

ESTUDIO INTRODUCTORIO DEL DR. ALEJANDRO DUQUE PÉREZ¹ A LA OBRA LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS PRIVADOS EN COLOMBIA DEL PROFESOR MARIO FERNANDO MUÑOZ.

Con inigualable rigor el profesor Mario Fernando Muñoz nos lleva a entender con claridad que las normas constitucionales son aplicables no sólo en controversias de “derechos públicos”, esto es, aquellas que opongan un ciudadano frente al poder público, sino también , en las relaciones entre particulares. Es así como el juez común no sólo tiene el poder sino principalmente el deber de aplicar directamente las normas constitucionales en las controversias que se encuentren por juzgar.

Como una de las condiciones del constitucionalismo se señala la fuerza vinculante de la constitución, lo cual significa ni más ni menos, que toda norma constitucional - independiente de su estructura o contenido normativo- es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos. Esta premisa exige entender que las normas constitucionales pueden producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez con ocasión de cualquier controversia.

¹ *Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín. Especialista en Derecho Financiero y de los Negocios de la misma universidad. Presidente del ilustre Colegio de Abogados de Medellín. Profesor de importantes universidades dentro de las cuales se destaca la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, universidad que lo reconoció como Docente Distinguido en el año 2008. Ha sido profesor también de la Universidad de Medellín, Católica de Oriente, ICESI y la universidad Santiago de Cali. Abogado litigante y consultor de la firma Arrubla, Devis, Amaya & Asociados.*

La idea principal gira en torno a la imagen de que la constitución deba ser inmediatamente aplicada también en las relaciones entre particulares, al menos siempre y cuando la controversia de que se trate no pueda resolverse sobre la base de la ley, ya sea porque la ley muestra lagunas o porque la ley ofrece una solución no adecuada o “injusta” a la luz de los preceptos constitucionales.

Pero como se muestra a lo largo de la obra del profesor Muñoz, el fenómeno de la constitucionalización del derecho privado y de contera el de los contratos, aventaja la idea pacíficamente aceptada según la cual el contenido del mismo ha de respetar los límites que determinan las normas constitucionales. Es así como podemos afirmar, siguiendo la línea trazada, que Constitucionalización del derecho privado significa también la concreción de las exigencias constitucionales, materializadas en las normas privatistas.

El control constitucional ya no se enfrenta únicamente a verificar la ausencia de contradicción. Deberá además constatar que el derecho privado sea expresivo del desarrollo positivo de los derechos que emanan de la constitución. Los contratos no escapan a esta directiva.

Las exigencias constitucionales se insertan de manera directa en las relaciones jurídicas entre los particulares. Exigencias constitucionales como

el derecho a un ambiente sano, a la preservación del patrimonio cultural e histórico, la no discriminación, etc., se incorporan en la justificación de las decisiones judiciales referidas a cuestiones privatistas como la propiedad, los contratos, la familia, el derecho de daños, etc., ...

A la par, el esquema de derechos constitucionales ha aumentado el repertorio de expectativas positivas en los ciudadanos, situación que influye decisivamente en el derecho privado. Ello hace imperioso para el derecho privado contar con modelos teóricos que permitan comprender de manera razonable el fenómeno. De ahí la importancia y valía de la obra que con éste estudio introduzco. Obras como ésta nos enseñan a ***interpretar la dimensión normativa de la constitución en clave iusprivatista.***

Sin duda, el estado Constitucional contribuye a que cuestiones trascendentales en el razonamiento jurídico iusprivatista cambien.

En nuestros días no podremos ocultar la tendencia de muchos de nuestros jueces: La sentencia no se entiende ya como la conclusión necesaria que deriva de unas determinadas premisas legales, sino que implica más bien una opción elegida por el juez para la solución de un caso determinado. En el estado Constitucional, los derechos privados se fusionan con las normas constitucionales, extendiendo para aquellos, todos los recursos jurídicos exigibles para su defensa.

Y como bien lo señala el profesor Muñoz: “en cuanto corresponde a la constitucionalización de los litigios contractuales, resulta que esta se presenta como “altamente inconveniente” por, entre otras, las siguientes razones: i) Genera desplazamiento del juez ordinario por parte del juez constitucional; ii) Produce “devaluación” del derecho ordinario y del Estado de derecho, pasando a favorecer escenarios fundados en decisiones eminentemente políticas; iii) Da paso a la impredecibilidad o pérdida de certeza de lo que puede esperarse a instancia de un contrato;”

Y ante este escenario, el reto del derecho privado es evitar que las decisiones judiciales sean el producto de la libérrima consciencia de un juez que posa como dueño y señor del derecho. Pero, ¿Cómo lograrlo?

Conviene empezar por educarnos entendiendo que el juez no decide marginado del contexto social al que se dirige, que el juez no decide impunemente.

La actuación judicial ha de insertarse en un debate que lo trasciende y que le pertenece a la sociedad que le ha conferido el mandato de administrar justicia.

Un límite deseable sería entender que la aplicación directa y exclusiva de los preceptos constitucionales al campo del derecho privado y en particular a las relaciones contractuales, sólo ha de ser viable en la medida en que el

legislador no haya hecho uso de su poder preferente de concretización y desarrollo de los preceptos de la carta política.

Así las cosas, cuando los principios constitucionales han sido desarrollados a través de normas legislativas, éstas han de ser aplicadas mientras no sean declaradas inconstitucionales, quedando el Juez imposibilitado para sustituirlas por otras que le fueran preferibles, por más que pretendiera justificarlas en principios constitucionales. (Art 72 CP Uruguay). Y esto debe ser así con el fin de evitar contradicciones con el principio de legalidad, al menos hasta cuando aceptemos de una vez por todas, la adopción de un sistema de precedente judicial que cierre el paso a la arbitrariedad judicial y permita la defensa seria de la discrecionalidad y la autonomía del juez.

Con todo, debemos aceptar que en nuestro sistema, queda todavía al alcance del juez echar mano a la excepción de inconstitucionalidad y proceder a “inaplicar” la norma en examen, cuando la norma jurídica particular y concreta proyectada para el fallo es manifiestamente contraria a la constitución.

Sólo limitando el poder excesivo que una trivial comprensión del fenómeno de la constitucionalización cree otorgar a los jueces, podremos tomarnos nuevamente el derecho privado en serio. Por eso estamos seguros que la investigación realizada por el profesor Muñoz y que se materializa en la obra que se comenta, terminará siendo importante texto de consulta y referencia

para que los jueces y demás operadores jurídicos le den al derecho privado su justo lugar, a pesar del fenómeno de la constitucionalización del derecho.

Y una vez advertidos los riesgos del fenómeno, debemos exponer también las bondades de la constitucionalización del derecho privado.

Siguiendo las ideas del maestro Italiano Luigi Ferrajoli, partimos de la idea de que, junto al constitucionalismo de derecho público, no se ha desarrollado un constitucionalismo de derecho privado. Cuando hablamos de Estado de Derecho creemos que es sólo frente al Estado que se justifican, reglas, prohibiciones y obligaciones dirigidas a impedir los abusos que atentan contra el régimen jurídico básico de la comunidad. Creemos entonces que sólo los poderes públicos son los que están sometidos al derecho, y olvidamos por completo los llamados poderes privados.

Bajo esta perspectiva, la sociedad civil y el mercado son el reino de las libertades y las autonomías, es decir, del ejercicio de los derechos que sólo deben protegerse contra los abusos y excesos de los poderes públicos.

Pero el constitucionalismo actual comienza a presionar para que las cosas cambien. La autonomía privada, comercial o de iniciativa económica, asegurada en el mercado por los derechos civiles atribuidos a todos los sujetos con capacidad de obrar, no sería distinta a la autonomía política asegurada en la esfera pública por los derechos políticos o diferente a alguna

de las libertades fundamentales como la personal, la religiosa, de asociación o similares.

Los derechos de autonomía se entienden entonces como derechos – poderes. Y en un estado de derecho, todos los poderes están sometidos al derecho.

Entonces, el ejercicio de los derechos de autonomía, están sujetos a los límites que les imponen no sólo los derechos fundamentales sino también los derechos sociales.

Ferrajoli, esquematiza esta idea de manera magistral: “la exaltación como libertad de los que en realidad son derechos poder se resuelve de hecho en la exaltación de su contrario, terminando por acreditar dos formas convergentes de absolutismo: el absolutismo de la mayoría, o sea de los poderes representativos generados por el ejercicio de los derechos políticos, y el absolutismo del mercado, o sea, de los poderes económicos expresados por el ejercicio de los derechos civiles.”

Estado de derecho quiere decir entonces, sujeción al derecho de cualquier poder, público o privado, en garantía de la libertad de todos.

El estado de derecho entonces no tolera el poder absoluto en ninguna de sus formas. Cumple su función, cuando precisamente minimiza el poder, sea público, sea privado, que de otra forma se presentaría como absoluto. En el

campo del derecho privado, olvidar esto nos enfrenta, si es que no lo estamos ya, a la explotación y las infinitas formas de opresión familiar, de dominio económico y de abuso interpersonal.

La falta de una regulación jurídica adecuada en las relaciones privadas hace que estas relaciones se manifiesten bajo la forma de poderes y sujeciones extrajurídicas y tendencialmente salvajes: esto porque i) o se desarrollan dentro de roles o instituciones jurídicas abandonadas a dinámicas sustancialmente libres e incontroladas o; ii) se desarrollan por fuera de cualquier rol o institución jurídica bajo formas puramente extralegales o ilegales.

Piénsese no más en las diversas sujeciones y opresiones económicas que tienen lugar en las relaciones de mercado.

Ilustremos con un ejemplo real: Una proveedora de materia prima decidió suspenderle la venta a un pequeño empresario ubicado en la ciudad de Florencia en el Caquetá. La negativa a venderle se originó en razón a que el pequeño empresario se había atrevido a denunciar que el peso del producto no coincidía con el que en realidad se vendía. En represalia, la proveedora deja de suministrarle al productor la parafina para la elaboración de las velas que el pequeño empresario producía.

Si aceptamos que los derechos de autonomía no tienen límites ni están sometidos al derecho, la legitimidad de la decisión del empresario se juzgaría a través del prisma de su autonomía negocial ilimitada. Su decisión parece pues amparada en la garantía que le otorga la libertad de empresa.

Sin embargo, si aceptamos que en un estado de derecho los poderes privados están también sometidos al derecho, fuerza es concluir que a la visión de la autonomía negocial deberá adicionarse la consideración de las consecuencias sociales de su actuación.

La negativa de una empresa a contratar cuando está presidida de su falta absoluta de justicia, objetividad, razonabilidad y proporcionalidad, no puede ampararse en la garantía de la libertad de empresa. El ejercicio de su poder se encuentra limitado por los preceptos constitucionales que en el caso concreto adquieren un peso mayor que el principio a la libertad de empresa.

Con todo, sé que muchos estarán pensando que los controles y límites a los poderes privados frenarán el desarrollo económico. Será común para todos repetir que la ausencia de obstáculos jurídicos a las dinámicas de la libre empresa representa el principal factor de incremento a la riqueza.

Y otros pensarán que esta forma de entender el Estado de Derecho es irrealizable, pues los derechos fundamentales y en particular los derechos sociales, son costosos. Se trata entonces de pura utopía.

No es el momento para debatir de fondo este asunto. Sólo quiero dejar planteada la idea de entender que la violación e inobservancia del régimen jurídico básico de la comunidad plasmado en nuestra constitución, no sólo producen un empobrecimiento de las condiciones de vida de las personas, sino que siempre se resuelven también en una reducción de la productividad y la riqueza. Debe llegar el momento de dejar de entender los gastos sociales como un costoso pasivo en los balances públicos, para pasar a entenderlos como la forma de inversión pública seguramente más productiva. (Ferrajoli; Democracia y garantismo, pp326)

Señala el profesor Muñoz que el fenómeno de la constitucionalización del derecho de los contratos privados, ha surgido como una novedosa forma de dirigismo judicial, encaminada a defender al contratante en desventaja; y que esta nueva forma de dirigismo se presenta desde dos perspectivas diferentes, a saber: i) Constitucionalización del derecho de los contratos, esto es, de las normas que gobiernan el proceso de formación del contrato y su interpretación, y ii) Constitucionalización de los litigios contractuales.

Esta afirmación no es de poca monta, pues nos invita a reflexionar acerca de las implicaciones del fenómeno en temas trascendentales del derecho de los contratos. Quisiera sólo advertir, para enriquecer más la discusión, algunas de las implicaciones que presenta el fenómeno de la constitucionalización en la teoría general del contrato

Implicaciones de la constitucionalización del Derecho privado en la teoría General del Contrato.

Si aceptamos que el fenómeno de la constitucionalización del derecho privado consiste no sólo en la no contradicción con las normas constitucionales sino principalmente en la concreción de las exigencias constitucionales, materializadas en las normas privatistas, debemos, en primer lugar, cambiar de manera radical la forma de entender el contrato en la dogmática civil, y en otros temas, tal como se plantea en sede de la teoría general de las fuentes del derecho.

En efecto, para la teoría tradicionalmente aceptada, el efecto principal del contrato consiste en una modificación en la esfera de los derechos subjetivos; el derecho objetivo, es decir, el orden jurídico considerado como sistema de normas, no sufre ningún cambio. Desde esta perspectiva, se priva al contrato de la función creadora del derecho que le es propia.

Pues bien, para poder lograr las pretensiones de la constitucionalización del derecho privado, el contrato ha de entenderse como fuente formal del derecho y sus preceptos serán entonces derecho objetivo, esto es, normas jurídicas particulares y concretas. Y es que lo estipulado en el contrato se traduce en derechos y obligaciones que los contratantes antes no tenían, obligaciones que han de cumplir y derechos que han de reclamar con la fuerza obligatoria

propia de la ley. Todo esto nos lo había enseñado ya el Maestro Hans Kelsen desde el año de 1943.

La formación del contrato es un procedimiento y las normas acerca de la existencia y validez del contrato son, como todas las fuentes formales, normas sobre producción de normas jurídicas. Pero el producto del procedimiento, acto creador, será la norma o las normas creadas a través de ese procedimiento. Se trata simplemente de cambios en el lenguaje. Cuando hablamos de celebración de un contrato estamos pensando en el procedimiento que debemos llevar a cabo para el perfeccionamiento, y cuando aludimos a la ejecución del contrato o al cumplimiento del mismo, nos referimos al cumplimiento de la norma creada por el hecho del contrato.

Las normas jurídicas o el orden jurídico convencional creado a través del contrato, son normas de grado inferior a la regla o el orden que instituye la convención, como procedimiento creador de normas jurídicas.

La constitucionalización del derecho privado exige entonces un orden jurídico escalonado.

Para hablar de Constitucionalización del derecho, será necesario reconocer al menos dos niveles de jerarquía normativa: en un primer nivel las normas de rango constitucional que protegen derechos, ventajas o privilegios esencialísimos de la persona humana (ora como

individuo, ora como miembro de la sociedad) y en un segundo lugar las demás normas jurídicas creadas a través de las normas jurídicas sobre producción de normas jurídicas.

Las normas del segundo nivel pertenecen al sistema jurídico por referencia a las normas del primer nivel. Una norma de segundo nivel será únicamente válida cuando cumpla con los requisitos de validez, tanto formales como materiales.

La condición formal de validez, se satisface con el lleno de los requisitos que como condición de aplicación para crear la norma establecen las normas sobre producción de normas. Referidos particularmente al contrato podemos señalar, principalmente, los llamados requisitos de validez tales como la capacidad, el consentimiento manifestado en debida forma y libre de vicios, las formalidades de ley, etc....

La condición de validez material se satisface comprobando que el contenido de la norma de segundo nivel es conforme con el contenido establecido en una norma de primer nivel o superior. La norma de segundo nivel, según este criterio, es válida cuando su contenido, esto es, lo que manda, prohíbe o permite, coincide y desarrolla el contenido de una norma de primer nivel del sistema. Es pues necesario que las normas jurídicas, sea cual sea su fuente, y dentro de ellas el contrato, cumplan con el doble requisito de adecuación formal y material para predicarse su plena validez

Sólo de esta manera podemos insertar la constitucionalización del derecho en la órbita de los contratos.

Entendido así el contrato, el derecho privado no sólo tendrá que respetar los límites que le marcan las normas constitucionales o de primer nivel, sino también se verá obligado a desarrollar en forma positiva todas y cada una de las exigencias normativas derivadas de los derechos con jerarquía constitucional, so pena de perder su validez por no cumplir con la condición material de pertenencia al sistema, y consecuentemente perder su fuerza vinculante o normativa.

Será un objetivo a alcanzar que los jueces, libres de presiones políticas, puedan utilizar este instrumento para lograr con el poder normativo de la adecuación social de sus fallos, desconocer la fuerza vinculante de los contratos abusivos que olvidan como fundamento la dignidad de la persona y sus derechos esenciales y que, consecuentemente, amenazan seriamente la paz social y nos enfrenta día a día a la frustración.

El proceso es menos complejo de lo que parece: Como todos sabemos, el contrato es ley para las partes. (Es norma jurídica). Por lo tanto, es una ley que se impone al juez, e incluso al legislador.

Entonces, si se quiere neutralizar un contrato, hacerlo ineficaz, uno de los procesos que nos permite el fenómeno de la constitucionalización consiste en

declarar esta ley de las partes como contraria a una norma superior, constitucional.

Pero es muy importante señalar que esta forma de entender el contrato no significa que las normas contractuales alcanzan estirpe constitucional.

No, las normas contractuales no son de estirpe constitucional, pero deben adecuarse a los preceptos constitucionales so pena de perder su fuerza obligatoria, pues, en rigor, dejan de pertenecer al ordenamiento jurídico.

Una cosa es que las normas contractuales desarrollen los preceptos constitucionales y otra muy diferente es que sean consideradas normas de estirpe constitucional. Pasa igual con la ley. La ley debe gozar de legitimación material y no por ello alcanzan el nivel supremo de carácter constitucional.

Atendiendo a la teoría general del contrato, la constitucionalización del derecho privado es uno de los ambientes que muestra la insuficiencia del concepto clásico de contrato para reconocer las complejas relaciones jurídicas del mundo actual, en particular en lo tocante con las relaciones en que intervienen contratantes débiles como es el caso de los consumidores.

La constitucionalización nos exige buscar la forma en que las condiciones sociales no se constituyan en una situación de minusvalía que sea

aprovechada por aquellos sujetos que -como consecuencia de distintos factores- obtuvieron y mantienen en la sociedad posiciones privilegiadas de poder (como el económico, organizativo o de culturización).

Pero hay que mirar más allá de la simple consagración del texto. En el fondo estamos sin duda en frente de un nuevo concepto de contrato, que debe coexistir con el concepto clásico, pero que exige su reconocimiento y autonomía.

Hay que repensar el concepto clásico del contrato y reconocer un nuevo concepto que a su vez reconozca una nueva dimensión contractual. Esa nueva dimensión revela la función social que cumple el contrato: reconocer que el derecho de contratación y el derecho privado en general se fundamentan en la dignidad y en la libertad de desenvolvimiento de las personas, advirtiendo que para lograr que tal libertad sea material y efectiva, es menester desarrollar positivamente los derechos y libertades fundamentales consagrados constitucionalmente.

Y esto es consecuencia de lo ya dicho, en el sentido de que el derecho privado ha de ser concebido como un desarrollo positivo de los derechos fundamentales. La constitucionalización del derecho privado pretende crear entonces un escenario más favorable al contratante débil como bien nos lo enseña el profesor Muñoz en su obra.

Las nuevas condiciones económicas, industriales, comerciales, tecnológicas y sociales hacen que la abstracta libertad contractual y el acuerdo de voluntades como base de los contratos resultaran ilusorios. La concepción clásica del contrato basada en la autonomía de la voluntad como requisito necesario y suficiente para perfeccionar el contrato, parece menoscabar y no promover el pleno desarrollo de los individuos que en su casi totalidad, se hallan sometidos a la voluntad de los poderes privados que imponen sus condiciones a la masa indefensa de adquirentes. Ante éste escenario una buena comprensión del fenómeno de la constitucionalización del derecho de los contratos resulta el mejor antídoto.

No son suficientes normas que reconocen en el hoy quimérico acuerdo de voluntades un poder normativo capaz de vincular rígidamente a las partes, a los jueces y al legislador.

La voluntad suficiente para formar un contrato es aquella que se manifiesta en la adecuada satisfacción de las necesidades sociales, en el equilibrio de los intereses y las expectativas de los contratantes. No es la voluntad que trata de forzar y dar apariencia de realidad a una pretendida igualdad de voluntades que no coinciden sino que se resisten hasta que una de ellas triunfa, imponiendo su arbitrio a quien derrotado tiene que adherirse. Y si no lo hace quedará excluido de la sociedad y no podrá satisfacer sus necesidades, básicas o banales, pero al fin y al cabo impuestas como indispensables para insertarse en el juego de la vida actual.

Ha de pasarse del acuerdo de voluntades como condición necesaria, a la adecuada satisfacción de necesidades como condición suficiente. Es la suma de estas dos condiciones la que constituye el supuesto normativo que habrá de realizarse para el perfeccionamiento del contrato y consecuentemente para la creación de normas particulares y concretas cuya fuente formal sea éste.

Como se habrán dado cuenta, el concepto de contrato que propongo inserta al análisis contractual un nuevo elemento en torno a su perfeccionamiento y en consecuencia, a la fuerza vinculante derivada de sus normas. Esto quiere decir que si bien el contrato conserva, en principio, la libertad para las partes de fijar su contenido, cierto es también que tal facultad se halla sometida a limitaciones en punto a la observancia o adecuación de las normas de primer nivel, esto es, las normas constitucionales.

En éste concepto de contrato el interés de una de las partes se objetiva, materializándose en la supraindividualidad del interés común. Cuando se protege a un contratante débil, realmente no se tutela un derecho individual, sino más bien un derecho difuso y colectivo. Esto porque el reconocimiento o negación de tal derecho tiene implicaciones que desbordan la órbita de las partes individualizadas en litigio. Violentar la constitución es violentar el régimen jurídico básico de la comunidad y afecta a la sociedad entera y no a sus miembros individualmente considerados.

Como puede verse, la constitucionalización del derecho privado no es negativa *per se*, ocurre eso sí que resulta ser un escenario idóneo para la expansión del poder judicial del juez y la materialización de la “judicialización” del derecho de contratos, con los peligros que esto podría conllevar y que el profesor Muñoz Agredo advierte muy bien en su obra.