunas ocasiones esa expresión de la voluntad puede estar encaminada a evitar eventos litigiosos ante la jurisdicción, de tal manera que entran a jugar un papel sobresaliente los llamados Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. En esta oportunidad, se hará referencia a dos de dichos mecanismos, los cuales a la luz de la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, son verdaderos negocios jurídicos.

##### 4.1. EL CONTRATO DE TRANSACCIÓN.

La Sala en reiterada jurisprudencia, estudiando la aprobación de las convenciones transaccionales de los litigantes<sup>36</sup> y la nulidad de los contratos de transacción,<sup>37</sup> se ha permitido definir este Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos en el marco del artículo 2469 del Código Civil<sup>38</sup>, identificando sus características y requisitos esenciales:

*“Es un contrato bilateral, porque impone obligaciones recíprocas, y consensual, porque no está sometido a formalidad especial alguna, salvo que afecte bienes raíces. Debe recaer sobre cosas dudosas, vale decir, sobre derechos cuya expresión y existencia es materia de disputa. Es oneroso, dado que las partes deben hacerse recíprocamente concesiones, y por regla general se celebran intuitu personae, con consideración a la persona con la cual se celebra. En la transacción las partes resuelven por sí mismas sus propias diferencias, constituyendo uno de los tres medios a que es dado acudir para poner término a las pretensiones encontradas de dos o más personas. Lo que en realidad define y delimita esta figura jurídica es que pone fin a un litigio o lo previene, mediante un sacrificio recíproco de las partes, sin que en forma alguna signifique que cada sacrificio sea conmutativo y equivalente, sino que cada contendor renuncia voluntariamente una parte de lo que cree ser su derecho. De manera que para que exista definitivamente este contrato se requieren en especial tres requisitos: 1. Existencia de una diferencia litigiosa, aun cuando no se halle sub iudice; 2. Voluntad e intención manifiesta de ponerle fin extrajudicialmente o prevenirla; y 3. Concesiones recíprocamente otorgadas por las partes con tal fin”<sup>39</sup>.*

De la misma manera, en su clasificación como contrato o convenio, se ha determinado la imperiosa necesidad de que cumpla los presupuestos de validez del negocio jurídico, siendo necesario identificar: “la plena capacidad de las partes, la idoneidad del objeto, el

<sup>35</sup> Sentencia CSJ SC de 31 de mayo de 2010, exp. 25269-3103-001-2005-05178-01; 1º de julio de 2008, exp. 11001-3103-033-2001-06291-01; y 1º de julio de 2008, exp. 11001-31-03-040-2001-00803-01

<sup>36</sup> Auto CSJ AC de 02 mayo de 2012, M.P. Ruth Marina Díaz, ID: 211252, ID: 463305, AC4912-2015, AC831 DE2016, AC7321 DE 2016, ID: 18579.

<sup>37</sup> Sentencia CSJ Gaceta Judicial Tomo LXXX n.º 2155, pág. 692 A 699, ID: 416658, Sentencia CSJ de29 de junio de 2007, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo, ID: 226685, Sentencia SC418-2018 de 1 de marzo de 2018, M.P. Margarita Cabello

<sup>38</sup> Mismo concepto se encuentra en los artículos 2044 Código Francés; 1809 del Código Español, 1962 del Código Italiano y 2446 del Código Chileno. Sentencia CSJ de29 de junio de 2007, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo, ID: 226685.

<sup>39</sup> Sentencia CSJ Tomo XLVIII n.º 1948, pág. 266 - 271 ID 419844, Tomo XLVII n.º 1940, pág. 478 - 483, ID: 485419, Sentencia CSJ Tomo CXVI n.º 2281, pág. 84 A 98, ID: 344130.

poder dispositivo, así como el consenso libre de error, dolo o fuerza, estado de necesidad o de peligro, abuso de las condiciones de debilidad de una parte, asimetrías negociales objetivas o abusos de cualquier índole”.<sup>40</sup>

Fungen también como características del contrato de transacción:

*“en cuanto a su naturaleza consensual o solemne cuando se refiere, según el caso, a cosas muebles corporales o incorporales (derechos personales) o a cosas inmuebles o derechos de la misma naturaleza; en cuanto a su objeto, singular o plural, según que comprenda uno o varios litigios o controversias, y en cuanto a su ejecución, inmediata, según que resuelva allí mismo y directamente el litigio o controversia existente o eventual, o que por el contrario, se difiera; para la realización de ciertos actos o negocios que le den ejecución o complementen posteriormente la transacción efectuada y que normalmente hacen parte de él y toman su naturaleza transaccional”*<sup>41</sup>

No obstante, sentada jurisprudencia, ha determinado que la naturaleza del contrato de transacción ciertamente es consensual:

*“El Tribunal estimó que por versar sobre derechos inmuebles el litigio que se pretendió finalizar con la transacción, ésta requería, por si misma, las formalidades o solemnidades propias de los negocios sobre bienes raíces.*

**No. A este respecto la Corte ha dicho: "Siendo el contrato de transacción simplemente consensual, basta el acuerdo de las partes para su perfeccionamiento aun cuando ellas transijan una disputa de linderos relativa a predios que posean con un lindero común.**

**Ello porque por su naturaleza, la transacción no es transmitiva, sino simplemente declarativa o reconocitiva**<sup>42</sup> de los derechos que forman el punto de discrepancias sobre la cual ha recaído.

**De igual manera, cuando los propietarios de predios limítrofes transigen una disputa de linderos, señalando de mutuo acuerdo la línea divisoria que en lo sucesivo ha de separarlos, no se hacen por ello concesiones recíprocas de terreno, sino que cada uno deja a su contrario con los derechos que pretendía en cuanto la nueva limitación abarca sus pretensiones, lo que en definitiva sucede, es que las partes de mutuo acuerdo interpretar sus títulos y señalan la demarcación, pero cada uno continúa poseyendo :por el título de su propiedad, ya, que la transacción sólo se encamina a declarar hasta dónde llega por convenio mutuo los derechos de cada uno de los contendientes". (Sentencia, 22 'marzo' 1949 LXV 634) .**

**Otra cosa ocurre cuando la transacción implique, por ejemplo, la transferencia de un predio extraño al pleito, cuya propiedad no se disputa, pero que su dueño lo enajena a favor de la otra parte para poder terminar el pleito por medio del arreglo. En esas circunstancias**

<sup>40</sup> Sentencia CSJ SC de 02 de mayo de 2012, M.P. Rut Marina Díaz, ID: 211252.

<sup>41</sup> Sentencia CSJ de 13 de junio de 1989, M.P. Pedro Lafont Pianetta, ID: 363970.

<sup>42</sup> Sentencia CSJ de 29 de junio de 2007, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo, ID: 226685. Sentencia Gaceta Judicial Tomo XC n.º 2207-2208-2209, pág. 87 A 94, ID 343536.

**se requeriría la solemnidad reclamada por la transferencia en cuestión**<sup>43</sup>.

Más aún, para no dar lugar a interpretaciones erróneas respecto de su misma naturaleza, la Sala Civil reitera que:

*“En consecuencia, cuando la debida y puntual satisfacción de las prestaciones que tienen su fuente o manantial en el contrato de transacción, obliga a las partes a realizar actos posteriores a su celebración, v. gr. la suscripción de documentos, entrega de bienes, etc., así sea que ellos requieran o no del cumplimiento de **determinadas solemnidades, como el otorgamiento de una escritura pública, estos actos, en estrictez, no pueden confundirse con la transacción misma, un arquetípico antierius, y mucho menos, con sus efectos, los que de ordinario se desdoblán y manifiestan a posteriori. Por ello es por lo que cabe reiterar, entonces, que la circunstancia de no haberse ejecutado los actos de cumplimiento previstos en la transacción, no desdice, per se, que ella produzca los efectos procesales precedentemente mencionados... En relación con este punto, la Sala tiene establecido que **“una cosa es entonces la transacción y otra muy distinta su ejecución, la que por cierto sí puede implicar connotaciones trasmisivas...”**, luego de lo cual apuntó, “sobre la base del cariz consensual de la transacción ... que en estos eventos **‘basta el acuerdo de las partes para su perfeccionamiento (...) porque por su naturaleza, la transacción no es trasmitiva, sino simplemente declarativa o reconocitiva de los derechos que forman el punto de discrepancia’**. (Se subraya; cas. civ. 26 de mayo de 2006, Exp. 07992)”<sup>44</sup>***

Así mismo:

*“No cree la Corte, contra el pensamiento de muchos, que tan acendrados principios del derecho privado puedan dar vuelta por la naturaleza de los bienes objeto de transacción. Ciertamente que los bienes raíces han concentrado históricamente una especial atención jurídica; su representatividad en los sistemas económicos, su valor e importancia así lo han aconsejado. Los ordenamientos jurídicos lo han hecho patente, y solícitos se muestran para reclamar que su comercialización esté dotada de cierta seguridad, exigiendo más de una vez que su negociabilidad sea solemne. Así, la compraventa, hipoteca, servidumbre, usufructo, para no citar más que algunos ejemplos. Pero el asunto no puede pasar de ahí. **Enfatización ésta que se antoja imperiosa, porque existe la propensión de que donde se diga inmueble se dice escritura pública, lo cual, sin norma, según se anticipó, no es veraz.** En un tiempo se creyó, verbigracia, que si lo que al mandatario se encargaba recaía sobre inmueble, el propio mandato transmudaba su naturaleza de consensual a solemne, y debía entonces otorgarse escritura pública, cuestión que incluso llegó a sostener la jurisprudencia de la Corte. Hasta que llegó la hora en que ésta misma clarificó que una cosa era el mandato (contrato emblemático de la consensualidad) y otra el encargo que implicaba, de modo de pensar que la dos conservan su autonomía y por ende cada cual mira para su lado.*

<sup>43</sup>Sentencia CSJ Gaceta Judicial Tomo LXXX n°. 2155, pág. 692 A 699, ID: 416658, Sentencia CSJ Tomo LXV n°. 2070 -2071, pág. 629 - 635, ID: 417684.

<sup>44</sup>Sentencia CSJ de 29 de junio de 2007, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo, ID: 226685.



*Es probable que otro tanto haya acontecido con la transacción. En verdad nada hace descartar que el intérprete, atrapado por la idea que inspiran los bienes raíces, estime que dentro de su labor está el entrar a clasificar las transacciones en solemnes y consensuales, según que comprendan bienes raíces o no, sin parar mientes en que **la evaluación de si un contrato ha de escapar a la regla general de consensualidad corresponde al legislador y no al intérprete.***

*Por otra parte, nada hostil a lo que se afirma puede ser el artículo 12 del decreto 960 de 1970, pues si bien es cierto que manda la escritura pública para “todos los actos y contratos de disposición o gravamen de bienes inmuebles”, sin olvidarse eso sí de la taxatividad del asunto como da en memorarlo a continuación, no lo es menos que **la transacción no es per se un acto dispositivo y menos un gravamen. Puede ser que en esto estribe el error. La transacción en sí no es más que un acuerdo para acabar con un litigio, o precaver uno futuro, caracterizado porque las partes renuncian a la exclusividad de los derechos en disputa y prefieren más bien ceder parcialmente sus aspiraciones recíprocas. Acordados en eso, la transacción es perfecta a los ojos de la ley. La transacción es eminentemente declarativa, en cuanto comporta el anuncio de que ya no se quiere más pendencia**”<sup>45</sup>*

Ahora bien, la transacción debe verificar tanto la disponibilidad del derecho objeto de ella, como la capacidad de disposición de las partes que acuden a celebrar el contrato. En razón a ello ha de tenerse en cuenta que:

- a. *Respecto del objeto* sobre el cual versa la transacción, es imperativo que recaiga sobre derechos disponibles, renunciables o transigibles, siendo claro para la Sala que, aquellos contratos de transacción que hagan alusión al estado civil de las personas<sup>46</sup> son nulos de nulidad absoluta,<sup>47</sup> inclusive aquellos en los que se pacten capitulaciones con el fin de evitar el surgimiento de la sociedad patrimonial, por cuanto afecta el estado civil de compañera o compañero permanente.<sup>48</sup>
- b. *Respecto de la capacidad de disposición*, la Sala vislumbra que:
  - ✚ De acuerdo al artículo 2471 del Código Civil, el apoderado ha de tener expresa facultad para celebrar el contrato de transacción en nombre de su poderdante<sup>49</sup>, toda vez que ella no es implícito.
  - ✚ Es fundamental que en aquellos eventos en los que la transacción verse sobre el patrimonio de los menores de edad (como lo es la disposición de bienes inmuebles o de donaciones, arrendamientos por largos periodos de tiempo, aceptaciones o repudiaciones de la herencia), de conformidad con los artículos 303 y 304 del Código Civil, el titular de la patria potestad requieren de autorización judicial.<sup>50</sup>
  - ✚ No obstante poder celebrarse transacciones de carácter parcial, bien sea respecto del derecho debatido (aspecto objetivo) o de los sujetos implicados

<sup>45</sup> Sentencia CSJ SC de 26 de mayo de 2006, M.P. Manuel Isidro Ardila ID: 226234

<sup>46</sup> Prohibiciones expresas de los artículos 2473 del Código Civil y 1 del Decreto 1260 de 1970.

<sup>47</sup> Sentencia CSJ Gaceta Judicial Tomo LXXXVIII n.º 2199 - 2200, pág. 517 A 519, ID: 343454

<sup>48</sup> Auto CSJ AC5475-2018 de 14 de diciembre de 2018, M.P. Marcarita Cabello Blanco.

<sup>49</sup> Auto CSJ AC4701-2016 de 27 de julio de 2016, M.P. Ariel Salazar.

<sup>50</sup> Auto CSJ AC4701-2016 de 27 de julio de 2016, M.P. Ariel Salazar.



(aspecto subjetivo), es importante integrar los litisconsorcios necesarios en aquellos eventos que se configuren, y permitir el acceso a la negociación tan solo de las personas legitimadas para ello.<sup>51</sup>

- ✚ Respecto del cuestionamiento a la autenticidad del acuerdo transaccional, en el marco de los cánones 252 del Código de Procedimiento Civil y 13 de la ley 446 de 1998, si este fue presentado personalmente o reconocido por quienes los suscribieron, no hay lugar a rebatirlo.<sup>52</sup>

Por otro lado la Sala, haciendo referencia a la validez de los acuerdos de transacción en el marco del principio de la autonomía de la voluntad, ha discurrido sobre la importancia que reviste el asentimiento de las fórmulas transaccionales en las llamas tratativas preliminares:

*“Al respecto, conviene señalar que uno de los elementos indispensables para obligarse, a través de un negocio jurídico, es la voluntad, en tanto la exteriorización del querer es la única que puede dar lugar a vínculos obligatorios convencionales, sin perjuicio de los casos de excepción.*

*Así lo dispone el artículo 1494 del Código Civil, al prescribir que las obligaciones nacen, entre otras fuentes, «del concurso real de las voluntades de dos o más personas», caso en el cual se requiere de un «acto o declaración de voluntad», según las voces del artículo 1502 ejusdem.*

***Tal «querer» se gesta en el interior del sujeto, pero únicamente adquiere relevancia jurídica cuando se da a conocer a su destinatario a través de un canal idóneo para esto, ya que mientras no se exteriorice es inaprensible.***

***Según la forma empleada para la divulgación, la voluntad se clasifica en expresa o tácita; la primera, cuando dimana de un acto verbal, escritural o gestual; la segunda, cuando se infiere del comportamiento de los sujetos negociales.”***<sup>53</sup>

Igualmente reitera:

*“La voluntad, frente al acto jurídico, presenta dos estadios, los cuales deben concurrir e integrarse para que tengan repercusión en el campo del derecho. Inicialmente, uno de **carácter interno**, en cuanto no es voluntad exteriorizada sino oculta e irrelevante, esto, es cuanto es carente de eficacia legal para la formación de una relación jurídica por no aparecer declarada o conocida, nivel en el cual se halla realmente la reserva mental...Pero también tiene el otro **carácter, el externo**, como voluntad exteriorizada o declarada. Ello significa que el querer interno y consciente de la persona cuando se manifiesta externamente, es comunicado y conocido por los otros o por los terceros, adquiere efectos vinculantes frente a los otros sujetos de derecho.”*<sup>54</sup>

<sup>51</sup> Auto CSJ AC1814-2017 de 23 de marzo de 2017, M.P. Álvaro Fernando García, Auto CSJ AC de 5 de septiembre de 1996, exp. 4546, Auto de 14 de octubre de 2004, M.P. Jaime Alberto Arrubla, ID: 225311.

<sup>52</sup> Auto CSJ AC de 02 mayo de 2012, M.P. Ruth Marina Díaz, ID: 211252, ID: 463305, AC4912-2015, AC831 DE2016, AC7321 DE 2016, ID: 18579.

<sup>53</sup> SC001-2019

<sup>54</sup> SC19730, 27 nov. 2017, rad. n.º 2011-00481-01

Bajo este entendido, también se ha estudiado lo referente a la formación del consentimiento. A este respecto, se avocó conocimiento de un contrato de transacción en cuyo contenido se pactó una cláusula compromisoria, en donde el demandante consideraba nulo el acuerdo. La Sala en esta oportunidad, expresó que la nulidad de dicha disposición no puede provenir de la propia incuria del recurrente, perdiendo validez legal cualquier excusa en razón a la no lectura del documento, su no revisión, la ausencia de un asesor jurídico o la no traducción del documento:

***“La ausencia de un periodo previo de negociaciones respecto a la cláusula arbitral, en sí misma considerada, carece de la potencialidad de invalidar el acuerdo de voluntades, pues esta situación no reniega del consentimiento alcanzado, lo que se hizo palpable a través de la aceptación de Michael Ventura a la propuesta que le fue presentada por escrito.***

*Así lo establece el artículo 864 del Código de Comercio, al disponer que el contrato «se entenderá celebrado... en el momento en que éste [se refiere el proponente] reciba la aceptación de la propuesta», sin exigir para estos fines el agotamiento de una fase de discusiones previas.*

*Y es que nada impide que un contrato se forme de manera instantánea, cuando el destinatario de la oferta asienta en el proyecto que ha recibido del oferente, momento a partir del cual se producen todas sus consecuencias jurídicas, como sucedió en el sub lite.*

*Ahora bien, la falta de conocimientos jurídicos, la no comparecencia de un abogado de confianza o la utilización del español, no fue obstáculo para que Michael Ventura consintiera en la compraventa de acciones y en el pacto arbitral, por lo que ahora no puede escudarse en estas situaciones para rechazar los efectos de su declaración; de haber sido un impedimento debieron alegarse al momento de manifestar su consentimiento, sin esperar a que se iniciara un proceso años más tarde, so pena de faltar a la buena fe.*

***Rememórese que, una vez se expresa el querer, el emisor es responsable por las consecuencias de sus actos, salvo que demuestre una actuación del otro contratante para suscitar la situación, aspecto que no se alegó ni se probó en la anulación.***

***Por el contrario, según los argumentos del escrito de sustentación, fue el recurrente quien no leyó el documento, ni exigió su traducción o buscó ayuda profesional, siendo aplicable la máxima del derecho de que nadie pueda alegar su propia incuria su favor.*** Auscultado una vez más el punto de esta regla moral en las obligaciones, conocida desde los romanos, cabe puntualizar que la justicia debe denegar la protección cuando quien la exhorta ha actuado de una manera irregular, bien sea por simple descuido o culpa, o por dolo - *nemo creditur turpitudinem suam allegans-* (SC, 22 en. 1971, G.J. n.º 2340, p. 50; SC, 4 oct. 1982, G.J. n.º CLXV, p. 215)<sup>55</sup>

En otra oportunidad, examinando el perfeccionamiento del acuerdo transaccional presentado en audiencia de conciliación judicial, y rechazado por una de las partes

<sup>55</sup> Sentencia SJC SC001-2019 de 15 de enero de 2019, M.P. Aroldo Wilson Quiroz, ID: 652094.

invocando fallo en equidad, la Sala resalto la importancia de distinguir las meras intenciones de remediar el litigio frente al contrato de transacción:

*“según esas precisiones de las partes, que en dicho documento ellas plasmaron el ideal de conciliación al que querían llegar, por lo que se **trataba de un mero proyecto de solución del conflicto y no un arreglo terminado.***

***Precisamente, porque se trataba de una simple intención de remediar el litigio, y no de una convención completamente finiquitada, fue que la empresa demandada, posteriormente, en la audiencia surtida el 8 de abril de 2008, le retiró su apoyo al manifestar, frente a la pregunta de “si (...) mant[enía] los términos del preacuerdo suscrito el 31 de enero de 2008”, que tenía “algunas discrepancias” en cuanto a él, y cambió la fórmula conciliatoria, para proponer que el Tribunal resolviera en equidad.***

***Extráctase de lo dicho que esa iniciativa, por ser tal, no se erigió como un contrato, propiamente dicho, y mucho menos de transacción, pues ese no fue el ánimo que las partes tuvieron al convenirla, propósito determinante al definir su naturaleza jurídica, pues como reza el artículo 1618 del Código Civil, “[c]onocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”, principio de interpretación aplicable a todo acto o negocio jurídico.***

*Añádese que dicho “principio de acuerdo”, en últimas, no recibió el concurso de la voluntad de la empresa aquí demandada, como ya se acotó, y que, por lo mismo, mal podría hablarse de su configuración como contrato, pues en su caso no se avizora el cumplimiento del artículo 1502 del Código Civil, según el cual “[p]ara que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1o) ...; 2o) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3o) ...; 4o) ...”<sup>56</sup>*

También, es recurrente la inquietud que suscita a los usuarios de la administración de justicia y de la ciudadanía en general, respecto de ¿en qué momento se puede transigir o celebrar los acuerdos de transacción y que formalidades debe revestir? A estos efectos, es claro que podrá celebrarse antes del proceso o durante cualquier estado de este, sobre la totalidad o parte del litigio y con antelación a la ejecutoria de la providencia conclusiva,<sup>57</sup> en aplicación al inciso primero del artículo 312 del Código General del Proceso. Del mismo modo ha determinado la Sala:

*“Cuando se celebra fuera del proceso, menester la solicitud expresa de las partes o apoderados debidamente facultados, acompañando el escrito que la contenga, para que el juzgador controle la plenitud de sus exigencias legales, tanto las sustanciales inherentes a su naturaleza contractual, cuanto las procesales, y en su caso, exigiéndose licencia judicial, imparta la autorización o aprobación respectiva, acepte o rechace (artículo 340, C. de P.C., auto de 5 de noviembre de 1996, exp. 4546)”<sup>58</sup>*

*“En cuanto a las formalidades “[p]ara que la transacción produzca efectos procesales”, el inciso segundo ídem ritual prevé que “deberá solicitarse por quienes*

<sup>56</sup> Sentencia SCJ SC3642-2019, del 9 de septiembre de 2019, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo, ID:676010.

<sup>57</sup> Sentencia CSJ SC de 02 de mayo de 2012, M.P. Ruth Marina Díaz, ID: 211252.

<sup>58</sup> Sentencia CSJ SC de 02 de mayo de 2012, M.P. Ruth Marina Díaz, ID: 211252.

la hayan celebrado, dirigida al juez o tribunal que conozca del proceso o de la respectiva actuación posterior a este, según fuere el caso, precisando sus alcances o acompañando el documento que la contenga. Dicha solicitud podrá presentarla también cualquiera de las partes, acompañando el documento de transacción; en este caso se dará traslado del escrito a las otras partes por tres (3) días”.

Por supuesto, la Corte no desconoce que conforme al segundo aparte del inciso primero del artículo 312 citado, las partes “[t]ambién podrán transigir las diferencias que surjan con ocasión del cumplimiento de la sentencia”.

**Ahora bien, si en su lugar el propósito fuera que precisamente no se ejecute la sentencia, como más bien parece ser la intención de los intervinientes en el acuerdo examinado, sin duda que ello no se enmarca en el objeto que la ley reconoce es propio de la transacción, en cuanto partiendo de una pendencia ya definida, el pacto tendría por finalidad evitar su ejecución.”<sup>59</sup>**

Ahora bien, en lo atinente a los contratos de transacción celebrados en consideración de títulos nulos, la Sala identifica los efectos jurídicos que esa situación acarrea:

*“Por el carácter dispositivo de derechos que tiene la transacción el legislador le ha reconocido el efecto de hacer tránsito a cosa juzgada en última instancia (art. 2483 C.C.), sin perjuicio de que pueda pedirse su nulidad y rescisión por las causales generales de los contratos o las precisas dispuestas en los artículos 2476 y siguientes del ordenamiento civil, incluso, resolverse en los términos que autoriza el artículo 1546 ídem para los contratos bilaterales.*

*En relación con la nulidad, a este tipo contractual le son aplicables las causales generales de invalidez de todo negocio jurídico, así como las especiales que contempla el título XXXIX del Código Civil, particularmente, en lo que interesa a este caso, la prevista en el artículo 2477 íbidem, según el cual «es nula en todas sus partes la transacción celebrada en consideración a un título nulo, a menos que las partes hayan tratado expresamente sobre la nulidad del título».*

***Deviene de lo indicado que cuando el contrato de transacción se celebra en consideración a un título nulo el mencionado acuerdo resultará igualmente inválido, a menos que expresamente las partes hayan tratado sobre esa nulidad, puesto que ante el silencio al respecto, cualquiera de los interesados podrá alegar la invalidez del título, lo que traería aparejado que las cosas vuelvan al estado «en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo», como manifestación inequívoca de los efectos retroactivos que tiene dicha declaración, en los términos que prevé el art. 1741 del Código Civil...”<sup>60</sup>***

Por último, la Sala también determina pautas jurisprudenciales para dirimir los conflictos de competencia que se presentan entre los jueces en relación a las controversias derivadas de contratos de transacción, siendo importante resaltar las siguientes:

- ✚ Aplicación del factor territorial respecto de los fueros contractual y personal, los cuales serán concurrentes en aquellos eventos en los que las partes acuerden el

<sup>59</sup> Auto CSJ AC1814-2017 de 23 de marzo de 2017, M.P. Álvaro Fernando García

<sup>60</sup> Sentencia CSJ SC418-2018 de 1 de marzo de 2018, M.P. Margarita Cabello Blanco

lugar de cumplimiento dentro del contrato de transacción (numerales 1 y 3 del artículo 28 del Código General del Proceso).<sup>61</sup>

- ✚ Aplicación del factor territorial respecto del fuero personal, el cual será aplicable en aquellos eventos en los que el contrato de transacción no estipule el lugar de cumplimiento de la obligación<sup>62</sup> y se establezca el pago de la misma en la cuenta bancaria que designe el demandante.<sup>63</sup>
- ✚ Aplicación del factor territorial respecto del fuero personal, aun cuando el contrato de transacción recaiga sobre bienes inmuebles, toda vez que la acción de nulidad es de estirpe personal.<sup>64</sup>

En razón a lo anterior, se tienen como *reglas jurisprudenciales* referentes a la transacción: **a)** es un contrato por naturaleza esencialmente consensual, por lo que para su perfeccionamiento basta con el acuerdo de voluntades debidamente expresado, **b)** está revestido de tres requisitos legales que hacen referencia a la existencia de una diferencia entre las partes, la voluntad o intención de poner fin a un litigio presente o eventual y el ánimo de materializar concesiones mutuas, **c)** el contrato además de cumplir los requisitos de validez de todo negocio jurídico, debe recaer sobre derechos renunciables y transigibles, así como verificar la capacidad de disposición de las partes, **d)** en igual sentido, es fundamental la correcta formación del consentimiento en las tratativas preliminares, así como su distinción frente a las meras intenciones de remediar un litigio, **e)** el negocio transaccional puede celebrarse antes del proceso o durante cualquier estado de este. En el último evento mencionado, deberán tenerse en cuenta algunas formalidades para su validez dentro del juicio, **f)** aquellas transacciones celebradas en consideración de títulos nulos, estarán viciadas por dicha nulidad, **g)** respecto de los conflictos de competencia suscitados en contratos transaccionales, es preponderante la aplicación del fuero contractual y el fuero personal.

#### 4.2. LA CONCILIACIÓN.

La conciliación como Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos ha sido estudiada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante las diferentes causas avocadas en sede de casación y tutela. Para estos efectos, se rememoró su marco conceptual en los siguientes términos:

*“[l]a conciliación es un género significativo de acuerdo entre las partes. Tanto la ley 446 de 1998, art. 64, como el decreto 1818 de 1999, la definen desde la perspectiva instrumental, es decir, como **mecanismo alternativo autocompositivo para la resolución de conflictos, ‘con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador’**. Ella, per se, carece de contenido sustancial. Su substrato es abierto y libre, de modo tal que ella puede adoptar el contenido de cualquier acto jurídico idóneo para romper el desacuerdo. Puede ser transacción, pero también puede contener otro acto, contrato o negocio jurídico que produzca como efecto la renuncia, la aceptación o la modificación de la pretensión.*

<sup>61</sup> Auto CSJ AC de 04 marzo de 2010, M.P. William Namen Vargas, ID: 227705, Auto CSJ AC4412-2016 de 13 de julio de 2016, rad. 2016-01858-00.

<sup>62</sup> Auto CSJ AC4615-2018 de 23 de octubre de 2018, M.P. Aroldo Wilson Quiroz.

<sup>63</sup> Auto CSJ AC846-2020 de 11 de marzo de 2020, M.P. Aroldo Wilson Quiroz.

<sup>64</sup> Auto CSJ AC1755-2019 de 15 de mayo de 2019, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

*En todo caso ella es la norma jurídica particular que entra a regir el conflicto para componerlo una vez el juez la homologue con la providencia aprobatoria” (Sentencia de casación civil del 22 de noviembre de 1999, exp. 5020).*

*Como lo ha indicado la Corte, la conciliación en sí misma tiene naturaleza instrumental, y fue diseñada para servir al propósito de la autocomposición de los intereses en conflicto. **No obstante, el acto de disposición de intereses al que se llegue en ese escenario, es, desde luego, un acto jurídico sustancial, que deberá cumplir con los requisitos del respectivo negocio, además, claro, de las formalidades propias de la conciliación.** Se resalta, entonces, que la conciliación puede observarse desde la perspectiva procesal o desde el ángulo sustancial, y para que tenga plena efectividad en cada una de esas esferas deberá cumplir, como es natural, con los requisitos que en uno u otro campo reclame la normatividad pertinente.”<sup>65</sup>*

Así también, se han identificado como requisitos principales, de un lado su celebración ante funcionario o sujeto competente, y de otro, la completitud y su exigibilidad:

*“(…) Independientemente de que este medio se utilice para evitar un pleito latente o como una forma de terminar uno iniciado y en curso, **además de que se celebre ante un conciliador de un centro debidamente autorizado para el efecto o en un despacho judicial,** el convenio a que se llegue se debe hacer constar en un acta que, entre los requisitos del artículo 1º id, debe contener “[e]l **acuerdo logrado por las partes con indicación de la cuantía, modo, tiempo y lugar de cumplimiento de las obligaciones pactadas**” (…)”.*

*“(…) **La claridad con que queden redactados los compromisos adquiridos y la forma de satisfacción, es lo que le confiere el mérito para su cumplimiento,** así sea parcial, en caso de que alguno de los participantes falte a la palabra (…)”.*

*“(…) Si por el contrario el trato se consigna en términos vagos o confusos, dando cabida a dudas o vacilaciones, quiere decir que sigue un conflicto latente y, por ende, una imprecisión de los deberes correspondientes que restringe sus alcances (…)”.*

*“(…) En esos términos, un acta en la que se diga, afirme o consigne que se solucionó una diferencia, pero queda sometida a cuantificación posterior o la discusión de situaciones relevantes para su cumplimiento, impide que se perfeccionen las reclamaciones recíprocas de los firmantes (…)”.*

Para estos efectos, la completitud del acta de conciliación es un requisito y elemento *sine qua non*, respecto del cual, las obligaciones que se convengan entre convocante y convocado, no pueden verse afectadas por elementos o meros formalismos ajenos al acuerdo, aún más, cuando dichas obligaciones han sido pactadas de manera clara, expresa y exigible:

---

<sup>65</sup> Sentencia CSJ SC de 03 de noviembre de 2010, M.P. Arturo Solarte Rodríguez, ID: 429130, Sentencia CSJ SC de 10 de junio de 2008, M.P. Cesar Julio Valencia Copete, Sentencia CSJ SC181 de 9 de septiembre de 2001, exp.6707, Sentencia CSJ STC13171-2018 de 11 de octubre de 2018, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, Sentencia CSJ STC14794-2019 de 30 de octubre de 2019, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.



*“Pese a que la discusión relacionada con la “la existencia del título” no ha salido triunfante en ninguna de las ocasiones en que se ha suscitado, era menester reestudiar el asunto, en consideración a lo consignado en la providencia que negó el amparo constitucional citado. En desarrollo de ese propósito, reiteró que “la cuota alimentaria fue acordada por las partes de manera voluntaria, acta de acuerdo que fue debidamente” firmada por éstas, y **“que si bien es cierto carece” de la rúbrica “de la suscrita quien para aquella época fungía como Juez 15 de Familia, ello no es óbice para que surta los efectos de título ejecutivo, pues la obligación es clara al contener el valor de la cuota alimentaria, es expresa ya que proviene de una manifestación inequívoca del deudor, lo cual se prueba al haber firmado la respectiva acta y es exigible, pues para su cumplimiento no medio condición o plazo alguno para empezar a efectuar dicho pago”***

*El compendio precedente revela, de un lado, que el denunciado sí analizó el tópico que fundamenta la queja del accionante y, de otro, que tal laborío lo realizó atendiendo la actuación procesal, las evidencias allí existentes y la norma legal pertinente, examen que le permitió constatar que el acuerdo conciliatorio propiamente dicho, **provenía del deudor y contenía en forma clara, expresa y exigible la obligación de alimentaria reclamada, de lo que infirió el cumplimiento de los presupuestos contemplados en el artículo 488 del estatuto procesal civil.***

*En un resguardo similar al actual, dijo la Corte que el precepto en cita consagra la posibilidad de demandar “las obligaciones que se consideren “expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor y constituyan plena prueba contra él, condición satisfecha en el acuerdo conciliatorio, si se tiene en cuenta que aparece suscrito por el obligado” (Sentencia de 7 de octubre de 2009, Exp. T. 2009 -00187 01, se subraya).”<sup>66</sup>*

El requisito de completitud también se ha evaluado en aquellos eventos en que el acta de conciliación se constituye como un título complejo, en razón a que convocante y convocado, han relacionado dicha acta con otros documentos soporte, tales como facturas de gastos o conceptos técnicos, cuyos contenidos no se tienen en las respectivas actas de conciliación. En estos eventos la Sala ha determinado que:

- ✚ En relación a las facturas de gastos *“hoy es comúnmente admitido que la unidad del título ejecutivo no consiste en que la obligación clara, expresa y exigible conste en un único documento, sino que se acepta que dicho título puede estar constituido por varios que en conjunto demuestren la existencia de una obligación que se reviste de esas características. Así pues, la unidad del referido título ejecutivo es jurídica, mas no física” (sentencia T-979 de 1999)... esta Corporación también dijo en otra oportunidad que... los gastos causados durante el año de 2005 y lo corrido de 2006. (...) El Juzgado se abstuvo de librar dicha orden de pago por considerar que los comprobantes de pago que anexó el accionante no constituían una obligación clara, expresa y exigible a cargo de la demandada; (...) Y en verdad no se avizora en esas determinaciones capricho alguno, pues de los documentos aportados por el frustrado ejecutante no se advierte de manera resplandeciente la existencia*

<sup>66</sup> Sentencia CSJ STC de 23 de mayo de 2013, M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez, ID: 269708, Sentencia CSJ STC9256-2016 de de 7 de julio de 2016, M.P. Luis Armando Toloso Villabona, ID: 492710

*del título ejecutivo por el que reclama.(sentencia del 12 de junio de 2006, exp. 2006-00270-01). De este modo, como quiera que del conjunto de documentos aportados, no se desprendía con claridad el monto que incumbía al ejecutado asumir para efectos de disponer el recaudo forzado de las sumas relacionadas con vestuario, salud y educación, luce plausible la negativa a iniciar la ejecución por esos rubros, dado que tuvo cimiento en las normas y la doctrina citada en precedencia, lo que imponía desestimar el resguardo”<sup>67</sup>*

- ✚ En relación al concepto técnico para la ejecución de una determinada obra *“concluyó que la dicho documento no prestaba mérito ejecutivo, por cuanto no solo no provenía de todos los ejecutados, sino que la obligación de hacer allí contenida no era clara, en virtud de que las obras que éstos debían ejecutar estaban contenidas en un informe técnico que no se allegó en la debida oportunidad a la actuación, razón por la que se debía dar por terminada. Surge de lo anteriormente expuesto, que los mencionados argumentos en los que, se repite, la autoridad judicial acusada edificó la providencia aquí cuestionada, relacionados con que el título ejecutivo arrimado no se allegó completo, en la medida que el acta de conciliación aportada no expresaba con claridad cuáles eran esas obligaciones de hacer (obras), las que sí venían especificadas en otro documento, el cual no se introdujo con la demanda sino en otra etapa procesal, y por ende, no podía existir título ejecutivo”<sup>68</sup>*

Sin embargo, en algunas oportunidades, ante el incumplimiento del requisito de completitud y revisada la *causa petendi*, se ha permitido ordenar el *“ajuste del acta de conciliación correspondiente en los términos legales del artículo 1 del Decreto 1818 de 1998, de modo que no soslaye ni silencie las pretensiones susceptibles de judicialización en éste espacio jurisdiccional afectando el principio de congruencia, parte del debido proceso constitucional”<sup>69</sup>*.

Para la Sala, no basta el cumplimiento de los requisitos propios de la institución mencionada, por lo que se deben tener en cuenta aquellos elementos de validez que permiten trascender el acuerdo conciliatorio a un verdadero negocio jurídico. Con este fin, se ha dicho que:

*“no debe perderse de vista que todo acto conciliatorio genera, en principio, efectos meramente procesales; sin embargo, cuando existe acuerdo, como ocurrió, **también dimana secuelas de raigambre sustancial, que se materializan en el negocio jurídico así celebrado.** Es por ello que la forma de conjurar las eventuales irregularidades de carácter procesal que de aquél se desprenden, es la interposición de los recursos pertinentes, conforme a las oportunidades que la ley procesal estipula; las de tenor sustancial deben remediarse conforme a los mecanismos judiciales existentes que regulan la existencia, validez y, en general, todo lo concerniente a los negocios jurídicos.*

*[...] Atinente a los efectos sustanciales generados, que son los que por este medio se quieren derribar, **ha de manifestarse que el referido acuerdo conciliatorio***

<sup>67</sup> Sentencia CSJ STC de 31 de octubre de 2013. M.P. Fernando Giraldo Gutierrez, ID: 399251

<sup>68</sup> Sentencia CSJ STC5712-2016 de 5 de mayo de 2016, M.P. Alvaro Fernando García Restrepo, ID: 488280.

<sup>69</sup> Sentencia CSJ STC9256-2016 de 7 de julio de 2016, M.P. Luis Armando Toloso Villabona, ID: 492710

**constituye un negocio jurídico** que modificó parcialmente el contrato de compraventa precedentemente celebrado”<sup>70</sup>

A renglón seguido, se ha precisado la relevancia de la libertad de negociación en las conciliaciones, con el fin de “que esas partes se encuentren desprendidas de toda prevención en cuanto a que su conducta pueda ser usada como indicio en su contra, toda vez que sólo así, **podrá libremente y sin temores intentarse un arreglo que parcial o totalmente haga terminar el proceso.** De nada o muy poco serviría la etapa de conciliación si en ella las partes no pueden ceder en algunas de sus pretensiones, sin que esa actitud sea tomada como indicio”<sup>71</sup>.

Partiendo de estas premisas, y en el marco del principio de la autonomía de la voluntad privada, la formación del consentimiento en los acuerdos conciliatorios ha sido analizado a la luz de la naturaleza de las contrapropuestas y las fórmulas de arreglo que se presentan en la etapa de negociación.

Respecto de las contrapropuestas determinó:

*“es apenas natural la necesidad de que en ello medie el consentimiento claro y expreso, de tal suerte que no haya lugar a equívocos, lo que supone, casi sobra decirlo, **que las fórmulas conciliatorias estén lo más acabadas posible en orden a que la eficacia volitiva no resulte frustrada a la larga.** En el mundo de la negociación conviene desterrar la ambigüedad...*

*Y comentario tal tiene por objeto denotar cómo en este caso no pudo darse la mentada conciliación. Porque bien miradas las cosas, lo que **hubo fue un conato de conciliación, la cual no llegó a feliz término por la sencilla razón de que jamás hubo el cruce de voluntades que ella implica.** En efecto, vino a acontecer que el actor propuso una fórmula de arreglo consistente en el mero ofrecimiento de transferir el dominio de unos inmuebles, fórmula incipiente, como que ni siquiera se identificaron debidamente los bienes; luego, como fruto del camino que normalmente recorren quienes quieren aproximarse a un acuerdo comercial, hubo una contrapropuesta, consistente ya en que aquella fórmula era de recibo siempre y cuando los bienes por él ofrecidos tuviesen determinado valor, y en caso contrario se comprometía a cancelar el faltante. Sin embargo, ante situación semejante, y aquí está la piedra de toque en el asunto, el juzgado, precipitadamente, **llamó acuerdo a lo que era una contrapropuesta; es decir, supuso el cruce de voluntades.** Mas, ante la reacción del actor, corrigió su punto de vista, entendió que en verdad había imaginado la voluntad de las partes, enderezó el entuerto y al cabo de no obtener la anuencia del demandante, declaró fracasada la conciliación.”<sup>72</sup>*

A su turno, en relación a las fórmulas de arreglo y la confesión:

*“Sobra decir que ante la inminencia de un litigio judicial, no son infrecuentes los casos en que uno de los posibles contendientes muestre su interés en un arreglo extraprocesal, sin que de ese proceder quepa deducir, inexorablemente, que esté*

<sup>70</sup> Sentencia CSJ STC de 24 de mayo de 2013, M.P. Jesús Vall de Ruten, ID: 264810, Sentencia de 21 de mayo de 2013, exp. 11001-22-03-000-2013-00479-01

<sup>71</sup> Sentencia CSJ SC del 7 de diciembre de 2001, M.P. Jorge Santos Ballesteros, EXP: 6766

<sup>72</sup> Sentencia CSJ SC de 19 de septiembre de 2001, M.P. Manuel Ardila Velásquez, ID. 223865, Sentencia CSJ SC4468-2014 de 9 de abril de 2014, M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

considerando que por ley está obligado a asumir responsabilidad patrimonial alguna. A manera de ejemplo refiere la Corte que en ocasiones un acuerdo económico, en especial, si no es muy oneroso, puede encontrar justificación en el deseo de evitarse las molestias de un dispendioso **litigio; amén que es comprensible que las personas no quieran verse sometidas a la incertidumbre inherente a los procesos judiciales; o que prefieran sustraerse de los efectos adversos propios de las medidas cautelares que pueden perturbar el normal funcionamiento de sus actividades comerciales o profesionales; o que alrededor de esa situación conflictiva estén comprometidas relaciones de negocios o comerciales, amistad, parentesco, etc.**, que bien pueden resultar de interés prioritario, consideraciones todas ellas que pueden hacer surgir propósito de resolver ese litigio, y sin que, reitérase, signifiquen, per se, la confesión de su responsabilidad o el allanamiento a los pedimentos de la contraparte. **En resumen, sea el temor, la conveniencia, la gratitud, la sensatez etc., lo que motive uno de estos acuerdos, no por ello habrá de inferirse que quien los promueve o acepte, así llegue, incluso, a ofrecer algún reconocimiento económico, está admitiendo responsabilidad con relación a los hechos materia de posible disputa.**

**Pero además, no sobra precisar que la conciliación, sea judicial o extrajudicial (ley 640 de 2001), no comporta una confesión, de una parte, porque la normatividad no le tiene asignados esos efectos (art. 194 C. de P. C.); de otra, porque en asuntos como el de esta especie, la asunción de compromisos de cualquier naturaleza, alrededor de un acto conciliatorio, como se esbozó en precedencia, no es, en línea de principio, reflejo de aceptación de responsabilidad como efecto de algún comportamiento culposo... Por supuesto que el ánimo conciliatorio puede estar motivado por un balance de costos y beneficios que al interesado le reporte el proceso y que lo determine a un arreglo... En esa hipótesis ningún ánimo de confesar le asiste pues solamente pretende arreglar un problema de la manera que considera más conveniente a sus intereses.”<sup>73</sup>**

“Puede decirse otro tanto de los demás reproches a los que alude la censura, concretamente respecto de la inadvertencia de un indicio grave en contra de la demandada derivado de la inoportuna contestación de la demanda y la supuesta confesión de la misma en la audiencia de conciliación, porque, de un lado, ese mero indicio no infirma las conclusiones aquí planteadas y, de otro, porque la **fórmula de arreglo esbozada por la demandada, no pasó de ser una hipótesis de concertación que no contuvo la afirmación de hechos desfavorables para quien la hizo o propicios para la contraparte, como se exige de la confesión, y cuya invocación en casación transparenta el innoble proceder de la parte recurrente”**.<sup>74</sup>

Por último, respecto de aquellos requisitos de validez del negocio jurídico conciliatorio, destaca la jurisprudencia dos temas en particular:

- ✚ El referente a la capacidad para conciliar. A este respecto, se enfatiza en la importancia de que convocante y convocado, bien sea de manera directa o por

<sup>73</sup> Sentencia CSJ SC de 31 de mayo de 2017, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, ID: 226635

<sup>74</sup> Sentencia CSJ SC de 4 de abril de 2011, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, ID: 223627

algún tipo de representación, estén debidamente acreditados y capacitados para proponer las fórmulas de arreglo que consideren pertinentes. En este ámbito, es importante verificar que: a) la suscripción del acta de conciliación esté firmada por quien ostente la calidad de representante legal<sup>75</sup>, b) en los contratos de mandato, se dé lugar a autorizar expresamente al abogado para conciliar<sup>76</sup>, y c) la no presentación y porte de la cédula de ciudadanía para desarrollar la audiencia de conciliación, no puede ser causa para impedir que la parte convocante o convocada, participen de ella, mucho menos para que se dé lugar a sanciones legales.<sup>77</sup>

- ✚ El relacionado con el objeto de la conciliación, se destaca la importancia de que recaiga sobre derechos conciliables y transigibles, más no respecto de derechos ciertos e indiscutibles, dado que bajo esta última premisa la conciliación puede estar viciada por objeto ilícito.<sup>78</sup> Respecto de las conciliaciones sobre inmuebles, dando aplicación a las sentencias C-893 de 2001 y C-705 de 2015 de la Corte Constitucional, se determina que:

*“una cosa es la validez del acta conciliatoria para probar lo que en ella se incorpora y hacerlo exigible, efectos para los cuales no es necesaria ni su protocolización ni su registro, y, otra muy distinta es el cumplimiento o materialización de lo acordado por las partes, ámbito en el que hay que determinar si los actos jurídicos que se desarrollen para efectivizar los compromisos adquiridos deben ser sometidos a dichas formalidades, lo cual dependerá de la naturaleza de los derechos involucrados.*

*De manera precisa, la alta Corporación explicó: «...[l]o que pretende hacer la disposición [se refiere al artículo 4º de la Ley 1579 de 2012] es justamente (i) precisar que bajo ninguna circunstancia la validez de los acuerdos conciliatorios y de las actas de conciliación que los instrumentan, depende del otorgamiento de la escritura pública y (ii) prescribir que cuando los acuerdos alcanzados supongan la afectación de derechos reales sobre inmuebles, su perfeccionamiento y cumplimiento demandan el otorgamiento de la escritura pública y el registro en la oficina correspondiente.» (Sentencia C-705 de 2015).*

*Entonces, de acuerdo con el precedente constitucional en el que la quejosa apoyó su disenso, contrario a lo que ella asegura, cuando el cumplimiento de los acuerdos plasmados en un acta de conciliación, implique la disposición, en cualquiera de sus formas, sobre derechos reales, es decir, sobre inmuebles, su protocolización y registro son indispensables a fin de que sus efectos se entiendan perfeccionados.*

*Y esa exigencia no surgió con la expedición del Estatuto de Registro de Instrumentos Públicos (Ley 1579 de 2012), como erradamente lo aseguró la inconforme (fl. 20, c. Corte), tuvo lugar a partir de la publicación del Decreto Ley 1250 de 1970, esto es, desde el 4 de septiembre de ese año, que en su numeral 1º del artículo 2º, disponía:*

*«...Están sujetos a registro: 1. Todo acto, contrato, providencia judicial, administrativa o arbitral que implique constitución, declaración, aclaración,*

<sup>75</sup> Sentencia CSJ SC9722-2015 de 3 de marzo de 2015, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

<sup>76</sup> Sentencia CSJ SC de 3 de noviembre de 2010, M.P. Arturo Solarte Rodríguez, ID: 429130

<sup>77</sup> Sentencia CSJ SC de 13 de junio de 1995, M.P. Pedro Lafont Pianetta, Gaceta Judicial Tomo VII, Pág. 1469–1476, ID 538222.

<sup>78</sup> Sentencia SCJ STC18281-2016 de 14 de diciembre de 2016, M.P. Aroldo Wilson Quiroz.

*adjudicación, modificación, limitación, gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre bienes raíces, salvo la cesión del crédito hipotecario o prendario.»*

*Luego, para que la reclamante pudiera alegar con éxito su propiedad exclusiva sobre el lote pretendido, debía perfeccionarse la tradición acordada en el acta de conciliación avalada el 2 de octubre de 1992 por el Juzgado 4<sup>o</sup> Civil del Circuito de Bogotá y, como ello no ocurrió, ninguna trasgresión ni desconocimiento se le puede endilgar al Tribunal al desestimar tal condición de la demandante y, por ende, su pretensión reivindicatoria, presupuesto que no fue el único que se encontró insatisfecho en el asunto”<sup>79</sup>.*

Ahora bien, es posible que finalizada la audiencia de conciliación se dé lugar a la expedición de un Acta de Acuerdo, una Constancia de No Acuerdo, o una Certificación o Constancia de inasistencia<sup>80</sup>. En el evento en que se levante un Acta de Acuerdo entre las partes, estando cumplidos los requisitos anteriormente mencionados, y no habiéndose vulnerado la confianza legítima por alguna de las partes en el cumplimiento del acta,<sup>81</sup> aquel negocio tendrá efectos de cosa juzgada, prestará mérito ejecutivo y para su ejecución no será necesaria la primera copia. De igual forma, la ley ha determinado que el tiempo en el que la audiencia se hubiese desarrollado, dará lugar a la suspensión de los términos de prescripción y caducidad:

*“Una vez aprobada por el juez, ella adquiere la categoría de cosa juzgada, con efectos que se proyectan dentro y fuera del proceso, pues, por un lado, se torna en principio inimpugnable y, por el otro, impide que el asunto sea objeto de una decisión de mérito; en este sentido dicen los artículos 65 y 66 de la citada ley 446 que “serán conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento”, así como “aquellos que expresamente determine la ley”, y que “el acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo”.*

*“Es decir, que para impulsar la ejecución para el cobro de obligaciones alimentarias insolutas de menores de edad, pactadas a través de conciliación, el legislador confirió mérito ejecutivo a la copia del acta correspondiente, sin necesidad de constancia de autenticidad o de ser primera copia, norma especial que debe prevalecer sobre cualquier otra de carácter general, como lo sería el artículo primero (parágrafo 1<sup>o</sup>) de la Ley 640 de 2001, en virtud del criterio de especialidad que rige los conflictos entre disposiciones jurídicas”.<sup>82</sup>*

*“El artículo 21 de la Ley 640 de 2001 regula los efectos jurídicos que tiene el acto de presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador, señalando, puntualmente, que “...suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea*

<sup>79</sup> Auto CSJ AC2745-2018 de 29 de junio de 2018, M.P. Ariel Salazar Ramirez.

<sup>80</sup> Frente a la inasistencia y la confesión ficta véase: Sentencia CSJ SC de 13 de junio de 1995, M.P. Pedro Lafont Pianeta, ID: 538222, Sentencia CSJ SC de 5 de mayo de 2000, M.P. José Fernando Ramírez, ID: 238335, Sentencia CSJ SC de 30 de octubre de 2000, M.P. Manuel Isidro Ardila, ID: 223419, Sentencia CSJ SC8857-2016 de 01 de julio de 2016, M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez, ID: 489521, Sentencia CSJ SC de 22 de febrero de 2000, M.P. Jorge Santos Ballesteros, ID: 238273.

<sup>81</sup> Sentencia CSJ STC de 30 de mayo de 2013, M.P. Arturo Solarte Rodríguez, ID: 265130, Sentencia CSJ STC de 28 de junio de 2013, M.P. Ruth Marina Diaz Rueda, ID: 265647

<sup>82</sup> Sentencia CSJ STC11490-2018 de 7 de septiembre de 2018, M.P. Aroldo Wilson Quiroz.



*exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 20. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable”.*

*Con el propósito de conferir seguridad jurídica, la ley establece términos específicos de prescripción que, una vez cumplidos, acarrearán la extinción de los derechos. En todo caso, el cómputo de esos plazos no es fatal, en la medida en que el ordenamiento prevé como causas de su prolongación: la suspensión y la interrupción.*

*La última, deja sin efecto todo el lapso transcurrido hasta el momento en que se produce el acto jurídico que la ocasiona, e impone que comience a contarse una vez más e íntegramente el plazo, si se desea obtener la prescripción liberatoria.*

*La otra, detiene el tiempo que dure la situación que imposibilita ejercitar los derechos, pero una vez desaparecida permite que el conteo se renueve, sin hacer tábula rasa de lo ya transcurrido. Esa diferencia es explicada por Mazeaud y Chabas así: “El curso normal del término se puede ver entorpecido por algunos incidentes que interrumpen o que solamente suspenden la prescripción [...] La interrupción acaba con la prescripción al borrar retroactivamente todo el tiempo transcurrido, de forma que si después de la interrupción, la prescripción vuelve a comenzar, el tiempo anterior no se cuenta. Por el contrario, la suspensión de la prescripción es una simple detención del tiempo en el decurso del término; no borra el tiempo pasado; mientras obra la causa de la suspensión, el término no corre; pero en cuanto cesa dicha causa, la prescripción retoma la cuenta donde quedó; al tiempo nuevo se suma el anterior” (citados por Hinestrosa, Fernando. Tratado de las Obligaciones, 2ª Edición. Pág. 839).*

*El artículo 21 de la ley 640 de 2001 optó clara e inequívocamente por asignarle efectos de “suspensión” a la presentación de la solicitud de conciliación.*

*Es decir, acudiendo al sentido jurídico del vocablo que acaba de enmarcarse en comillas, el escrito petitorio del arreglo no suprime el tiempo recorrido por la prescripción y la caducidad, sino que lo paraliza hasta cuando se dirima la disputa, se registre el acta en los casos en los que sea necesario, se expida la constancia a que se refiere el artículo 2º, o venza el término de tres meses dispuesto para el trámite, “lo que ocurra primero”<sup>83</sup>.*

De esta manera, y de acuerdo a las providencias citadas, se pueden establecer como reglas jurisprudenciales referentes a la conciliación las siguientes: **a)** Es un acto jurídico de contenido formal y sustancial, **b)** es fundamental que se celebre ante funcionario competente y dando cumplimiento al requisito de completitud de los títulos valores, **c)** el acta de conciliación puede revestirse como un título complejo en razón a documentos anexos que concretan el alcance del objeto de lo negociado, **d)** como acto jurídico, el acuerdo conciliatorio debe cumplir con los requisitos de validez, y desarrollarse en el marco de las libertades que implica la autonomía de la voluntad privada, **e)** las meras contrapropuestas y las fórmulas de arreglo que se alleguen en la etapa de negociación y

---

<sup>83</sup> Sentencia CSJ SC5366-2014 de 5 de mayo de 2014, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, Sentencia CSJ CS de 18 de diciembre de 2013, M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez, Sentencia CSJ SC6575-2015 de 28 de mayo de 2015, M.P. Jesús Val de Rutén, Sentencia CSJ STC de 26 de abril de 2012, M.P. Fernando A. Castro Caballero, ID: 248500.

formación del consentimiento, no son acuerdos conciliatorios, por cuanto no convergen la voluntad de las partes, **f)** respecto de la capacidad para conciliar, la no presentación y porte de la cédula de ciudadanía para desarrollar la audiencia de conciliación, no puede ser causa para impedir la participen de ella, **g)** en relación al objeto de la conciliación, aquella no puede recaer sobre derechos ciertos e indiscutibles so pena de estar viciado por objeto ilícito, y **h)** el tiempo en el que se haya desarrollado la audiencia de conciliación, dará lugar a la suspensión y no a la interrupción de los términos de prescripción y caducidad.

# V. TERMINACIÓN DEL VÍNCULO CONTRACTUAL.

## 5. TERMINACIÓN DEL VÍNCULO CONTRACTUAL.

Como se ha observado, todo contrato existente y válido, genera para las partes el deber legal de cumplimiento, bien sea de manera voluntaria o forzosa. Sin embargo, dichas relaciones contractuales cumplen una determinada función temporal o transitoria. En su ejecución o cumplimiento, dichos contratos pueden verse afectados por multiplicidad de circunstancias que hacen pertinente, de acuerdo a las circunstancias particulares, dar lugar a su terminación en razón de causas legales o contractuales.<sup>84</sup>

Sin embargo, si la voluntad privada es creadora de contratos, también lo es para su terminación, de tal manera que en el marco de la libertad contractual, es posible que las partes puedan finalizar el vínculo negocial por mutuo acuerdo (en el marco del numeral 3 del presente documento), el cual también es un acto jurídico convencional, limitado, como ya se estudió, por los llamados vicios de la voluntad y los requisitos de existencia y validez de los negocios jurídicos.

Pero la ley también contempla causales legales para su terminación, tales son:

- ✚ La revocatoria unilateral del contrato. La cual solo se materializa cuando la ley o las partes lo establecen. Amplios ejemplos de esta figura aplicables a diversos contratos civiles y mercantiles se pueden observar en la sentencia de 30 de agosto de 2011, del magistrado ponente William Namén Vargas.
- ✚ La imprevisión contractual. Materializada en la excesiva onerosidad de cumplimiento del negocio, que de haberse conocido por la parte afectada, no hubiese contratado.
- ✚ La imposibilidad sobreviniente de cumplimiento. Derivada de causas no imputables a las partes, las cuales se enmarcan dentro de la llamada Teoría del Riesgo, más puntualmente en la institución jurídica de la fuerza mayor o el caso fortuito.

Para los efectos prácticos del presente documento, a continuación se revisará la jurisprudencia atinente a la Teoría de la Imprevisión y la institución jurídica de la fuerza mayor o el caso fortuito.

### 5.1. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.

A causa de la situación de emergencia decretada, la intempestiva terminación y la suspensión de los contratos civiles y comerciales, se devienen como posibles alternativas para las partes, siendo relevante en este escenario la Teoría de la Imprevisión, estipulada en nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 2060 y 1932 del Código Civil, en el artículo 868 del Código de Comercio y los Principios UNIDROIT<sup>85</sup>.

<sup>84</sup> Sentencia CSJ SC de 30 de agosto de 2011, M.P. William Namén Vargas, Sentencia CSJ SC de 5 de noviembre de 1979, Gaceta Judicial Tomo CLIX, pág. 306; Sentencia CSJ SC de 16 de julio de 1985, Gaceta Judicial Tomo CLXXX, pág. 125, Sentencia CSJ SC de 7 de junio de 1989, Gaceta Judicial Tomo CXCVI, pág. 162, Sentencia CSJ SC de 1° de diciembre de 1993, Gaceta Judicial Tomo CCXXV, pág. 707, Sentencia CSJ SC de 15 de septiembre de 1998, Gaceta Judicial Tomo CCLV, pág. 588, Sentencia CSJ SC de 12 de febrero de 2007, exp. 00492-01 y Sentencia CSJ SC de 14 de diciembre de 2010, exp. 41001-31-03-001-2002-08463-01.

<sup>85</sup> Sentencia CSJ SC de 21 de febrero de 2012, M.P. William Namén Vargas, ID: 238581, Sentencias CSJ SC de 29 de octubre de 1936, Gaceta Judicial Tomo XLIV, n.1918-1919, pag 455, Sentencia CSJ SC de 9 de diciembre de 1936, Gaceta Judicial Tomo XLIV, n.1918-1919, pag. 789, Sentencia CSJ SC de 23 de mayo de 1938, Gaceta Judicial Tomo XLVI, n.1936, pág. 523, Sentencia CSJ SC de marzo 24 de 1983, Gaceta Judicial Tomo n. 2400, pág. 61; Sentencia CSJ Sala Plena de 25 de febrero de 1937, Gaceta Judicial Tomo XLIV, n.1920-1921, pág. 613.



La Sala en sentada jurisprudencia ha considerado que:

*“[L]a teoría de la imprevisión que según Demogue nació en el derecho canónico debido a los esfuerzos de los canonistas de la Edad Media que impusieron su aplicación por los tribunales eclesiásticos, **impidiendo así el enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro**, como algo contrario a la moral cristiana, supone como subentendida en los contratos una cláusula rebus sic stantibus, según la cual sus autores explicaban que las partes implícitamente se reputan haber subordinado la subsistencia de sus respectivas obligaciones, en los términos en que se habían convenido, a la persistencia de las condiciones de hecho existentes al día del contrato. La fórmula completa es: contractus qui habent tractum succesivum et dependiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur. **Esta teoría, radicalmente distinta de la noción de error y de fuerza mayor, tiene por base la imprevisión, es decir que se trate de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, la dificultan en forma extrema, haciéndola tan onerosa, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad. No se trata en suma de una imposibilidad absoluta de cumplir, lo que constituye ya la fuerza mayor, sino de una imposibilidad relativa, como la proveniente de una grave crisis económica, de una guerra, etc.** Aceptada casi unánimemente esta teoría en los últimos años por la doctrina y la jurisprudencia extranjera en el campo del derecho administrativo, no ha tenido sin embargo igual acogida en el campo del derecho civil, objetándose de contraria a la integridad y firmeza de los contratos”<sup>86</sup>.*

En el ámbito de los contratos mercantiles, se han identificado como requisitos para la configuración de dicha imprevisión:

✚ Recaiga sobre contratos de ejecución sucesiva.

*“El artículo 868 del Código de Comercio, dispone la regla para contratos de ejecución sucesiva, escalonada, periódica o diferida, cuyas prestaciones se proyectan en espacio temporal distante a su celebración, y pueden afectarse por circunstancias sobrevenidas, previas a su cumplimiento futuro y terminación. Exceptúa los contratos aleatorios y los de ejecución instantánea”.*<sup>87</sup>

✚ Sobreviniencia de las circunstancias.

*“Dentro de los requisitos, está la sobreviniencia de las circunstancias determinantes de la asimetría prestacional. Han de acontecer después de la celebración, durante la ejecución y antes de la terminación del contrato. La sobreviniencia de las circunstancias es inmanente al cambio o mutación del equilibrio prestacional en la imprevisión. Las causas preexistentes, aún ignoradas al celebrarse el contrato y conocidas después por la parte afectada, no obstante otra percepción (p.ej., art. 6.2.2, “(a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;” Principios Unidroit, 2010), envuelven desequilibrio congénito, y escapan a la revisión ex artículo 868 del*

<sup>86</sup> Sentencia CSJ SC de 23 de mayo de 1938, Gaceta Judicial Tomo XLVI, pág.523 .

<sup>87</sup> Sentencia CSJ SC de 21 de febrero de 2012, M.P. William Namén Vargas, ID: 238581



Código de Comercio, a cuyo tenor se autoriza cuando son “posteriores a la celebración de un contrato.”<sup>88</sup>

#### ✚ La no preexistencia de la circunstancia.

“En afán de precisión, la ignorancia de circunstancias preexistentes al tiempo del contrato, no legitima la imprevisión, y podrá originarse en quebranto del deber de información, lealtad, probidad, corrección, buena fe, las cargas de sagacidad, previsión o, configurar una hipótesis de error provocado o espontáneo, cuyo tratamiento es diferente a la imprevisión.”<sup>89</sup>

#### ✚ Configuración de circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles.

“Las circunstancias sobrevenidas al contrato, a más de extraordinarias, han de ser imprevistas e imprevisibles, y extrañas a la parte afectada. Extraordinarias, son aquellas cuya ocurrencia probable está fuera de lo ordinario, normal, natural, común, usual, lógico, habitual, corriente, frecuencia o periodicidad, atendido el marco fáctico del suceso, sus antecedentes, el estado actual de la ciencia, y la situación concreta según las reglas de experiencia. Imprevisible, es todo evento que en forma abstracta, objetiva y razonable no puede preverse con relativa aptitud o capacidad de previsión, “que no haya podido preverse, no con imposibilidad metafísica, sino que no se haya presentado con caracteres de probabilidad... Hay obligación de prever lo que es suficientemente probable, no lo que es simplemente posible. Se debe prever lo que es normal, no hay porque prever lo que es excepcional” (cas. civ. sentencia de 27 de septiembre de 1945, LIX, 443), o según los criterios generalmente admitidos, poco probable, raro, remoto, repentino, inopinado, sorpresivo, súbito, incierto, anormal e infrecuente, sin admitirse directriz absoluta, por corresponder al prudente examen del juzgador en cada caso particular (cas. civ. sentencias de 5 de julio de 1935; 26 de mayo de 1936; 27 de noviembre de 1942; 20 de noviembre de 1989; 31 de mayo de 1995; 20 de junio de 2000, exp. 5475). Imprevisto, es el acontecimiento singular no previsto ex ante, previa, antelada o anticipadamente por el sujeto en su situación, profesión u oficio, conocimiento, experiencia, diligencia o cuidado razonable. Lo extraordinario u ordinario, previsible e imprevisible, previsto e imprevisto, no obedece a un criterio absoluto, rígido e inflexible sino relativo, y está deferido a la ponderada apreciación del juzgador en cada caso según la situación específica, el marco fáctico de circunstancias, el estado del conocimiento, el progreso, el deber de cuidado exigible y la experiencia decantada de la vida.”<sup>90</sup>

#### ✚ Circunstancias ajenas al deudor.

“La ajenedad de los hechos sobrevenidos al deudor es necesaria en la imprevisión, en tanto extraños a su órbita, esfera o círculo de riesgo, conducta, comportamiento, acción u omisión, hecho o acto, que no las haya causado, motivado, agravado, incurrido en dolo o culpa u omitido medidas idóneas para evitarlos o atenuar sus

<sup>88</sup> Sentencia CSJ SC de 21 de febrero de 2012, M.P. William Namén Vargas, ID: 238581

<sup>89</sup> Sentencias CSJ SC de 29 de octubre de 1936, Gaceta Judicial Tomo XLIV, pág. 437, Sentencia CSJ SC de 23 de mayo de 1938, Gaceta Judicial Tomo XLVI, pág. 544, Sentencia CSJ SC de 23 de junio de 2000, exp. 5475.

<sup>90</sup> Sentencia CSJ SC de 21 de febrero de 2012, M.P. William Namén Vargas, ID: 238581

efectos, siéndole exigible y pudiendo hacerlo. Los eventos pueden originarse en la otra parte, nunca en la afectada, pues al serle imputable jamás podrá invocar su propio acto. Y lo que se dice de la parte comprende el hecho de las personas por quienes responde legal o contractualmente.”<sup>91</sup>

#### La existencia de una desproporción grave.

*“Es indispensable un desequilibrio prestacional cierto, grave, esencial, fundamental, mayúsculo, enorme o significativo, y no cualquiera, a punto de generar excesiva onerosidad transitoria o permanente de la prestación futura, una desproporción grande con su incremento desmesurado o sensible disminución de la contraprestación, ya una pérdida patrimonial, por reducción del activo, ora de la utilidad esperada, bien por aumento del pasivo, suscitada por los acontecimientos sobrevenidos, imprevistos e imprevisibles, con los cuales debe tener una relación indisociable de causa a efecto.”<sup>92</sup>*

Se diferencian las circunstancias susceptibles de la Teoría de la Imprevisión de otros errores que pueden presentarse en la ejecución del contrato:

*“En afán de precisión, la ignorancia de circunstancias preexistentes al tiempo del contrato, no legitima la imprevisión, y podrá originarse en quebranto del deber de información, lealtad, probidad, corrección, buena fe, las cargas de sagacidad, previsión o, configurar una hipótesis de error provocado o espontáneo, cuyo tratamiento es diferente a la imprevisión. En idéntico sentido, el desequilibrio prestacional congénito inicial, encuentra solución en otras figuras, verbi gratia, la rescisión o reducción del exceso a causa de una manifiesta desproporción e iniquidad prestacional o económica por estado de necesidad o de peligro (arts. 1550, 1551 y 1844 y ss. C. Co.), esto es, aprovechamiento por una parte de la conocida condición de debilidad, inferioridad, apremio o necesidad de la otra para obtener una ventaja excesiva e indebida, valorada por el juzgador y traducida en un acto desequilibrado o inicuo que, a diferencia de la fuerza, estricto sensu no comporta per se intimidación singular de una persona determinada sobre otra para obligarla a contratar (arts. 1514 y 1025 [4] C. C; 1.º, 2.º y 9.º, Ley 201 de 1959), la inherente a la lesión enorme (laesio enormes) en los contratos taxativamente enunciados por el legislador dándose la afectación tarifada o, en aquéllos cuyo desequilibrio es inferior o no están previstos, y en los restantes, según la disciplina general, la buena fe, la equidad y justicia contractual.”<sup>93</sup>*

Y en igual sentido, se establece la finalidad que se persigue con la revisión por imprevisión:

***“A este respecto, la revisión por imprevisión, procura corregir el excesivo desequilibrio ulterior, manifiesto u ostensible, evitar o conjurar los estragos a la parte obligada con los beneficios correlativos inequitativos de la otra, aspectos diversos a la capacidad económica de los contratantes. La imprevisión tampoco envuelve una imposibilidad obligatoria sobrevenida, absoluta, total, definitiva u objetiva, causa extintiva o exoneración del cumplimiento, las más de las veces ni siquiera una dificultad, pues la prestación es susceptible de cumplir, el***

<sup>91</sup> Sentencia CSJ SC de 21 de febrero de 2012, M.P. William Namén Vargas, ID: 238581

<sup>92</sup> Sentencia CSJ SC de 21 de febrero de 2012, M.P. William Namén Vargas, ID: 238581

<sup>93</sup> Sentencia CSJ SC de 21 de febrero de 2012, M.P. William Namén Vargas, ID: 238581

afectado podrá tener la suficiencia patrimonial para hacerlo, y la revisión procura evitar o corregir una situación injusta, inequitativa y contraria a la justicia contractual...

En lo atañadero a sus efectos, la imprevisión autoriza la revisión judicial del contrato. **Corresponde al juez examinar las circunstancias y ordenar, de ser posible, los reajustes indicados por la equidad, o en caso contrario, la terminación.** La parte afectada puede solicitar la revisión pero carece de la facultad de escoger entre el reajuste o la terminación, cuya decisión adopta el juez en cada caso particular, según las circunstancias y la equidad, dando prelación a la continuidad del vínculo en desarrollo del principio de conservación o utilidad del negocio y su fuerza vinculante...

El juzgador en equidad podrá reducir la prestación excesivamente onerosa (*reductio ad aequitatem*) o aumentar la contraprestación correlativa para reajustar el desequilibrio y evitar la terminación. Esta última es pertinente sólo cuando el contrato no admite corrección justa y equitativa consultando el equilibrio e interés de las partes<sup>94</sup>

Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala Civil hace el llamado a los usuarios de la administración de justicia y a la ciudadanía en general para que este tipo de controversias sean agotadas en el marco de la libertad negocial y no necesariamente haciendo uso de la jurisdicción:

**“Por lo común, las partes están llamadas a prevenir, evitar y corregir el desequilibrio prestacional.** En efecto, la autonomía privada dispositiva o libertad contractual, estructural e indisociable de la democracia, el "Estado Social de Derecho" y principio rector de la contratación (Preámbulo, arts. 2º,13,14,16, 28, 58, 59 a 66, 78, 82, 94,150 [19] y [23], 332, 333, 334, 335, 373, Constitución Política; cas. civ. sentencia de 30 de agosto de 2011, exp. 11001-3103-012-1999-01957-01) faculta a las partes para "disciplinar el contenido del negocio jurídico, conforme a sus necesidades, conveniencia, designios, intereses disponibles, orden público, buenas costumbres, función práctica económica o social útil, relatividad de los derechos, paridad, buena fe, lealtad y corrección exigibles" (cas. civ. sentencia de 19 de octubre de 2011, exp. 11001-3103-032-2001-00847-01).

De esta manera **“las partes podrán prever su reforma estipulando cláusulas de adaptación automática, inmediata y sin intervención judicial por la eventual ocurrencia de las circunstancias (condición)”**

Por ello, se impone un deber de diligencia a los contratantes y, en su caso, de advertencia, comunicación e información de condiciones cognoscibles, asumiendo cada parte en interés recíproco una carga respecto de la otra en lo concerniente a la plenitud del acto, la realización de su función y la evitación de causas de ineficacia o irrelevancia. Y, así ha de procederse, no sólo por la naturaleza impenitativa del contrato, sino porque, además la recíproca intención de las partes está presidida razonablemente por el propósito común de obtener sus resultados **prácticos concretos y, por consiguiente, su realización, cumplimiento y eficacia, en tanto una suposición contraria, esto es, la celebración del acto para que no produzca efecto alguno por ineficacia, invalidez u otras causas,**

<sup>94</sup> Sentencia CSJ SC de 21 de febrero de 2012, M.P. William Namén Vargas, ID: 238581

**conduciría al absurdo de la negación misma del negocio jurídico y al inadmisibles patrocino de conductas contrarias al ordenamiento.**

**Adviértase que las partes al celebrar un contrato razonablemente desean, quieren o procuran su eficacia y, por ende, el juez deberá preferir en toda circunstancia la consecuencia relativa a la preservación del mismo, porque, se itera, sería absurdo siquiera suponer la celebración de un contrato para que no produzca<sup>95</sup>**

Por lo anterior, son reglas jurisprudenciales a tenerse en cuenta: **a)** la teoría de la imprevisión busca impedir el enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro, **b)** la teoría de la imprevisión es totalmente distinta a la institución jurídica de la fuerza mayor o el caso fortuito, **c)** son requisitos fundamentales para su configuración que recaiga sobre contratos de ejecución sucesiva, sea una sobreviniencia de circunstancias, que dichas circunstancias no sean preexistentes, su configuración sea extraordinaria, imprevista e imprevisible, además sea totalmente ajena al deudor y de lugar a una desproporción grave, **d)** la imprevisión no envuelve una imposibilidad obligatoria o absoluta de cumplimiento, pues la prestación es susceptible de ejecutarse, por lo que corresponde al juez reajustar la relación o dar lugar a su terminación.

## **5.2. DEL CASO FORTUITO O LA FUERZA MAYOR.**

A este respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, estudiando causas relacionadas con los procesos de responsabilidad civil contractual, de manera muy acuciosa ha identificado los elementos relevantes a tenerse en cuenta respecto de caso fortuito o la fuerza mayor,<sup>96</sup> centrándose en los requisitos para su configuración y su aplicación al régimen contractual.

De esta manera, estableció el marco conceptual en los siguientes términos:

*“El artículo 1º de la ley 95 de 1890, define la fuerza mayor o el caso fortuito, como “el imprevisto a que no es posible resistir”. **Definición de la cual emerge con claridad sus caracteres esenciales, como es la imprevisibilidad, es decir, que en circunstancias ordinarias no resulta factible contemplar con antelación el acaecimiento del hecho que lo constituye, y la irresistibilidad, esto es, la imposibilidad de evitar su ocurrencia y superar sus consecuencias**”<sup>97</sup>.*

*El hecho imprevisible e irresistible **debe obedecer a una causa extraordinaria, ajena al agente, a su persona o a su industria.** Así lo tiene explicado la Corte al decir que para que el hecho tenga esas*

<sup>95</sup> Sentencia CSJ SC de 28 de febrero de 2005, Exp. 7504, Sentencia CSJ SC de 7 de febrero de 2008, Sentencia CSJ SC007-2008, exp. 2001-06915-01, Sentencia CSJ SC de 30 de agosto de 2011, exp. 11001-3103-012-1999-01957-01, Sentencia CSJ SC de 5 de diciembre de 2011, exp. 25269-3103-002-2005-00199-01.

<sup>96</sup> Artículo 1º de la Ley 95 de 1890, artículos 64, 847, 858, 990, 1604, 1616, 1648, 1731, 1732, 1733 del Código Civil, y artículos 928, 929, 937, 1294, 1003, 1378, 1592, 1594, 1596 del Código de Comercio.

<sup>97</sup> Sentencia CSJ de 03 de marzo de 2004, exp. C-7623, M.P. José Fernando Ramírez ID: 225003, Sentencia CSJ de 7 de marzo de 1939, Gaceta Judicial Tomo XLVII, pág. 707, Sentencia CSJ de 26 de mayo de 1936, Gaceta Judicial Tomo XLIII, Pág 581, Sentencia CSJ de 3 de agosto de 1949, Gaceta Judicial Tomo 2075, pág. 585, Sentencia CSJ de 31 de agosto de 1942, Gaceta Judicial Tomo LIV, pág. 377, Sentencia CSJ de 26 de julio de 1995, exp. 4785, Sentencia CSJ de 19 de julio de 1996, exp. 4469, Sentencia CSJ de 9 de octubre de 1998, exp. 4895, Sentencia CSJ de 29 de abril de 2005, rad. 0829. M.P Carlos Ignacio Jaramillo, ID: 225628

connotaciones debe desatarse “desde el exterior sobre la industria” y que “no hubiera sido posible evitar aún aplicando la mayor diligencia sin poner en peligro toda la industria y la marcha económica de la empresa y que el industrial no tenía porqué tener en cuenta ni tomar en consideración”<sup>98</sup>.

Aún más, ahondó en el estudio de los mencionados elementos esenciales, precisando la homogeneidad entre la fuerza mayor y el caso fortuito, conceptos que no guarda diferencia doctrinaria<sup>99</sup> y práctica en razón a los efectos jurídicos que con llevan:

*“En cada evento es necesario estudiar las circunstancias que rodearon el hecho con el fin de establecer frente al deber de conducta que aparece insatisfecho, reúne las características que indica el Art 1º de la Ley 95 de 1890, tarea en veces dificultosa que una arraigada tradición jurisprudencial exige abordar con severidad.*

*Esos rasgos por los que es preciso indagar, distintivos del caso fortuito o de fuerza mayor, se sintetizan en la imposibilidad absoluta de cumplir derivada de la presencia de un obstáculo insuperable unida a la ausencia de culpa del agente cuya responsabilidad se pretende comprometer (G. J.T. XLII, pág. 54) y son, en consecuencia, los siguientes:*

*a) Que el hecho sea imprevisible, esto es que **en condiciones normales haya sido lo suficientemente probable para que ese agente, atendido su papel específico en la actividad que origina el daño, haya podido precaverse contra él, aunque por lo demás, respecto del acontecimiento de que se trata, haya habido, como la hay de ordinario para la generalidad de los sucesos, alguna posibilidad vaga de realización**, factor este último con base en el cual ha sostenido la jurisprudencia que “...cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por mas súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor...” (G. J. Tomos. LIV, página, 377, y CLVIII, página 63).*

*b) Que el hecho sea irresistible en el sentido estricto de **no haberse podido evitar su acaecimiento ni tampoco sus consecuencias, colocando al agente - sojuzgado por el suceso así sobrevenido- en la absoluta imposibilidad de obrar** del modo debido, habida cuenta que si lo que se produce es tan solo una dificultad más o menos acentuada para enfrentarlo, tampoco se configura el fenómeno liberatorio del que viene haciéndose mérito; y,*

*c) Que el mismo hecho, imprevisible e irresistible, **no se encuentre ligado al agente, a su persona ni a su industria, de modo tal que ocurra al margen de una y otra con fuerza inevitable**, por lo que bien puede decirse, siguiendo enseñanzas de la doctrina científica inspirada a su vez en jurisprudencia federal suiza (Andreas Von Thur. Tratado de las*

<sup>98</sup> Sentencia CSJ de 26 de noviembre de 1999, sin publicar oficialmente, citando a Andreas Von Thur, Tratado de las Obligaciones, Tomo II, Cap. VII, Pág. 68

<sup>99</sup> Sentencia CSJ Gaceta Judicial Tomo XLII, pág. 52-55.



*Obligaciones. Tomo II, Cap. VII, Pág. 68), que para poder reconocer conforme a derecho un caso fortuito con el alcance exigente que en la especie litigiosa en estudio sirvió para exonerar de responsabilidad a la compañía transportadora demandada, ha de tratarse de "... un acontecimiento extraordinario que se desata desde el exterior sobre la industria, acontecimiento imprevisible y que no hubiera sido posible evitar aun aplicando la mayor diligencia sin poner en peligro toda la industria y la marcha económica de la empresa y que el industrial no tenía por qué tener en cuenta ni tomar en consideración..”<sup>100</sup>*

Como se pudo observar, para la Sala es sumamente importante que la ocurrencia de dicha eventualidad, acarree un carácter exógeno, ausente de cualquier negligencia o impericia por parte de los contratantes o deudores:

*“Justamente por la naturaleza extraordinaria del hecho imprevisible e irresistible, su calificación por el juzgador como hipótesis de vis maior, **presupone una actividad exógena, extraña o ajena a la de la persona a quien se imputa el daño o a su conducta, o sea, “no puede concurrir con la culpa del demandado que haya tenido un rol preponderante en la causación del daño (cfme: sent. 009 de 27 de febrero de 1998)” (cas.civ. sentencia de 29 de abril de 2005, [SC-071-2005], exp. 0829-92), pues su estructura nocional refiere a las cosas que sin dolo ni culpa inciden en el suceso (quæ sine dolo et culpa eius accidunt ) y a las que aún previstas no pueden resistirse (quæ fortuitis casibus accidunt, quum prævideri non potuerant), lo cual exige la ausencia de culpa (quæ sine culpa accidunt) y, también, como precisó la Corte, es menester la exterioridad o ajenidad del acontecimiento, en cuanto extraño o por fuera de control del círculo del riesgo inherente a la esfera, actividad o conducta concreta del sujeto, apreciándose en cada caso particular por el juzgador de manera relacional, y no apriorística ni mecánica, según el específico marco de circunstancias y las probanzas (cas. civ. sentencia de 27 de febrero de 2009 exp. 73319-3103-002-2001-00013-01).***

*Por consiguiente, **la falta de diligencia o cuidado, la negligencia, desidia, imprudencia e inobservancia de los patrones o estándares objetivos de comportamiento exigibles según la situación, posición, profesión, actividad u oficio del sujeto, comporta un escollo insalvable para estructurar la fuerza mayor** cuando, por supuesto, su incidencia causal sea determinante del evento dañoso, porque en esta hipótesis, el hecho obedece a la*

---

<sup>100</sup> Sentencia CSJ SC de 24 de junio de 2009, exp. 01098-01, M.P. William Namen, ID: 227422, Sentencias CSJ SC de 5 de julio de 1935, Sentencias CSJ SC de 13 de noviembre de 1962, Sentencias CSJ SC 31 de mayo 1965, Sentencias CSJ SC Gaceta Judicial Tomo CXI-CXII, pág 126, Sentencias CSJ SC 26 de enero de 1982, Sentencias CSJ SC 2 de diciembre de 1987, Sentencias CSJ SC 20 de noviembre de 1989, Sentencias CSJ SC 7 de octubre de 1993, Sentencias CSJ SC 23 de junio de 2000, Sentencias CSJ SC078-2000, exp. 5475, Sentencias CSJ SC de 29 de abril de 2005, Sentencias CSJ SC071-2005, exp. 0829-92, Sentencias CSJ SC de 7 de marzo de 1939, Gaceta Judicial Tomo XLVII, pág 707, Sentencias CSJ SC de 26 de mayo de 1936, Gaceta Judicial Tomo XLIII, pág 581, Sentencias CSJ SC de 3 de agosto de 1949, Gaceta Judicial Tomo 2075, pág 585. Sentencias CSJ SC de 31 de agosto de 1942, Gaceta Judicial Tomo LIV, pág 377, Sentencias CSJ SC de 26 de julio de 1995, exp. 4785, Sentencias CSJ SC de 19 de julio de 1996 expediente 4469, Sentencias CSJ SC de 9 de octubre de 1998, exp. 4895, sentencia de 3 de marzo de 2004, expediente No. C-7623, Sentencia del 29 de abril de 2005, Expediente No. 0829-92, Sentencias CSJ SC de 7 de junio de 1951, Gaceta Judicial Tomo LXIX, pág 684, Sentencias CSJ SC de 27 de marzo de 1980, sentencia de 26 de noviembre de 1999, Sentencias CSJ SC de 23 de junio de 2000, expediente No. 5475, Sentencias CSJ SC de 16 de junio de 2003, Sentencias CSJ SC de 3 de marzo de 2004, expediente C-7623, Sentencias CSJ SC de 29 de abril de 2005, expediente 0829-92, Sentencias CSJ SC de 27 de febrero de 2009, exp. 73319-3103-002-2001-00013-01, Sentencias CSJ SC de 5 de julio de 1935, Sentencias CSJ SC de 4 de julio de 2002, Exp. No. 6461

*conducta de parte y no a un acontecer con las características estructurales de la vis mayor.*<sup>101</sup>

En igual sentido, la Sala se ha permitido explicarle al usuario de la administración de justicia y a la ciudadanía en general, como debe identificar los elementos de la mentada institución jurídica con respecto a una determinada obligación contractual, memorando la importancia de examinar la naturaleza de los hechos, teniendo en cuenta los elementos de ausencia e inimputabilidad de culpa del deudor, irresistibilidad e imprevisibilidad:

*“esos cuatro elementos de la fuerza mayor liberatoria (o caso fortuito liberatorio, pues ya tiene establecida la doctrina, que las dos expresiones son sinónimas) puede reducirse, bien analizadas las cosas, a la noción de imposibilidad de ejecución, que se advierte en varios elementos: en el espacio, imposibilidad de ejecución propiamente dicha, y, en el tiempo, imposibilidad de prever y evitar el acontecimiento. En efecto: la no imputabilidad (en sus dos manifestaciones; ausencia de culpa anterior y ausencia de culpa concomitante), constituye un requisito que en realidad queda adsorbido por el de la irresistibilidad, que es la imposibilidad para el deudor de obrar de un modo distinto a como ha obrado; y, por su parte, la imprevisibilidad queda comprometida a la imposibilidad absoluta de ejecutar, que implica imposibilidad de prever y de evitar.*

*De todo lo cual resulta que ningún acontecimiento, sea cual fuere la naturaleza de este, puede construir con respecto a una determinada obligación en dinero, como la contenida en la cláusula 7 del contrato que se estudia, fuerza mayor o caso fortuito liberatorio, porque según se ha visto la fuerza mayor liberatoria supone imposibilidad absoluta de ejecución (es decir, una imposibilidad, que por ser absoluta, se aprecia, no con respecto a las condiciones peculiares del deudor, sino con relación a un tipo abstracto de deudor), y es claro que no se concibe tal imposibilidad para la entrega de un suma de dinero, así como no se concibe, en regla general, para las obligaciones de género”<sup>102</sup>*

A este respecto, y en relación a la responsabilidad civil por incumplimiento contractual, analizada en el marco de la fuerza mayor o caso fortuito como causa eximente de responsabilidad, exige su ponderación desde el elemento de la culpa, reiterando la aplicación de los requisitos anteriormente mencionados, haciendo hincapié en la imprevisibilidad, la ausencia de diligencia debida y determinando pautas probatorias jurisprudenciales:

*“Se colige de las anteriores premisas que **siempre que resulte posible prever un hecho capaz de oponerse a la ejecución del contrato y que se pueda evitar con diligencia y cuidado, no habrá fuerza mayor ni caso fortuito.***

*Al respecto, en el pronunciamiento citado la Corte señaló:*

*(...) El incendio, la inundación, el hurto, el robo, la muerte de animales, el daño de las cosas, etc, son hechos en general previsibles y que por su sola ocurrencia no acreditan el caso fortuito o la fuerza mayor, porque dejan inciertos si dependen o no de culpa del deudor. Por consiguiente, es racional que el deudor alegue uno de estos o parecidos acontecimientos, pretendiendo librarse del cumplimiento de su*

<sup>101</sup> Sentencia CSJ CS de 24 de junio de 2009, exp. 01098-01, M.P. William Namen, ID: 227422

<sup>102</sup> Sentencia CSJ Gaceta judicial tomo XLII, pág. 52-55.

**obligación, debe no sólo probar el hecho, sino demostrar también las circunstancias que excluyen la culpa. Y la presunción de culpa que acompaña a quien no ha ejecutado el contrato, no se destruye por la simple demostración de la causa del incumplimiento cuando el hecho así señalado es de los que el deudor está obligado a prever o impedir.** Por ejemplo, el robo y el hurto son hechos que se pueden prever y evitar con sólo tomar las precauciones que indique la naturaleza de las cosas. No constituye caso fortuito sino probado que no obstante aquellas previsiones fue imposible evitar el suceso... cuando la causa del robo queda ignorada, cuando ni siquiera se conoce el autor, entonces no hay derecho a excusarse con el caso fortuito para librarse de la respectiva obligación. La presunción de culpa sigue pesando sobre el obligado (LXIX, 555)...

En referencia a la relación culpa – fuerza mayor, esta Corporación señaló que «si bien es cierto que una de las características de la fuerza mayor es la de que no puede concurrir con la culpa del demandado, **no lo es menos que ese principio se refiere a aquella culpa sin la cual no se habría producido el perjuicio, o por mejor decirlo, a una actividad que haya tenido incidencia en la realización del daño y no por consiguiente a la que resulta inocua;** y ello se muestra evidente, como quiera que si el actuar del demandado es totalmente indiferente en cuanto a un determinado acontecer, inútil será para esos efectos preguntar por él y, por tanto, calificarlo o no de culposo» (CSJ SC, 27 Feb. 1998).<sup>103</sup>

“En efecto, la Corte, de vieja data, tiene definido que “la exoneración de responsabilidad descansa fundamentalmente sobre la plena demostración de una causa extraña o, en su caso, de un vicio propio o inherente de la cosa transportada, como circunstancias genéricas idóneas para romper o desvirtuar el nexo de causalidad que, en principio, conecta el daño con la actividad económica del agente, evidenciando, por lo mismo, que aquél ha tenido un origen o procedencia totalmente ajena a ésta, al punto que, bajo ninguna óptica, pueda imputársele al transportador. Por razones obvias, para que el evento eximente pueda ser considerado como tal, es menester que su ocurrencia no sea atribuible, por acción u omisión, al agente, pues de ser así el suceso no sería propiamente “extraño”, sino que estaría situado dentro de la órbita de acción que compromete la responsabilidad del profesional. **Evidentemente, como de antiguo lo ha pregonado la doctrina jurisprudencial, ningún hecho podría ser catalogado de fuerza mayor o caso fortuito, como tampoco encuadrarse dentro del género de la “causa extraña”, si ha mediado alguna especie de culpa o descuido de la persona que en su favor lo alega,** por ejemplo, si se expuso imprudentemente a él, o no se preparó debidamente para evitarlo o encararlo - pudiendo hacerlo -, o si confió infundadamente en que podía sortearlo o superarlo, pues, es claro, semejantes actitudes determinan que el agente, de algún modo, asuma el hecho o, por lo menos, comparta su suerte, sin que le sea posible desligarse de los efectos nocivos que él llegue a producir. (cfr. G.J. t. LXIX, pag. 555; CLXV, 12; CLXXX, 229; entre otras).<sup>104</sup>

<sup>103</sup> Sentencia CSJ SC11822-2015 de 03 de septiembre de 2015, M.P. Ariel Salazar.

<sup>104</sup> Sentencia CSJ CS de 24 de junio de 2009, exp. 01098-01, M.P. William Namen, ID: 227422

Más allá del análisis de los elementos esenciales anteriormente mencionados, la Sala indica que el caso fortuito o la fuerza mayor no pueden circunscribirse a la simple y vana dificultad para cumplir con determinada obligación o carga:

*“la fuerza mayor o el caso fortuito implican una verdadera imposibilidad de aducirlos; y no una simple dificultad, así ella se manifieste grande (CLXI, pág. 156). Y en lo atinente a que no hubiera sido posible allegarlo por maniobras del contrincante, tal requisito requiere de dos presupuestos: la presencia del documento que hubiera podido servir de medio de prueba en manos o bajo el dominio de la parte contraria durante o antes de la tramitación del proceso revisado, y la participación de dicha parte en la retención de dicha prueba. Desde luego, corresponde al recurrente la carga probatoria tendiente a demostrar que fue caso fortuito o fuerza mayor o conducta de su adversario lo que le impidió aducir al proceso esta especie de prueba, pues si no empieza por probar estos extremos, inexorablemente el recurso interpuesto está llamado al fracaso» (Sentencia de revisión de 2 de diciembre de 1987, G.J. t. CLXXXVIII, pág. 332).<sup>105</sup>*

De acuerdo al precedente mencionado, esta Corporación también conmina al ciudadano y al usuario de la administración de justicia, a efectuar el análisis jurisprudencial de dicha institución a la luz de la *causa petendi* y los supuestos de hecho que se invoquen:

*“entre las nociones de caso fortuito y de fuerza mayor contempladas a la luz del Art. 1º de la Ley 95 de 1890 y otras disposiciones que a ellas aluden como los artículos 1604, 1616, 1731 y 1733 del C. Civil, no existe realmente diferencia apreciable en términos de la función que ambas están llamadas a cumplir en el ámbito de la legislación civil vigente según ha tenido oportunidad de puntualizarlo esta corporación (G.J. T. CXCVI, pág. 91), corresponde ahora hacer énfasis en que estas expresiones normativas se refieren, esencialmente, a acontecimientos anónimos, imprevisibles, irresistibles y externos a la actividad del deudor o de quien se pretende lo sea, demostrativos en cuanto tales de una causa extraña que a este no le sea imputable.*

*Así, pues, la cuestión del caso fortuito liberatorio o de fuerza mayor, al menos por norma general, **no admite ser solucionada mediante una simple clasificación mecánica de acontecimientos apreciados en abstracto** como si de algunos de ellos pudiera decirse que por sí mismos, debido a su naturaleza específica, siempre tienen tal condición, mientras que otros no. **En cada evento es necesario estudiar las circunstancias que rodearon el hecho con el fin de establecer frente al deber de conducta que aparece insatisfecho, reúne las características que indica el Art. 1º de la Ley 95 de 1890**, tarea en veces difícil que una arraigada tradición jurisprudencial exige abordar con severidad.*

*...No se trata entonces, per se, de cualquier hecho, por sorpresivo o dificultoso que resulte, sino de uno que inexorablemente reúna los mencionados rasgos legales, los cuales, por supuesto, deben ser evaluados en cada caso en particular –in concreto–, pues en estas materias conviene proceder con relativo y cierto empirismo, **de***

<sup>105</sup> Sentencia CSJ SC14425-2016 de 10 de octubre de 2016, M.P. Ariel Salazar, ID: 514202, Auto CSJ AC8735-2016 del 19 de diciembre de 2016, M.P. Ariel Salazar, ID: 527352, Sentencia CSJ Gaceta Judicial Tomo CCIV. Pág. 44, auto CSJ AC de 29 de Octubre de 2001, Rad. 2001-00105-01, Sentencia CSJ SC16932-2015, Rad. 2013-01920, Auto CSJ AC2667-2016 de 5 de Mayo de 2016, Rad. 2015-02798-00, Sentencia CSJ SC14425-2016 de 10 Octubre de 2016, Rad. 2007-01666-00.

**modo que la imprevisibilidad e irresistibilidad, in casu, ulteriormente se juzguen con miramiento en las circunstancias específicas en que se presentó el hecho a calificar, no así necesariamente a partir de un frío catálogo de eventos que, ex ante, pudiera ser elaborado en abstracto por el legislador o por los jueces, en orden a precisar qué hechos, irrefragablemente, pueden ser considerados como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito y cuáles no.**

*Justamente sobre este particular, bien ha precisado la Sala en jurisprudencia uniforme, que ‘la fuerza mayor no es una cuestión de clasificación mecánica de acontecimientos’ (sent. 145 de 7 de octubre de 1993); por eso, entonces, ‘la calificación de un hecho como fuerza mayor o caso fortuito, debe efectuarse en cada situación específica, ponderando las circunstancias (de tiempo, modo y lugar) que rodearon el acontecimiento –acompañadas con las del propio agente-’ (sent. 078 de 23 de junio de 2000), sin que un hecho pueda ‘calificarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito’ (cas. civ. de 20 de noviembre de 1989; cfme: sent. 087 de 9 de octubre de 1998).<sup>106</sup>*

De lo anterior, se colige con claridad y precisión que son reglas jurisprudenciales relevantes e importantísimas para la aplicación de la figura del caso fortuito o la fuerza mayor las siguientes: **a)** que el evento ocurrido sea irresistible, **b)** de manera acumulativa, que la circunstancia sea imprevisible, **c)** que en la circunstancia o el evento no concurra la culpa del demandado como rol preponderante,<sup>107</sup> **d)** que la circunstancia no esté ligada al agente, a su persona ni a su industria,<sup>108</sup> **e)** que la circunstancia o el evento no se constituya como una mera o simple dificultad, y por último, **f)** que dicha circunstancia o eventualidad se analice respecto al caso concreto.

---

<sup>106</sup> Sentencia CSJ SC de 29 de abril de 2005, rad. 0829, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo, ID: 225628, Sentencia CSJ SC17723-2016 de 07 de diciembre de 2016, M.P. Luis Alonso Rico, ID: 523013

<sup>107</sup> Sentencia CSJ SC de 26 de noviembre de 1999, exp.5220, M.P. Silvio Fernando Trejos, ID: 18839

<sup>108</sup> Sentencia CSJ SC de 26 de noviembre de 1999, exp.5220, M.P. Silvio Fernando Trejos, ID: 18839



VI. REGLAS  
JURISPRUDENCIALES.

## 6. REGLAS JURISPRUDENCIALES.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, reitera su compromiso y apoyo a la ciudadanía ante la coyuntura actual de la pandemia del COVID-19, situación que ha generado en el tránsito ordinario de las relaciones civiles y comerciales algunos imprevistos y complicaciones frente al debido cumplimiento de los contratos.

A manera conclusiva, esta Sala se permite recordar las reglas jurisprudenciales destacadas en el presente documento, deseando que las mismas sirvan de apoyo y cooperación para evitar rupturas intempestivas de los vínculos contractuales.

### 6.1. *Antecedentes jurisprudenciales del control constitucional de la Corte Suprema de Justicia, frente a las declaratorias de Estados de Excepción.*

Como se puede observar, son *reglas jurisprudenciales* importantes que se tuvieron en cuenta para dar lugar a las declaratorias de exequibilidad de los Decretos Legislativos expedidos en los Estados de Excepción las siguientes: **a)** la consecución del principio de conexidad, **b)** la no vulneración de mandatos constitucionales, **c)** la temporalidad de las medidas adoptadas durante el estado de excepción, y por último, **d)** una regla especial, fundamentada en la primacía del orden público, tal es que ante la duda de conexidad de las medidas adoptadas, prevalecería la exequibilidad del Decreto Legislativo.

### 6.2. *Del principio de Solidaridad y su aplicación en los contratos civiles y comerciales.*

De lo anterior, se pueden identificar con sana lógica que son *reglas jurisprudenciales* importantes a tenerse en cuenta las siguientes: **a)** El principio de la autonomía de la voluntad tiene un carácter ius privatista que ha sido permeado por la cláusula del Estado Social de Derecho, **b)** Dicha autonomía está limitada por el orden público constitucional, categoría dinámica, mutable y cambiante, **c)** La autonomía de la voluntad está fundamentada por principios constitucionales tales como la buena fe y la solidaridad contractual, acompañados de deberes constitucionales como la cooperación y la lealtad, los cuales son aplicables a todos los contratos civiles y mercantiles, **d)** Mediante la colaboración mutua de las partes, la aplicación de dichos principios y deberes propende por equilibrar la relación contractual, materializando los intereses jurídicos y económicos de los contratantes y evitando a toda costa la ruptura intempestiva de los contratos.

### 6.3. *Derechos del consumidor.*

En resumen, serán *reglas jurisprudenciales* destacadas: **a)** no se considera consumidor aquel que adquiera un bien o servicio para satisfacer aspectos propios de su actividad económica, **b)** los negocios jurídicos que se celebren en el marco de la ley 1880 de 2011 se regirán por el principio “pro consumatore”, **c)** los derechos del consumidor están protegidos tanto las etapas precontractuales, contractuales y poscontractuales, **d)** a estas relaciones jurídicas de consumo le son aplicables los deberes secundarios de conducta y todas aquellas normas civiles y comerciales relacionadas con la oferta y la aceptación mercantil, **e)** la protección de los derechos del consumidor ha trascendido a otros derechos fundamentales del ordenamiento a través del bloque de constitucionalidad y de normas supranacionales de obligatorio cumplimiento, **f)** los Estados deben inclinarse por garantizar los Derechos Humanos, Constitucionales y de los consumidores, aún en Estados de Excepción.

#### **6.4. Contrato de transacción.**

En razón a lo anterior, se tienen como reglas jurisprudenciales referentes a la transacción: **a)** es un contrato por naturaleza esencialmente consensual, por lo que para su perfeccionamiento basta con el acuerdo de voluntades debidamente expresado, **b)** está revestido de tres requisitos legales que hacen referencia a la existencia de una diferencia entre las partes, la voluntad o intención de poner fin a un litigio presente o eventual y el ánimo de materializar concesiones mutuas, **c)** el contrato además de cumplir los requisitos de validez de todo negocio jurídico, debe recaer sobre derechos renunciables y transigibles, así como verificar la capacidad de disposición de las partes, **d)** en igual sentido, es fundamental la correcta formación del consentimiento en las tratativas preliminares, así como su distinción frente a las meras intenciones de remediar un litigio, **e)** el negocio transaccional puede celebrarse antes del proceso o durante cualquier estado de este. En el último evento mencionado, deberán tenerse en cuenta algunas formalidades para su validez dentro del juicio, **f)** aquellas transacciones celebradas en consideración de títulos nulos, estarán viciadas por dicha nulidad, **g)** respecto de los conflictos de competencia suscitados en contratos transaccionales, es preponderante la aplicación del fuero contractual y el fuero personal.

#### **6.5. La conciliación.**

De esta manera, y de acuerdo a las providencias citadas, se pueden establecer como reglas jurisprudenciales referentes a la conciliación las siguientes: **a)** Es un acto jurídico de contenido formal y sustancial, **b)** es fundamental que se celebre ante funcionario competente y dando cumplimiento al requisito de completitud de los títulos valores, **c)** el acta de conciliación puede revestirse como un título complejo en razón a documentos anexos que concretan el alcance del objeto de lo negociado, **d)** como acto jurídico, el acuerdo conciliatorio debe cumplir con los requisitos de validez, y desarrollarse en el marco de las libertades que implica la autonomía de la voluntad privada, **e)** las meras contrapropuestas y las fórmulas de arreglo que se alleguen en la etapa de negociación y formación del consentimiento, no son acuerdos conciliatorios, por cuanto no convergen la voluntad de las partes, **f)** respecto de la capacidad para conciliar, la no presentación y porte de la cédula de ciudadanía para desarrollar la audiencia de conciliación, no puede ser causa para impedir la participen de ella, **g)** en relación al objeto de la conciliación, aquella no puede recaer sobre derechos ciertos e indiscutibles so pena de estar viciado por objeto ilícito, y **h)** el tiempo en el que se haya desarrollado la audiencia de conciliación, dará lugar a la suspensión y no a la interrupción de los términos de prescripción y caducidad.

#### **6.6. La teoría de la imprevisión.**

Por lo anterior, son reglas jurisprudenciales a tenerse en cuenta: **a)** la teoría de la imprevisión busca impedir el enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro, **b)** la teoría de la imprevisión es totalmente distinta a la institución jurídica de la fuerza mayor o el caso fortuito, **c)** son requisitos fundamentales para su configuración que recaiga sobre contratos de ejecución sucesiva, sea una sobreviniencia de circunstancias, que dichas circunstancias no sean preexistentes, su configuración sea extraordinaria, imprevista e imprevista, además sea totalmente ajena al deudor y de lugar a una desproporción grave, **d)** la imprevisión no envuelve una imposibilidad obligatoria o absoluta de cumplimiento, pues la prestación es susceptible de ejecutarse, por lo que corresponde al juez reajustar la relación o dar lugar a su terminación.

### **6.7. De la fuerza mayor o el caso fortuito.**

De lo anterior, se colige con claridad y precisión que son reglas jurisprudenciales relevantes e importantísimas para la aplicación de la figura del caso fortuito o la fuerza mayor las siguientes: **a)** que el evento ocurrido sea irresistible, **b)** de manera acumulativa, que la circunstancia sea imprevisible, **c)** que en la circunstancia o el evento no concurra la culpa del demandado como rol preponderante,<sup>109</sup> **d)** que la circunstancia no esté ligada al agente, a su persona ni a su industria,<sup>110</sup> **e)** que la circunstancia o el evento no se constituya como una mera o simple dificultad, y por último, **f)** que dicha circunstancia o eventualidad se analice respecto al caso concreto.

---

<sup>109</sup> Sentencia CSJ SC de 26 de noviembre de 1999, exp.5220, M.P. Silvio Fernando Trejos, ID: 18839

<sup>110</sup> Sentencia CSJ SC de 26 de noviembre de 1999, exp.5220, M.P. Silvio Fernando Trejos, ID: 18839