

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

**MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO, PERSONA Y SOCIEDAD CON ÉNFASIS
EN CONTRATACIÓN CONTEMPORÁNEA**

Rector:

Dr. Juan Carlos Henao

Secretaria General:

Dra. Martha Hinstrosa Rey

Decana Facultad de Derecho:

Dra. Adriana Zapata Giraldo

Director de Departamento de Derecho Civil:

Dr. Felipe Navia Arroyo

Director de Tesis:

Dr. Carlos Chinchilla Imbett

Presidente de Tesis:

Dr. Felipe Navia Arroyo

Examinador:

Dr. Marcos Quiroz Gutiérrez

NICOLÁS ORTEGÓN OBANDO

La prueba del incumplimiento del contrato: criterios de atribución de la carga probatoria

**Bogotá D.C
2020**

CONTENIDO

1. PREMISA- “ANÁLISIS DE LA CARGA DE LA PRUEBA DESDE EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL”	5
2. PRESUPUESTOS PARA LA ATRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL	10
2.1. La integración del contrato, derivada del principio de buena fe, se erige como presupuesto de la distribución de la carga de la prueba	10
2.2. El deber de colaboración como elemento estructural de la prestación se edifica en un presupuesto para poder atribuir la carga de la prueba del incumplimiento	13
2.3. La existencia de una situación de incumplimiento o de insatisfacción de la prestación como presupuesto para la atribución de la carga de la prueba del incumplimiento.....	16
3. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA DEL INCUMPLIMIENTO	18
3.1. El tipo contractual y la función del contrato. Una relación estrecha que permite atribuir la carga de la prueba de acuerdo con el merecimiento de tutela de cada negocio particular.....	19
3.2. La integración del contenido negocial como criterio de atribución de la carga de la prueba, previo ejercicio hermenéutico y argumentativo del demandante para estructurar el contrato con todas las obligaciones que de su naturaleza se desprenden.	22
3.3. La equidad como herramienta del juez para alcanzar la justicia contractual en cada caso concreto se convierte en criterio de atribución de la carga de la prueba del incumplimiento.....	24
3.4. La calidad de las partes en la relación negocial permite la atribución de obligaciones y cargas específicas, como la del incumplimiento del contrato, valorando en cada caso los conocimientos específicos de cada sujeto, que reduzcan la asimetría contractual y procesal.....	27
3.5. El tipo de obligación. Las obligaciones de medio y de resultado y la regla de la prueba de la diligencia como criterio para atribuir la carga de la prueba del incumplimiento. La prueba en las obligaciones de no hacer y sus particularidades	33
4. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL INCUMPLIMIENTO EN MATERIA DE CONTRATOS ESTATALES. UNA CONSTRUCCIÓN DESDE LA JURISPRUDENCIA Y LA REMISIÓN EXPRESA A LAS DISPOSICIONES CIVILES Y MERCANTILES..	37
5. CONCLUSIONES	42
BIBLIOGRAFÍA	44

LA PRUEBA DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO: CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA CARGA PROBATORIA

Por: Nicolás Ortegón Obando

Sumario: 1. Premisa- “Análisis de la carga de la prueba desde el incumplimiento contractual”. 2. Presupuestos para la atribución de la carga de la prueba del incumplimiento contractual. 2.1 La integración del contrato, derivada del principio de buena fe, se erige como presupuesto de la distribución de la carga de la prueba. 2.2 El deber de colaboración como elemento estructural de la prestación se edifica en un presupuesto para poder atribuir la carga de la prueba del incumplimiento. La existencia de una situación de incumplimiento o de insatisfacción de la prestación como presupuesto para la atribución de la carga de la prueba del incumplimiento. 3. Criterios de atribución de la carga de la prueba del incumplimiento. 3.1. El tipo contractual y la función del contrato. Una relación estrecha que permite atribuir la carga de la prueba de acuerdo con el merecimiento de tutela de cada negocio particular. 3.2 La integración del contenido negocial como criterio de atribución de la carga de la prueba, previo ejercicio hermenéutico y argumentativo del demandante para estructurar el contrato con todas las obligaciones que de su naturaleza se desprenden. 3.3 La equidad como herramienta del juez para alcanzar la justicia contractual en cada caso concreto se convierte en criterio de atribución de la carga de la prueba del incumplimiento. 3.4. La calidad de las partes en la relación negocial permite la atribución de obligaciones y cargas específicas, como la del incumplimiento del contrato, valorando en cada caso los conocimientos específicos de cada sujeto, que reduzcan la asimetría contractual y procesal. 3.5 El tipo de obligación. Las obligaciones de medio y de resultado y la regla de la prueba de la diligencia como criterio para atribuir la carga de la prueba del incumplimiento. La prueba en las obligaciones de no hacer y sus particularidades. 4. Criterios de atribución del incumplimiento en materia de contratos estatales. Una construcción desde la jurisprudencia y la remisión expresa a las disposiciones civiles y mercantiles. 5. Conclusiones.

Palabras claves: Carga de la prueba. Incumplimiento contractual. Integración del Contrato. Tipo Contractual. Buena Fe. Equidad.

Resumen: La prueba del incumplimiento del contrato resulta un asunto medular de las controversias que a diario se suscitan en los distintos escenarios tanto contractuales como litigiosos. Desde la aproximación a varias instituciones centrales del derecho de los contratos, como la tipicidad contractual, la calidad de los sujetos contractuales y pasando por los principios tutelares de la buena fe y la equidad, el presente trabajo busca ilustrar algunos criterios que le sean de utilidad a los administradores de justicia al momento de abordar las controversias que se deriven del incumplimiento de un contrato, precisando, de un lado, la insuficiencia de la norma contenida en el artículo 1757 del Código Civil, y resaltando de otro lado la relevancia de la disposición novedosa adoptada en el artículo 167 del Código General del Proceso, que adopta la carga dinámica de la prueba.

Así mismo, se pone de relieve la existencia de criterios de atribución de la carga de la prueba del incumplimiento de los contratos en el marco de los negocios celebrados por el Estado, en donde la remisión al derecho privado nos lleva criterios similares, con acento especial en la calidad de las partes.

1. PREMISA- “ANÁLISIS DE LA CARGA DE LA PRUEBA DESDE EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL”

La carga de la prueba es un principio que reviste dos facetas que pueden estudiarse tanto desde la esfera de los sujetos procesales y su dinámica intervención dentro del pleito, o desde la atribución o facultad del administrador de justicia. En primer lugar, le atribuye a las partes la acreditación de los enunciados fácticos que fundamentan su pretensión o su excepción en un proceso¹, de tal forma que propicia el rol dinámico de cada uno de los

¹ Sobre este primer aspecto, la Corte Suprema de Justicia ha resaltado que en virtud de este principio, *”trasunto de la equidad y de la justicia abstractas, resulta entonces que todo demandante que intente una acción debe acreditar el fundamento en que se apoya; y todo demandado que, sin negar el hecho mismo alegado contra él, invoque otro hecho que destruya el efecto del primero, debe aducir la prueba correspondiente.”* (...) *“De consiguiente al demandado corresponde probar los hechos en los que se funda su acción. Actori incumbit probatio. Como el actor propónese introducir un cambio en la situación jurídica presente, pretendiendo el reconocimiento de un vínculo de derecho obligatorio contra él y el demandado, en fuerza del cual el segundo tiene a su cargo una prestación, lo racional es que acredite ese vínculo, y mientras no lo haga, el demandado está libre por la presunción de que no es deudor. Por tal razón el demandado que se limita a negar los hechos alegados por el demandante, no tiene que presentar prueba alguna en apoyo de su negación. Incumbit probatio qui dicit, non qui negata.”* (...) *“Por el contrario, cuando el actor prueba la exactitud de los hechos en que se apoya, es decir prueba la obligación, la situación primaria se invierte, debido a que la presunción originaria queda destruida. De esta manera si el demandado opone medios de defensa, pretendiendo que las consecuencias jurídicas de los hechos alegados se paralicen por otros hechos, por ejemplo, si sostiene que es propietario por prescripción adquisitiva, o que ha cumplido la obligación, etc., es a él a quien incumbe aducir las pruebas de estos medios de defensa. Reus excipiendo fict actor.”* (Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia del 29 de abril de 1938.). Para el Consejo de Estado por su parte *“la carga probatoria modernamente se asienta en una triada que opera como máxima que soporta el deber probatorio de las partes y que proviene del derecho civil clásico (Art. 1757 del C.C.), a saber: a) Onus probandi incumbit actori: El actor tiene el deber de probar el hecho que invoca como soporte de su pretensión, b) Reus, in excipiendo, fit actor: el demandado que contradice la pretensión del actor, a su vez, se hace demandante, ante la urgencia de probar el hecho que le sirve de excusa, c) Actore non portante, reus absolvitur: El demandado queda exonerado de la obligación cuando, propuesta su excepción a la pretensión del actor, éste se muestra incapaz de contradecirlo, probando la vigencia de su causa.”* (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 1 de agosto de 2016. Radicado 2003-00961-01 (Exp 35953) C.P. Dra. Marta Nubia Velásquez Rico.). A su turno, para la Corte Constitucional *“por regla general corresponde a cada parte acreditar los hechos que invoca, tanto los que sirven de base para la demanda como los que sustentan las excepciones, de tal manera que deben asumir las consecuencias negativas en caso de no hacerlo”* (Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 2016. Magistrado Ponente Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.) A nivel doctrinario, se ha indicado que *“es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos.”* (PARRA QUIJANO, Jairo. *“Manual de Derecho Probatorio”*. Décima Segunda Edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. 2002. Pág. 194.) Otro sector señala que tal principio *“Parte del supuesto de que son los sujetos de derecho que intervienen en el proceso sobre los que gravita fundamentalmente el deber de procurar que las pruebas se practiquen o aporten y es por eso que a su iniciativa para solicitarlas e interés para llevarlas a efecto se atiende de manera primordial”*. (LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *“Código General del Proceso. Pruebas”*. Dupré Editores. Bogotá. 2017.

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

En segundo lugar, desde la óptica del administrador de justicia, constituye una herramienta que le sirve a aquél para atribuir efectos procesales en casos de incertidumbre², siendo de utilidad en aquellos eventos en donde exista oscuridad sobre determinado hecho, y cuando advierta que uno de los sujetos puede servirle al proceso, trayendo conocimiento de una situación fáctica o una circunstancia técnica que ilumine el caso.

En nuestra legislación, aparece consagrado en el artículo 1757³ del Código Civil, el cual dispone que *“Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”*. También reviste preponderante importancia lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, que introdujo el principio de la carga dinámica de la prueba, en los siguientes términos: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las*

Pág. 45. Finalmente, el Maestro Devis Echandía considera que la misma *“(…) es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar, para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones”* DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *“Teoría General de la Prueba Judicial.”* Sexta Edición. Tomo I. Ed. Temis – Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá. 2012. Pág. 405.

² Sobre la carga de la prueba como herramienta del operador judicial para poder atribuir efectos jurídicos aun en caso de incertidumbre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ha señalado que se trata de una *“regla de conformación de la decisión judicial”* que por demás *“está siempre referida a la demostración de los presupuestos fácticos señalados por el precepto jurídico general, impersonal y abstracto aplicable al caso concreto, y éstos únicamente son expresados por la respectiva norma sustancial o por presunciones legales, sin que sea dable al juez crear o suprimir ingredientes normativos a su antojo, so pena de incurrir en una aplicación indebida o en una interpretación errónea de la ley sustancial. De ahí que siendo la carga de la prueba una regla de conformación sintáctica de la decisión judicial, los detalles de su distribución únicamente pueden estar preestablecidos por la norma sustancial que rige la controversia, o bien por una presunción de tipo legal, pero jamás por una invención de estirpe judicial.”* (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de junio de 2017. Rad. 2011-00108-01. M. P. Dr. Ariel Salazar Ramírez) . A su turno, la doctrina ha indicado que *“(…) es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos.* (DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *“Teoría General de la Prueba Judicial. Cit. .* Pág. 405. Así mismo *“Permite (...)en cualquier caso tomar una decisión en el supuesto de incertidumbre sobre el hecho, subjetivizando las consecuencias de esa incertidumbre”* TARUFFO, Michele. *“La prueba de los hechos”*. Editorial Trotta. Madrid. 2011. Pág. 247.

³ Para Emilssen González de Cancino, *“La determinación de la obligación de probar los hechos aducidos en juicio tiene importancia capital en todos los sistemas probatorios, pero, sobre todo, en aquellos regidos por el principio dispositivo, tal como era el del agere per formulas. Algunos textos de las fuentes permiten afirmar que la regla onus probandi incumbit actore arranca de la época clásica, sin embargo, una lectura atenta muestra que no se llegó a su formulación mediante el mero análisis del “sitio” procesal ocupado por los intervinientes en el litigio, sino que entraron en juego diferentes elementos”* y posteriormente, ubica el origen de la regla contenida en nuestro artículo 1757 del Código Civil en D.22.3.2 (Paulo) que señala que *“Incumbe la prueba al que afirma y no al que niega”* (GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen. *“Obligaciones: Derecho Romano y Código Civil Colombiano.”* Primera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007. Pág. 360.)

particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Este concepto resulta insuficiente de cara a las nuevas realidades y tendencias del derecho contractual, caracterizado entre otros aspectos por la complejidad de las relaciones negociales, de las obligaciones asumidas y de las prestaciones adquiridas por las partes, de tal forma que no puede erigirse como la única forma de atribuir la prueba pues daría lugar al surgimiento de inequidades en el plano contractual y, además, en el escenario procesal.

El planteamiento de la controversia, a título de ejemplo, se refleja en la dificultad de la acreditación de ciertas conductas o de determinados hechos, como ocurre en el caso de las obligaciones complejas, derivadas de contratos en los cuales la ejecución de las prestaciones requiere de un conocimiento especial. Supongamos que un usuario de un servicio de tecnología sufre una falla con su equipo, y debe verse avocado a demostrar que el servicio prestado por la empresa de tecnología tenía fallas. ¿Resulta acertado y justo exigirle al particular que pruebe el incumplimiento en este caso? Consideramos que no, y que atribuirle a la parte débil de la relación este tipo de cargas, constituye una prueba diabólica⁴.

Los retos en la materia pueden expresarse a través de cuestionamientos como ¿Cuándo debe probarse el cumplimiento del contrato? ¿Cuándo y cómo debe probarse el incumplimiento? ¿Qué criterios existen para distribuir entre las partes la carga de acreditar el incumplimiento?

⁴ Sobre la prueba diabólica, la Corte Suprema de Justicia ha establecido supuestos que permiten concebirla como una prueba intolerable, injusta, imposible. En sentencia de 26 de febrero de 1936, señaló que: “Al “dueño” que quiere demostrar “propiedad” le toca probar su derecho, pero exhibido el título no hay por qué exigirle la prueba del dominio de su causante, cuando la fecha del registro de tal título es anterior a la posesión del reo. Si se pide esa demostración, lógicamente podría obligársele también a comprobar la solidez de todas las piezas que componen una cadena infinita. Sería la probatio diabólica, que el buen sentido rechaza como necesaria para decidir conflictos sobre propiedad privada entre particulares.” (Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 26 de febrero de 1936. GJ. XLIII. No. 1907-1908. M.P. Miguel Moreno Jaramillo. Pág 339). En similar sentido “(...) De ahí el por qué en los juicios reivindicatorios sólo le baste al demandante, cuando dirige su acción contra un poseedor no inscrito, la exhibición de un solo título anterior de dominio, competentemente registrado, para que aquella prospere. Si ese título es posterior al día en que inició la posesión material su contradictor, puede añadir, para el logro del efecto perseguido, uno o varios títulos de sus autores, anteriores a la posesión material del demandado. Pero ello no implica que éste pueda exigir al actor, como comprobante de su dominio, una serie indefinida y ascendente de títulos, o sea lo que lo tratadistas franceses denominan la “cadena infernal”, constitutiva de la probatio diabólica, que no es eficaz en estos juicios” (Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 2 de abril de 1941. GJ LI. No.1971-1972. M.P. Dr. Hernán Salamanca pág. 170.) En últimas, se trata de hipótesis en las cuales la exigencia de acreditar un determinado hecho, resultaría en una carga en exceso gravosa, desproporcionada e injusta, que en últimas implicaría un menoscabo al derecho a la prueba.

Partiendo de dicha problemática, en materia negocial encontramos que la atribución de la carga de la prueba se encuentra determinada por diferentes aspectos, entre los cuales se encuentran tradicionalmente el tipo contractual, la integración del contenido negocial y la equidad, entre otros.

Este trabajo pretende abordar la dificultad enunciada, empezando primero por el estudio de los presupuestos para poder distribuir la carga de la prueba del incumplimiento del contrato, para finalmente puntualizar cuáles son los criterios de atribución de la carga de la prueba, además de señalar si en materia de contratación estatal la jurisprudencia del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional y la doctrina especializada han encontrado otros criterios de atribución de la carga en mención, derivado de las reglas especiales que orientan el negocio jurídico estatal.

Con todo, previo a abordar los presupuestos y los criterios de atribución de la carga de la prueba, resulta mandatorio referirse a las presunciones⁵, en la medida que las mismas se erigen, dentro del sistema normativo, en una herramienta con la que cuenta el juez⁶ para poder prescindir de la atribución de la carga de probar un determinado hecho a una parte⁷.

La presunción racionaliza la actividad probatoria, en la medida que, probado un primer hecho, *prima facie*, se puede omitir la acreditación de otro, toda vez que la ley se

⁵ Nuestro Código Civil enseña en su artículo 65 que “*Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos, los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias. Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibles la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias*”. En armonía con esa disposición, el artículo 166 del Código General del Proceso señala que “*Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados. El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice*”

⁶Devis Echandía sostiene que la presunción “(...)es un juicio lógico del legislador o del juez, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho (lo segundo es presunción judicial o de hombre), con fundamento en las máximas generales de la experiencia que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos. Desde otro punto de vista, cuando son simples presunciones de hombre, son principios lógicos basados en las reglas de la experiencia, que permiten una correcta valoración de las pruebas; por consiguiente, no son en realidad presunciones sino reglas para el criterio del juez” (DEVIS ECHANDÍA, Hernando. “*Teoría General de la Prueba Judicial.*” Sexta Edición. Tomo I. Ed. Temis – Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá. 2012. Págs. 677 – 678.) Por su parte, para Parra Quijano “*La presunción es un juicio lógico del legislador o del juez, que consiste en tener como cierto o probable un hecho, partiendo de hechos debidamente probados*” (PARRA QUIJANO, Jairo. “*Manual de Derecho Probatorio*”. Décima Segunda Edición. Editorial Librerías del Profesional. Bogotá. 2002. Pág. 611)

⁷ Para Devis Echandía, este parece ser el rasgo más relevante de la institución. Señala: “Como estas presunciones son normas que regulan situaciones jurídicas sustanciales, razón tienen MICHELI y LIEBMAN, cuando dicen que al suprimir el hecho presumido del presupuesto fáctico para que tales efectos se produzcan, lo simplifican y delimitan; pero también es cierto que, como lo observa ROSENBERG, hacen superflua o innecesaria la prueba de ese hecho e indudablemente lo anterior se traduce en una liberación, dispensa o exención de prueba, como afirman HEDEMANN, ALSINA Y ROCHA. Por este motivo, la prueba que se pida para demostrar el hecho presumido es redundante e inútil y debe permitirse que el juez la rechace” (Devis Echandía. Op. Cit. Página 685)

encarga de señalar la consecuencia que se deriva de la comprobación del primero de los hechos. Vale señalar que, en varios casos, la ley presume el segundo hecho, pues las reglas científicas o de la experiencia enseñan la consecuencia lógica que se deriva del primero.

En todo caso, se han distinguido varios tipos de presunciones⁸, unas que admiten prueba en contrario y otras que no⁹, motivo por el cual la función primigenia del juez será determinar ante qué tipo de presunción se está¹⁰, pues de esa forma podrá realmente racionalizar la actividad probatoria durante el proceso, negando por ejemplo las pruebas que sean aportadas con el fin de desvirtuar una presunción de derecho.

Desde el punto de vista contractual, se ha discutido sobre si nuestra legislación consagra un régimen de culpa presunta en el artículo 1604 del Código Civil¹¹. Aunado a ese

⁸ La Corte Suprema de Justicia señaló que “*Los tratadistas de pruebas judiciales establecen tres clases de presunciones: las presunciones simples o de hombre; las presunciones juris tantum y las presunciones juris et de iure. Cualquiera que fuere la naturaleza de una presunción, una vez reconocida y consagrada por la ley positiva, debe producir el importante efecto jurídico de relevar de la carga de la prueba a quien la alega en su favor. Es claro que entre las anteriores categorías existe una variada gama de presunciones. Pero lo que las caracteriza y da fisonomía es que la presunción juris et de jure, por fundarse en principios científicos incuestionables, no admite prueba en contrario; en tanto que entre las de naturaleza juris tantum o simplemente legales, hay unas que admiten toda clase de pruebas en contrario y otras que no admiten sino pruebas determinadas y especiales*” (CSJ. SC. Sentencia de 30 de junio de 1939. GJ XLVIII Pág. 312. M.P. Dr. Fulgencio Lequerica Vélez.)

⁹ Devis Echandía señala que “Cuando la presunción es creada por el legislador, sea iuris tantum o iuris et de iure, se considera definitivamente cierto el hecho (en las últimas) o provisionalmente mientras no se suministre prueba en contrario (en las primeras); cuando es simple presunción judicial o de hombre, por lo general se considera ese hecho simplemente como probable, a menos que por basarse en una ley física inmodificable o por tratarse de varias deducidas de un conjunto de indicios graves, precisos y concordantes, otorguen certeza sobre tal hecho; pero la prueba la constituyen el indicio necesario o los varios indicios contingentes o los demás medios de los cuales obtiene el juez los argumentos probatorios.” (Devis Echandía. Op. Cit. Pág 678)

¹⁰ Devis Echandía también puntualiza la función de cada una de las presunciones, así: “La función procesal de las presunciones de hombre, es decir, el servirle de guía al juez para la valoración de las pruebas (...) De acuerdo con las circunstancias, el juez infiere una presunción judicial a favor o en contra de la verosimilitud de los hechos que son objeto de esas pruebas y de la sinceridad del sujeto que se los hace conocer. (...) Por su parte, las presunciones legales tienen principalmente una función sustancial y extraprocesal, además de la indirectamente probatoria: darle seguridad a ciertas situaciones de orden social, político, familiar y patrimonial, como a la legitimidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio, a la posesión de las tierras, al ejercicio de los derechos políticos (...)” (Devis Echandía. Op. Cit. Págs 678 – 679)

¹¹ Un interesante debate al respecto se suscita entre dos reputados autores de la doctrina nacional. Mientras que Tamayo Jaramillo considera que el inciso tercero del artículo 1604 del Código Civil no consagra una presunción de culpa contractual. En su criterio, la norma “está expresando que cuando haya que probar esa diligencia y cuidado, tal prueba incumbirá al deudor. Una cosa es decir a quién le corresponde probar la diligencia y cuidado (...) y otra cosa muy distinta es establecer que el deudor deberá siempre probar la diligencia y cuidado a que estaba obligado” Además, que “en ninguna parte el legislador está diciendo que siempre el deudor debe probar el caso fortuito para exonerarse de la presunción de culpa que pese en su contrato. Lo que está diciendo es que cuando se alega el caso fortuito, le incumbe al deudor probarlo.” (...) “(...) así se aceptara la teoría de que el artículo 1604 consagra una presunción de culpa del deudor contractual, los dos conceptos que sirven de soporte a la hipótesis se excluirían entre sí, puesto que si basta la diligencia y cuidado, sobra lo del caso fortuito; y si se exige el caso fortuito, sobra lo de la prueba de la diligencia y cuidado ya que ésta última sería insuficiente para exonerar de responsabilidad al deudor.” (TAMAYO JARAMILLO, Javier. “*Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*”. Editorial Legis. Quinta reimpresión. Bogotá. 2010. Págs 477-478). Por su parte, Suescún Melo considera que sí hay una presunción

debate, pareciera que la jurisprudencia se ha decantado por la presunción de culpa, atendiendo al tipo de obligación contenido en cada contrato¹².

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

2. PRESUPUESTOS PARA LA ATRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Identificamos cuáles son, a nuestro juicio, los presupuestos que se deben acreditar para poder atribuir la carga de la prueba del incumplimiento del contrato. Con ese propósito, revisaremos sucintamente los postulados que deben cumplirse para poder hacer ese ejercicio. En primer lugar, nos detendremos en el procedimiento de integración del contrato a partir del principio de la buena fe, tutelar de la contratación contemporánea, lo que nos lleva a estudiar el programa contractual completo para poder hacer la valoración integral del cumplimiento del negocio jurídico. Posteriormente, nos referiremos a la colaboración como elemento estructural de la obligación, de la cual emanan también conductas especiales para considerar el interés de la contraparte en el contrato, y que incluso cuando fenece el vínculo negocial se mantienen; lo anterior es un asunto nuclear para entender, interpretar y abordar las relaciones obligatorias y sus vicisitudes. Finalmente, nos enfocaremos en un tópico medular pero que al margen de su relevancia puede pasar inadvertido y es que al estudiar a quien se le atribuye la carga de la prueba del incumplimiento, nos encontramos en un plano en el que se discute si hubo o no cumplimiento del contrato, es decir, nos ubicamos en el estudio de una patología contractual, consistente en la inobservancia del programa contractual.

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

El Código Civil Colombiano introdujo en su artículo 1603 el principio de buena fe contractual, en virtud del cual los contratos “*Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella*”.

de culpa en el artículo 1604 del Código Civil. (SUESCÚN MELO, Jorge “*Derecho Privado*”. Cámara de Comercio de Bogotá y Universidad de los Andes. Tomo II. Bogotá. 1996. Pág. 415.)

¹² “*El criterio cardinal sobre que el descansa el sistema no es otro distinto al que normalmente impera cuando se trata de obligaciones contractuales, según el cual el deudor de obligaciones de tal estirpe [de resultado] se encuentra de pleno derecho en falta cuando no las ejecuta y no puede demostrar que esa inejecución no le incumbe, lo que de hecho significa destruir una presunción de culpa (...), presunción que no es absoluta puesto que el deudor puede destruirla probando que su incumplimiento obedeció a fuerza mayor o caso fortuito que sobrevino sin culpa y antes de estar constituido en mora (artículo 1604 del C.C.)*” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 8 de octubre de 1992. M.P. Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss).

Este artículo es considerado como la fuente normativa de integración del contenido negocial, en virtud del cual la buena fe no solo inserta obligaciones al contenido negocial, sino que depura aquellas disposiciones particulares que vayan en contravía del propio principio¹³.

¹³ A nivel normativo, nuestro artículo 1603 del Código Civil introdujo el principio de buena fe contractual, en virtud del cual los contratos “*Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.*”. Este artículo es considerado la fuente normativa de la integración del contrato. En virtud de este artículo, no solo se integra, sino que se depura el contenido. Una norma similar la encontramos en el artículo 871 del Código de Comercio que establece que “*Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural*”. A nivel doctrinal, la Dra. Martha Lucía Neme señala que “*la integración del contenido contractual que emana de la buena fe supone, de un lado, la creación de obligaciones adicionales a cargo de las partes, y a su vez, de otro, la restricción o modificación de las obligaciones previstas por los contratantes*”. (NEME VILLAREAL, Martha Lucía. “La buena fe en el derecho romano: extensión del deber de actuar conforme a la buena fe en materia contractual”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2016. Pag. 377) Lo anterior reconoce de un lado que el contrato puede ser incompleto, pues las partes no pueden prever todas las posibles obligaciones que se desprendan de un negocio, pero además también admite la posibilidad que las partes, en ejercicio de la autonomía negocial, se obliguen a desplegar conductas que puedan ir en contra de la naturaleza misma del contrato, desvirtuándolo, o en contravía con la ley, las normas imperativas, las buenas costumbres y la moral. Sobre la integración del contrato, cierto sector de la doctrina opina que se trata de una forma de intervención del Estado en los contratos. En palabras de Diego Franco “*La integración, especialmente por medio de normas imperativas, implica una intervención del Estado sobre la actividad de los particulares, como consecuencia de la cual se presenta una coexistencia de fuentes, la estatal y la privada o convencional, donde la primera está en grado de imponerse en parte o totalmente a la otra*” (FRANCO VICTORIA, Diego “*Interpretación de los contratos civiles y estatales*” Primera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2019. Pág 210). Otro sector de la doctrina considera que *El procedimiento de integración del contenido del negocio jurídico parte del supuesto de que, “la norma negocial en parte no puede (y, en parte, puede no querer) regular todos los aspectos de una relación jurídica [y, por tanto], se hace necesario determinar la total norma reguladora de esa relación, mediante la integración de la Lex negotii con las demás fuerzas normativas*” (SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*. Universitas, Vol. 53 No. 108. 2004. Págs. 281-315). También sobre el instituto de la integración, señala el Doctor Carlos Ignacio Jaramillo que “*Habrà integración, en cambio, cuando primordialmente en el campo del análisis específico de los efectos jurídicos in netogio (eficacia negocial), aun cuando no en forma exclusiva, se anticipa, se persigue llenar las lagunas o vacíos que las partes, en desarrollo de la autonomía privada, concretamente de ese adamantino poder a ellas confiado de autregular sus propios intereses, pudiendo nominalmente hacerlo, no colmaron en su oportunidad, en cuyo caso le corresponderá al intérprete`-o actor calificado -proceder de conformidad, por cuanto las partes, por más que lo quisieran, no lo pueden prever todo (...)*” (JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. “*Interpretación, calificación e integración del contrato*” Pontificia Universidad Javeriana – Ibañez. Bogotá. 2014. Pág. 58.) Por su parte, para el Dr. Hinestrosa “*En el derecho de obligaciones del presente, y no sólo en lo que hace a las derivadas del contrato o, más ampliamente, de negocio jurídico, se resalta el deber de lealtad y corrección, que en ocasiones es también de colaboración, que pesa parejamente sobre ambos sujetos de la relación crediticia. Indudablemente el deudor debe obrar de buena fe en la ejecución de la prestación, pero no es menos cierto que el acreedor, a su turno, debe obrar con lealtad. Es lo dispuesto opr el art. 1175 codice civile: “Deudor y acreedor deben comportarse según las reglas de corrección”. Prevención que va más allá de la regla tradicional de los códigos de que “los contratos deben ejecutarse de buena fe”, o de que el deudor debe ejecutar la prestación de buena fe”, y corresponde a una postura propia de la cultura jurídica y política contemporánea, que mueve a ver las relaciones obligatorias con un enfoque solidarista. De ese modo, dichos debres (entre ellos los “deberes de protección”, Schutzpflichten) pasan a ser*

En efecto, toda vez que las obligaciones que no fueran pactadas expresamente por las partes, pero que emanan de la naturaleza del contrato, están llamadas a integrar el programa contractual¹⁴ y por ello su cumplimiento es objeto de valoración para determinar si las prestaciones debidas fueron satisfechas o no. En palabras de la profesora Neme “*la buena fe obliga no solo a lo fijado en la convención y a los cuidados generales usuales entre personas honorables, sino a todas aquellas prestaciones accesorias que las circunstancias que rodean el negocio en cada momento vayan poniendo de manifiesto, con independencia de que hayan o no sido pactadas expresamente*”¹⁵.

Quiere decir lo anterior que, al momento de calificar el cumplimiento del contrato, el intérprete debe haber integrado el contrato con aquellas obligaciones que, aun cuando no hubieran sido pactadas, debían ser cumplidas por los contratantes, al punto que su inobservancia deriva en un inobjetable incumplimiento del contrato. En suma, el procedimiento de integración del contenido del contrato permite responder íntegramente la pregunta sobre ¿Qué debe el deudor?

Desde hace mucho tiempo, la Corte Suprema de Justicia se encargó de precisar que “*Ocurre la integración cuando el texto adolece de defectos, de oscuridad o ambigüedad, o es incompleto o equivocado, o cuando las expresiones y aun las mismas ideas de las partes*

parte fundamental, común del contenido de toda obligación, por fuerza de la cláusula general ex lege, cuyo alcance preciso se singulariza en cada circunstancia, a tiempo que constituyen un límite, y de suyo un temperamento, a la pretensión del acreedor (exigibilidad, alcances, magnitud), al imponer el equilibrio de su interés legítimo con la exposición del deudor, y un talante más consonante con la función de la colaboración intersubjetiva”. (HINESTROSA FORERO, Fernando. “*Tratado de las obligaciones. Concepto. Estructura. Vicisitudes*”. Tercera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007. Pags 113-114.)

¹⁴ Sobre la buena fe como creadora de obligaciones, al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ha señalado: “*Aludir a la buena fe en materia de la formación y ejecución de las obligaciones, apareja ajustar el comportamiento a un arquetipo o modelo de conducta general que define los patrones socialmente exigibles relacionados con el correcto y diligente proceder, la lealtad en los tratos, la observancia de la palabra empeñada, el afianzamiento de la confianza suscitada frente a los demás; en síntesis, comportarse conforme se espera de quienes actúan en el tráfico jurídico con rectitud, corrección y lealtad. Y cabalmente, a tan amplio espectro de actuación se refiere el citado artículo 863 del Código de Comercio, de manera, pues, que el proceso de creación de las relaciones obligatorias debe sujetarse a ciertas normas sociales concretas que subyacen en la conciencia ético-jurídica de las comunidades, o sectores de las mismas y que imponen a las personas guardar fidelidad a la palabra dada, no traicionar la confianza despertada en los demás, no interrumpir abrupta e injustificadamente las negociaciones, entre otras.*” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de agosto de 2000. Exp. 5372. M.P. Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles) En igual sentido ver Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de marzo de 2003. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles. En providencia más reciente, sostuvo que el Alto Tribunal que la buena fe “*se erige en pilar de toda negociación sino que, además, de su percepción dimanar otros derechos o deberes, precisamente, por descollar como un referente inamovible de un debido comportamiento contractual. La buena fe contribuye a que en la proyección, celebración, desarrollo y terminación de uno cualquiera de los negocios que los interesados puedan llegar a celebrar, concurren valores que lleven a uno u otro a comportarse a tono con lo previsto y ajustado.* (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de noviembre de 2016. Exp. 1996-13623-01. M.P. Dra Margarita Cabello Blanco.)

¹⁵ Cfr. NEME VILLARREAL, M. 2006. El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano. *Revista de Derecho Privado*. 11 (dic. 2006), 79-126.; En igual sentido, NEME VILLAREAL, Martha Lucía. “*La buena fe en el derecho romano: extensión del deber de actuar conforme a la buena fe en materia contractual*”. Cit. Pag. 240.

carecen de claridad o de exactitud (...)”¹⁶. Así por ejemplo, la misma Corporación, al partir del estudio del artículo 1603 del Código Civil, precisó en un controvertido caso en el que había un vacío en el contrato que “la manipulación de la tapa del tanque de la aeronave es asunto que naturalmente concierne al propietario o usuario de ésta, por tratarse de un implemento de la misma, en mayor razón si se tiene en cuenta que su colocación defectuosa puede ser fatal”¹⁷.

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

Finalmente, resulta por demás obvio que el incumplimiento de dichas obligaciones debe ser objeto de prueba en el escenario litigioso, de acuerdo con los criterios de atribución que se señalarán en el presente trabajo.

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

La extraordinaria complejidad de las relaciones obligatorias actuales impone que este tipo de vínculos sean siempre abordados en clave de cooperación y colaboración recíprocas¹⁸. Es decir, y siguiendo a Hinestrosa:

El derecho de obligaciones es el reglamento de la colaboración intersubjetiva y la obligación es deber de cooperación. Su razón de ser estriba en la imposibilidad de concebir, cada día menos, una economía natural, dada la especialización y el refinamiento en la oferta de bienes y servicios, que paulatinamente se ha ido extremando, y teniendo en cuenta la posibilidad de que cada cual se desenvuelva más amplia e intensamente en su propio campo, con una mayor riqueza de posibilidades de realización personal y de mejor calidad de vida (...) lo que el acreedor prevé es

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 19 de junio de 1935.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 20 de junio de 1977. M.P. Dr. Ricardo Uribe Holguín.

¹⁸ Frente a la reciprocidad de esa colaboración, es interesante lo expuesto por cierto sector de la doctrina que señala que el acreedor también se vuelve, si se quiere, deudor del deudor. “(...) en aquellos casos en que la cooperación se demuestre necesaria en base a la buena fe, el acreedor adeudará también los perjuicios que el deudor sufra por estar obligado más de lo previamente establecido y, siempre que las circunstancias lo ameriten, deberá también el resarcimiento por los beneficios que el deudor hubiera obtenido con la ejecución efectiva de la prestación. En este último caso, por tratarse de un deber secundario de conducta, el acreedor podrá quedar exonerado de responsabilidad en base a la misma buena fe que le impone el deber de cooperar, es decir, siempre que la ejecución efectiva de la prestación por parte del deudor conlleve un “apreciable sacrificio” para los intereses del deudor”. SAN MARTÍN NEIRA, Lilian. C. “Sobre la naturaleza jurídica de la ‘cooperación’ del acreedor al cumplimiento de la obligación La posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria, como sujeto no sólo de derechos, sino también de cargas y deberes.” *Rev. Derecho Privado*. 2011, n.21, pp. 273-325.

un determinado comportamiento del deudor, útil para él: una actividad considerada en sí o en su resultado, una dación o una entrega, o una inactividad: abstención, y que por lo mismo, en cuanto subsista en él ese interés (específico en el sentido de su singularidad), todo mueve a respaldar su aspiración a satisfacerlo (prestación real). En fin de cuentas, para eso está la obligación y es una relación jurídica”¹⁹.

¹⁹ Cfr, HINESTROSA FORERO, Fernando. “Tratado de las obligaciones. Concepto. Estructura. Vicisitudes”. Tercera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007. Pag. 115. En esa misma obra, Hinestrosa, citando a Betti, señala que “En la exigencia de cooperación entre los miembros sociales se encuentra la clave con la cual el jurista debe tratar de entender la institución de las obligaciones, considerándola en su función económico- social (...) Haremos del problema práctico resuelto por la ley mediante la constitución de relaciones obligatorias el núcleo de la investigación científica propuesta: investigación que está alumbrada por una idea: la necesidad de cooperación entre los miembros sociales. (Teoria generale delle obbligazioni, I, Prefazione). En un detallado estudio sobre el particular, la Doctora Lilian San Martín señala que “la cooperación entre las partes de la obligación puede ser dividida en tres aspectos: ‘cooperación en sentido genérico’, ‘deber de cooperación’ y ‘cooperación en sentido técnico’ (...) la cooperación en sentido genérico se hace eco de la consideración que todos los individuos, a fin de satisfacer nuestros intereses dignos de protección jurídica, tenemos necesidad de la ‘cooperación’ de otro sujeto que es llamado a prestárnosla (...) es posible definir la consideración en sentido genérico como “todos los actos que el sujeto (acreedor o deudor) es llamado a ejecutar a fin de lograr la realización del programa obligatorio, incluidos los actos de ejercicio de la prestación” (...) cuando hablamos de ‘deber de cooperación’ nos referimos a un conjunto de deberes secundarios de conducta que la buena fe impone a deudor y acreedor, a fin que la ejecución de la prestación resulte lo más ventajosa posible para ambos. (...) este ‘deber de cooperación’ no tiene contornos definidos, ni corresponde a un concepto eminentemente técnico, en virtud de él se impone a las partes de la relación obligatoria la necesidad de colaborar entre sí a fin de superar las dificultades que puedan surgir durante la vida del contrato, lo cual implica que tanto deudor como acreedor deben llevar a cabo comportamientos positivos tendientes a dicho fin, siempre que ello no conlleve un apreciable sacrificio de sus propios intereses. Y por su parte, “La cooperación en sentido técnico se manifiesta cuando para la ejecución de la prestación es necesario el concurso del acreedor, es decir, el deudor no puede efectuar el pago sin la concurrencia del acreedor.” (SAN MARTÍN NEIRA, Lilian. “Sobre la naturaleza jurídica de la ‘cooperación’ del acreedor al cumplimiento de la obligación. La posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria, como sujeto no sólo de derechos, sino también de cargas y deberes.” Rev. Derecho Privado. n.21. 2011). A su turno, Valencia Zea y Ortiz Monsalve, al estudiar los artículos 1739 y 1883 del Código Civil, encuentran fundamento para hablar de la mora del acreedor, encontrando algunas hipótesis “(...) el deudor puede ofrecer a su acreedor el pago de la suma de dinero que le debe exigiendo que previamente se le cancele la hipoteca que la garantiza, pero el acreedor puede no tener interés en recibir la prestación o ser negligente en asistir a la notaría a cancelar la hipoteca. Del mismo modo el arrendatario, una vez vencido el contrato, ofrece la cosa arrendada al arrendador, pero este en forma negligente no la recibe. Otro caso lo tendríamos cuando el trabajador ofrece oportunamente al empleador ejecutar el trabajo convenido, y este no coopera en la ejecución de la obligación, motivo por el cual el cumplimiento en otro tiempo distinto perjudica al trabajador. En todos estos casos existe mora en el acreedor, y en todos se pueden causar perjuicios al deudor. (VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro “Derecho Civil. Tomo III. De las obligaciones.” Editorial Temis. Reimpresión de la Décima Edición. Bogotá. 2015. Pág. 365). Para Díez-Picazo, existen dos cargas del acreedor, relevantes para el asunto que estamos estudiando, una de facilitar la liberación del deudor en virtud de la cual “El acreedor ha de realizar todo aquello que en su mano esté -dice A. CABANILLAS-, a fin de que el deudor pueda liberarse de la deuda. Este concurso presenta, dice el autor citado, un doble aspecto, positivo y negativo: facilitar el cumplimiento del deudor y no agravar el empeño del deudor en realizar la prestación. La inobservancia de esta carga coloca al acreedor en mora (mora creditoris) y permite al deudor acudir a los medios legalmente establecidos para obtener su liberación (ofrecimiento de pago, consignación, etc) y otra de colaboración para que el deudor pueda ejecutar la prestación: “En la fase de ejecución de la prestación, la colaboración del acreedor puede ser necesaria para que el deudor esté en condiciones de llevar a cabo de forma regular y exacta la prestación debida (...) La determinación, en cada caso, de cuándo la colaboración del acreedor tiene carácter necesario para que el deudor pueda ejecutar regularmente la prestación, ha de examinarse de

Entender que a más de las relaciones patrimoniales que puedan desprenderse de la contraprestación, como objeto de la obligación, se encuentran relaciones humanas permeadas por la honestidad, por la rectitud y el decoro, implica afirmar que la consideración del interés ajeno siempre debe ser una máxima en este tipo de vínculos. El logro de la satisfacción de la prestación al que aspira la contraparte necesariamente debe ser un móvil del contratante. La cooperación resulta ser un elemento fundamental de la relación obligatoria, sin el cual resulta imposible explicar la pulcritud, el decoro, el pundonor que se debe tener para con el otro.²⁰

Ahora bien, ya en un campo adversarial, ese deber de colaboración se mantiene incólume. Primero, porque en virtud de la actitud recta que se deben las partes, podemos concluir que las obligaciones se mantienen incluso después del contrato²¹, segundo, porque la autorregulación de intereses²² que se instrumentaliza a través del contrato implica reconocer que muchas situaciones que las partes previeron en su programa contractual pueden tener efectos que tiendan a extenderse en el tiempo, sin que puedan desprenderse de ellos simplemente por el fenecimiento del vínculo. Al respecto, considérese las obligaciones de saneamiento que surgen con ocasión de la compraventa. ¿Podría acaso el vendedor desprenderse de estas, sin propender porque el comprador pueda utilizar el bien comprado para lo que lo adquirió? O, ¿Cómo explicar las obligaciones de confidencialidad que surgen de un contrato pero que persisten aun cuando aquel se ha extinguido?

De suerte que, como quiera que ese deber de cooperación, elemento estructural de la prestación, se `debe` incluso después de fenecido el vínculo, no puede decirse que esa actitud recta no vaya encaminada a satisfacer el interés del otro. Pero además de lo anterior, ese deber de colaboración, integrante de la contraprestación y en ese sentido que hace parte de la obligación, resulta también de parámetro para determinar el cumplimiento de la prestación debida, en la medida en que su infracción puede ser demandada como

acuerdo con los usos de los negocios y la buena fe" (DIEZ-PICAZO, Luis. "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. II. Las relaciones obligatorias." Editorial Civitas. Madrid. 1996. Págs 111-112)

²⁰ Al respecto, Betti señala que "la idea de cooperación es el hilo conductor que sirve para orientar al jurista a través de las cuestiones más importantes del Derecho de obligaciones" (BETTI, Emilio. "Teoría General de las Obligaciones." Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1969. Traducido por De los Mozos, José Luis. Pág. 3.)

²¹ En efecto, la buena fe no se extingue con el fenecimiento del vínculo, sino que irradia también con sus efectos, obligaciones y deberes todas las etapas del contrato. En esa línea expositiva, la Dra. Martha Lucía Neme señala: "La buena fe debe estar presente en todo el iter contractual y sin solución de continuidad, desde las negociaciones que preceden la formación del contrato, incluida su celebración o concreción, hasta el periodo post-contractual, pasando por supuesto por la ejecución del mismo, por lo que, como ha sostenido la jurisprudencia, dicho principio está presente in extenso, además de que dicha presencia se caracteriza por su marcada "intensidad", durante todas las etapas en comento, razón por la cual cuando haya de juzgarse si el comportamiento de las partes se ajustó o no a los postulados de la buena fe, ello debe evaluarse de manera integral, revisando las posturas de las mismas en todos y cada uno de los momentos del negocio sub examine"

²² "A más de como acuerdo, el contrato puede ser definido como autorregulación de relaciones jurídicas patrimoniales (...) el contrato es regla autónoma por cuanto deriva del consentimiento de las partes (autorregulación) y no de poder autoritario externo (regla heterónoma)" (BIANCA, Massimo. "Derecho Civil. El Contrato". (Traducido por Hinestrosa, Fernando y Cortés, Edgar) Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007.)

desconocimiento del reglamento negocial pactado por las partes, habida cuenta que el interés del otro no se vio satisfecho por una conducta que discrepa y se aleja de esa probidad que se espera en el negocio.

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

El Código Civil colombiano no tiene una disposición que defina expresamente el incumplimiento²³, solo puede hacerse relación a él a través de las tipologías reconocidas a través de los artículos 1613 y 1614, esto es, el no haberse cumplido la obligación, el estar ante un cumplimiento imperfecto o que se presente un retardo en el cumplimiento²⁴. Las definiciones sobre el incumplimiento en la doctrina son varias, pero en líneas generales se identifican elementos nucleares que permiten perfilar los contornos de la figura, dentro de los cuales encontramos la imputabilidad del deudor²⁵ y la separación entre la conducta del deudor y el contenido del contrato²⁶ que generan el fracaso en el programa negocial y

²³ Las legislaciones decimonónicas no consagran una definición del incumplimiento contractual, ni mucho menos una disciplina general del instituto. La discrepancia entre esas codificaciones y los instrumentos del moderno derecho de los contratos generan una dispersión normativa que reta a jueces y abogados, provocando por demás incertidumbre. La doctrina se ha pronunciado sobre este fenómeno indicando que *“Esta dispersión normativa y la aludida fragmentación trasuntan en distintos niveles de protección para el acreedor ante el incumplimiento según la obligación infringida. El modelo del codificador decimonómico tanto de la vinculación contractual como de obligación, no se ajusta al imperante en el tráfico y en el moderno derecho de contratos. Hemos transitado desde la idea del contrato como conjunto de obligaciones unidireccionales, a otro que envuelve una garantía de satisfacción del interés del acreedor y que impone al deudor la realización del contrato, de lo pactado”*. (DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y VIDAL OLIVARES Álvaro. *“La Modernización del Derecho de los Contratos”* Ed. Ibañez y Centro de Estudios de Derecho Comparado. Bogotá. 2019. Pág. 132). En oposición a las codificaciones del siglo diecinueve, los esfuerzos por una legislación común han permitido un tratamiento más o menos profundo de la figura, como el contenido en el Capítulo 8 de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. De hecho, el artículo 86 de dicho cuerpo define el incumplimiento como *“la falta de ejecución del contrato en la forma pactada”* También precisa que *“El incumplimiento imperfecto comprende toda disconformidad entre lo acordado y lo ejecutado por el deudor”* y finalmente que *“El incumplimiento del deudor comprende el hecho de las personas que emplee para la ejecución.”*

²⁴ El artículo 1613 del Código Civil señala que *“La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.”* Por su parte, el artículo 1614 del mismo Estatuto indica que *“Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.”*

²⁵ Para Carlos Pizarro Wilson, quien identifica que *“el incumplimiento contractual asume tres formas típicas: el incumplimiento total de alguna obligación contractual, el cumplimiento imperfecto, por satisfacción parcial en la ejecución de una o más de las obligaciones y, por último, el cumplimiento tardío, del cual se derivan los daños moratorios”* es necesario *“Para que se verifique responsabilidad contractual, se requiere un incumplimiento, que dicho incumplimiento sea culpable, un daño y la respectiva relación de causalidad. A esto debiera sumarse, tratándose de indemnización por el retardo, la constitución en mora del deudor”* (PIZARRO WILSON, Carlos. *“La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia”* Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXI. Valparaíso. 2008. Pág. 257).

²⁶ Aunque nuestro Código Civil no se ocupa de definir el incumplimiento, algunos doctrinantes se han pronunciado al respecto. Para Hinestrosa, *“Incumplimiento del contrato quiere decir inexecución de*

frustra a las partes de la satisfacción de los intereses que los motivaron a celebrar el contrato. Así como no es unívoca la definición del incumplimiento, tampoco existe un consenso sobre los distintos tipos de incumplimiento que se pueden presentar como anomalías en el desarrollo del contrato. Así, algunos lo clasifican estudiándolo desde el plano de los sujetos negociales²⁷, mientras que otros se enfocan más hacia una clasificación desde el impacto que pueda generar en el negocio y la posibilidad de solventarlo.²⁸

obligación emanada de él, imputable al deudor y, en términos generales, atribuible a culpa suya” (HINESTROSA FORERO, Fernando. *“Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico.”* Volumen II. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2015. Pág. 872). A su turno, Chinchilla señala que *“El incumplimiento contractual surge cuando no existe un justo equilibrio entre el interés del deudor, pues de la articulación entre lo que quiere el acreedor y el deber del deudor, trae como conclusión que la conducta del deudor no se ajustó al contenido de la relación obligatoria, generando la insatisfacción del acreedor. Con el incumplimiento las partes no logran la satisfacción del interés común que los llevó a celebrar el contrato”* (CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto. *“La excepción de incumplimiento contractual. Estructura, función y límites.”* Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2018. Pág. 336.) Por su parte, para Ramírez Baquero, *“se denomina incumplimiento obligacional el hecho jurídico consistente en que el deudor, siendo exigible la prestación debida al acreedor, no la ejecuta oportuna y cabalmente, desatendiendo con este comportamiento el imperativo jurídico de obligación a su cargo. Cuando sobreviene el incumplimiento de las obligaciones, el analista de las circunstancias apreciará un estado de divergencia entre la conducta asumida por el deudor y el programa prestacional consignado en la obligación infringida, que no ha sido desarrollado porque el deudor con su proceder se ha puesto al margen de él”* (RAMÍREZ BAQUERO, Edgar. *“Obligaciones y Contratos. Ensayos. “El incumplimiento obligacional y sus aspectos probatorios”* Universidad del Rosario. Bogotá. 2013. Pág. 388). Para Orsini el incumplimiento puede ser abordado desde tres ópticas: *“a) incumplimiento en sentido estricto: cuando el deudor no pone la conducta debida tal como ella estaba pactada, aun si el interés del acreedor que debe satisfacer esa conducta, resulta efectivamente satisfecho (el acreedor obtiene el resultado práctico de tal conducta: el bien debido) por un medio distinto al comportamiento del deudor en sí mismo considerado, por ejemplo: por el hecho de una tercera persona que jurídicamente pueda valorarse como un “cumplimiento” en sentido objetivo (...), o también por la vía de un cumplimiento forzoso en especie (...)* b) *incumplimiento en sentido objetivo: cuando la obligación del deudor no solo resulta ya incumplida en sentido estricto, sino que el interés que tenía el acreedor en obtener esa conducta que no puso el deudor de modo espontáneo, tampoco resulta satisfecho ni por el cumplimiento de un tercero ni por la ejecución forzosa en especie; y c) incumplimiento en sentido subjetivo: cuando la situación en que viene a hallarse al acreedor en el supuesto descrito en el literal b), resulta imputable al deudor, en el sentido de que puede jurídicamente atribuirse a una deficiencia de la voluntad del deudor (culpa), el hecho de no haber puesto él la conducta pactada, o, dicho de otro modo, en el sentido de no aparecer comprobado un hecho extraño a la voluntad del deudor, impeditivo de la conducta que él había prometido en el contrato y que haya hecho para éste objetivamente imposible la realización de tal conducta (imposibilidad objetiva sobrevinida, llamada también causa extraña”* o *“ausencia de culpa”* (ORSINI, José Mélich. *“La Resolución del Contrato por Incumplimiento”* Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios. Caracas. 2003. Pág. 164.). Para Tapias Rocha, *“Toda obligación es un vínculo jurídico que impone a una persona determinada el tener que dar, hacer o no hacer algo en provecho de otra, y no se encuentra todavía clasificación que mejor exprese los intereses de las partes en bienes o servicios. Sin duda incumplir o inexecutar o violar una determinada obligación quiere decir llanamente no dar o no hacer lo que el deudor se comprometió para con el acreedor o hacer, o dar o hacer tan solo en parte o retardar el cumplimiento. Y por el contrario, cuando se trate de obligaciones negativas, el incumplimiento de éstas consiste en hacer el deudor lo que se comprometió a no realizar”* (TAPIAS ROCHA, Hernando. *“La acción de responsabilidad contractual.”*, en *Los contratos en el Derecho Privado* (Fabricio Mantilla Espinosa y Francisco Ternera Barrios. Dir.) Universidad del Rosario – Ed. Legis. Bogotá. Primera reimpresión. 2008. Pág. 232).

²⁷ Cfr. J.M. Orsini. *“La Resolución del Contrato por Incumplimiento”*. Cit. Pág. 164., quien encuentra que el incumplimiento puede darse en sentido estricto, subjetivo u objetivo.

²⁸ Cfr. C.A. Chinchilla. *“La excepción de incumplimiento contractual. Estructura, función y límites.”* Cit. Pág. 338., para quien *“el incumplimiento puede revelarse como definitivo, parcial, defectuoso, grave, simple retardo, remediable o irremediable.”*

De lo anterior, podríamos sostener que el incumplimiento contractual es una vicisitud que surge en vigencia del contrato, cuando el deudor se separa del programa contractual, desatendiendo las obligaciones que le son exigibles, o atendíendolas tardíamente o de manera incorrecta, de acuerdo con lo esperado por el acreedor, y que deviene en un juicio de responsabilidad en contra del deudor.

Por lo anterior, para poder atribuir la carga de la prueba del incumplimiento debemos encontrarnos en un escenario en el cual esté en discusión la satisfacción de la prestación debida, es decir, en una infracción al reglamento contractual.

En suma, para preguntarnos a quien le corresponde probar el incumplimiento del contrato, es presupuesto encontrarnos en un escenario en el cual se está discutiendo si el programa contractual fue debidamente observado o si por el contrario hubo una insatisfacción de las obligaciones que conformaban el negocio jurídico. Será en el debate ante la justicia que las dos partes puedan acreditar si el reglamento contractual sí fue ejecutado en la forma debida, o si por el contrario hubo responsabilidad contractual derivada de la inobservancia de las obligaciones asumidas y de aquellas que integran el contenido del contrato, por ser esenciales al tipo de operación celebrada, o que por lo dispuesto en la ley le correspondan al negocio, ora que por equidad o costumbre sean parte del tipo²⁹.

3. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA DEL INCUMPLIMIENTO

Habiendo revisado cuáles son, a nuestro juicio, los presupuestos para poder atribuir la carga de la prueba del incumplimiento del contrato, pasaremos a revisar cuáles son los criterios de atribución de la carga de la acreditación del incumplimiento, partiendo de una premisa fundamental, y es que no necesariamente corresponderá probar al que afirma, en los términos del artículo 167 del Código General del Proceso, sino que por la complejidad de la controversia y de la misma relación negocial que se esté examinando, la carga podrá ser asumida por la otra parte.

En todo caso, habría que advertir una realidad incontrovertible, pero que por su evidencia puede resultar inadvertida por las partes del contrato: antes de demostrar el incumplimiento de una obligación, es necesario acreditar su existencia³⁰. De allí que en los

²⁹ Al estudiar lo que podríamos denominar las fuentes de la integración de los contratos en nuestro ordenamiento jurídico, encontramos que el tratamiento que se le da a la figura en el artículo 1603 del Código Civil, que introduce el principio de la buena fe contractual conforme con el del cual “*Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.*”, es distinto al contenido en el artículo 871 del Código de Comercio que establece que “*Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural*”. Como se advierte, en materia mercantil, además de lo que por naturaleza haría parte del contrato, según la ley, también la costumbre y la equidad natural sirven de fuente a la integración (y depuración) del contenido del contrato.

³⁰ En palabras de Fernando Vélez, al comentar el artículo 1757 del Código Civil “*la carga de la prueba incumbe a quien afirma un hecho que tiende a cambiar el statu quo de las cosas, no al que niega tal hecho.*”

contratos que consten por escrito, será más fácil probar la presencia de una obligación, bastando con ello aportar el contrato al proceso, mientras que en el caso de contratos que no se encuentren plasmados en un documento, se deberá acudir a otros medios de prueba, tales como los testimonios o la confesión.

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

El primero de los criterios de atribución de la carga de la prueba del incumplimiento es el tipo contractual³¹. Ciertamente, las partes, en el ejercicio de la autonomía negocial que les es reconocida, gozan, entre otras proyecciones de la tal autonomía³², de la posibilidad de escoger el tipo negocial más adecuado para resolver sus necesidades, incluso aquellos que carecen de toda disciplina dentro del ordenamiento jurídico, en procura de regular sus intereses, de autogobernar sus relaciones³³. Es innegable entonces que la tipicidad se encuentra siempre enfocada a la función del contrato celebrado.

(...) la parte que alega que la otra ha contraído una obligación para con ella, debe probar la existencia de la obligación. La parte que alega que la que se impuso a favor de la otra parte, se extinguió, debe probar la extinción de la obligación. Luego, si en el primer caso no se prueba la existencia de la obligación, se absuelve a la parte a quien se atribuye ésta, y si en el segundo no se prueba la extinción de la obligación, se declara existente ésta para los efectos legales. (VÉLEZ, Fernando. “Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano”. Cit. Pág. 426)

³¹ Frente a la noción de tipo contractual, Cardilli señala que “*El tipo contractual representa en un cierto momento histórico la síntesis técnica de las exigencias y necesidades que paulatinamente enriquecen la compleja realidad del contrato concluido; síntesis que claramente no es exhaustiva, ni mucho menos conclusiva, de toda una compleja actividad que permite al tipo adecuarse a su tiempo. Esta adecuación del tipo al ‘factor tiempo’, en los límites en que logre mediar entre sustancia del tipo contractual y su respuesta a nuevas exigencias sociales y económicas, le permite resistir en el tiempo*” (CARDILLI, Riccardo. “*El problema de la resistencia del tipo contractual en el Derecho Romano: entre natura contractus y forma iuris*”. Revista Roma e America, Diritto Comune, 26, Roma, 2008. Pág. 171). Como puede verse, la tipicidad se encuentra ligada a la autonomía pero no se limita a los esquemas negociales contenidos en las normas o aquellas reconocidas jurisprudencialmente, sino que faculta a las partes para idear sus propias figuras. Sobre el particular, la doctrina ha sostenido que “*La posibilidad de utilización de figuras por fuera del elenco normativo bien puede decirse que es consustancial al ejercicio de la autonomía privada. No de otra manera se podría explicar la respuesta de la sociedad y del ordenamiento a las crecientes demandas de instrumentos de intercambio y de asociación, como corresponde al desarrollo cultural y económico, y a la imaginación creadora de individuos y comunidades. La tipicidad no es un límite a la autonomía, sino un modo de ser de ella y de la mentalidad humana.*” (HINESTROSA FORERO, Fernando. “*Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico. Volumen II*”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2015. Pag. 311.)

³² Sobre las proyecciones de la autonomía privada, Hinestrosa identifica la libertad de contratar, la de actuar por conducto de intermediario y de escogerlo, la de escoger la contraparte o el destinatario de la asignación, escoger la figura, seleccionar el medio de expresión y la libertad para determinar el contenido del negocio. (Hinestrosa Forero, Fernando. “*Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico. Volumen II*.” Cit. Pags 297-321).

³³ “*(...) se puede concebir dicha autonomía como poder reconocido a los particulares” para disciplinar por sí mismos sus propias relaciones, reconociéndoles una esfera de intereses y un poder de iniciativa para la reglamentación de los mismos”, autonomía negocial que explica la concurrencia del poder de disposición particular con el poder normativo del ordenamiento y la colaboración entre ellos. El o los particulares disponen de sus intereses, y al hacerlo no crean derecho; el contenido de su disposición (accidentalia negotii) no es ley o ‘norma’, tampoco ‘precepto’, es el reglamento de sus intereses (...)*” (HINESTROSA FORERO,

Sin embargo, la forma de tutelar los derechos en los contratos atípicos no es un tema pacífico. En Roma, los contornos de los distintos tipos contractuales fueron delineados con la praxis y sobre todo con las opiniones de los juristas, quienes, al estudiar los casos sometidos a su conocimiento, en donde las partes incluían obligaciones que muchas veces no consultaban la esencia del pacto celebrado, fueron perfilando los tipos negociales³⁴.

Pero al margen de la labor edificadora de la estructura propia de cada tipo, el problema frente a lo que podemos llamar contratos atípicos en Roma se encontraba en la falta de protección de aquellos pactos ajenos al tipo negocial. Había ciertos negocios que merecían toda la protección, pero otros que no generaban acciones³⁵. El problema gira

Fernando. “*Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico. Volumen I.*” Externado de Colombia. Bogotá. 2015. Pag.121.)

³⁴ En palabras de Cardilli, el papel de los juristas romanos “(...) les imponía traducir en la trama de las estructuras jurídicas las exigencias sociales, negando relevancia a la ocasional y simple reiteración de las cláusulas contractuales verificadas en la praxis negocial, imponiéndoles – no obstante-, al mismo tiempo, el deber de aventurarse en una labor de ‘filtro’ y ‘limpieza’ conceptual de las reglas que son incluidas en el tipo y luego vehiculadas por el mismo. La obra de afinación y adecuación que con esfuerzo denodado emerge en todas las fuentes, muestra con mayor nitidez el estrato más profundo de la estructura del contrato típico, aquel que lo caracteriza por el reconocimiento y la resistencia en el tiempo. Se trata de un complejo mecanismo de sedimentación de los contenidos típicos del contrato; un incansable trabajo que ha diseñado el tipo hasta convertirlo en un valor *per se*” (CARDILLI, Riccardo. “El problema de la resistencia del tipo contractual en el Derecho Romano: entre *natura contractus* y *forma iuris*”. Revista Roma e America, Diritto Comune, 26, Roma, 2008. Pág. 218).

³⁵ Para una caracterización breve del sistema contractual romano, nos parece oportuno recordar lo señalado por Chinchilla quien señala que: “El pacto, dentro del sistema contractual romano, era entendido como un mero acuerdo de voluntad o convención entre dos o más sujetos, y carente de forma. La jurisprudencia clásica lo utilizaba para hacer referencia a un acuerdo no formal entre las partes mediante el cual determinaban los efectos jurídicos de sus relaciones negociales, siempre en el respeto de los tipos contractuales.

El pacto se relacionaba con un principio fundamental del sistema contractual romano consistente en ex nudo pacto obligatio non oritur. El nudum pactum era entendido como aquello que no era dado en una stipulatio, que tampoco integraba dentro del plano del ius civile un supuesto de hecho típico de un contrato, ni hacía parte de aquellos casos en los que el pretor concedía una actio honoraria. Adicionalmente, como el pacto no se encontraba dentro de los tipos contractuales preestablecidos por el ordenamiento, no producía obligación y, por tanto, su tutela se producía mediante una excepción concedida por el pretor con el fin de paralizar la acción contractual.

Dentro de esta clase de pactos se distinguían aquellos que tendían a adicionar cláusulas o que estaban orientados a modelar los efectos del contrato. Estos eran los pacta ex intervallo y los pacta in continenti: los primeros se celebraban con posterioridad o separados del contrato mismo; los otros, por el contrario, eran cláusulas convencionales anexas al contrato y que se celebraban al momento de la constitución de la relación obligatoria.

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

Esta diferencia de tratamiento se debe a que cuando se hacía referencia a los pactos cuya eficacia reposaba en la inherencia de la exceptio pacti a los bonae fidei iudicium se afirmaba, por un lado, la valoración

entonces en torno a la posibilidad de tutelar los intereses de los contratantes en este tipo de negocios.

Posteriormente, los juristas³⁶ encuentran que, con fundamento en la cláusula general de buena fe, esos negocios que no asumen el nombre de un contrato típico o no tienen una causa y que en principio carecen de acción, ahora sí pueden encontrar una forma de protección.

Como vemos, la discusión en Roma pasaba por la identificación del núcleo fundamental de cada tipo contractual, depurando el contenido auténtico y esencial del negocio, y estableciendo de esa forma qué era lo que identificaba a cada contrato, que lo hacía único y en últimas, aquello que servía de fundamento para garantizar la tutela del negocio a través de las acciones y con posterioridad, al incorporarse la cláusula general de buena fe, esa protección se fue extendiendo a pactos que no hacían parte del catálogo de los contratos típicos.

Bajo ese antecedente histórico fundamental, entendiendo la importancia de la función del contrato en la tipicidad y la relevancia de la tipicidad contractual para acceder a la tutela efectiva vía acción de los derechos derivados del contrato, podemos descender a lo que ocurre hoy.

La existencia de un contrato típico genera inmediatamente un merecimiento de tutela por parte del ordenamiento jurídico, en tanto se trata de un tipo reconocido, promovido por el mismo ordenamiento, disciplinado y que, por demás, se ha ido decantando en cuanto a su estructura, su funcionalidad y su núcleo esencial, al margen de pactos extraños que, sin desnaturalizarlo, sin hacer que pierda aquello que lo identifica, lo enriquecen. Con ello queremos significar que no existe necesidad de probar lo que se busca a través del contrato, no es necesario demostrar que el pacto cumple con una función social, ni que tiene una funcionalidad práctica, ni que obedece a una operación económica relevante. El hecho que haya sido ya reconocido dentro del catálogo contractual reconocido por el ordenamiento, bien por la ley, ora por la jurisprudencia, hace presumir que ese oficio particular que busca el negocio merece de la protección. De suerte que la carga de acreditar

del oportere ex fide bona en el que se exigía a las partes obrar conforme a lo convenido y excluir cualquier forma de dolo; y por el otro, que los pactos contribuían a conformar el contenido de la obligación, de manera que determinaban lo que realmente querían las partes, es decir, servían para considerar la relación contractual según la voluntad efectiva de los contratantes, la cual resultaba de los pactos celebrados, con respeto al tipo contractual. (CHINCHILLA IMBETT. Carlos Alberto “Contrarius consensus”: terminación del contrato por mutuo acuerdo en la experiencia jurídica romana”, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, No. 28, enero-junio de 2015).

³⁶ Este cambio es reseñado por Cardilli: “Ulpiano indica que a veces (*interdum*) la *conventio no transe (at) in proprium nomen contractus* (§1), ni tampoco se puede verificar en ella la presencia de una causa subyacente (§§ 2 y 4). Por consiguiente, en estos supuestos, el jurista severiano califica estas *conventio* (reitero: que no asuman ningún nombre de un contrato típico; ni subsista en ellas una causa) como *nuda pactio* (§4). No obstante, precisa Ulpiano que – aun cuando estuvieren así configuradas – ellas pueden dar forma a la acción nacida del contrato en los iudicia *bonae fidei*. Procediendo de esta manera, el jurista introduce el discurso en torno a la regla según la cual *pacta conventa inesse bonae fidei iudicia*”. (CARDILLI, Riccardo. “El problema de la resistencia del tipo contractual en el Derecho Romano: entre *natura contractus* y *forma iuris*”. Revista Roma e America, Diritto Comune, 26, Roma, 2008. Pág. 202)

el incumplimiento en este tipo de negocios solo se limitaría a eso: demostrar que el contratante no adecuó su comportamiento al reglamento contractual.

Pero, en lo que se refiere a los contratos totalmente atípicos, existe una doble carga de la prueba que le corresponderá al que afirma, en los términos contenidos en la regla general dispuesta por el artículo 167 del Código General del Proceso. En primera medida, deberá probarse el merecimiento de tutela del contrato, esto es que aquel cumple con una función práctica o socio económica³⁷. Y solo después de esto, se debería acreditar la insatisfacción de las obligaciones asumidas en virtud del contrato.

No basta sin embargo con este criterio de atribución de la carga de la prueba del incumplimiento del contrato en razón a la tipicidad o atipicidad del negocio. Un segundo criterio que entramos a estudiar es el relacionado con la integración del contenido negocial.

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

La integración resulta un paso obligatorio al momento de interpretar el contrato, en la medida en que solo una vez se realice la integración del negocio, se podrá saber con certeza todas las obligaciones que le eran exigibles a las partes, trascendiendo a lo que los contratantes pactaron y que por cualquier motivo dejaron de tener en cuenta al momento de celebrar el negocio³⁸. Se trata entonces de un robustecimiento del contrato, en virtud del principio de la buena fe contractual, conforme al cual las partes no solo se obligan a lo expresamente pactado “*sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza*”³⁹

³⁷ “(...) en tanto que la inclusión de la figura en la ley es garantía preventiva de legitimidad, en el evento de simple tipicidad social y, mucho más, en el caso de novedad (¿hibridación?) no existe esa seguridad, y a veces, ni siquiera una presunción de merecimiento de la tutela, y la jurisdicción posiblemente adoptará una postura de indiferencia mientras no se demuestre la utilidad social (o sociabilidad) de la disposición, o esta aparezca evidente” HINESTROSA FORERO, Fernando. “*Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico. Volumen I.*” Cit. Pag.121.

³⁸ Frente a esto, compartimos plenamente el razonamiento del Profesor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo cuando sostiene que “*Debe suponerse que las partes quieren desarrollar su voluntad negocial alrededor de todo aquello que deriva de las condiciones propias de la operación que celebran, así no entiendan necesario expresar todos los aspectos de su consentimiento, quedando parte de el implícito en la naturaleza contractual*” JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. “*Interpretación, calificación e integración del contrato*” Pontificia Universidad Javeriana – Ibañez. Bogotá. 2014. Pág. 113)

³⁹ Al estudiar el artículo 1501 del Código Civil y en particular lo referente a los elementos naturales del contrato, Fernando Vélez sostuvo: “*“Las cosas naturales de un contrato, son las que la ley subentiende pactadas en él a pesar del silencio de las partes acerca de ellas, quoe in contractu tacite veniunt, pero que no siendo de la esencia del contrato, pueden suprimirlas expresamente las partes sin que por esto el contrato deje de existir o degenerar en otro. Es de la naturaleza del contrato de compraventa que el vendedor responda del saneamiento (art. 1893). De modo que si al vender nada se dice de éste, quedará obligado a él el vendedor. Sin embargo, a éste puede eximírsele expresamente de sanear la evicción (art. 1909), y no porque se le exima de dejar de existir el contrato o degenerar en otro (arts 1603 y 1621, inc. 2º)”* (VÉLEZ, Fernando. “*Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*”. Tomo VI. Imprenta Paris-América. Segunda Edición. Paris. 1926. Pág. 14)

de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”⁴⁰. Es entonces la buena fe, fuente de obligaciones adicionales de las partes.⁴¹

Ahora bien, nuestro Código Civil tiene como fuentes de la integración en virtud del principio de la buena fe⁴², no solo las relacionadas con la naturaleza de la obligación contraída, sino también las que por ley pertenecen a ella⁴³. Por su parte, el Código de Comercio afirma que, en virtud de la buena fe, los contratos “obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”⁴⁴.

Pero ¿De qué manera puede convertirse la integración del contrato en un criterio para la atribución de la prueba del incumplimiento? Consideramos que, en primera medida, la parte que considere que el otro ha incumplido, debe hacer el ejercicio de interpretación del contrato, previa integración del contenido de este, enriqueciendo el programa contractual con las obligaciones que emanan de la naturaleza del vínculo, de la operación económica celebrada.

Una vez se haya realizado este ejercicio, la parte tiene la carga no solo probatoria sino sobre todo argumentativa de evidenciar aquellos elementos que le pertenecen al programa negocial, que, por la naturaleza de las obligaciones, por la función del negocio le son propios, o que la misma ley ha reconocido que hacen parte de un determinado tipo contractual. En otros términos, demostrar que sin un aspecto específico que no fue pactado, la operación celebrada carecería de sentido, perdería sus notas distintivas, incluso, si se

⁴⁰ Código Civil Colombiano. Artículo 1603.

⁴¹ Este carácter genitivo de obligaciones adicionales de las partes ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia. Por ejemplo, en sentencia del 8 de mayo de 2003, exp. 7125 M.P. Jorge Santos Ballesteros, sostuvo: “Se trata en síntesis de un comportamiento remiso, desplegado por el asegurado con ocasión de la objeción al siniestro que reclamó y continuado luego en el mismo proceso en que demanda judicialmente el pago de la prestación asegurada, que de ninguna manera encaja dentro de los deberes de lealtad, probidad y buena fe que las partes, en cualquier contrato y más en éste de seguro, se deben recíprocamente, deberes que apuntalan la coherencia intrínseca y total que debe ostentar el comportamiento contractual de una parte frente a la otra, de modo que tanto en la etapa de preparación como en la de ejecución del contrato – que es la que acá se debate- se manifieste una actitud de cooperación y no de entramamiento, deberes éstos ínsitos en los artículos 1074 y 1075 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 1603 del Código Civil, en lo que hace a la fase contractual”

⁴² Para Neme Villareal, la buena fe es la fuente de la integración. Sostiene que “ANDRÉS BELLO, adelantando a su época, no sólo consagró expresamente (art. 1603 C.C. Colombiano), que “los contratos deben ejecutarse de buena fe”, sino que evidenció que la integración del contrato con todos aquellos deberes que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella, es consecuencia directa del principio de buena fe” (NEME VILLAREAL, Martha Lucía. “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”. Revista de Derecho Privado. No. 11. 2006.)

⁴³ Recordemos que conforme lo enseña el artículo 1501 del Código Civil, “Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente, son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

⁴⁴ Código de Comercio Colombiano. Artículo 871.

quiere, el contrato no habría sido celebrado si no se tuviera esas obligaciones adicionales como contenido del negocio jurídico⁴⁵.

Ahora, si la relación contractual se encuentra gobernada no por el Código Civil sino por el Código de Comercio, hemos señalado cómo de conformidad con el Artículo 871 de dicho Estatuto, las fuentes de la integración en virtud de la buena fe no son solo aquellas que por la naturaleza de las obligaciones corresponden o las que disponga la ley, sino que también se estima que la costumbre y la equidad hacen parte de la génesis de la función integradora. En ese caso, la parte que acciona debería acreditar la existencia de la costumbre⁴⁶ que sirve de germen de las obligaciones que pretende hacer valer como incumplidas.

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

En suma, podríamos señalar que se trata de una superación de la autonomía de la voluntad a ultranza, para el rescate de valores que permean las relaciones contractuales y que imponen de un lado la corrección del contenido del negocio y de otro lado la inclusión de nuevas obligaciones⁴⁷.

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

El papel fundamental de la equidad⁴⁸ en nuestro ordenamiento jurídico resulta innegable. Nuestro Código Civil, adoptó la equidad como criterio interpretativo, al exponer en su

⁴⁵ NEME VILLARREAL, Martha Lucía, “La buena fe como eje del proceso de integración e interpretación del contrato en el Código de Bello: consonancia con la función social del contrato y con la tutela de los derechos fundamentales”. En *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello. Análisis y prospectivas en la sociedad contemporánea*. Navia Arroyo, Felipe- Chinchilla Imbett, Carlos Alberto (Editores). Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2019, p. 250 y ss.

⁴⁶ Código General del Proceso Colombiano. Artículo 179.

⁴⁷ “(...) encontramos un énfasis cada vez mayor en la lealtad de las partes, la protección de la confianza, la cooperación, la preocupación también por los intereses de la otra parte y en la justicia sustancial. Es un sendero que nos conduce lejos de las exageraciones del positivismo y de la teoría de la voluntad que dominaron el siglo XIX.” (ZIMMERMANN, Reinhard. “Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad” (Traducido por Javier. M. Rodríguez Olmos.) Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2010. Pág 205.)

⁴⁸ Sobre el concepto de la equidad, vale reseñar lo expuesto por la Doctora María Cecilia M’Causland Sánchez, quien en su trabajo “*Equidad judicial Y Responsabilidad Extracontractual*” realiza una aproximación a la equidad, primero que todo, de acuerdo a las funciones que le atribuye el ordenamiento jurídico, para luego sí depurar un concepto en virtud del cual la equidad “ (...) constituye un criterio auxiliar del juez y, como tal, una fuente formal auxiliar – no principal – del derecho. Es un principio que no satisface las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no hace parte del ordenamiento, en cuanto no es materialmente reductible a la Constitución, por lo cual es un principio de contenido extrasistemático. Es, además, un concepto jurídico indeterminado, cuya concreción material corresponde solo al juez. La equidad

artículo 32 que “En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”⁴⁹. En la misma línea, se tuvo a la equidad como un límite para la interpretación del pensamiento del legislador y en todo caso para aclarar las leyes oscuras o incongruentes⁵⁰.

Ahora bien, a pesar de la referencia a la equidad en el artículo 23 del Código Civil y en el artículo 5 de la Ley 153 de 1887, no se encuentran mayores referencias literales a ese principio. Se puede colegir la existencia del mismo en algunas normas, especialmente para corregir las injusticias que puedan derivarse por ejemplo en relaciones contractuales.

le sirve al juez, en cuanto operador jurídico en un Estado constitucional democrático, para garantizar la realización de la igualdad material, lo que puede suponer dar un trato distinto a personas formalmente iguales, siempre que ello tenga una finalidad razonable, esto es, siempre que exista coherencia externa entre dicha acción y los supuestos de hecho, para lo cual aquel debe ir más allá de la igualdad que el legislador presupone y reconocer un conjunto de circunstancias más amplio que el previsto en la norma, en los casos concretos y en condiciones sociales determinadas. El juez llamado a fallar en derecho se sirve de la equidad para interpretar las normas jurídicas – todas ellas, incluidas las que tienen estructura de reglas y las que tienen estructura de principios, así como las normas claras, y no solo aquellas oscuras o contradictorias-; para integrar los vacíos normativos que no puedan o no deban colmarse por medio de la analogía legis, la doctrina constitucional, las reglas generales del derecho o la costumbre- en todos los eventos en que tales vacíos existan, y no solo cuando el legislador defiera la decisión de manera expresa a la equidad-, y para ajustar e, incluso, corregir la ley, a pesar de su legitimidad general – que no se cuestiona por el recurso a la equidad-, con el fin de evitar que su aplicación propicie resultados manifiestamente contrarios a la justicia, en extraordinarios casos concretos cuyas especificidades requieren de una solución distinta a la contenida en aquella, que, por su generalidad, resulta inadecuada” (M´CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. “Equidad Judicial y responsabilidad extracontractual”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2019. Págs 259-260). En un importante recuento histórico sobre la noción de la equidad, vale resaltar lo expuesto por Chamie “En la filosofía, expresión del ámbito general de la experiencia humana, la noción más antigua de equidad se remite a la fórmula de la justicia en el caso concreto, fórmula que llevada al ámbito legislativo encuentra difícil aplicación dado el carácter universal de la ley. En este sentido, una concepción de equidad obtuvo mayor acogida, aquella que la observó como un conjunto de preceptos que regulan las relaciones humanas por encima de las disposiciones jurídicas y que el legislador debe considerar al momento de la elaboración de las normas. Siguiendo la huella de esta concepción se fue consolidando una idea jurídica más específica según la cual en caso de lagunas la única fuente disponible está en la equidad y en los principios generales que la acompañan (...) En el plano de la experiencia jurídica italiana del siglo XX se asignaron fundamentalmente dos significados al concepto: uno como equidad general, y otro como justicia en sus distintas articulares semánticas (sentimiento jurídico/normas ideales objetivamente conocibles por el intelecto racional/ conjunto de reglas impuestas por la conciencia social). En este contexto, la doctrina señaló también el otro sentido de la noción de equidad, esto es, el de la justa reglamentación del caso individual, de adaptación de la norma a la situación de hecho, vale decir, una equidad “particular” que, relacionada con el remedio en estudio, no sería otra cosa que un criterio para juzgar la reglamentación de un caso concreto y que corresponde a la conciencia subjetiva del juez; esta interpretación afirmó que la equidad era expresión de los poderes discrecionales del juez. Ya la misma doctrina clásica había señalado que las numerosas referencias positivas al principio de equidad en el ordenamiento italiano habrían modificado cualitativamente el rol del juez” (CHAMIE GANDUR, José Félix. “La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos. De la vis cui resisti non potest a las cláusulas de hardship”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013. Pág. 221-222)

⁴⁹ Código Civil Colombiano. Artículo 32.

⁵⁰ Ley 153 de 1887. Artículo 5, cuyo tenor indica que “Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes.”

Por ejemplo, consideramos que la solución prevista para la ocurrencia de lesión enorme⁵¹, en virtud de la cual el comprador podrá o consentir en la rescisión, o completar el justo precio con deducción de la décima parte, y el vendedor por su parte podrá también consentir en la rescisión o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte, resulta una aplicación de la equidad en materia contractual, así como es el caso de la acción contenida en el artículo 1925 del Código Civil.

Sin embargo, es solo con la expedición del Código de Comercio, influenciado por el Código Civil Italiano de 1942, que la equidad vuelve a adquirir un rol protagónico. Particularmente relevante es lo dispuesto en el artículo 868 del Estatuto Mercantil en lo que refiere a la revisión del contrato, en escenarios de excesiva onerosidad sobrevenida, atribuyéndole al juez la posibilidad de ordenar reajustes en equidad⁵².

Además de esta disposición, resulta relevante recordar que a voces del artículo 871 del Estatuto Comercial, se incluyó a la equidad natural como fuente de integración de obligaciones en los contratos. Como puede verse, la equidad citada pocas veces en el Código Civil – aunque a nuestro juicio no oculta sino siempre vigente-, vuelve a cobrar un rol fundamental.

Y siguiendo en esa línea de preponderancia al papel de la equidad, el constituyente de 1991 quiso que la misma fuera un criterio auxiliar de los administradores de justicia. Así lo dispuso el artículo 230 inciso 2⁵³. Esa función de la equidad como criterio auxiliar de los jueces al momento de proferir las sentencias, encuentra respaldo también a nivel legal en el artículo 7 del Código General del Proceso⁵⁴.

Como puede verse, la equidad en nuestro ordenamiento funge no solo como integrador de obligaciones no pactadas, sino también como principio corrector del contenido del contrato (o mejor, de situaciones anómalas que puedan afectar la justicia contractual), y desde la Constitución de 1991, con fuerza, se fincó como criterio auxiliar de los jueces al momento de administrar justicia.

⁵¹ Código Civil Colombiano. Artículo 1948.

⁵² Código de Comercio Colombiano. Artículo 868: “*Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o impre- visibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro a cargo de una de las partes, en grado tal que resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.*” Un importante trabajo sobre el particular se encuentra en CHAMIE GANDUR, José Félix. “*El principio general de reductio ad aequitatem por desequilibrio contractual*”. Universidad Externado de Colombia. Revista de Derecho Privado. No. 22. 2012. Páginas 219-275.

⁵³ Constitución Política de Colombia. Artículo 230. “*Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.*”

⁵⁴ Código General del Proceso. Artículo 7. “*Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos. El proceso deberá adelantarse en la forma establecida en la ley*”

En todas esas facetas que se desprenden de las normas referidas, encontramos que la equidad, a no dudarlo, funge como un criterio del juez para poder distribuir la carga de la prueba del incumplimiento contractual. Será el administrador de justicia, en cada caso concreto, cuando la regla general contenida en el artículo 1757 del Código Civil y la cláusula prevista en el artículo 167 del Código General del Proceso sean insuficientes para encontrar *la justa reglamentación del caso concreto*, que deberá acudir a este principio para poder solventar las dificultades probatorias en materia obligacional que se susciten en cada evento.

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

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

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

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

No obstante lo anterior, al diversificarse los bienes y servicios ofertados en el mercado y al masificarse la contratación, las relaciones negociales se volvieron más complejas. El consumidor entra en el escenario jurídico y la relación negocial que nace entre aquel y el productor o proveedor se caracteriza por la asimetría⁵⁵. Surge la asimetría

⁵⁵ Al caracterizar las relaciones de consumo y hacer énfasis en la asimetría entre los sujetos, Javier Rodríguez Olmos señala que *“En las relaciones contractuales de consumo se encuentran dos partes en posiciones evidentemente diversas que implican un desequilibrio estructural en la relación: por una lado, el empresario, comerciante, productor o prestador de bienes y servicios, quien en virtud del ejercicio de su actividad profesional está en capacidad de hacer un análisis global y racional de la relación costo-beneficio, sirviéndose normalmente de un contenido contractual predispuesto; por el otro, el consumidor, para quien, en vista del volumen y el monto de las transacciones que realiza –por lo regular, por medio de contenidos estandarizados– resulta completamente irracional y desmesurado hacer un cálculo teniendo en cuenta todos*

contractual, que a su vez resulta la génesis del cambio en el paradigma del modelo de contrato. Ya no podemos hablar de un contrato entre iguales, como era el arquetipo establecido en los códigos decimonónicos, sino que, ante la constatación de una desigualdad entre los contratantes, impone una nueva forma de entender las relaciones obligatorias.⁵⁶

Incluso, algunos sectores de la doctrina identifican que hay un tercer arquetipo contractual, que trasciende a los contratos del consumidor, conservando sus propias características.⁵⁷

En todo caso, es la especificidad y diversidad de los bienes y servicios ofertados en el mercado, aunada a la existencia de grandes empresas y al conocimiento especializado que tiene el ofertante de los bienes y servicios, justifica la protección de la parte que carece de esos conocimientos. Esa tutela se refleja, por ejemplo, en la atribución de deberes específicos en cabeza de la parte fuerte de la relación contractual⁵⁸.

los aspectos posibles más allá del precio y de ciertos factores relacionados con la prestación principal que contrata.” (RODRÍGUEZ OLMOS, Javier. “La interpretación de los contratos con el consumidor: elementos para la contextualización de la problemática. (Primera Parte)”. Universidad Externado de Colombia. Revista de Derecho Privado. No. 24. 2013.)

⁵⁶ Roppo encuentra tres diferencias entre el contrato tradicional y el contrato del consumidor, en lo que se refiere puntualmente a los remedios contractuales: “(...) muchos contratos con el consumidor están típicamente expuestos a ese remedio destructivo del vínculo contractuales que es la rescisión, en su variante de rescisión “por arrepentimiento”; remedio éste que es extraño, por no decir contrario, a los fundamentos del contrato de derecho común. (...) el contrato con el consumidor está expuesto a la acción de otros remedios contractuales, correspondientes a la categoría de la invalidez, en mayor medida y en forma más intensa de lo que se observa para el derecho común, de manera que puede sostenerse que se trata de un contrato mucho más vulnerable; y ello como consecuencia de una sobredosis de vínculos impuestos a la autonomía privada, que se corresponde con una sobredosis de posibles impugnaciones para los casos de inobservancia de esos mismos vínculos. (...) estas especiales causales de invalidez (...) tienden a ser más frecuentes e invasivas que las del derecho común, por otro lado resultan menos dramáticas e irreversibles, en general menos destructivas del vínculo contractual, pues normalmente no perjudican su pervivencia, sino sólo su contenido. (ROPPO, Vincenzo. “El contrato del dos mil”. (Traducido por Koteich, Milagros) Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005. Págs. 37 y 38)

⁵⁷ Se trata de un contrato “(...) cuya “fuerza de ley” resulta notoriamente atenuada (por la profusa creación de rescisiones por arrepentimiento, y por la difusión de las causales de invalidez provenientes de la multiplicación de los vínculos de forma, de contenido, de transparencia/totalidad); un contrato en el que la impugnación más grave es equilibrada con una contención forzosa de sus consecuencias destructivas (nulidades elativas, nulidades sólo parciales); un contrato cada vez más sujeto a controles sobre el equilibrio de las prestaciones, en sentido no sólo normativo sino también genuinamente económico, mucho más allá de los limitados casos en que la tradición lo aceptaba; un contrato cuyo régimen sufre la creciente mezcla entre órdenes de reglas tradicionalmente separadas, como las reglas de validez y las reglas de comportamiento/responsabilidad” Además, desprende el nuevo arquetipo contractual de los contratos de consumo, aunque señala que su génesis sí se encuentra en ese tipo de relaciones: “El nuevo paradigma contractual, aunque edificado originariamente con base en el régimen del contrato con el consumidor (entendido como contrato entre un consumidor y un profesional), se nutre en realidad inclusive de los regímenes contractuales que no tienen esta connotación subjetiva, desde que prescinden de la mencionada calidad socio-económica de las partes, o desde que aceptan dichas cualidades distintas en las partes. O, nacido en el campo del contrato con el consumidor, el nuevo paradigma contractual muestra una fuerza expansiva que lo proyecta más allá de dicho campo” (ROPPO, Vincenzo. Op. Cit. Págs 61-62)

⁵⁸ Por ejemplo, el deber de información (Art. 19 Ley 1480 de 2011). Sobre el particular Ver CHINCHILLA IMBETT Carlos Alberto y NEME VILLAREAL Martha Lucía. “El consentimiento informado del consumidor. Del sinalagma a las exigencias de información” Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Estimamos que la fuente de este tipo de obligaciones adicionales que surgen en atención, por ejemplo, al carácter profesional de uno de los sujetos, se encuentra justamente en la buena fe, contenida, como hemos indicado en algunos apartes de este trabajo, en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, que mandatoriamente impone un enriquecimiento del contenido obligacional del contrato escrito, con nuevas obligaciones que se desprenden de la naturaleza del negocio, de manera que su desconocimiento implicaría desconocer la misma función del pacto.

Esta atribución de deberes, en realidad de verdaderas obligaciones que son exigibles y se vuelven parámetros para determinar el cumplimiento del contrato⁵⁹ se ha ido extendiendo a toda relación en la cual pueda verificarse la existencia de una asimetría contractual, en razón no solo a las calidades profesionales del deudor de la obligación o al especial conocimiento que aquel tenga, sino también, por ejemplo, por razones socio económicas que evidencien que una parte requiere una especial protección en la relación comercial, de manera que la imposición de nuevas obligaciones que se desprenden de la naturaleza del contrato celebrado fungen también como tutelas a favor de esa parte que merece especial protección, disminuyendo así la desigualdad existente en el contrato. Como ejemplo de lo anterior encontramos las relaciones que surgen entre la banca y sus clientes.⁶⁰ Concretamente en este tipo de relaciones se encuentran obligaciones profesionales⁶¹ como la lealtad⁶², la información⁶³, la eficacia⁶⁴ y la prudencia⁶⁵.

2018. Así mismo se puede consultar SALGADO RAMÍREZ, Catalina “*Consideraciones sobre el deber precontractual de información y su particularidad en la relación de consumo*”, en *Perspectivas del derecho del consumo* (Carmen Ligia Valderrama Rojas, dir.), Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013.). En la misma línea, en el plano legislativo encontramos puntuales referencias frente a la obligación de dar publicidad (Arts. 29 y ss. Ley 1480 de 2011), o la existencia de garantías (Arts 7 y ss Ley 1480 de 2011), entre otros.

⁵⁹ Se trata de un robustecimiento del contenido obligacional del contrato en cabeza del empresario: “(...) integran el contenido comercial de las actividades del empresario, en aspectos fundamentales, los llamados deberes secundarios de comportamiento, cuyo principal significado busca apuntalar las prestaciones principales emergentes del vínculo, y que se estructuran conforme a las particularidades que cada producto, servicio o bien, traen aparejados para los usuarios o consumidores según sus necesidades. Así, entre otros, el deber de informar acerca del uso de una cosa que se adquiere, el deber de publicar y hacer conocer los reglamentos en la prestación de servicios públicos, el compromiso de suministrar información sobre los potenciales riesgos que trae el consumo de determinados productos alimenticios, o la ingestión de drogas, el deber de indicar la fecha de vencimiento de los mismos, todos estos son, por supuesto, deberes de fidelidad y de cooperación que integran un extenso catálogo de deberes a cargo del empresario y cuya omisión puede dar origen a una indemnización de perjuicios de fuente claramente contractual si, por ejemplo, por falta de una debida información, se genera un daño a la vida o a la integridad de los consumidores o adquirentes del bien o de quien, en general, recibe el servicio.” (SANTOS BALLESTEROS, Jorge. “*La responsabilidad civil contractual aplicada a la actividad del empresario*”, en *Los contratos en el Derecho Privado* (Fabricio Mantilla Espinosa y Francisco Ternera Barrios. Dir) Universidad del Rosario – Ed. Legis. Bogotá. Primera reimpresión. 2008. Pag. 917).

⁶⁰ Para Rodríguez Azuero, el banco, además de ser comerciante, es un profesional en sus negocios, en la medida que para esa actividad se debe “prestar de manera masiva un servicio para el que se requiere una preparación particular, es reconocido por la comunidad que aspira a obtener bienes o servicios de satisfactoria calidad y está dispuesta a reclamarle severamente en caso de que no los obtenga. Es estricto rigor el término adquiere relevancia dentro de una realidad contemporánea que reconoce la aparición de dos nuevas categorías de sujetos de derecho: el profesional y el consumidor. Y como la relación que se entabla sugiere la existencia de una parte que puede resultar débil en el proceso de contratación, el derecho interviene para protegerla, como lo ha hecho en más de una oportunidad, exigiéndole al profesional un

También encontramos asimetría en las relaciones que emanan del consumidor y el productor de un bien tecnológico especializado, o las que surgen en los proyectos de infraestructura. Como puede verse, se trata de relaciones en las que básicamente una parte es “titular” de un conocimiento especializado del que carece en todo o en parte su contratante. En efecto, es el profesional quien, en razón a su calidad conoce de los aspectos técnicos sobre construcción⁶⁶, tecnología, inversiones, divisas, etc., aspectos que la parte débil desconoce o en todo caso no maneja a la perfección, por lo que dejarle la prueba de tales hechos constitutivos de cumplimiento de incumplimiento a la parte débil, sería en cierta forma entregarle el cumplimiento de una carga probatoria imposible o gravosa.

comportamiento acorde con el interés comunitario superior que tutela al consumidor.” (RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. “Contratos Bancarios. Su significación en América Latina.” Bogotá. Ed. Legis. Sexta Edición. 2009. Pág. 167.)

⁶¹ Se trata de un “conjunto de cargas, obligaciones y conductas esperadas que se predica hoy en forma prácticamente indefinida del profesional” y que “no resulta de una elaboración que en abstracto recargue a un participante en la actividad mercantil de forma caprichosa sino se ha construido como un mecanismo para proteger al consumidor, esto es, al adquirente o usuario de sus bienes o servicios pues, de alguna manera, bajo la nueva formulación de relaciones sociales y económicas, ve al profesional como la parte fuerte que impone sus condiciones, en mercados que conoce particularmente bien y lo hace, de ordinario, a través de la imposición de cláusulas generales de contratación o modelos tipos de contrato de su autoría a los cuales los usuarios simplemente adhieren (...)” (RODRÍGUEZ AZUERO. Sergio. “Contratos Bancarios...” Op. Cit. Pág. 167)

⁶² “ (...) si por principio general los contratos se celebran de buena fe, él adquiere mayor sentido en los contratos de confianza celebrados intuitu personae por cuanto en el manejo del crédito las partes se otorgan recíprocamente una confianza excepcional, que no sólo las vincula a ellas sino también a la comunidad” (RODRÍGUEZ AZUERO. Op. Cit. Pág 169). En similar sentido, “En la relación de permanencia que caracteriza muchos contratos bancarios, comenzando por los negocios en los cuales el banco actúa como gestor de intereses de sus clientes – piénsese, entre otros, en los encargos fiduciarios tales como los servicios de intermediación en cobros y pagos, en la representación de tenedores de bonos, y en los negocios de fiducia mercantil, en particular- pueden presentarse eventos en los cuales la decisión del fiduciario entrañe un conflicto entre los intereses del cliente y los suyos propios o los de un tercero. En esa hipótesis, la aplicación del principio de lealtad indicará que, bajo ninguna circunstancia, podría el fiduciario tomar la decisión que lo favoreciera o beneficiara al tercero en detrimento de los intereses de su cliente.” (RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. “Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina.” Bogotá. Ed. Legis. Segunda Edición. 2017. Pág 275)

⁶³ “ (...) el profesional debe hacer conocer al potencial contratante de manera clara y comprensible no sólo las condiciones y calidades del bien o servicio que ofrece o se le demanda, sino los riesgos o precauciones que han de tenerse en cuenta en relación con ellos.” (RODRÍGUEZ AZUERO. “Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina”. Cit. Pág 170)

⁶⁴ “La comunidad espera que la actuación del profesional sea eficaz, que en virtud de la competencia particular que posee, el cliente tenga fundadas razones para “sentirse en las mejores manos”. Y ello no sólo por la preparación y el conocimiento particulares de la materia, en general, sino por el de los distintos productos – bienes y servicios) que ofrece y el de los mercados en los cuales opera. Bajo esa obligación el profesional debe conocer las regulaciones y requisitos que su actividad y su clientela deben satisfacer, los riesgos que su negocio naturalmente genera o los extraordinarios que su experiencia sugiera como posibles y la forma más razonable de evitarlos o minimizar la posibilidad de su ocurrencia y, por sobre todo, contar con la organización interna y los soportes o ayudas externas que ha menester para tomar una correcta decisión en un caso dudoso” (RODRÍGUEZ AZUERO. Op. Cit. Pág 173)

⁶⁵ “ (...) a la par de eficaz ha de ser prudente, es decir, realizar en forma cauta y diligente los actos necesarios para la debida consecución de la finalidad del contrato y la satisfacción de sus obligaciones. (RODRÍGUEZ AZUERO. Op. Cit. Pág 173)

⁶⁶ Por ejemplo, que se cumplieron las especificaciones técnicas contenidas en los términos de condiciones para la construcción de una vía, o que los materiales eran de buena calidad.

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

Pensemos por ejemplo que un inversionista tiene dudas fundadas sobre si su comisionista le aconsejó la inversión que mejor se adecuaba a sus posibilidades y su realidad⁶⁷. Difícilmente podría el inversionista demostrar que hubo negligencia en el actuar del comisionista. O supongamos que la duda estriba en el cumplimiento o incumplimiento del suministro de energía eléctrica. ¿No estará en mejor capacidad de acreditar el cumplimiento de la obligación la empresa encargada de suministrar la energía? Incluso nos aventuramos a sostener la misma línea reflexiva en cuanto a las obligaciones del médico, pues ¿Acaso el paciente puede demostrar fácilmente que el profesional de la salud desconoció los procedimientos que eran necesarios en, por ejemplo, una intervención quirúrgica, que era objeto de un contrato?

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

El razonamiento que antecede encuentra respaldo en lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, norma que acoge la carga dinámica de la prueba⁶⁸, en especial cuando la norma señala que uno de los criterios para determinar cuándo una parte se encuentra en una situación más favorable para probar un hecho, es la existencia de circunstancias técnicas especiales.

Estimamos que el razonamiento que hemos señalado hasta aquí también es aplicable a otro tipo de contratos que incluso desbordan la esfera del derecho civil y del derecho

⁶⁷ En materia de fiducia, por ejemplo, la Circular Básica Jurídica 029 de 2014, rescata la existencia de un deber de asesoría, en virtud del cual “*el fiduciario debe dar consejos u opiniones para que los clientes tengan conocimiento de los factores a favor y en contra del negocio y así puedan expresar su consentimiento con suficientes elementos de juicio, para lo cual resulta necesario considerar la naturaleza y condiciones propias de cada negocio y de los intervinientes en ellos. Este deber implica necesariamente un juicio de valoración que involucra una opinión fundamentada e inclusive una recomendación para el cliente.*” (Circular Básica Jurídica 029 de 2014. Parte II. Título II. Artículo 2.2.1.2.2)

⁶⁸ En sentencia C-086 de 2016, la Corte Constitucional señaló que la carga dinámica de la prueba “*(...) halla su origen directo en la asimetría entre las partes y la necesidad de la intervención judicial para restablecer la igualdad en el proceso judicial. (...) la noción de carga dinámica de la prueba, “que no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla”, supone reasignar dicha responsabilidad, ya no en función de quien invoca un hecho sino del sujeto que, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de acreditarlo.* (Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 2016. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.)

mercantil. Nos referimos al contrato individual de trabajo, regulado *in extenso* en los artículos 22 a 80 del Código Sustantivo del Trabajo.

La relación contractual entre el empleador y el trabajador se caracteriza entre otros aspectos por una situación de dependencia o subordinación. La asimetría entre los contratantes y el poder que ejerce el uno sobre el otro son reconocidos en la misma legislación, al punto que tal dependencia es un elemento de la esencia del contrato de trabajo.⁶⁹

Como quiera que este tipo de negocio jurídico reviste de especial preponderancia en el tráfico jurídico, derivado justamente de la función socio económica que implica la operación contractual laboral, el Estatuto Sustantivo del Trabajo esgrime una gran cantidad de hipótesis para la terminación del contrato, diferenciando si hay o no una justa causa y quien puede justificar su determinación de poner fin al vínculo arropado por un motivo clasificado por el estatuto como justo.

En todo caso, ha sido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia la que ha edificado una línea jurisprudencial en torno a la carga de la prueba de la terminación del contrato de trabajo y al despido.

Así, ha sostenido el Alto Tribunal que es al trabajador a quien corresponde probar el despido, pero al empleador le corresponde demostrar la causal por la cual se terminó el contrato individual de trabajo⁷⁰. De suyo, el razonamiento de la Sala de Casación Laboral lleva a colegir que el incumplimiento de la obligación en estos casos corresponde a la parte fuerte de la relación contractual, en este caso el empleador, pues cuando quiera que se trate de una justa causa planteada por él⁷¹, en el fondo se plantea una infracción al programa contractual por parte del empleado.

Al trabajador sólo le bastará probar el despido a manos del empleador, mientras que al empleador le corresponderá una carga mayor, debiendo acreditar que la justa causa de terminación del contrato reconocida por la ley sustancial se estructuró en los términos esbozados en la carta de despido.

⁶⁹ El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo señala, en lo pertinente, que “1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales: (...) b) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato (...)”

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 22 de octubre de 2014. SL14618-2014. Rad. 39642. M.P. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón en donde se sostuvo que “En el campo laboral, en forma por demás reiterada, esta Sala de Casación tiene adoctrinado que, en materia de despidos, sobre el trabajador gravita la carga de demostrar que la terminación del contrato fue a instancia del empleador, y a éste, si es que anhela el éxito de su excepción, le corresponde demostrar que el despido se basó en las causas esgrimidas en el documento con el que comunicó su decisión.”. En el mismo sentido, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 17 de agosto de 2016. SL17728-2016. Rad. 48351. M.P. Dr. Fernando Castillo Cadena.

⁷¹ Las justas causas de terminación por parte del empleador se encuentran en el literal a) del artículo 62 del CST. Aunque no todas están directamente relacionadas con prestaciones a cargo del trabajador, los numerales 1, 4, 6, 8, 9, 10, 12, 13 se encuentran ligadas a posibles obligaciones que le sean exigibles al trabajador.

Con ello queremos resaltar cómo la existencia de una relación contractual asimétrica no solo se configura en el derecho privado, sino que otras órbitas de la disciplina jurídica también se encuentran permeadas de desbalances entre los contratantes, y que sin que ello (la asimetría) resulte censurable, es factible la estructuración de reglas probatorias que, ya en el escenario procesal, contribuyan a menguar en cierta forma la disparidad existente entre las partes, creando escenarios de auténtica igualdad material.

En conclusión, estimamos que la calidad de las partes en la relación contractual tiene, de un lado, implicaciones sustanciales concretadas en el surgimiento de obligaciones adicionales que se desprenden de su conocimiento especializado en una materia; al profesional se le exigirá ir un poco más allá del contenido del programa contractual, en aras de materializar las aspiraciones de su contraparte, que en últimas lo llevaron a celebrar el contrato.⁷²

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

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

Un último criterio que estimamos relevante para la atribución de la carga de probar el incumplimiento es el relacionado con el tipo de obligación, de manera particular el relacionado con las obligaciones de medio y de resultado⁷³.

⁷² Al respecto, resulta ilustrativo lo propuesto por Chinchilla, quien, al estudiar el deber de información en los contratos, expone que “*Las cualidades de los sujetos contratantes son importantes en pro de determinar el alcance que ha de darse al cumplimiento del deber de información en el iter contractual, por cuanto es diferente la información que debe ser suministrada por un profesional o un sujeto cualificado en una relación obligacional, a la información que debe entregar una persona que ostenta una “presunción de ignorancia legítima” debido a las condiciones cognoscitivas, sociales y las circunstancias fácticas en las que ella se encuentra con relación a su contraparte, esto sin desmedro de la obligación de colaboración y diligencia que generan los contratos por aplicación del principio general de buena fe*” (CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto. “*El deber de información contractual y sus límites*”. Universidad Externado de Colombia. Revista de Derecho Privado. No. 21. Dic. 2011. Pág. 337).

⁷³ Esta distinción entre obligaciones de medio y de resultado se le atribuye a René Demogue, al salvar una aparente contradicción entre los artículos 1137 y 1147 del Código civil francés, “*mientras que el primero introdujo un principio general en la regla de prueba dentro de la responsabilidad contractual, según el cual el deudor es responsable si el acreedor prueba que aquél no se comportó como era debido, esto es, como un buen padre de familia, el 1147 parecía decir lo contrario. Según este artículo, el deudor sólo podría quedar exonerado de responsabilidad mediante la prueba de una causa extraña. (...) Frente a esta contradicción entre aquéllos dos textos, la solución de René DEMOGUE pareció simple y adecuada: mientras la obligación sea de medios, la regla que se aplicaría es la del artículo 1137 del Código civil francés; si la obligación fuere de resultado, la regla aplicable sería la del artículo 1147 del mismo Código*” (MARTÍNEZ CÁRDENAS,

A la Corte Suprema de Justicia se debe la adopción de esta teoría en nuestro ordenamiento jurídico⁷⁴, que, a pesar de no tener un respaldo normativo, y de la resistencia de algunos sectores de la doctrina a encontrarlas conforme al ordenamiento jurídico patrio⁷⁵, en lo que se refiere a la carga de la prueba encontramos una regla tutelar, contenida en el inciso tercero del artículo 1604 del Código Civil y que resulta, sostenemos, aplicable a esta clasificación de obligaciones.

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

Betty Mercedes. “*La adaptación de la teoría de las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado en el derecho colombiano.*”, en *Los contratos en el Derecho Privado* (Fabricio Mantilla Espinosa y Francisco Ternera Barrios. Dir) Universidad del Rosario – Ed. Legis. Bogotá. Primera reimpresión. 2008. Pag. 900).

⁷⁴En providencia del 5 de noviembre de 1935, con ponencia del Dr. Juan Francisco Mujica, la Corte señaló que “(...) *la culpa, consiste en un acto del deudor que se halla en relación causal con la inejecución de la obligación. Incurrir en culpa es faltar a los deberes de un buen padre de familia o de un hombre prudente, y estos deberes comprenden lo mismo el hecho de conducirse con prudencia que el de ejecutar las obligaciones que se contrajeron en el contrato. La obligación de la compañía tenía por objeto un hecho determinado, a causa de lo cual forma parte de las que en doctrina se denominan de “resultado”, porque su contenido está claramente indicado en el contrato mismo. Esa obligación constriñe a la sociedad a proveer al pago de los arrendamientos estipulados (...)*” (CSJ. Cas. Civil del 5 de noviembre de 1935. GJ XLIII No. 1904. Pág 407), pero un mayor desarrollo de la figura se encuentra en sentencia del 31 de mayo de 1938, en donde expuso la Corte que “(...) *en materia de responsabilidad civil contractual, la división clásica en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, y la posterior a esta, en obligaciones positivas y negativas, no proporcionan un método para la solución de los problemas referentes a la culpa y a la carga de su prueba. Débese a la clasificación introducida por DEMOGUE, en obligaciones de resultado y en obligaciones de medio, el que se haya logrado superar la mayor parte de las dificultades que a ambos respectos suelen presentarse.*

El contenido de cualquiera obligación consiste en la prestación que el acreedor puede reclamar al deudor y que este debe suministrar. La prestación pues, o bien es una conducta del deudor en provecho del acreedor, o bien es un resultado externo que con su actividad debe producir el deudor a favor del acreedor. Dicho en otras palabras, la obligación puede tener por objeto un hecho o un resultado determinado y entonces obliga al deudor a realizar ese hecho o a obtener ese resultado deseado por el acreedor. El hecho prometido por el deudor o la abstención a que él se ha comprometido, tienen las características de ser claros, precisos y de contornos definidos. Es deber del deudor obtener con su actividad ese hecho, tal resultado. En cambio, en las obligaciones de medio, el deudor únicamente consiente en aportar toda la diligencia posible a fin de procurar obtener el resultado que pretender el acreedor. El deudor solo promete consagrar al logro de un resultado determinado su actividad, sus esfuerzos y su diligencia, pero no a que este se alcance” (Corte Suprema de Justicia. Cas. Civil. Mayo 31 de 1938. G.J. XLVI pág. 571.)

⁷⁵ La clasificación entre obligaciones de medio y de resultado no ha sido del todo aceptada por la doctrina. Varias críticas se han enfilado en contra de esa diferenciación. Por ejemplo, para Neme Villareal “(...) *esta no refleja verdaderamente la realidad, ya que muchas obligaciones no son irreductibles a esta distinción y además resulta de dudosa aplicación a las obligaciones extracontractuales*”. (NEME VILLAREAL, Martha Lucía. “*Obligaciones de garantía en el derecho contemporáneo. Análisis desde la tradición del derecho civil*” Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2018. Pág 30) La dificultad de categorizar cada relación obligatoria como de medio o de resultado, ha derivado en varias clasificaciones derivadas de esta distinción, que a la postre han terminado desnaturalizando la diferenciación. Aquellas “(...) *se distinguirían no solo por la intensidad del compromiso adquirido, sino también por la carga y el objeto de la prueba de la inejecución; estas variantes van desde las o ligaciones “de resultado” propiamente dichas hasta las obligaciones estrictamente “de medios”, pasando por las “obligaciones de garantía”, las obligaciones de “resultado atenuadas” o también denominada “de medios reforzada”* (NEME VILLAREAL. Op. Cit. Pág. 32) En similar sentido, Cfr. TAMAYO JARAMILLO, Javier. “*Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*”. Editorial Legis. Quinta reimpresión. Bogotá. 2010. Pág. 556)

Antes de algunas reflexiones sobre dicha norma, creemos que la primera actividad probatoria del demandante o del demandado en el caso de las obligaciones de medio y de resultado, se debe dirigir a la prueba del tipo de obligación. En otras palabras, si a lo que se había obligado era a alcanzar un resultado determinado, o si por el contrario lo que le era exigible era el desplegar un explícito grado de diligencia⁷⁶. La prueba del tipo de obligación, siguiendo los lineamientos de la regla general contenida en el artículo 167 del Código General del Proceso, corresponderá al que afirma.

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

Por otro lado, el deudor de la obligación de resultado, a fin de acreditar su posición, deberá demostrar la ocurrencia del caso fortuito o la fuerza mayor que impidió ejecutar el programa contractual como había sido pactado, pues sólo probando esa causa extraña será eximido de responsabilidad por no haber cumplido con las obligaciones que le eran exigibles. En efecto, el deudor de la obligación de resultado, independientemente del grado de diligencia que imprima en su actuación, sólo se librará si ocurriere una causa extraña que haya imposibilitado el cumplimiento del contrato⁷⁷.

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

⁷⁶ Sobre el particular, Tamayo Jaramillo concluye que “*si bien algunos contratos como el de compraventa o el de transporte, no permiten una mayor o menor intensidad de las obligaciones y, por tanto, éstas se pueden considerar a priori como de medio o de resultado, entre otros, sobretudo los de prestación de servicios médicos, el deudor se puede comprometer a una mayor o menor diligencia y, por tanto, el juez en cada caso concreto deberá determinar si la obligación era de medio o de resultado*” (TAMAYO JARAMILLO, Javier. “*Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*”. Editorial Legis. Quinta reimpresión. Bogotá. 2010. Pág. 537).

⁷⁷ En palabras de Koteich: “*En las obligaciones de medios, el deudor se obliga a poner todos los medios, precisamente, y toda su diligencia en la consecución del objetivo último que persigue el acreedor con el contrato; ese es, pues, el contenido de su obligación, un comportamiento, no un hecho, y por eso se les llama también obligaciones de prudencia y diligencia. El deudor cumple aunque el acreedor no consiga su objetivo final, pero, se insiste, se exige un “mínimo de resultado”, consistente en llevar a cabo, precisamente, los actos tendientes a lograr la finalidad que persigue el acreedor con el contrato (...)* En las obligaciones de resultado, en cambio, el deudor se obliga a un resultado preciso y determinado, no basta pues con “emplear todos los medios necesarios (...) la prueba exoneratoria en este tipo de obligaciones está constituida por la causa extraña, aunque en casos extremos ni siquiera ella exonera. (KOTEICH KHATIB, Milagros. “*Los criterios de imputación de la responsabilidad contractual: una mirada a los códigos y sus fuentes romanas*”. En “*Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestroza*.” Tomo I. Universidad Externado de Colombia. (Ed. Emilssen González de Cancino, Edgar Cortés Moncayo y Felipe Navia Arroyo.) Bogotá. 2014. Pág. 662.

Este tipo de vínculos, por lo que entraña la prestación a la que se obliga el deudor⁷⁸, supone que el incumplimiento se estructura de una forma diversa a la de otro tipo de obligaciones⁷⁹, de manera que usualmente el deudor de la obligación se defenderá con una negación del tenor de no haber realizado, por ejemplo, el acto prohibido consistente en desplegar actividades comerciales de otros agentes⁸⁰. Usualmente, la defensa del obligado/demandado será negar categóricamente que ha realizado el acto prohibido⁸¹. Se trata pues de una negación indefinida, que, como veremos, no debe ser probada, al tenor de lo preceptuado en el Código General del Proceso.

En efecto, el último inciso del artículo 167 del Estatuto Procesal Civil, señala que *“los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren pruebas”*⁸². La prueba en este caso, le corresponde al acreedor/ demandante, quien puede acreditar la infracción al reglamento contractual, demostrando el acto positivo desplegado por el deudor, que se reitera, será el que constituya el incumplimiento del negocio, puntualmente de la obligación que le imponía abstenerse de hacer algo.

⁷⁸ Hinestrosa señala que *“El deudor en esta clase de obligaciones debe una abstención: dejar de hacer, durante un tiempo determinado, un comportamiento determinado que, de no constituir el objeto o prestación, podría realizar libre y lícitamente.”* (Hinestrosa Forero, Fernando *“Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones”* Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. No. 36, Enero-Junio 2019. Página 11.)

⁷⁹ *“El incumplimiento consiste aquí lisa y llanamente en la ejecución del acto prohibido, y de suyo tiene significación, independientemente de si cabe la reincidencia o la posibilidad de incumplimiento se agota en una sola acción.”* (Hinestrosa Forero, Fernando. *“Notas sobre la responsabilidad...”* Op Cit. Pág. 11)

⁸⁰ Un referente lo podemos encontrar en la normativa que gobierna el contrato de agencia comercial. Por un lado, el artículo 1318 del Código de Comercio se refiere a la exclusividad en favor del agente, que se entiende pactada salvo que las partes dispongan lo contrario, y se refiere a que el empresario no podrá disponer de varios agentes en una misma zona y para el mismo ramo de actividades o productos. Por su parte, también tenemos un ejemplo de obligación de no hacer en el artículo 1319 del mismo Estatuto, esta vez en relación con la exclusividad en favor del agenciado que se puede pactar, prohibiéndole al agente la promoción o explotación, en la misma zona y en el mismo ramo, los negocios de dos o más empresarios competidores. Como vemos, se trata de dos conductas que el obligado debe abstenerse de realizar, so pena de infringir el contrato.

⁸¹ Sobre la prueba del hecho negativo, Taruffo precisa: *“(…) la prueba del hecho negativo puede ofrecerse únicamente mediante el mecanismo lógico de la coartada, es decir, mediante la prueba de un hecho distinto, incompatible con la existencia del hecho que se niega (...) el problema del hecho negativo resulta mucho más complejo cuanto más vagas e indeterminadas son sus coordenadas espacio-temporales, como por ejemplo cuando se trata de no ser propietarios de un terreno en un lugar alguno o bien de no haber realizado nunca cierta declaración o desarrollado cierta actividad.*

En casos de este tipo es muy improbable que funcione la técnica de la coartada, ya que no es fácil imaginar hechos incompatibles con hechos indeterminados en el tiempo y/o en el espacio si no es en forma de aproximación genérica y no rigurosa. Por otra parte, la única posibilidad de probar directamente hechos negativos indeterminados parece ser la de utilizar declaraciones del sujeto al que aquéllos son atribuidos.” (TARUFFO, Michele. *“La prueba de los hechos”*. Editorial Trotta. Madrid. 2011. Pág. 140)

⁸² Para Hernán Fabio López *“Justifica la existencia de esta excepción la dificultad probatoria, en veces rayana con la imposibilidad práctica, de acreditar hechos que se caracterizan por su indefinición en el tiempo, la que no siempre es absoluta sino, las más de las veces relativa, es decir que depende de la existencia de la negación o afirmación indefinida del transcurso de un lapso que racionalmente evidencia la imposibilidad o por lo menos gran dificultad, de probar la circunstancia respectiva, pero no necesariamente de una indefinición temporal absoluta como exegéticamente se le toma en ocasiones”.* (LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *“Código General del Proceso. Pruebas”* Dupré Editores. Bogotá. 2019. Pág. 82)

Lo señalado hasta este aparte, permite afirmar que la regla de que aquel que afirma es quien debe probar, conforme lo previsto en el artículo 1757 del Código Civil, en este caso tiene ciertos matices derivados de la exoneración que la misma ley procesal le concede al que niegue indefinidamente un hecho, alterando la carga de la prueba. Será pues el acreedor/demandante quien tenga que desplegar su actividad probatoria para demostrar la infracción atribuida al deudor⁸³.

4. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL INCUMPLIMIENTO EN MATERIA DE CONTRATOS ESTATALES. UNA CONSTRUCCIÓN DESDE LA JURISPRUDENCIA Y LA REMISIÓN EXPRESA A LAS DISPOSICIONES CIVILES Y MERCANTILES

La actividad contractual del Estado ostenta ciertas particularidades derivadas, de un lado, del especial sujeto negocial que es la Administración, y de otro lado, de la existencia de un interés que, con mayor intensidad al derecho privado, se escapa de la órbita de los contratantes y trasciende hacia esferas que, *prima facie*, no deberían verse afectadas por un negocio jurídico. En efecto, el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 dispone, dentro de los fines de la contratación estatal, el cumplimiento de los fines del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.

Sin embargo, a pesar de ese carácter especial del contrato estatal, que busca el cumplimiento de los intereses de todos los asociados y la tutela especial al contratista⁸⁴, hay que señalar que la Ley 80 de 1993 estableció una remisión en la actividad contractual del Estado, hacia el derecho privado, particularmente a la normativa civil y comercial. Con ello, en realidad, el Estatuto General de Contratación Estatal resulta de aplicación residual y excepcional⁸⁵. En todo caso, las reglas generales de los contratos y de las obligaciones no se encuentran reguladas en la Ley 80, de manera que, por una u otra vía, la contratación pública se encuentra permeada por las categorías, instituciones y teorías que gobiernan la contratación privada, tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio.

⁸³ Como explica Hinestrosa: “*En materia de obligaciones de no hacer, por razones de orden lógico, como también de índole práctica, no es al deudor a quien corresponde la carga de la prueba de su cumplimiento: no es dable pensar en la demostración de un hecho indefinido, aquí negativo, y por lo mismo, es al acreedor a quien concierne demostrar el incumplimiento del deudor, poniendo de presente, con medio apropiado, la infracción en que incurrió el deudor, o más propiamente, los rastros dejados por esta.* (HINESTROSA FORERO, Fernando. “*Tratado de las obligaciones. Concepto. Estructura. Vicisitudes*”. Tercera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007. Pag. 232)

⁸⁴ El artículo 50 de la Ley 80 de 1993 señala que “*Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.*”

⁸⁵ El Estatuto de contratación estatal resulta aplicable a todos los “*actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad*” (Ley 80 Art. 32, en concordancia con artículo 2 del mismo cuerpo normativo).

Ahora bien, derivado de ese carácter especial de los contratos estatales, encontramos una regla que resalta la relevancia de la sinalgmaticidad de los negocios jurídicos estatales. Nos referimos al artículo 27 de la Ley 80, que consagra la ecuación económica del contrato⁸⁶. La preponderancia de ese instituto es tal, que algunos doctrinantes han considerado que la responsabilidad contractual del Estado no solo gira en torno al quebranto de las obligaciones contenidas en el programa negocial, sino que también se estructura en el resquebrajamiento del equilibrio económico, cuando la causa de la fractura de la paridad financiera del negocio es atribuible a un incumplimiento de la entidad contratante⁸⁷. Otra posición señala que se trata de dos institutos distintos⁸⁸, pues el rompimiento de la ecuación financiera del contrato genera el derecho al contratista de un restablecimiento en las condiciones inicialmente pactadas, derivado de lo señalado en el numeral 1 del artículo 5 del Estatuto, que otorga al contratista el derecho a *recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato*. Finalmente, otros, de manera

⁸⁶ La norma en comento señala: “*En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.*”

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.”

⁸⁷ “(...) la fuente principal de la responsabilidad contractual será siempre el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. Sin embargo, en contratación pública se ha ligado la responsabilidad contractual a la teoría del desequilibrio económico del contrato (...)” (BARRERA MUÑOZ, William. “¿La responsabilidad derivada exclusivamente del incumplimiento?” En “*Contratos Públicos: Problemas, perspectivas y prospectivas. XVIII Jornadas internacionales de Derecho Administrativo.*” Universidad Externado de Colombia. (Ed. Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba) Bogotá. 2017. Pág 886.)

⁸⁸ “(...) la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles, que impactan la economía del contrato, o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles (como la variación de precios), no imputables a las partes. (...) la fractura del equilibrio económico da lugar al restablecimiento del sinalagma funcional pactado al momento de proponer o contratar, según el caso (...) El incumplimiento contractual, en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, el cual asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa con ello un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar. El incumplimiento da derecho, en algunos casos, a la ejecución forzada de la obligación o a la extinción del negocio y, en ambos supuestos, a la reparación integral de los perjuicios que provengan del comportamiento contrario a derecho del contratante incumplido (...)” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de febrero de 2014. M.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 24.169.) En la misma línea, el Exconsejero de Estado Ramiro Saavedra sostiene: “*La figura del desequilibrio económico del contrato está dada por eventos imprevisibles que dificultan la ejecución del contrato estatal, en tanto que incumplimiento, tiene la virtualidad de frustrar el contrato, acabarlo. Además, le corresponde a la administración indemnizar al contratista por todos los perjuicios ocasionados de índole material, e incluso, de índole moral. El incumplimiento del contrato se rige, para sus efectos, en la teoría de las obligaciones*” (SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. “*De la responsabilidad patrimonial del Estado. Tomo III*”. Ed. Ibáñez – Saavedra Becerra Abogados SAS. Bogotá. 2018. Pág. 2062.)

pragmática, se apartan de la discusión y advierten que lo realmente relevante es que al celebrarse un contrato, las obligaciones surgen para ser cumplidas⁸⁹.

En todo caso, la responsabilidad contractual de la Administración⁹⁰ puede derivarse, además del incumplimiento del contrato y de la ruptura de la ecuación económica del contrato, de la infracción a los pliegos de condiciones que sustentan el contrato estatal, del ejercicio desproporcionado de las cláusulas excepcionales con las que cuenta el Estado para el control de la gestión contractual, contenidas en los artículos 14 a 19 de la nombrada Ley 80 de 1993, de la imposición arbitraria de multas y de la infracción a los principios rectores de la responsabilidad estatal, tales como el de planeación, el de economía, el de responsabilidad y el de selección objetiva⁹¹.

Como puede verse, el espectro de la responsabilidad estatal es más amplio que en los contratos celebrados entre privados, pues además de los escenarios establecidos en la normativa privada, a la que se llega por vía de la remisión expresa del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, se cuenta con otras hipótesis de incumplimiento. La posibilidad de pactar las cláusulas excepcionales, por ejemplo, implica un debido proceso para su ejercicio,

⁸⁹ “Lo realmente importante es saber que las obligaciones surgen para ser cumplidas y que su incumplimiento genera perjuicios que deben reconocerse según los principios y normas dispuestos en el derecho común” (DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. “Régimen Jurídico de la contratación estatal”. Ed. Legis. Tercera Edición. (Segunda reimpression) Bogotá. 2017. Pág. 715.)

⁹⁰ Sobre los elementos de la responsabilidad contractual de la Administración, el Consejo de Estado ha precisado que la componen: “a) El incumplimiento de una obligación surgida del contrato, imputable a la Administración Pública, b) El daño antijurídico sufrido por el contratista o el menoscabo de su derecho a la prestación, c) El nexo causal entre el daño antijurídico sufrido por el contratista y el incumplimiento de la obligación imputable a la Administración Pública” En el mismo fallo también se establecieron algunas notas sobre el incumplimiento en materia de contratación estatal, en los siguientes términos: “El incumplimiento contractual puede revestir tres formas: la mora o falta de cumplimiento de la obligación en el plazo estipulado; el cumplimiento defectuoso de la obligación (...) cuando la conducta se dirige a ejecutar la prestación que constituye el objeto de la obligación, pero no se logra la extinción de ésta, porque la ejecución de la obligación no se ajusta a los parámetros y condiciones exigidas por el contrato, la ley, o la buena fe para la satisfacción del interés público, y el incumplimiento definitivo de la obligación que la doctrina encuadra dentro de tres situaciones: i) por la imposibilidad sobrevenida de la prestación objetiva y absoluta; ii) la imposibilidad relativa por expiración del plazo contractual con frustración del fin de interés público del contrato y iii) por la decisión inequívoca de la Administración de no ejecutar el objeto contractual. Para que se configure un incumplimiento que comprometa la responsabilidad de la Administración Pública es preciso que el daño antijurídico sufrido por el contratista sea causado por abstenciones, hechos y omisiones que le sean imputables a la Administración” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 25 de febrero de 2009. M.P Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 1992-07929 (16103).

⁹¹ Barrera identifica distintos títulos jurídicos de imputación contractual: “a. Los derivados de la aplicación del incumplimiento contractual con capacidad para frustrar el contrato, b. Los derivados de la aplicación de la teoría del equilibrio económico y financiero del contrato (...) c. Los derivados de la aplicación de las cláusulas excepcionales al derecho común, diferentes del *ius variandi*. Tenemos acá la caducidad contractual, la terminación unilateral y la interpretación unilateral, d. Los derivados de actos de unilateralidad del Estado no comprendidos entre los establecidos en el literal c) antes señalado. Se trata de las cláusulas de multas y de la declaratoria de incumplimiento, entre otros, e) Los derivados de la aplicación de principios, tales como el de buena fe o la planeación contractual” (BARRERA MUÑOZ. Op. Cit. Pág. 907.)

garantizándole a los particulares escenarios para la defensa de sus intereses, de manera que la inobservancia de ese procedimiento volvería responsable a la Administración⁹².

En todo caso, la remisión a las normas de derecho privado nos dirige a los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio⁹³, que consagran el principio de la buena fe contractual, con sus efecto integrador del contenido negocial que ya hemos señalado en el presente escrito, así como a la equidad como principio orientador de la actividad contractual. Por ello, en lo que respecta a la prueba del incumplimiento del contrato estatal, los criterios señalados en la primera parte de este trabajo también son aplicables.

Empero, hemos señalado que la norma angular en materia de carga de la prueba, la encontramos en el artículo 167 del Código General del Proceso. Habría entonces que preguntarse de qué manera resulta aplicable dicho Estatuto a las controversias que se presenten sobre un contrato estatal. Pues bien, conforme los señalamientos del artículo 75 del Estatuto de la Contratación Pública, el juez del contrato estatal será el de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de tal forma que habría remitirse al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a fin de revisar las normas de procedimiento aplicables. Y es ahí en donde por la remisión contenida en los artículos 211 y 306 del CPACA, regresamos al reseñado artículo 167 del CGP.

De suerte que el juez de lo contencioso administrativo cuenta con las mismas herramientas del juez ordinario para poder distribuir la carga de la prueba del incumplimiento del contrato, atendiendo a las particularidades de cada caso, acudiendo a la equidad como concepto auxiliar para la administración de justicia.

Consideramos que en materia de contratación estatal, a pesar de resultar aplicables los demás criterios que ya se han expuesto en este trabajo, en razón, reiteramos, a la remisión expresa al régimen de derecho privado, resulta especialmente aplicable la distribución de la carga probatoria atendiendo a la calidad de las partes. En efecto, en los contratos estatales siempre se puede advertir una notable asimetría entre las partes del

⁹² Al respecto, la Dra. Aída Patricia Hernández ha señalado que *“la obligación de indemnizar plenamente al contratista surge, además del evento claro del incumplimiento de las prestaciones contractuales, por el desequilibrio financiero que se produce en los supuestos definidos en la conocida teoría del hecho del príncipe, por el incumplimiento de la obligación contractual de tipo legal de reparar el aleas económico del contrato – cuando el rompimiento deviene de acciones u omisiones de la entidad contratante – y por el ejercicio irregular de los poderes exorbitantes.”* (HERNÁNDEZ SILVA, Aida Patricia *“La responsabilidad contractual del Estado: ¿Una responsabilidad sin imputación?”* Universidad Externado de Colombia. Revista de Derecho Privado. No. 14. 2008. Págs 171 -172.) En similar sentido, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 30 de enero de 2013. Rad 1999-01994. M.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁹³ Hay que señalar que la Ley 80 de 1993 remite al principio de la buena fe en el artículo 28, al señalar que *“En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.”*

negocio jurídico, pues de un lado tenemos al Estado, quien cuenta con ciertas prerrogativas que escapan al derecho común, y de otro lado, un contratista que ejecuta el contrato.⁹⁴

Aunque podría pensarse que la entidad contratante siempre es la parte fuerte del negocio, y a priori se creería que bajo esa lógica sería el Estado quien debería probar el incumplimiento ajeno y el cumplimiento propio en la mayoría de los casos, consideramos que no en todos los eventos esto ocurre. Solo piénsese en los contratos de ciencia y tecnología que puede celebrar una entidad contratante, o en los contratos de infraestructura que se suscriben con empresas constructoras de trayectoria y que cuentan con profesionales ampliamente calificados, con tecnología de punta y en general con todo un equipo con conocimientos especializados en infraestructura.

Esto desemboca en la necesidad que sea el juez quien en cada caso concreto, realice una valoración sobre los hechos que se debaten dentro del proceso, determinando el contenido de cada una de las obligaciones cuya infracción se discute, de manera que pueda atribuirle a cada uno de los sujetos procesales la carga de demostrar a través de los distintos medios de prueba, el hecho constitutivo del cumplimiento o el incumplimiento, atendiendo en todo caso a la facilidad que tenga una u otra parte para entregarle la prueba al proceso.

Con esto queremos enrostrar que si bien puede que el Estado tenga ciertas facultades que se escapan al derecho común y que por ello en la ejecución del contrato puedan derivar en situaciones de asimetría negocial, en el campo de la prueba del incumplimiento, esa fortaleza de la Administración no siempre impone que sea aquella quien deba demostrar un hecho, pues simplemente la atribución de la carga de la prueba en razón a la calidad de las partes no solo mira la fuerza de que tenga el sujeto negocial, sino sobre todo el conocimiento especial que uno de los contratantes puedan tener y del cual el otro carezca, de manera que las pruebas se aporten para el proceso, por parte de quien puede llevar el medio probatorio para acreditar determinado hecho. Para ello, conviene identificar el núcleo central de cada mandamiento obligatorio que se pretenda valorar, y determinar cuál de las partes, Administración o contratista, puede demostrarlo más fácilmente, en razón a la particular comprensión que se tenga de un determinado campo del saber.

En todo caso, consideramos que si el incumplimiento fue derivado de un proceder ilegal de la Administración, por ejemplo al declarar la caducidad del contrato o imponer una multa sin observar el debido proceso que se debía seguir para tal efecto, correspondería al contratista demostrar, además del cumplimiento de la obligación propia, la infracción al procedimiento contractual establecido o al procedimiento sancionatorio dispuesto por la

⁹⁴ En palabras de la Corte Constitucional: “*El interés público implícito en la contratación estatal, afecta de tal manera este instituto jurídico, que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la preeminencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la Administración, son claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la Administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general*” (Corte Constitucional. Sentencia C-400 de 1999. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa)

ley, señalando puntualmente cuáles fueron las deficiencias procesales en las que incurrió la Administración.

Y, si lo que se pretende evidenciar por parte del contratista es la imposibilidad de haber cumplido, por la existencia de una causa extraña, deberá ser él quien en cumplimiento del inciso 3 del artículo 1604 del Código Civil, compruebe la existencia del caso fortuito por el cual no pudo ajustar su conducta al programa contractual, salvo que se trate de un hecho notorio, el cual, conforme al inciso 4 del artículo 167 del Código General del Proceso, no requiere prueba.

5. CONCLUSIONES

- La existencia de presunciones en nuestro ordenamiento jurídico, funge como una útil herramienta para el administrador de justicia, en la medida que, calificando la obligación en de medio o de resultado (aun cuando tal calificación pueda resultar insuficiente y cuestionable al no reflejar todos los matices de las relaciones obligatorias) puede hacer uso de lo normado en el artículo 1604 del Código Civil y de la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que definen modelos de culpa presunta para cierto tipo de obligaciones. Al acudir a las presunciones reconocidas en el ordenamiento jurídico patrio, el juez puede racionalizar la actividad probatoria dentro del proceso y resulta ante todo un paso previo a la atribución de la carga de la prueba, en la medida que la presunción exime a quien cobija, de la acreditación de un determinado hecho.

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

Sin embargo, en los contratos en los cuales los bienes o servicios ofrecidos tienen especiales características técnicas, o en aquellos negocios en donde una parte tiene un conocimiento del cual la otra carece, o en todo caso, en pactos donde se verifica una asimetría en atención a factores sociales, económicos o de otro tipo, la efectividad de la regla general contenida en el mencionado artículo 1757 se pone en entredicho, y se vuelve insuficiente.

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

De cara a esos criterios de atribución de la prueba del incumplimiento, se generan dos tipos de exigencias: de un lado, a las partes se les requiere una diligencia en la actividad probatoria y una actuación leal⁹⁵. Por otro lado, del operador judicial se espera una labor encaminada a desentrañar la sustancia del negocio jurídico, examinando plenamente su contenido, determinando la operación que se buscaba realizar con el contrato, indagando puntualmente la función del tipo celebrado e interpretando el negocio para integrarlo con la totalidad de obligaciones que conformaban el programa contractual. En suma, se requiere del operador judicial una activa participación para poder revelar el verdadero rostro del contrato celebrado, más allá de las formas que las partes hayan empleado.

-En todo caso, en complemento de los criterios descritos, la inclusión de la carga dinámica de la prueba, adoptada en el artículo 167 del Código General del Proceso, se encargó de adaptar el derecho probatorio a las nuevas realidades que generan retos para alcanzar la justicia material en los distintos escenarios litigiosos que se presentan en el derecho contractual contemporáneo. La introducción de elementos tales como la facilidad de una parte para poder aportar una prueba, las circunstancias técnicas especiales o el estado de indefensión de una de las partes, le concede al administrador de justicia herramientas que garantizan la instrumentalidad del derecho procesal para la realización del derecho sustancial en los conflictos que se deriven de las relaciones negociales.

La carga de la prueba del incumplimiento en el derecho moderno de los contratos se encuentra permeada por la noción de cooperación, elemento transversal del instituto obligatorio. El resurgimiento de esa noción de cooperación en la actualidad nos remite a conceptos estructurales de nuestro derecho como la solidaridad⁹⁶ y la buena fe. El entender que las relaciones privadas se encuentran permeadas por la consideración del interés ajeno, aún en el campo litigioso, permite comprender el alcance de la carga dinámica de la prueba, no como una forma de arbitrariedad judicial, sino como una herramienta para lograr la justicia material.

De igual manera, la carga dinámica también materializa el principio de igualdad de las partes, conforme lo establecido en los artículos 13 de la Constitución Política y 4 del Código General del Proceso⁹⁷, pues resulta una herramienta idónea para disminuir las brechas que puede haber entre los otrora sujetos negociales y ahora partes del proceso, en la medida en que el juez puede, sin que por ello se pueda considerar un trato discriminatorio,

⁹⁵ Sobre este punto, el numeral 1 del artículo 78 del Código General del Proceso consagra el deber de las partes de “*proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos*”. Además, al juez se le impone el deber de “*prevenir, remediar, sancionar o denunciar por los medios que este código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso*”, De acuerdo al artículo 42 numeral 3 del Estatuto Procesal. Sobre el particular, Cfr. López Blanco Hernán Fabio “*Código General del Proceso. Parte General*”. Dupre Editores. Segunda Edición. Bogotá. 2019. Págs 129-130.

⁹⁶ Constitución Política de Colombia. Artículo 1.

⁹⁷ El cumplimiento de este principio le impone al juez el uso de los poderes otorgados por la ley procesal para lograr esa real igualdad entre las partes. En palabras de Hernán Fabio López: “*(...) para que pueda cumplirse y exista un verdadero equilibrio procesal, debe encontrar apoyo en disposiciones legales que permitan aminorar la brecha existente, cuyas principales causas son las diferencias de tipo social, económico y cultural, de ahí que se recabe en buscar la “igualdad real”* (LÓPEZ BLANCO. H.F. “Código General del Proceso. Parte General.” Cit. Pág. 125)

solicitarle a una de las partes la prueba de un hecho determinado que posiblemente la contraparte no está en la posibilidad o facilidad de acreditar.

-La incertidumbre que se podía suscitar a nivel probatorio en lo que podemos llamar relaciones jurídico negociales complejas (por oposición a los contratos en condiciones de igualdad), se puede sortear retornando a nociones que se encuentran en el derecho contractual pero que a veces, en el fragor del litigio, parecen olvidarse, tales como la buena fe, la equidad, la cooperación y la igualdad material. Estos institutos marcan la senda para la realización de la verdadera justicia contractual, brindándole al juez herramientas durante el proceso, y a las partes recordándoles la importancia de que aun cuando sus intereses estén en discusión ante la jurisdicción, no puede perderse de vista la lealtad y la consideración del interés ajeno.

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

BIBLIOGRAFÍA

- BARRERA MUÑOZ, William. “¿La responsabilidad derivada exclusivamente del incumplimiento?” En “*Contratos Públicos: Problemas, perspectivas y prospectivas. XVIII Jornadas internacionales de Derecho Administrativo.*” Universidad Externado de Colombia. (Ed. Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba) Bogotá. 2017.
- BETTI, Emilio. “*Teoría General de las Obligaciones.*” Tomo I. (Traducido por José Luis de los Mozos.) Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1969.
- BIANCA, Massimo. “*Derecho Civil. El Contrato.*” (Traducido por Fernando HINESTROSA y Edgar CORTES) Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007.
- CARDILLI, Riccardo. “*El problema de la resistencia del tipo contractual en el Derecho Romano: entre natura contractus y forma iuris.*” Revista Roma e America, Diritto Comune, 26, Roma, 2008.
- CHAMIE GANDUR, José Félix. “*El principio general de reductio ad aequitatem por desequilibrio contractual.*” Revista de Derecho Privado. No. 22. 2012
- CHAMIE GANDUR, José Félix. “*La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos. De la vis cui resisti non potest a las cláusulas de hardship.*” Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013.
- CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto “*‘Contrarius consensus’: terminación del contrato por mutuo acuerdo en la experiencia jurídica romana*” Revista de Derecho Privado. No. 28. 2015.
- CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto. “*El deber de información contractual y sus límites.*” Revista de Derecho Privado. No. 21. Dic. 2011
- CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto y NEME VILLAREAL, Martha Lucía. “*El consentimiento informado del consumidor. Del sinalagma a las exigencias de información.*” Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2018.

- CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto. *“La excepción de incumplimiento contractual. Estructura, función y límites.”* Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2018.
- DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. *“Régimen Jurídico de la contratación estatal”*. Ed. Legis. Tercera Edición. (Segunda reimpresión) Bogotá. 2017.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y VIDAL OLIVARES Álvaro. *“La Modernización del Derecho de los Contratos”* Ed. Ibañez y Centro de Estudios de Derecho Comparado. Bogotá. 2019.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *“Teoría General de la Prueba Judicial.”* Sexta Edición. Tomo I. Ed. Temis – Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá. 2012.
- DIEZ-PICAZO, Luis. *“Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. II. Las relaciones obligatorias.”* Editorial Civitas. Madrid. 1996.
- FRANCO VICTORIA, Diego. *“Interpretación de los contratos civiles y estatales”* Primera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2019.
- GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen. *“Obligaciones: Derecho Romano y Código Civil Colombiano.”* Primera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007.
- HERNÁNDEZ SILVA, Aida Patricia *“La responsabilidad contractual del Estado: ¿Una responsabilidad sin imputación?”* Revista de Derecho Privado. No. 14. 2008.
- HINESTROSA FORERO, Fernando *“Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones”* Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. No. 36, Enero-Junio 2019.
- HINESTROSA FORERO, Fernando. *“Tratado de las obligaciones. Concepto. Estructura. Vicisitudes”*. Tercera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007.
- HINESTROSA FORERO, Fernando. *“Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico.”* Volumen I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2015.
- HINESTROSA FORERO, Fernando. *“Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico.”* Volumen II. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2015.
- JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *“Interpretación, calificación e integración del contrato”* Pontificia Universidad Javeriana – Ibañez. Bogotá. 2014.
- KOTEICH KHATIB, Milagros. *“Los criterios de imputación de la responsabilidad contractual: una mirada a los códigos y sus fuentes romanas”*. En *“Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestrosa.”* Tomo I. Universidad Externado de Colombia. (Ed. Emilssen González de Cancino, Edgar Cortés Moncayo y Felipe Navia Arroyo.) Bogotá. 2014.
- LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio *“Código General del Proceso. Parte General”*. Dupré Editores. Segunda Edición. Bogotá. 2019.
- LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *“Código General del Proceso. Pruebas”* Dupré Editores. Bogotá. 2019.
- M´CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. *“Equidad Judicial y responsabilidad extracontractual”*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2019.

- MARTÍNEZ CÁRDENAS, Betty Mercedes. *“La adaptación de la teoría de las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado en el derecho colombiano.”*, en *Los contratos en el Derecho Privado* (Fabricio Mantilla Espinosa y Francisco Ternera Barrios. Dir) Universidad del Rosario – Ed. Legis. Primera reimpresión. Bogotá. 2008.
- NEME VILLAREAL, Martha Lucía. *“El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano.”* Revista de Derecho Privado. No. 11. 2006.
- NEME VILLAREAL, Martha Lucía. *“La buena fe en el derecho romano: extensión del deber de actuar conforme a la buena fe en materia contractual”*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2016.
- NEME VILLAREAL, Martha Lucía. *“Obligaciones de garantía en el derecho contemporáneo. Análisis desde la tradición del derecho civil”* Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2018.
- ORSINI, José Mélich. *“La Resolución del Contrato por Incumplimiento”* Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios. Caracas. 2003.
- PARRA QUIJANO, Jairo. *“Manual de Derecho Probatorio”*. Décima Segunda Edición. 2002. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional.
- PIZARRO WILSON, Carlos. *“La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia”* Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXI. Valparaíso. 2008.
- RAMÍREZ BAQUERO, Edgar Augusto. *“Obligaciones y Contratos. Ensayos. “El incumplimiento obligacional y sus aspectos probatorios”* Universidad del Rosario. Bogotá. 2013.
- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *“Contratos Bancarios. Su significación en América Latina.”* Ed. Legis. Sexta Edición. Bogotá. 2009.
- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *“Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina.”* Ed. Legis. Segunda Edición. Bogotá. 2017.
- RODRÍGUEZ OLMOS, Javier. *“La interpretación de los contratos con el consumidor: elementos para la contextualización de la problemática. (Primera Parte)”*. Revista de Derecho Privado. No. 24. 2013.
- ROPPO, Vincenzo. *“El contrato del dos mil”*. (Traducido por Milagros Koteich) Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005.
- SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. *“De la responsabilidad patrimonial del Estado. Tomo III”*. Ed. Ibáñez – Saavedra Becerra Abogados SAS. Bogotá. 2018.
- SALGADO RAMÍREZ, Catalina *“Consideraciones sobre el deber precontractual de información y su particularidad en la relación de consumo”*, en *Perspectivas del derecho del consumo* (Carmen Ligia Valderrama Rojas, dir.). Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian. C. *“Sobre la naturaleza jurídica de la ‘cooperación’ del acreedor al cumplimiento de la obligación La posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria, como sujeto no sólo de derechos, sino también de cargas y deberes.”* Rev. Derecho Privado. No. 21. 2011.
- SANTOS BALLESTEROS, Jorge. *“La responsabilidad civil contractual aplicada a la actividad del empresario”*, en *Los contratos en el Derecho Privado* (Fabricio Mantilla Espinosa y Francisco Ternera Barrios. Dir) Universidad del Rosario – Ed. Legis. Primera reimpresión. Bogotá. 2008.

- SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. “*La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta.*” *Vniversitas*, Vol. 53 No. 108. 2004.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. “*Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I.*” Editorial Legis. Quinta reimpresión. Bogotá. 2010.
- TAPIAS ROCHA, Hernando. “*La acción de responsabilidad contractual.*”, en *Los contratos en el Derecho Privado* (Fabricio Mantilla Espinosa y Francisco Ternera Barrios. Dir) Universidad del Rosario – Ed. Legis. Primera reimpresión. Bogotá. 2008.
- TARUFFO, Michele. “*La prueba de los hechos*”. (Traducido por Jordi FERRER BELTRÁN) Editorial Trotta. Madrid. 2011.
- VALENCIA ZEA, Arturo y ORTÍZ MONSALVE, Álvaro “*Derecho Civil. Tomo III. De las obligaciones.*” Editorial Temis. Reimpresión de la Décima Edición. Bogotá. 2015.
- VÉLEZ, Fernando. “*Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*”. Tomo VI. Imprenta Paris-América. Segunda Edición. Paris. 1926.
- ZIMMERMANN, Reinhard. “*Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad*”. (Traducido por Javier RODRÍGUEZ OLMOS) Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2010.

Jurisprudencia:

Corte Suprema de Justicia.

Sala Civil.

- CSJ. Cas. Civil. Sentencia del 19 de junio de 1935.
- CSJ. Cas. Civil. Sentencia del 5 de noviembre de 1935. GJ XLIII No. 1904. Pág 407
- CSJ. Cas. Civil. Sentencia de 26 de febrero de 1936. GJ. XLIII. No. 1907-1908. M.P. Miguel Moreno Jaramillo. Pág 339.
- CSJ. Cas Civil. Sentencia del 29 de abril de 1938.
- CSJ. Cas. Civil. Sentencia del 31 de Mayo de 1938. G.J. XLVI pág. 571.
- CSJ. SC. Sentencia de 30 de junio de 1939. GJ XLVIII Pág. 312. M.P. Dr. Fulgencio Lequerica Vélez
- CSJ. Cas Civil. Sentencia de 2 de abril de 1941. GJ LI. No.1971-1972. M.P. Dr. Hernán Salamanca pág. 170.)
- CSJ. Cas Civil. Sentencia de 20 de junio de 1977. M.P. Dr. Ricardo Uribe Holguín.
- - Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 8 de octubre de 1992. M.P. Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de agosto de 2000. Exp. 5372. M.P. Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de marzo de 2003. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de mayo de 2003, exp 7125 M.P. Jorge Santos Ballesteros.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de noviembre de 2016. Exp. 1996-13623-01. M.P. Dra Margarita Cabello Blanco.

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de junio de 2017. Rad. 2011-00108-01. M. P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

Sala Laboral

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 22 de octubre de 2014. SL14618-2014. Rad. 39642. M.P Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 17 de agosto de 2016. SL17728-2016. Rad. 48351. M.P. Dr. Fernando Castillo Cadena.

Consejo de Estado.

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 25 de febrero de 2009. M.P Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 1992-07929 (16103).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 30 de enero de 2013. Rad 1999-01994. M.P. Danilo Rojas Betancourth
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de febrero de 2014. M.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 24.169.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 1 de agosto de 2016. Radicado 2003-00961-01 (Exp 35953) C.P. Dra. Marta Nubia Velásquez Rico.

Corte Constitucional.

- Corte Constitucional. Sentencia C-400 de 1999. Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 2016. Magistrado Ponente Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

Normas:

- Constitución Política de Colombia.
- Código Civil Colombiano.
- Código Sustantivo del Trabajo.
- Código de Comercio Colombiano.
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- Código General del Proceso.
- Circular Básica Jurídica 029 de 2014. Superintendencia Financiera de Colombia.