

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO COMERCIAL: ALGUNAS DE LAS HUELLAS TRAZADAS POR LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

*Juan Jacobo Calderón Villegas**
Universidad del Rosario*

RESUMEN

La constitucionalización del derecho privado y, en particular, la constitucionalización del derecho mercantil, es un fenómeno que ha ido adquiriendo importancia teórica y práctica si se tiene en cuenta que su concreción (i) promueve nuevas formas de litigio, (ii) impone el nacimiento de riesgos cuya evaluación puede ser relevante por parte de los agentes económicos, (iii) reta algunas convicciones importantes acerca de la imagen que se tiene de la estructura y funcionamiento del derecho privado y (iv) exige una reflexión profunda que debe transitar los niveles descriptivo, analítico y normativo de la dogmática del derecho privado y, al mismo tiempo, del derecho constitucional. Este es un intento de descripción de algunas manifestaciones relevantes del proceso de constitucionalización del derecho comercial en Colombia.

Palabras clave: constitucionalización del derecho mercantil, libertad contractual, deber de solidaridad, derecho comercial.

Fecha de recepción: 29 de marzo de 2007
Fecha de aceptación: 8 de mayo de 2007

* Abogado de la Universidad de Caldas. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho Contractual de la Universidad del Rosario. Coordinador de la línea de investigación en derecho comercial de la Universidad del Rosario. El artículo se deriva de los proyectos de investigación de esta línea. Correo electrónico: juan.calderonvi@urosario.edu.co

* Calle 14 # 6-25, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá – Colombia.

CONSTITUTIONALIZING COMMERCIAL LAW: SOME OF THE PATHS DRAWN BY THE CONSTITUTIONAL COURT'S JUDGMENTS

ABSTRACT

The constitutionalization of the private law and, specifically, the constitutionalization of the trade law, is a phenomenon that has been acquiring theoretical and practical importance if it considers that its concretion (i) promotes new forms of litigation, (ii) imposes the birth of risks whose evaluation can be necessary on the part of the economic agents, (iii) challenges some important convictions about the image that is have had of the structure and operation of the private law and (iv) demands a deep reflection that must to take in consideration the levels descriptive, analytical and normative of the private law dogmatic and, at the same time, of the constitutional law. This is an attempt of description of some manifestations of the constitucionalización process of the trade law in Colombia.

Key words: constitutionalization of law, trade law, contract freedom, solidarity duty, commercial law.

“Es importante advertir que no es suficiente para “desconstitucionalizar” (...) un asunto encontrar en el ordenamiento una norma de rango no constitucional que de manera directa lo regule y que, por lo tanto, sea la más próxima a la materia controvertida. Deberá primeramente descartarse (...) la pertinencia directa de la Constitución”, Corte Constitucional, sentencia T-240 de 1993.

INTRODUCCIÓN

La constitucionalización del derecho privado en Colombia y, en particular, del derecho mercantil, plantea innumerables y complicados problemas cuya relevancia dogmática se manifiesta de manera esencial, aunque no exclusiva, en las dimensiones descriptivas y analíticas de las que se vale tal modelo de investigación jurídica. De esta manera, es posible afirmar que los problemas más importantes vinculados con la constitucionalización del derecho privado en Colombia podrían reconducirse a preguntas del siguiente tipo:

- a) ¿Cómo se ha manifestado la constitucionalización del derecho privado en Colombia?
- b) ¿Cuáles son los niveles institucionales en los que se ha manifestado con mayor potencia la constitucionalización del derecho privado en Colombia?
- c) ¿Qué significado, en Colombia, cabe predicar de la expresión “constitucionalización del derecho privado?”.
- d) ¿Cuáles son los conceptos que se emplean para justificar la constitucionalización del derecho privado en Colombia?
- e) ¿Qué relación existe entre tales conceptos?
- f) ¿El empleo de qué tipo de categorías permitiría dar una explicación satisfactoria de la constitucionalización del derecho privado en Colombia?
- g) ¿Las categorías empleadas por la denominada dogmática de los márgenes de acción¹ ostentan un nivel de rendimiento adecuado para explicar la constitucionalización del derecho privado en Colombia?
- h) ¿Existe alguna diferencia importante entre la constitucionalización del derecho civil y la constitucionalización del derecho mercantil?

Nótese cómo el tipo de cuestiones que han quedado mencionadas y cuya respuesta podría considerarse indispensable si se pretende explicar adecuadamente el fenómeno citado, se ubican de manera principal en un plano descriptivo —tal y como ocurre en a), b), c), y d) o en un plano analítico— lo que sucede en e), f), g) y h).

Se preguntará el lector, con total justificación, cuáles son las razones determinantes para que en Colombia permanezca inactiva, frente a este fenómeno, la dimensión normativa —si se quiere propositiva²— de la dogmática. Tal cuestión, creo, requiere

1 Para una introducción a la dogmática de los márgenes de acción puede consultarse, ALEXY, ROBERT, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, (trad.) CARLOS BERNAL PULIDO, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pág. 50 y sigs. Entiendo que el profesor RODOLFO ARANGO se refiere, al menos a una parte de tal modelo dogmático cuando, al aludir a la manera de resolver el problema de la *supra* e infraconstitucionalización, hace mención a la teoría de los ámbitos de actuación jurídica. Al respecto puede consultarse, ARANGO, RODOLFO, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pág. 230.

2 Este nivel de la dogmática tiene por objeto establecer las reglas a partir de las cuales los jueces deben orientar —o reorientar— su actividad hermenéutica frente a un problema particular. En otros términos, es la dimensión que se ocupa de establecer cómo deben decidir los tribunales. A este nivel de la dogmática se refiere ALEXY en la última parte del párrafo que se transcribe a continuación: “Si se sigue

de una precisión previa y de una respuesta temporal. Por una parte, la precisión exige sostener que no resulta del todo cierto afirmar que en Colombia haya estado totalmente ausente la formulación de líneas argumentativas orientadas a *criticar*³ algunas de las expresiones del *influjo del texto constitucional en la definición del alcance de tradicionales instituciones de derecho privado*⁴; ello supone aceptar que es posible *detectar* algunas opiniones que pretenden encauzar el proceso. No obstante, por otra parte y en lo que tiene que ver con la respuesta temporal, parece admisible considerar que la configuración de un debate serio acerca de la constitucionalización del derecho privado en Colombia requiere previamente, si se pretende una discusión ordenada y sistemática, contar con material descriptivo y analítico suficiente, es decir,

- a) disponer de exposiciones claras acerca de los campos en los que se ha manifestado la constitucionalización del derecho privado y la manera en que se ha producido —lo que requiere establecer aquello que se designa con la expresión constitucionalización— y

el uso de las palabras dominante entre los juristas, por <<dogmática jurídica>> o <<dogmática del derecho>> hay que entender la ciencia del derecho en sentido más estricto y propio (...), tal como es elaborada realmente por ellos (...). Esta ciencia del derecho, en su sentido más estricto y propio es una mezcla de, al menos, tres actividades: (1) la descripción del derecho vigente, (2) su análisis sistemático y conceptual y (3) la elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos (...)”, ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 240 y 241.

- 3 Sobre el particular, por ejemplo, es posible constatar la crítica formulada por MAURICIO VALENZUELA GRUESO a la argumentación de la Corte Constitucional en la sentencia T-520 de 2003. Puede consultarse la edición n° 10 de *Ámbito Jurídico*, 2003.
- 4 A efectos del presente artículo y dada la aparente neutralidad de la definición, considero pertinente estipular que cuando aquí se emplee la expresión “constitucionalización del derecho privado” se entienda por tal la que ha quedado resaltada en el texto. Esta definición convencional acoge, de alguna manera, la recomendación que parece formular CARLOS SANTIAGO NIÑO frente a los riesgos asociados al aserto según el cual entre las palabras y las cosas designadas existe un vínculo esencial e indisoluble. Por el contrario, es claro, según se verá, que la expresión mencionada puede adquirir significados específicos según el contexto en el que se emplee. En otro lugar, se ha expuesto un concepto de constitucionalización similar al mencionado, en los siguientes términos: “Si bien los autores que han sido citados tratan de aproximarse al que podría ser un concepto de constitucionalización, la diversidad de asuntos relacionados con tal materia no parecen permitir llegar a un criterio unánime. Sin embargo, de la lectura de tales intentos de definición, es posible aceptar, en general, que la constitucionalización consiste en un proceso con ocasión del cual, la Constitución irradia o <<impregna>> todo el ordenamiento jurídico impidiendo que el análisis del mismo pueda omitir consideraciones relacionadas con la incidencia de las normas constitucionales en su comprensión. (...) En el contexto de esta investigación, la constitucionalización del derecho privado puede entenderse como la influencia que el derecho constitucional, a través de la aplicación de las disposiciones de la Constitución, pueda llegar a tener en el entendimiento y puesta en marcha de las instituciones del derecho civil y comercial”. Para el efecto puede consultarse el documento de investigación, serie de Documentos, n° 39, (2005) de la línea de investigación de derecho comercial de la Universidad del Rosario elaborado por NELCY LÓPEZ CUÉLLAR, ERICK RINCÓN CÁRDENAS y JUAN JACOBO CALDERÓN VILLEGAS denominado “La constitucionalización del derecho privado en Colombia: supuestos de Investigación”.

- b) construir o modelar conceptos que permitan explicar la constitucionalización del derecho privado y, al interior de éste, del derecho mercantil.

Así pues, el camino necesario para afrontar la dimensión normativa de la dogmática jurídica en materia de constitucionalización del derecho privado en Colombia, requiere un tratamiento previo y consistente de las dimensiones complementarias del citado modelo de investigación jurídica y a las que ya se ha podido hacer referencia.

La finalidad de profundizar en tales dimensiones es la que se ha tenido como criterio definitorio del contenido del presente artículo. Así las cosas, el objeto del mismo consiste en presentar un conjunto de rasgos básicos que cabe predicar de la constitucionalización del derecho mercantil en Colombia considerando algunos de los ámbitos temáticos en los cuales tal proceso se ha manifestado con mayor intensidad.

En consecuencia, a fin de intentar una aproximación descriptiva y analítica a la cuestión propuesta, se seguirá el siguiente orden. Inicialmente:

- i. se precisará, delimitando su alcance y características, el sistema judicial de constitucionalización del derecho privado en Colombia a partir del cual se desarrollará el artículo. Posteriormente,
- ii. serán analizadas algunas de las manifestaciones concretas del citado fenómeno resaltando, particularmente, aquellas relacionadas con el derecho de los contratos bancarios A continuación y a título de hipótesis de trabajo y de conclusión del presente artículo,
- iii. se sintetizarán los rasgos que a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional cabe adscribir a la constitucionalización del derecho mercantil en Colombia.

Parece importante advertir a quien inicia esta lectura, que a lo largo del texto encontrará numerosas —y en algunos casos extensas— notas de pie de página cuya finalidad, considerando las dimensiones que pretendo abarcar, consiste en proporcionar suficiente información acerca del comportamiento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que resultó relevante.

1. LOS SISTEMAS DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL

Sin lugar a dudas, existen múltiples y diferenciados sistemas a través de los cuales puede constatare la constitucionalización de derecho mercantil, entendiendo por tal, según se señaló más arriba, el proceso en virtud del cual las cláusulas constitucionales proyectan su eficacia jurídica sobre instituciones clásicas del derecho privado y sobre las normas que las definen y desarrollan, incidiendo en la determinación de su alcance.

La existencia de los diferentes sistemas se vincula con la perspectiva institucional, procesal e interpretativa a partir de la cual se analice el fenómeno y, a su vez, con el tipo de combinaciones de tales perspectivas.

Así por ejemplo, desde el punto de vista institucional resulta factible aludir a sistemas de constitucionalización:

- i) predominantemente legislativos⁵ y
- ii) predominantemente judiciales, según que las actividades legislativas o judiciales ostenten el protagonismo en el proceso de constitucionalización.

Como se indicará más adelante, la perspectiva procesal sólo revela su importancia cuando se abordan, concretamente, los sistemas judiciales de constitucionalización.

De igual manera, el nivel de abstracción interpretativa con el que se pretende definir la intensidad de la incidencia constitucional, permitiría distinguir entre modelos de constitucionalización:

- i) *prima facie* abstractos y
- ii) *prima facie* concretos.

Esta distinción puede relacionarse directamente con la formulación institucional mencionada anteriormente. En tal dirección, los sistemas de constitucionalización predominantemente legislativos se orientan a determinar la incidencia del texto constitucional en el derecho privado con apoyo en herramientas regulatorias que no

5 En este sistema cabría afirmarse la existencia de órganos legislativos severamente comprometidos con la optimización de los mandatos constitucionales hasta el punto de regular, en el ámbito de sus posibilidades competenciales y con independencia de la existencia o no de mandatos de regulación expresos, todas aquellas materias relevantes para el derecho mercantil con la finalidad de concretar las exigencias constitucionales.

se conectan de manera directa con situaciones fácticas específicas y, en este sentido, de naturaleza abstracta; por el contrario, los sistemas que exponen un predominio de la actividad judicial, se caracterizarían por el hecho de que la incidencia de la Constitución en la comprensión del derecho privado se define, *prima facie*, a partir del análisis de supuestos fácticos debidamente especificados. Debe advertirse, sin embargo, que resulta posible la existencia de sistemas judiciales de constitucionalización del derecho privado fundados en un tipo especial de abstracción interpretativa, según ocurre en los ordenamientos que contemplan el control abstracto de constitucionalidad de las leyes a cargo de un Tribunal Constitucional.

La clasificación expuesta resulta, desde luego, excesivamente general y se limita a ofrecer algunas pautas para la comprensión de los sistemas jurídicos en los cuales la Constitución ha sido puesta en un lugar importante del ordenamiento. No obstante, considerando el ámbito temático que ocupa la atención de este artículo, a continuación se hará una breve referencia a los sistemas judiciales de constitucionalización del derecho mercantil y, en particular, al que cabría denominar sistema judicial estricto de constitucionalización del derecho mercantil

1.1. Los sistemas judiciales de constitucionalización del derecho mercantil

Por sistemas judiciales de constitucionalización de derecho mercantil entiendo aquellos cauces a través de los cuales la incidencia del texto constitucional en la definición del alcance y comprensión del derecho mercantil se activa con ocasión del ejercicio de funciones jurisdiccionales. Es irrelevante para esta definición el tipo de autoridad judicial que active tal proceso. En efecto, bajo esta definición caerían todas aquellas manifestaciones de incidencia de la Constitución con independencia de que las mismas tengan su origen en la actuación de la jurisdicción ordinaria⁶, *de la jurisdicción arbitral* o de la jurisdicción constitucional.

En otro lugar⁷, se ha dejado señalado que es posible identificar, al menos, cinco sistemas judiciales de constitucionalización del derecho privado. De esta manera, es posible ordenar tales sistemas a través de la siguiente clasificación: (a) sistema

6 Incluso puede aceptarse que la constitucionalización puede producirse a través de entidades como la Superintendencia de Industria y Comercio o la Superintendencia de Sociedades cuando ésta o aquella actúan en ejercicio de funciones jurisdiccionales.

7 Para el efecto puede consultarse el documento de investigación, serie de Documentos, n° 39, (2005) de la línea de investigación de derecho comercial de la Universidad del Rosario elaborado por NELCY LÓPEZ CUÉLLAR, ERICK RINCÓN CÁRDENAS y JUAN JACOBO CALDERÓN VILLEGAS denominado “La constitucionalización del derecho privado en Colombia: supuestos de investigación”.

suave, (b) sistema estricto, (c) sistema excepcional intermedio, (d) sistema ordinario intermedio y (e) sistema abstracto.

Esta clasificación se fundamenta u orienta a partir de la diferente articulación de elementos tales como el juez que aborda el debate jurídico, el instrumento procesal que se emplea para plantear la cuestión y la intensidad con la cual se presenta el razonamiento constitucional para resolver el problema de que se trate.

Así las cosas, explicando los criterios de distinción de tales sistemas se ha señalado:

“Parece ser posible contemplar cinco sistemas de constitucionalización del derecho privado en Colombia que se diferencian por la intensidad de los enlaces que se producen entre la jurisdicción constitucional, los instrumentos procesales orientados a proteger la integridad de la Constitución y la argumentación fundamentada sobre la base de normas constitucionales”⁸.

El sistema suave que reviste la naturaleza de un sistema concreto dado que se activa con ocasión de la solución de una cuestión jurídica particular se caracteriza, fundamentalmente, por los siguientes rasgos:

- i) la autoridad judicial que conoce del asunto lo hace en su condición de juez ordinario,
- ii) el trámite procesal que se sigue a efectos de definir la cuestión es del tipo de aquéllos regulados por el ordenamiento procesal civil o arbitral y
- iii) la construcción de argumentos constitucionales, no necesariamente explícita, tiene por objeto fundamentar la competencia para decidir el asunto y determinar las fuentes del derecho aplicables.

El sistema excepcional intermedio se asimila, en sus primeras dos características, al sistema suave. Sin embargo, existen diferencias fundamentales entre ambos tipos de sistemas. En primer lugar,

- i) la solución dada por el juez ordinario o el tribunal arbitral es considerada inconstitucional como consecuencia (a) de la omisión de una consideración constitucional fundamental (violación directa de la Constitución) o (b) de la concreción, en su contenido, de un defecto sustantivo. Tal circunstancia,

8 Ibidem.

- ii) activa la competencia excepcional de la jurisdicción constitucional a fin de que, a través del trámite propio de la acción de tutela, revise la providencia acusada y determine si su contenido encuadra en algunas de las *causales de procedibilidad* de tal tipo de acción contra providencias judiciales.

En este sistema, cuyo resultado puede consistir en la *anulación* de la decisión judicial examinada, la argumentación constitucional para resolver la controversia de derecho privado puede ser variable dependiendo de la causal de procedibilidad identificada. En efecto, en el primer evento (violación directa de la Constitución) el razonamiento constitucional ostentará mayor intensidad dado que deberá orientarse a demostrar la pertinencia de una norma constitucional en la solución del *caso*. Por su parte, en el segundo de los supuestos (defecto sustantivo) la argumentación constitucional tendrá como finalidad establecer (a) si una norma infraconstitucional, debiendo serlo, no fue aplicada o (b) si una norma infraconstitucional, careciendo de pertinencia para ser aplicada, fue empleada para resolver el asunto. Al margen de las precisiones particulares que pudieren formularse, es claro que el juicio de constitucionalidad que en estos eventos se desarrolla constituye un escrutinio de segundo grado que, en consecuencia, se encuentra sometido a poderosas restricciones derivadas de la autonomía judicial y del carácter subsidiario de la acción de tutela⁹.

El sistema ordinario intermedio al igual que el anterior, reproduce las dos primeras características del sistema suave. Sin embargo, la fundamentación constitucional se dilata dado que, además de apoyarse en el texto constitucional con los mismos propósitos del sistema suave, acude al mismo a efectos de construir un argumento que le permita, soportándose en el artículo 4 de la Constitución, proceder a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad respecto de una norma de derecho privado, *prima facie* aplicable. Es claro, en consecuencia, que en este sistema la argumentación constitucional se intensifica dada la carga argumentativa que se impone a la autoridad judicial si pretende omitir la aplicación de una disposición *infraconstitucional*.

El sistema abstracto de constitucionalización judicial del derecho privado, por su parte, se activa con ocasión de la presentación de acciones orientadas a que se declare la inconstitucionalidad de una norma relevante para el derecho privado. Este sistema, en consecuencia,

9 Una presentación de algunas características del sistema excepcional intermedio de constitucionalización del derecho privado puede consultarse en CALDERÓN, JUAN J., “Los sistemas de constitucionalización del derecho privado en Colombia a propósito de los casos “El incendio del centro comercial de la 17” y “El avalista ciego”, *Revista del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas*, Universidad de Caldas, Manizales, 2005, pág. 103 y sigs.

- i) tiene lugar con ocasión de la actuación de la Corte Constitucional o el Consejo de Estado, según el caso,
- ii) su trámite es el propio de la acción pública de inconstitucionalidad o de nulidad por inconstitucionalidad y
- iii) existe, *prima facie*, un predominio de argumentación constitucional *abstracta*.

Una vez presentada la anterior síntesis y considerando, en primer lugar, que el análisis que se efectuará más adelante se verificará a partir del examen de algunos desarrollos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional con ocasión del ejercicio de su competencia de revisión de sentencias de tutela, centraré la atención, un momento, en el denominado sistema judicial estricto de constitucionalización del derecho privado el cual recoge, en principio, los rasgos propios de la constitucionalización cuando ésta se produce en ejercicio de la mencionada competencia por parte de la Corte Constitucional.

1.1.2. El sistema judicial estricto de constitucionalización del derecho mercantil

Este sistema,

“se caracteriza por los siguientes rasgos: (i) la autoridad judicial que examina la controversia —concreta— de derecho privado hace parte de la jurisdicción constitucional, (ii) el trámite que debe adelantarse para definir la controversia es excepcional y nace a partir de la interposición de una acción de tutela, (iii) dado que en estos casos se aduce la violación de un derecho constitucional fundamental, la solución del problema, *prima facie* de derecho privado, será abordada, principalmente —aunque no de manera exclusiva y excluyente—, a la luz de un proceso de argumentación constitucional. Tal argumentación podrá suponer la presentación de razones procesales —relacionadas con la procedencia de la acción de tutela— o sustanciales —vinculadas con la definición acerca de si ha existido o no una violación iusfundamental—”¹⁰.

Es claro que los rasgos característicos de este sistema explican claramente su denominación. Ello es así dado que, al menos desde la perspectiva de los sistemas concretos, el estricto supone la intervención más activa e intensa de la interpretación constitucional en la comprensión del derecho privado. De esta manera, este sistema moviliza toda la *infraestructura* constitucional con la finalidad de resolver una

10 Ibidem.

controversia que, *prima facie*, podría entenderse captada por el ordenamiento comercial y todo el arsenal interpretativo que se ha construido a su alrededor.

Así pues, el sistema estricto se habilita en aquellos eventos en los que es posible determinar que el texto constitucional, no obstante su parcial apertura semántica y estructural, tiene un claro poder de captación del problema jurídico correspondiente.

La definición de un poder de captación tal puede encontrarse particularmente desarrollado en un pronunciamiento de la Corte Constitucional, ya lejano en el tiempo, de cuyo texto es posible derivar la afirmación según la cual no resulta viable considerar constitucionalizada una controversia mercantil —en el sentido de que se encuentre exigida la aplicación directa de la Constitución y habilitada para ello la jurisdicción constitucional— cuando:

- i) existe una norma de rango inferior, compatible con la Constitución, que resulte más próxima al supuesto de hecho analizado y, como consecuencia de lo anterior,
- ii) sólo puede predicarse de la Constitución una relevancia genérica que exige de la jurisdicción ordinaria interpretar las normas pertinentes de conformidad con los principios y valores constitucionales¹¹.

Adicionalmente, es indudable que tal poder de captación se encuentra determinado por cuestiones relacionadas con la procedencia de la acción de tutela en la medida en que sólo podrá ser atraída por la jurisdicción constitucional aquella controversia mercantil que plantee un problema constitucional,

11 Corte Constitucional, sentencia T-240 de 1993, MP: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. En la citada sentencia se expresó así la Corte Constitucional: “Es importante advertir que no es suficiente para “desconstitucionalizar” —expresión que denota la ausencia de aplicación directa de la Constitución como quiera que la “genérica” se postula con carácter necesario habida consideración de la obligada interpretación de todo el ordenamiento conforme a la Constitución— un asunto encontrar en el ordenamiento una norma de rango no constitucional que de manera directa lo regule y que, por lo tanto, sea la más próxima a la materia controvertida. Deberá primeramente descartarse, como se ha hecho en este caso, la pertinencia directa de la Constitución. Desde luego si la autoridad pública aplica la norma inferior, prescindiendo de interpretarla de conformidad con la Constitución, sus normas, valores y principios, de modo que por ese motivo su decisión los contradiga, puede eventualmente presentarse, por este concepto, una violación directa de la Carta”. No es posible desconocer que esta interesante formulación jurisprudencial, dado su carácter general, deja innumerables cuestiones abiertas. Así por ejemplo, la definición de los eventos en los cuales una situación específica se puede entender atraída por el supuesto de hecho de una norma constitucional es, desde un punto de vista dogmático, indudablemente compleja; incluso, no sobra advertirlo, la determinación de los supuestos de hecho de las normas iusfundamentales con estructura de principio, ha ocupado la atención de las teorías jurídicas de los derechos fundamentales más influyentes de los últimos años. Asimismo, es importante no perder de vista a efectos de clarificar un poco más la cuestión, la sentencia T-222 de 2004 de la Corte Constitucional en la cual se definieron algunos parámetros interpretativos de la mayor relevancia.

- i) cuando no existan mecanismos ordinarios efectivos para solucionar la cuestión o
- ii) cuando existiendo tales mecanismos ellos se tornan definitivamente ineficaces para proteger las pretensiones iusfundamentales en juego o el tiempo de espera de su activación puede originar un perjuicio iusfundamental irremediable.

De conformidad con lo anterior, resulta evidente que la constitucionalización del derecho mercantil a través de esta vía supone que la jurisdicción constitucional de manera directa¹² puede:

- i) definir el alcance constitucional de normas mercantiles para resolver una controversia de tal naturaleza o
- ii) atraer totalmente la controversia al plano constitucional y, a partir de allí, resolver el asunto teniendo como fundamento exclusivo, el texto constitucional.

2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL EN COLOMBIA: LA EXPERIENCIA JURISPRUDENCIAL

Una revisión simple de la jurisprudencia constitucional permite establecer algunos ámbitos temáticos específicos en los cuales la constitucionalización judicial del derecho comercial puede constatarse con claridad. En particular, es posible afirmar que existe un grupo de líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional que definen una interpretación constitucional de ciertas categorías del derecho privado. En efecto,

- i) la limitación del ámbito de acción de la libertad contractual y
- ii) la proyección del principio de solidaridad en las operaciones activas de las entidades bancarias,

¹² Con la expresión directa, pretendo diferenciar el sistema estricto, del sistema excepcional intermedio de constitucionalización del derecho mercantil. En el segundo, a diferencia del primero, la intervención de la jurisdicción constitucional sólo se hace posible cuando la decisión del juez ordinario al resolver un problema jurídico de naturaleza comercial ha omitido una consideración constitucional esencial o ha formulado una argumentación evidentemente irrazonable, que permite afirmar la existencia de una vía de hecho judicial —defecto sustantivo— y, en consecuencia, resulta procedente la acción de tutela. De esta manera, a diferencia del sistema estricto, en el sistema excepcional intermedio se requiere la actuación interpretativa previa de la autoridad judicial ordinaria. Un ejemplo de este tipo de constitucionalización puede constatarse en la sentencia T-1072 de 2000 de la Corte Constitucional.

son tan sólo algunos de los ejemplos en los cuales cabe afirmar la concreción del sistema judicial estricto de constitucionalización del derecho mercantil si se tiene en cuenta que allí se han examinado y analizado, desde una perspectiva primariamente constitucional, los comportamientos contractuales y no contractuales en el marco de relaciones que parecerían, en principio, ser captadas, por el derecho mercantil. Una síntesis de tales orientaciones jurisprudenciales permitirá aclarar algunas cuestiones.

2.1. El ejercicio de la libertad contractual

Parece posible sostener que uno de los ámbitos respecto de los cuales puede predicarse una mayor contundencia del proceso de constitucionalización judicial del derecho mercantil, es el relacionado con la definición de los alcances de la libertad contractual en determinados vínculos negociales amparados por las normas que instrumentan tal derecho.

Examinando con algún detenimiento la jurisprudencia constitucional y, particularmente los pronunciamientos vertidos en las sentencias T-1165 de 2001¹³, T-1118 de 2002¹⁴, T-763 de 2005¹⁵ y T-517 de 2006¹⁶ puede constatar que diversos razonamientos contruidos sobre la base de argumentos constitucionales y, específicamente iusfundamentales, han terminado por limitar el alcance de la libertad de contratación.

13 En este caso se discutió, fundamentalmente, si resultaba constitucionalmente legítimo a la luz del derecho a la igualdad que una compañía aseguradora se negara a celebrar un contrato de seguro de vida con un tomador que padecía el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, Sala Segunda de Revisión, MP: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

14 En esta oportunidad le correspondió a la Sala Tercera de Revisión, evaluar si la decisión negativa de una aseguradora para cotizar el valor de un seguro de accidentes personales a favor de un grupo de discapacitados se oponía al derecho fundamental a la igualdad, MP: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

15 Con ocasión del caso sometido a la decisión de la Corte Constitucional, le correspondió a tal Tribunal determinar si resultaba constitucionalmente admisible, a la luz del derecho a la igualdad, que una entidad bancaria negara a un pastor cristiano la activación de una tarjeta débito aduciendo, para el efecto, que ello no era posible dado que la actividad desempeñada por el solicitante no se encontraba en el marco de las políticas de crédito de tal entidad bancaria, Sala Sexta de Revisión, MP: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

16 En la sentencia T-517 de 2006, la Corte Constitucional estimó que resultaba constitucionalmente inadmisibles que tres sociedades aseguradoras se hubiesen negado a expedir una póliza judicial requerida por la accionante efectos de hacer posible la práctica de medidas cautelares en un proceso penal en la que la peticionaria había vinculado como tercero civilmente responsable a otra compañía aseguradora. El citado tribunal estimó, entre otras cosas, que tal actuación desconocía el derecho a la reparación.

En efecto, si se entiende que la citada libertad de contratación —cuyo *espíritu* subyace en gran parte de las normas constitutivas del derecho privado— autoriza a su titular, *prima facie*, a adoptar autónomamente la decisión de contratar o no y en consecuencia, le concede el derecho a ser protegido frente a intervenciones en tal decisión y si, adicionalmente, se considera que las restricciones a tal libertad son ordinariamente admitidas bajo la condición de que ostenten un origen legislativo, deberá concluirse que las decisiones judiciales que, a partir del diseño de argumentos iusfundamentales, interfieren en tal libertad y por esa vía imparten, a título de ejemplo, la orden de proceder a celebrar un contrato, representan una manifestación de la constitucionalización del derecho privado y, específicamente del derecho mercantil¹⁷.

En contra de la afirmación contenida en el párrafo precedente podría aducirse el hecho de que la doctrina comercial se encontraría dispuesta a admitir el establecimiento de tal tipo de restricciones a la libertad de contratación valiéndose para ello de cláusulas generales como aquéllas que imponen el deber de actuar conforme a la buena fe durante la etapa precontractual o que prohíben el ejercicio abusivo de los derechos¹⁸.

17 Un examen cuidadoso acerca de la necesaria reconceptualización del principio de la autonomía privada en el contexto constitucional colombiano puede encontrarse entre otras, en las sentencias SU157 de 1999 y T-468 de 2003. Allí la Corte, examinó bajo qué condiciones las entidades bancarias podían negarse a celebrar contratos con personas incluidas en la denominada “Lista CLINTON”. Sobre el particular me parece del caso destacar, simplemente, que tales decisiones ofrecen una fundamentación general, más o menos sofisticada, de las limitaciones de la libertad contractual a partir de la presentación de la fórmula “justificación objetiva y razonable”. A esta fórmula se recurrió constantemente en las providencias citadas en el numeral 2.1 de este trabajo y en esa medida, constituye un referente imprescindible para la comprensión del proceso de constitucionalización del derecho privado en Colombia.

18 Así por ejemplo, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia al evaluar la validez de una cláusula que limitaba las posibilidades probatorias para acreditar un siniestro a efectos de llevar a cabo la reclamación correspondiente ante una aseguradora, sostuvo lo siguiente: “En este sentido, la calificación de abusiva, leonina o vejatoria —entre otras denominaciones más enderezadas a relieves el resquebrajamiento o erosión de la justicia contractual— de una cláusula que, como la aquí colacionada, impone al asegurado o beneficiario la carga de probar su derecho de una manera específica —o tarifaria—, limitando por esta vía indebidamente los diversos medios de prueba a su disposición, en contra de la preceptiva legal imperante, responde, preponderantemente, al hecho de que ella socava el equilibrio prestacional que, en línea de principio, debe existir en todo contrato, en la medida en que agrava —sin contrapartida— las condiciones en que aquéllos pueden solicitar del asegurador que cumpla con su obligación de “pagar el siniestro”, concretamente como corolario de la acreditación de la ocurrencia o materialización del riesgo asegurado (*onus probandi*).

“Dicha exigencia restrictiva, *in concreto*, provoca una inequitativa y de paso inconsulta dilación en el cumplimiento del deber de prestación a cargo del asegurador, desnaturalizando así la inocultable teleología bienhechora reconocida universalmente al contrato de seguro, pues si de este negocio jurídico emana la obligación condicional de la entidad aseguradora (art. 1045, num. 4° en concordancia con el C. Co., art. 1054, en lo pertinente), ocurrido el siniestro, en virtud de la realización del referido riesgo asegurado (ib., arts. 1054 y 1072), surge —in actus— la obligación a cargo de ésta de satisfacer la prestación asegurada (ib., art. 1080).

Desde luego, el razonamiento expuesto puede estimarse como dogmáticamente correcto en la medida en que tal tipo de salidas poseería un fundamento normativo adecuado.

Sin embargo, las razones que hacen factible afirmar que decisiones como las adoptadas suponen manifestaciones de la constitucionalización del derecho mercantil, consisten:

- i) en que la autoridad que define la limitación de la libertad contractual es el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional,
- ii) en que el instrumento procesal a través del cual se plantea la reclamación iusfundamental, es la acción de tutela y, quizá lo más importante,
- iii) en que el interprete constitucional, en estos casos, ha conseguido establecer la existencia de un supuesto de hecho en las cláusulas constitucionales, que posee un mayor nivel de pertinencia y, por ello, un poder de atracción o captación más intenso que el que cabría asignarle a las normas ordinarias.

De esta manera, la fuerza de irradiación de las normas constitucionales se tradujo, en los casos abordados por las sentencias señaladas, en la aceptación (a) de que la cláusula general de igualdad en la variante que permite atribuirle a las personas integrantes de grupos marginados, disminuidos, discriminados o en situación de especial debilidad, el derecho a una especial protección —exigible incluso de algunos particulares—, extendía su ámbito de salvaguarda a aquellos eventos en los cuales no obstante la condición evidente de debilidad, las personas eran excluidas de la posibilidad de acceder a un seguro indispensable para amparar ciertos riesgos relevantes (casos T-1165 de 2001, T-1118 de 2002 y T-517 de 2006¹⁹) y (b) de que

“Lo abusivo —o despótico— de este tipo de cláusulas —que pueden estar presentes en cualquier contrato y no sólo en los de adhesión o negocios tipo—, se acentúa aún más si se tiene en cuenta que el asegurador las inserta dentro de las condiciones generales del contrato (C. Co., art. 1047), esto es, en aquellas disposiciones —de naturaleza volitiva y por tanto negocial— a las que se adhiere el tomador sin posibilidad real o efectiva de controvertirlas, en la medida en que han sido prediseñadas unilateralmente por la entidad aseguradora, sin dejar espacio —por regla general— para su negociación individual”, sentencia de febrero 2 de 2001, MP: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

- 19 En esta providencia la Corte Constitucional protegió, además del derecho a la reparación el derecho de acceder a la administración de justicia fundamentándose (i) en las restricciones susceptibles de imponer a la libertad contractual en este tipo de eventos y (ii) en la activación del deber de solidaridad. En uno de los apartes de la sentencia indica la Corte Constitucional lo siguiente: “Para la Sala, hubiese sido aceptable alegar, por ejemplo, la existencia de alguno de los riesgos consagrados en el artículo 1055 del Código de Comercio en virtud del cual son actos inasegurables “el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario” o el “amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo” (...). Las compañías aseguradoras pueden delimitar contractualmente los riesgos (art.1056 CCo) o negarse a expedir una póliza si se trata de actos

la cláusula general de igualdad conjuntamente con la protección de la libertad de cultos, en cuanto contemplan la prohibición, *prima facie*,

- i) de establecer distinciones entre las personas por razones vinculadas con la opción religiosa o
- ii) de limitar el ejercicio de su actividad religiosa, impedía a las entidades bancarias abstenerse de prestar un servicio determinado apoyándose, para ello, en la actividad religiosa de quien solicitaba la prestación del servicio (T-763 de 2005)²⁰.

De esta manera, el alcance de la libertad de contratación en el derecho mercantil es redefinido por la jurisprudencia constitucional a través del establecimiento de un alcance especial de los supuestos de hecho de las normas de derecho fundamental²¹.

inasegurables. Pero la simple negativa no es aceptable por tratarse de una actividad de interés general que es uno de los fines del Estado social de derecho conforme al artículo 1° de la Constitución Política. (...) Ninguna explicación, diferente a la autonomía privada de la voluntad, fue dada por las aseguradoras, lo cual no es aceptable constitucionalmente”.

- 20 La mencionada sentencia luego de tutelar los derechos a la personalidad jurídica y a la igualdad del accionante dispuso lo siguiente: “ORDENAR al Banco Superior que, en el término de diez días (10) contados a partir de la notificación de la presente sentencia realice un nuevo estudio de riesgo crediticio al señor Pedro Enrique García Romero para determinar si se realiza la apertura de cuenta corriente para el uso de la tarjeta Bansuperior Carulla Master Card; estudio en el cual no se podrá tener como razón para la negativa la presunción de incapacidad de pago en virtud de la labor que desempeña y, en cambio, se deberá tomar en cuenta consideraciones objetivas y razonables que atiendan su capacidad económica”. Debe advertirse que el tipo de soluciones adoptadas por la Corte Constitucional en los casos en los que se ha constitucionalizado una controversia relacionada con el alcance de la libertad contractual, no han consistido, necesariamente, en impartir una orden de contratación. En efecto, lo que exige ordinariamente la Corte es que se adecue el procedimiento previo a la contratación de forma tal (i) que la decisión de no contratar se encuentre debidamente justificada —si ello es posible— o (ii) que se adelante el trámite precontractual necesario —oferta- a efectos de que la persona cuyos derechos han sido protegidos determine libremente y de manera definitiva si celebra el contrato o se abstiene de hacerlo.
- 21 Es importante no dejar de mencionar que ya, desde 1997, la Corte Constitucional había aceptado la limitación de la libertad contractual en orden a proteger el derecho al trabajo. En efecto, en sentencia T-375 de 1997 —hoy por hoy paradigmática— al Tribunal Constitucional colombiano le correspondió determinar si era compatible con la Constitución la decisión de un distribuidor de parafina —único en la región— consistente en negarle el suministro de tal material a un fabricante de velas que había denunciado al primero debido a que, al parecer, le estaba suministrando cantidades inferiores de parafina a las que decía efectivamente vender. En dicha oportunidad la Sala Tercera de Revisión, MP: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ sostuvo lo siguiente: “Tratándose de un pequeño empresario, la negativa a contratar en las condiciones señaladas, viola el derecho al trabajo cuando ella tiene como consecuencia material y directa la clausura de su fuente única de sustento y ello obedece a un acto deliberado e ilegítimo de retaliación. En esta sentencia se han expuesto los elementos que comprueban el aserto anterior. Basta señalar que en el caso del pequeño empresario, su posición no sólo resulta garantizada en el ordenamiento constitucional por el derecho a la libertad de empresa, sino también y fundamentalmente por el derecho al trabajo”.

Desde luego que las cadenas argumentativas que sostienen las decisiones que han sido mencionadas contemplan razonamientos mucho más elaborados. Así por ejemplo, en ocasiones, advierte la Corte, las conductas de las entidades bancarias consistentes en impedir el acceso a determinados servicios financieros, pueden suponer, adicionalmente, la violación del derecho a la personalidad jurídica en tanto impiden o restringen el adecuado desempeño de las personas en el tráfico jurídico. Adicionalmente y dado que es indudable que los problemas procesales y sustanciales no pueden tratarse de forma separada al momento de definir la manera en que se produce —o debe producirse— la constitucionalización del derecho mercantil, la jurisprudencia constitucional se ha ocupado de establecer en las providencias a las cuales se ha hecho referencia y a la luz de las hipótesis generales de procedencia de la acción de tutela contra particulares, por una parte,

- i) que la actividad desplegada por las entidades bancarias puede considerarse, en principio, como el desarrollo de una actividad de servicio público y, por otra parte,
- ii) que la conducta de las aseguradoras puede determinar que el individuo se encuentre en un estado de indefensión.

Debe anotarse, sobre este último punto, que una de las razones esenciales para justificar la indefensión en las providencias citadas puede hacerse consistir en el evidente poder que ostentan las compañías aseguradoras. No obstante que la constatación de tal circunstancia puede considerarse de la mayor importancia en el contexto de la jurisprudencia constitucional, es pertinente advertir que la sentencia T-222 de 2004 cuyo estudio cuidadoso he intentado en otro lugar²², parece formular un camino alternativo a tal construcción en los eventos de controversias contractuales derivadas del contenido inconstitucional del contrato o de una consecuencia inconstitucional de su ejecución.

Como conclusión preliminar, puede afirmarse que es posible *detectar* en la jurisprudencia constitucional algunos parámetros específicos para configurar un problema mercantil relacionado con la libertad contractual, como un problema constitucional vinculado con los límites de la libertad contractual. Ello, sin duda

22 “La Constitucionalización de las controversias contractuales” en *Los contratos de derecho privado*, Legis y Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, pág. 751 y sigs. El artículo que se menciona tuvo por objeto llevar a cabo un intento de sistematización, a partir de las consideraciones desarrolladas por la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia T-222 de 2004, del sistema de constitucionalización de las controversias contractuales con una especial referencia, a partir del precedente desarrollado en la sentencia T-486 de 2003, al caso especial de la terminación unilateral del contrato de cuenta corriente bancaria.

alguna, puede calificarse como una manifestación evidente del sistema judicial estricto de constitucionalización del derecho comercial que pone a prueba la capacidad del jurista práctico y teórico de reevaluar la manera en que tradicionalmente ha comprendido categorías tan significativas para el derecho privado.

2.2. El deber de solidaridad durante la ejecución de contratos mercantiles

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha fijado una serie de pautas constitucionales que deben ser observadas durante la etapa de ejecución de algunos contratos mercantiles. Ello ha sido particularmente claro en los eventos de incumplimiento contractual por parte de personas que pueden considerarse ubicadas en una situación de debilidad manifiesta.

La anterior afirmación puede derivarse del análisis de las sentencias T-520 de 2003²³, T-419 de 2004²⁴ y T-170 de 2005²⁵ proferidas por la Corte Constitucional. Debe advertirse que los supuestos fácticos de cada uno de los casos resueltos en las sentencias citadas se diferenciaban en aspectos de la mayor relevancia. No obstante tales diferencias, ellos parecían coincidir, según lo definió la Corte, en dos ingredientes fácticos fundamentales: por un lado, se trataba de deudores de entidades bancarias y, por otro, se aducía una circunstancia especial —de debilidad manifiesta— que había impedido el pago oportuno de las sumas debidas.

La argumentación de la Corte Constitucional que preside las decisiones que allí se adoptan, coincide en destacar la importancia de considerar la eficacia del principio

23 En la sentencia T-520 de 2003 se evaluó si resultaba constitucionalmente legítimo, de conformidad con el principio de solidaridad, que una entidad bancaria omitiera la condición de secuestrado de uno de sus deudores a efectos de tratarlo de la misma manera que al resto de personas no afectadas por tal circunstancia. En particular, el problema consistía en determinar qué tipo de tratamiento debía otorgarse al deudor cuando, como consecuencia del secuestro, se encontraba *en mora de cumplir* sus obligaciones y parecía posible, desde el punto de vista jurídico (i) hacer efectiva la cláusula aceleratoria acordada, (ii) exigir el pago de intereses moratorios y (iii) iniciar procesos ejecutivos. Sala Quinta de Revisión, MP: RODRIGO ESCOBAR GIL.

24 En la sentencia T-419 de 2004, la Sala Segunda de Revisión, MP: ALFREDO BELTRÁN SIERRA, le correspondió examinar la relevancia que tenía, considerando la celebración de un contrato de mutuo con una entidad bancaria, la condición de desplazado que ostentaba el deudor.

25 En esta ocasión, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional —MP JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO— debió establecer cuál era el tratamiento que debía ser conferido por una entidad bancaria a dos personas que padecían el síndrome de inmunodeficiencia adquirida y contra las cuales se había iniciado un proceso ejecutivo a fin de obtener el pago de la suma debida. Al interponer la acción de tutela (i) el inmueble ya se había adjudicado a la entidad bancaria, (ii) la cancelación de la hipoteca que lo gravaba ya se había producido y (iii) sólo hacía falta la entrega del inmueble.

de solidaridad en el marco de las relaciones bancarias, de forma tal que su incidencia puede expresarse a través (a) de la fijación de especiales pautas de comportamiento, (b) del suministro de criterios de interpretación cuando se lleva a efecto un análisis de las acciones u omisiones de los particulares y (c) del establecimiento de límites a los propios derechos.

Esta dimensión expansiva del principio de solidaridad que permite su inflexible *intromisión* en relaciones de naturaleza mercantil, contribuye a definir el alcance y limitación de algunos importantes derechos radicados en cabeza de las entidades bancarias.

Así, por ejemplo, para la Corte Constitucional constituye un ejercicio abusivo del derecho a acceder a la administración de justicia que una entidad bancaria, sin considerar que uno de sus deudores se encuentra secuestrado o lo ha sido en el pasado reciente, inicie en su contra una acción ejecutiva orientada a obtener el pago de los saldos no cubiertos²⁶. De igual forma, omitir considerar las circunstancias de debilidad en las cuales se encuentra un deudor y que le impiden cumplir sus obligaciones oportuna y totalmente puede comportar, según lo expresa la Corte Constitucional, una violación de los derechos fundamentales a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad²⁷. En otro sentido, resulta contrario al principio de la buena fe que las entidades bancarias, no obstante su conocimiento de la situación que afecta al deudor y que lo ubica en una situación de debilidad evidente, inicien o continúen el trámite de procesos de ejecución²⁸.

26 Señala la Corte Constitucional en el fundamento jurídico n° 3.4.4 de la sentencia T-520 de 1993: “De tal modo, los bancos no pueden exigir judicialmente el pago de la deuda a una persona que ha sido secuestrada sino después del año siguiente a su liberación, so pena de vulnerar sus derechos fundamentales. Interponer una demanda contra una persona que ha sido secuestrada, conociendo previa o posteriormente que su incumplimiento se debió al secuestro constituye una conducta contraria al principio de buena fe, y un abuso del derecho de acceso a la administración de justicia”.

27 En la citada sentencia T-520 de 2003, luego de referirse a algunas de las instituciones que ha acogido el derecho privado a efectos de salvaguardar al deudor que ha incumplido por causas que no puede controlar, la Corte Constitucional advirtió: “(...) Figuras como la buena fe, la fuerza mayor, el caso fortuito o la imprevisión, suponen el reconocimiento de circunstancias ajenas a la voluntad del deudor, que escapan de su control y que impiden el cumplimiento de sus obligaciones o lo hacen excesivamente oneroso. En consecuencia, estas instituciones imponen límites al principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual, y específicamente, al principio de *pacta sunt servanda*, impidiéndole al acreedor exigir el cumplimiento de la obligación al deudor, difiriendo su exigibilidad, o cambiando las condiciones en que ésta había sido pactada inicialmente. (...) En tales casos, el desconocimiento de una circunstancia que impide cumplir una obligación contractual, o que la hace demasiado onerosa, puede comportar la violación del derecho a la igualdad y del derecho al libre desarrollo de la personalidad, y en esa medida, constituye un límite al principio de autonomía de la voluntad, y a la libertad contractual”.

28 En la sentencia T-170 de 1995 consideró lo siguiente la Corte Constitucional en el fundamento jurídico n° 29: “Con base en las consideraciones que hasta este momento se han expuesto, la Sala arriba a las siguientes conclusiones: (...) los deudores son portadores sintomáticos del virus del sida, se encuentran desempleados y deben cuidar a sus cuatro hijos menores de edad; (...) esta circunstancia fue conocida por la apoderada de esa entidad financiera, no obstante ello el proceso se adelantó de acuerdo

De esta síntesis, excesivamente descriptiva desde luego, puede inferirse la intensidad con la cual el principio de solidaridad ha terminado por cobijar hipótesis fácticas que, primariamente, podían considerarse reguladas por el derecho mercantil y cuya captación por el texto constitucional y por esa vía, por la jurisdicción constitucional, no puede explicarse por razones diferentes a las que fundamentan la constitucionalización del derecho privado.

Debe advertirse, desde luego, tal y como se hizo en el aparte anterior, que las decisiones específicas adoptadas por la Corte en aquellos eventos en los que ha reconocido que la entidad bancaria no ha ajustado su conducta al deber de solidaridad frente a los deudores, no presentan un carácter uniforme. En efecto, de una parte y en lo que tiene que ver con el tipo de derechos protegidos por las sentencias, la Corte ha oscilado entre la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad, del derecho a la igualdad²⁹, del derecho a la dignidad humana³⁰ y, en algunos eventos el derecho de petición³¹.

En los casos que se han comentado, se hace evidente una intensa intervención de la Corte Constitucional en las relaciones contractuales de las entidades bancarias. Tal intervención tiene incluso la capacidad de despojarlas del ejercicio de los derechos que, en principio, podrían ser ejercidos conforme a lo normado contractual o legalmente (cobro de intereses moratorios, continuación de procesos ejecutivos,

a las normas jurídicas generales, tanto sustanciales como procesales, y por ello la ejecución prosperó, se adjudicó el inmueble a la demandante y se halla pendiente la diligencia de entrega, (...) ese proceder de la entidad financiera implicó la vulneración del principio de buena fe aplicable a las relaciones contractuales, un ejercicio abusivo del derecho de acceso a la administración de justicia y un manifiesto incumplimiento del deber de solidaridad impuesto por el artículo 95.2 de la Carta a todas las personas y ciudadanos (...)"

- 29 En la sentencia T-520 de 2003 la Corte Constitucional protegió los derechos al libre desarrollo y a la igualdad del actor y, como consecuencia de ello impartió una orden compleja en la que se estableció (i) que se extendiera en un mes la suspensión del proceso ejecutivo iniciado en contra del actor y (ii) la obligación a cargo de las partes de novar, en el término de un mes, las obligaciones —la Corte alude a novación de contratos— a través del establecimiento de un nuevo acuerdo. De conformidad con la Corte, el acuerdo correspondiente debería contemplar, entre otras cosas, (a) la imposibilidad de hacer ejercicio de las cláusulas aceleratorias que se hubiesen pactado anteriormente y (b) la inexigibilidad de los intereses moratorios que se hubiesen causado durante la época en que se encontró secuestrado el actor.
- 30 En la sentencia T-170 de 2005 se protegieron los derechos a la igualdad y a la dignidad humana de los accionantes y se dispuso (i) que continuara por sesenta días la suspensión del proceso ejecutivo y (ii) que a la entidad bancaria le correspondía refinanciar la deuda de los accionantes considerando su situación de debilidad manifiesta.
- 31 En la sentencia T-419 de 2004 se protegió el derecho de petición y, como consecuencia de ello la Corte constitucional ordenó que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia, el representante legal del Banco, o quien éste delegara, procediera a suministrar al actor la información por él requerida. Particularmente, señaló la Corte, la respuesta debería tener en cuenta (i) la pertenencia del actor al grupo de personas desplazadas por la violencia y, adicionalmente, (ii) sus condiciones económicas.

posibilidad de abstenerse de continuar una relación con un deudor incumplido, entre otros).

Este *ajuste* en categorías casi axiomáticas del derecho comercial ha tenido un espacio propicio en el marco de las relaciones bancarias. Podría encontrarse la razón de tal fertilidad en el hecho de que la actividad bancaria es considerada como una actividad de servicio público y, por ello, su vinculación al texto constitucional adquiere un mayor número de conexiones debido a que los servicios cuya prestación le ha autorizado el Estado gozan de una especial trascendencia para los ciudadanos³².

La circunstancia de que hubiese detenido mi atención en este tipo especial de relaciones, obedece no a que en las mismas se agote el proceso de constitucionalización sino que, a partir de la actividad interpretativa de la Corte Constitucional en este campo, es posible ordenar un panorama lo suficientemente amplio como para establecer criterios generales de la suerte que el proceso de constitucionalización del derecho mercantil puede seguir o pudo haber seguido, en otros muy diferentes ámbitos³³.

A la luz de lo expuesto en los numerales 2.1 y 2.2, es posible ir definiendo las condiciones bajo las cuales resulta posible hablar, en Colombia, de la constitucionalización judicial estricta del derecho comercial. Esta exposición, cuya simplicidad es evidente si se tiene en cuenta la complejidad de la jurisprudencia constitucional colombiana en la materia, permite avanzar un poco en este escrito a efectos de plantear, a título de hipótesis —y si se quiere como conclusión—, algunos de los rasgos que permitirían ir caracterizando los alcances del sistema de constitucionalización que se ha explorado en este ensayo³⁴.

32 En materia de créditos hipotecarios para la adquisición de vivienda se ha ido consolidando una extensa y constante línea jurisprudencial conforme a la cual no resulta posible, sin violar el derecho al debido proceso, que las entidades bancarias carentes de la autorización de los deudores adelanten la reversión unilateral de la liquidaciones de los créditos cuando del resultado de tales liquidaciones han beneficiado, originalmente, a tales deudores. Sobre este particular y a efectos de disponer de una síntesis de la jurisprudencia constitucional al respecto, puede consultarse la sentencia de reiteración T-697 de 2005, MP MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

33 Es posible constatar, por ejemplo, un proceso de constitucionalización del derecho de sociedades en aspectos tales como la responsabilidad de las sociedades matrices cuando sus subordinadas se encuentran en liquidación y carecen de los recursos necesarios para cubrir las exigencias impuestas por el derecho al mínimo vital de los trabajadores. Sobre el particular pueden consultarse sentencias tales como la SU-1023 de 2001 MP JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO y SU-636 de 2003 MP JAIME ARAÚJO RENTERÍA. Asimismo, es posible constatar un proceso de constitucionalización actualmente en curso en el campo de las relaciones de propiedad horizontal. Un ejemplo de ello, entre muchos otros, puede confirmarse en la sentencia T-717 de 2004 MP JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

34 En otro lugar, podrá avanzarse en el estudio acerca del sistema intermedio excepcional de constitucionalización del derecho mercantil. En particular, un ejemplo de este sistema de constitucionalización puede consultarse la sentencia T-1072 de 2000 de la Corte Constitucional. MP VLADIMIRO NARANJO MESA.

3. A TÍTULO DE HIPÓTESIS: ALGUNOS RASGOS DEFINITORIOS DEL SISTEMA JUDICIAL ERICTO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL EN COLOMBIA

Todo intento de caracterización de un proceso corre el riesgo de incluir rasgos que no le son necesariamente propios o de omitir otros que, de manera clara, sí le corresponden. Desde una perspectiva lingüística convencional, es decir, evitando considerar que el proceso de constitucionalización del derecho privado hace parte de un fenómeno conceptualmente inequívoco, parece ser posible enunciar las siguientes características del mencionado proceso³⁵:

1) Es un proceso interpretativamente estructurado

Que se trate de un proceso interpretativamente estructurado implica que es posible hallar, en la jurisprudencia constitucional, líneas conductoras que lo justifican y, al mismo tiempo, lo explican. Así por ejemplo, es posible constatar que la definición del significado constitucional de la autonomía privada ha orientado, en una medida importante, el tipo de restricciones que en determinados campos del derecho privado en los que opera con especial intensidad tal principio, cabe imponer a las relaciones contractuales.

En tal sentido, si se admite que con ocasión de la existencia de un texto constitucional que persigue un modelo de Estado socialmente sensible, el tipo y la intensidad de las restricciones susceptibles de ser impuestas a la autonomía de la voluntad y, en particular, a la libertad contractual, se modifica, es previsible que en campos, naturalmente mercantiles pero especialmente sensibles —como el bancario— la jurisprudencia constitucional respalde o afirme mayores interferencias.

La estructuración interpretativa a la que aludo no significa, debe advertirse, que la jurisprudencia constitucional sea totalmente coherente. Por el contrario, la reconstrucción jurisprudencial que debe elaborarse irá mostrando sus debilidades y, desde luego, sus deficiencias.

³⁵ Las características que aquí se presentan se encuentran incorporadas, igualmente, en el informe de investigación (serie de documentos) n° 41 (2005) de la línea de investigación de derecho comercial de la Universidad del Rosario elaborado por NELCY LÓPEZ CUÉLLAR, ERICK RINCÓN CÁRDENAS y JUAN JACOBO CALDERÓN VILLEGAS denominado “La constitucionalización del derecho privado: un intento de revisión a partir de la experiencia de la jurisprudencia constitucional colombiana”.

2) *Es un proceso, para cuya comprensión, es indispensable efectuar múltiples y precisas distinciones*

Es evidente que el derecho mercantil, en tanto parte integrante del derecho privado, ha reclamado siempre un espacio carente de interferencia lo suficientemente amplio a fin de permitir que la inteligencia y creatividad humana diseñe los mejores sistemas de relación económica. Ello supone que cada relación nacida al amparo del derecho comercial cuenta con una historia propia y con un diseño específico. La interpretación constitucional del derecho comercial debe encontrarse en capacidad de establecer tales distinciones y, a partir de ellas, establecer si un determinado asunto puede entenderse constitucionalizado en un sentido fuerte.

3) *No es un proceso aséptico a las metodologías y herramientas interpretativas del derecho privado*

La definición de un problema de derecho mercantil que ha sido constitucionalizado no se desvincula de algunas de las categorías que antes o sólo hasta ahora, se han incorporado al arsenal interpretativo de la doctrina del derecho privado. De esta manera,

- i) doctrinas tales como la del abuso del derecho o
- ii) deberes tales como el de actuar conforme al principio de la buena fe, cuya génesis cabría encontrar en las regulaciones del derecho privado, son reinterpretadas desde una perspectiva constitucional. En tal sentido, será necesario indagar su reconstrucción —ampliación, limitación o complementación— en el seno del Tribunal Constitucional Colombiano.

4) *Es un proceso dogmáticamente complejo*

Uno de los mayores retos a los que se somete el proceso de constitucionalización del derecho mercantil en Colombia consiste en potenciar su capacidad de atender formulaciones dogmáticas de indudable complejidad que a partir

- i) de la jurisprudencia constitucional o
- ii) de la doctrina comparada, han intentado fijar cauces precisos a tal proceso.

Así, por vía de ejemplo, el rendimiento de la dogmática de los márgenes de acción con apoyo en la cual, según ROBERT ALEXY, sería posible ir construyendo un proceso de constitucionalización adecuado, requiere ser cuidadosamente evaluado

en Colombia a efectos de establecer si tal rendimiento se limita a la explicación del proceso o puede extenderse a su orientación.

La complejidad dogmática anunciada se encuentra vinculada con la comprobación de una diferencia estructural entre las normas que predominan en el ordenamiento mercantil (reglas) y las normas de la Constitución relevantes en el proceso de constitucionalización (principios). Esta diferencia, perfectamente verificable, incide en las técnicas de interpretación que se privilegian en cada uno de los ordenamientos. En tal sentido, el análisis de problemas mercantiles a través de la metodología, consolidada ya en la jurisprudencia constitucional, definida por el juicio de proporcionalidad podrá oponerse a algunos estándares tradicionales de interpretación del derecho privado³⁶.

5) Es un proceso teórica y políticamente sensible

La doble sensibilidad que plantea el proceso de constitucionalización del derecho mercantil y, en general del derecho privado, se fundamenta en el hecho de que, por una parte, probablemente exigirá la reevaluación del entendimiento tradicional de conceptos tan importantes para la tradición jurídica colombiana como el de seguridad jurídica y, por otra, puede suponer, considerando que el sistema judicial de constitucionalización estricta del derecho comercial —así como también ocurre en el sistema excepcional intermedio de constitucionalización— reproduce una disputa entre tribunales a efectos de determinar quien controla la interpretación de los problemas jurídico-mercantiles y, en este sentido, requiere una respuesta a la pregunta acerca de quien define las fuentes formales del derecho comercial.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEX, ROBERT, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- ALEX, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- ARANGO, RODOLFO, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- CALDERÓN, JUAN J., “Los sistemas de constitucionalización del derecho privado en Colombia a propósito de los casos “El incendio del centro comercial de la 17” y “El avalista ciego”, *Revista del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas*, Universidad de Caldas, Manizales, 2005.

36 Para una explicación interesante del método de investigación científica en el derecho mercantil, puede consultarse, GARRIGUES JOAQUÍN, *Curso de derecho mercantil*, I, Porrúa, México, 1979, pág. 42 y sigs.

CALDERÓN, JUAN J., “La constitucionalización de las controversias contractuales”, en: *Los contratos de derecho privado*, Legis y Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

GARRIGUES JOAQUÍN, *Curso de derecho mercantil I*, Porrúa, México, 1979.

LÓPEZ CUÉLLAR, NELCY; RINCÓN CÁRDENAS, ERICK y JUAN JACOBO CALDERÓN VILLEGAS, *La constitucionalización del derecho privado en Colombia: supuestos de investigación*, serie de Documentos, n° 39, línea de investigación de derecho comercial de la Universidad del Rosario, 2005.

LÓPEZ CUÉLLAR, NELCY; RINCÓN CÁRDENAS, ERICK y JUAN JACOBO CALDERÓN VILLEGAS, *La constitucionalización del derecho privado: un intento de revisión a partir de la experiencia de la jurisprudencia constitucional colombiana*, serie de Documentos, n° 41, línea de investigación de derecho comercial de la Universidad del Rosario, 2005.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia de febrero 2 de 2001, MP: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

Corte Constitucional, sentencia T-240 de 1993, MP: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Corte Constitucional, sentencia T-375 de 1997, MP: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Corte Constitucional, sentencia SU157 de 1999, MP: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Corte Constitucional, sentencia T-1072 de 2000, MP: VLADIMIRO NARANJO MESA.

Corte Constitucional, sentencia SU-1023 de 2001, MP: JAIME CÓRDOBA TREVIÑO.

Corte Constitucional, sentencia T-1165 de 2001, MP: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Corte Constitucional, sentencia T-1118 de 2002, MP: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Corte Constitucional, sentencia T-468 de 2003, MP: RODRIGO ESCOBAR GIL.

Corte Constitucional, sentencia T-520 de 2003, MP: RODRIGO ESCOBAR GIL.

Corte Constitucional, sentencia SU-636 de 2003, MP: JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

Corte Constitucional, sentencia T-222 de 2004, MP: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

Corte Constitucional, sentencia T-419 de 2004, MP: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Corte Constitucional, sentencia T-717 de 2004, MP: JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

Corte Constitucional, sentencia T-170 de 2005, MP: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

Corte Constitucional, sentencia T-697 de 2005, MP: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Corte Constitucional, sentencia T-763 de MP: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Corte Constitucional, sentencia T-517 de 2006, MP: MARCO GERARDO MONROY CABRA.