

EL PRINCIPIO DE BUENA FE Y LOS EFECTOS JURÍDICOS EN EL CONTRATO
DE ARRENDAMIENTO DE BIEN INMUEBLE CON VICIOS EN LA POSESIÓN
DEL ARRENDADOR.

GONZALO AMOROCHO DÍAZ

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BUCARAMANGA

2017

EL PRINCIPIO DE BUENA FE Y LOS EFECTOS JURÍDICOS EN EL CONTRATO
DE ARRENDAMIENTO DE BIEN INMUEBLE CON VICIOS EN LA POSESIÓN
DEL ARRENDADOR.

GONZALO AMOROCHO DÍAZ

Proyecto de investigación presentado al Comité de Trabajos de Grados
para optar al título de abogado

DIRECTOR
LAURA CRISTINA JÁCOME DE PINZÓN
ABOGADA

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BUCARAMANGA

2017

AGRADECIMIENTOS

A la Doctora Laura Cristina Jacome Soto Directora del Presente proyecto, por su apoyo y conocimientos plasmados en esta obra, a la Doctora Clara Inés Tapias Padilla, por su valioso aporte a la academia y ayuda en el desarrollo de este proyecto y al Doctor Javier Alejandro Acevedo Guerrero, por su paciencia y constante acompañamiento invaluable durante toda mi Carrera.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	12
1. EL NEO-CONSTITUCIONALISMO Y EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA	14
1.1 NEOCONSTITUCIONALISMO EN COLOMBIA A PARTIR DE 1991	14
1.1.1 El Constitucionalismo en Colombia.....	14
1.1.2 Neoconstitucionalismo en Colombia.	35
1.2. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.....	41
1.2.1 Los principios generales del derecho.....	41
1.2.2 Principio de buena fe.	49
1.2.3 El principio de buena fe en la constitución colombiana.....	52
1.3. EL PRINCIPIO DE BUENA FE EN LA PRÁCTICA CONTRACTUAL CIVIL Y COMERCIAL EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.....	58
2. LA BUENA FE COMO PRINCIPIO REGULADOR DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE BIEN INMUEBLE.....	67
2.1 CONTRATO DE ARRENDAMIENTO	67
2.1.1 Contrato.	67
2.1.2 El contrato de arrendamiento.....	83
2.2 EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE BIEN INMUEBLE.....	88
2.2.1 Contrato de Arrendamiento de Vivienda Urbana.	88
2.2.2 Contrato de arrendamiento de bien comercial	96
2.3 INTERRELACION DEL PRINCIPIO DE BUENA FE Y DE AUTONOMIA PRIVADA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE BIEN INMUEBLE.....	102

3. LA POSESION DE BIEN INMUEBLE Y EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO	107
3.1 CONCEPTO, ELEMENTOS Y CLASES DE POSESION DE BIEN INMUEBLE	107
3.1.1 Concepto.....	107
3.1.2 Elementos de la posesión.....	113
3.1.3 Clases de Posesión.....	114
3.1.4 Adquisición y pérdida de la posesión.....	121
3.1.5 Agregación o Accesión de Posesiones.....	123
3.1.6 Protección legal de la posesión.....	124
3.2. LA BUENA FE EN LA POSESION DE BIEN INMUEBLE	130
3.3. VICIOS EN LA POSESION DEL BIEN IMUEBLE.....	133
4. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL SOBRE LA POSESIÓN EN CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE BIEN INMUEBLE EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DE BUENA FE EN EL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA.....	136
4.1 DESARROLLO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES	136
4.1.1 Línea Jurisprudencial de los Principios Constitucionales.....	136
4.1.2. Desarrollo doctrinal que sustenta la interpretación de los principios constitucionales.....	142
4.1.3. Postura de la Corte Constitucional colombiana ante las nuevas tendencias doctrinales.....	146
4.2. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN EL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA.....	148
5. JUSTIFICACIÓN.....	159
6. OBJETIVOS.....	160

6.1 OBJETIVO GENERAL	160
6.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	160
7. MARCO DE REFERENCIA.....	161
7.1. MARCO DE ANTECEDENTES O ESTADO DEL ARTE.....	161
7.2. MARCO CONCEPTUAL	165
7.2.1 Teorías neoconstitucionalistas.....	165
7.2.2 El Principio de buena fe como principio constitucional.	166
7.2.3 La Posesión en Colombia.	169
7.2.4 Contratos civiles y mercantiles en Colombia.....	172
7.2.5 Del contrato de arrendamiento.....	178
7.3 MARCO JURÍDICO.....	180
8. DISEÑO METODOLÓGICO.....	181
8.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	181
8.2 UNIDAD DE ANALISIS	181
8.3 HIPÓTESIS CENTRAL DEL TRABAJO.....	181
8.4. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN Y ANALISIS DE LA INFORMACION	181
9. DISEÑO ADMINISTRATIVO.....	183
9.1 PLAN DE TRABAJO (CONTENIDO HIPOTÉTICO)	183
9.2 PRESUPUESTO.....	184
9.3 CRONOGRAMA	185
BIBLIOGRAFÍA.....	186

LISTA DE TABLAS

Tabla 1. Presupuesto del proyecto de Investigación.....	184
Tabla 2. Cronograma de trabajo	185

RESUMEN

TITULO: EL PRINCIPIO DE BUENA FE Y LOS EFECTOS JURÍDICOS EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE BIEN INMUEBLE CON VICIOS EN LA POSESIÓN DEL ARRENDADOR^{*}

AUTOR: GONZALO AMOROCHO DÍAZ^{}**

PALABRAS CLAVE: Principio de la buena fe, contratos de arrendamiento, vicios en la posesión del arrendador, derecho civil colombiano.

DESCRIPCIÓN:

Este proyecto busca establecer el proceso histórico y la evolución legal del principio de la Buena fe dentro de la ley Constitucional, sus raíces dentro de la ley Romana, su presencia en los textos jurisprudenciales y cuerpos legales de los ordenamientos iniciales dentro del derecho moderno, y finalmente sus aplicaciones dentro de la ley civil colombiana moderna. Esta figura, se encuentra estrechamente relacionada con la Ética y la Moral, siendo el Derecho de carácter formativo y con fines igualmente coactivos, buscando regular las actuaciones del ser humano y encaminarlas para beneficio de los sujetos que conforman el Estado. Por ende, la buena fe no es un principio de efímera o irrelevante figuración en el campo jurídico, por cuanto está presente, durante todas las etapas del contrato más si la relación objeto de referencia es de las tildadas de "duración". Con esto en mente, los fallos de la corte constitucional respecto al principio de la buena fe y la autonomía de la voluntad privada son observados y analizados dentro del contexto de los problemas que surgen de la esfera de los derechos fundamentales y los principios de derecho frente a la ley privada y pública. Finalmente se considera la aplicación de dicho principio dentro de los fallos del Tribunal supremo del Distrito de Bucaramanga

La experiencia obtenida sobre el conocimiento de un proceso judicial cuya Sentencia de fecha de 23 de marzo del año 2012, Radicado 2009-1216 del juzgado noveno civil municipal, reconoce efectos jurídicos a un contrato de arrendamiento suscrito por un arrendador ajeno a la titularidad, más exactamente poseedor vicioso y que oculta su situación al arrendatario.

^{*} Proyecto de Grado

^{**} Facultad de ciencias humanas. Escuela de Derecho y Ciencias Políticas. Director: Laura Cristina Jacome de Pinzón, Abogada.

ABSTRACT

TITLE: THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH AND ITS LEGAL IMPLICATIONS IN A LEASE CONTRACT OF A PROPERTY WITH DEFECTS IN THE POSSESSION BY THE LESSOR*

AUTHOR: GONZALO AMOROCHO DIAZ**

KEYWORDS: Principle of Good Faith. Lease Contract. Defects of Possession by the Lessor. Colombian Civil Law.

DESCRIPTION:

The purpose of this project is to determine the history and legal evolution of the Principle of Good Faith within the Constitutional Law, its Roman Law background, its presence in jurisprudential pronouncements and bodies of law with regard to the initial order of modern law, and finally, its applications in the modern Colombian Civil Law.

The Principle of Good Faith is closely related to the fields of Ethics and Moral and the law has an instructive and coercive purpose in order to regulate the actions of human beings for the benefit of the entities composing the State. Therefore, the Principle of Good Faith is not an ephemeral or irrelevant matter in the legal field because it is present throughout all the steps of the contract, especially if the object of the action entails the concept of "duration". Therefore, the decisions made by the Constitutional Court regarding the Principle of Good Faith and the autonomy of private will are analyzed based on fundamental rights and principles of law as well as from the private and public law perspectives. Finally, the application of this Principle to the judgments made by the Supreme Court of the District of Bucaramanga is analyzed.

The experience gained from a court case whose judgment is dated March 23rd, 2012, File # 2009-1216, confers legal effects to a lease contract executed by a lessor who did not have the title of ownership over the property being leased, that is, an owner with defects in the possession of the property who hides this situation from the lessee.

* Project of Grade

** Ability of Human Science. School of Right and science politicians. Director: Laura Cristina Jacome de Pinzón. Lawyer.

INTRODUCCIÓN

Cabe resaltar que uno de los principales problemas sobre las cuales estableció nuestra carta magna de 1991 es el principio de la Buena fe, el cual obra como marco en las relaciones del estado con respecto a los particulares de los agentes estatales y de los sujetos privados entre sí. Igualmente esta constitución propicio la herramienta de la tutela para proteger los derechos fundamentales ante las fallas del estado. Extendiendo su poder de aplicación contra los particulares que por acción u omisión violenten estas garantías.

Si bien, como principio general del derecho de la buena fe influencia la totalidad del ordenamiento jurídico, la creciente complejidad de la vida moderna requiere que este principio sea, más que interpretación o garantía para los asociados, una limitante al ejercicio de los derechos en materia civil y un referente que debe observar el juez al momento de tomar una decisión judicial en asuntos contractuales.

La aplicación efectiva del mismo comporta igualmente un aspecto relevante dentro de la actual estructura legislativa y de la continua administración de justicia.

Para el juez constitucional, su competencia como agente defensor de la constitución frente a particulares se limita al ejercicio de la acción de amparo en las situaciones donde de acuerdo al Decreto 2591 de 1991, se justificara. Sin embargo con el estudio de principios y bienes constitucionales se ha logrado trascender de las funciones reguladas y han penetrado el ámbito de la autonomía privada, trayendo consecuencias políticas, jurídicas y económicas. Este desbordamiento de las facultades es comprensible cuando se observa como el juez de tutela vari a las disposiciones contractuales pactadas entre privados y en

otros casos, alteran las decisiones que los jueces han dictado como consecuencia de los conflictos presentados por los particulares ante la jurisdicción ordinaria, en defensa de sus derechos y otros bienes constitucionales.

En el estudio de esta monografía se pretende delimitar de una manera clara la concepción que la corte constitucional tiene en cuanto al principio de derecho que es la buena fe, en el caso de que nos ocupa en el contrato de arrendamiento de bien inmueble con vicios en la posesión del arrendador, el cual por voluntad del constituyente se eleva a categoría de principio constitucional con carácter obligatorio y de aplicación general al sistema, el cual tiene una rigurosa observancia en el cumplimiento de la autonomía privada. La cual bajo el estado liberal, prodigó excesos que rompieron el balance entre la libertad privada y los derechos. Pero que aún continúa siendo pilar de la actividad negocio privada.

Igualmente podemos contextualizar los lineamientos que al corte mantiene frente a la buena fe como principio de derecho de carácter constitucional y la manera en que este se manifiesta de manera implícita en los negocios jurídicos y si a su vez la jurisprudencia representada a las consideraciones teóricas en ejercicio de las libertades contractuales y para las actividades judiciales, analizando para ello las decisiones emitidas especialmente por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala civil Familia.

1. EL NEO-CONSTITUCIONALISMO Y EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

El presente capítulo tiene como propósito analizar desde las teorías del neo-constitucionalismo el principio de buena fe en la legislación colombiana, tarea que se inicia con una reflexión sobre el Neoconstitucionalismo en Colombia a partir de 1991 y, desde esta perspectiva, estudiar el principio de la buena fe en la Constitución Política de Colombia, su concepto general dentro de los principios generales del derecho y las posturas o tendencias jurisprudenciales, para finalizar con una visión sobre el principio de buena fe en la práctica contractual civil y comercial en la legislación colombiana.

1.1 NEOCONSTITUCIONALISMO EN COLOMBIA A PARTIR DE 1991

1.1.1 El Constitucionalismo en Colombia. El movimiento reconocido como el constitucionalismo en Colombia se le identifica con el mismo proceso histórico político de la nación y se le define desde las mismas tesis filosóficas políticas que predominaron en la época de la ilustración y el Racionalismo del siglo XVIII, con énfasis en los derechos del hombre. Desde Francia llegaron las tesis de Voltaire defensor de la tolerancia y la libertad de cultos contra el dogmatismo, las de Montesquieu defensor de la libertad y la igualdad de todos los hombres y la separación de los poderes públicos, las de Juan Jacobo Rousseau defensor de la igualdad de todos los hombres. Obras como El Contrato Social, La Soberanía Popular, la Voluntad General y La Democracia, inspiraron las mentes contra la monarquía. La aprobación de los Derechos del Hombre y el Ciudadano por la Asamblea Nacional el 28 de agosto de 1789, fue la máxima expresión de inspiración a los caldeados brotes de libertad en el Nuevo Reino de Granada, el documento de los Derechos del Hombre y del Ciudadano prohibido y perseguido por el Tribunal de la Inquisición de Cartagena de Indias, traducido y publicado por

Don Antonio Nariño, en la clandestinidad, se convirtió en el símbolo de la independencia de los neogranadinos.

La historia política confirma, a través de los hechos, que el movimiento constitucionalista en Colombia data desde los albores de la independencia española con la disolución del dominio imperial en América y del mismo Bonaparte recién instalado en la península ibérica. Dos épocas marcan el inicio del constitucionalismo una, la expedición de la respectiva constitución por cada uno de las Provincias u Estados que conformaban la Nueva Granada, como producto de los enfrentamientos entre federalistas y centralistas, y, otra, la de un nuevo Estado el que surge con el sellamiento definitivo de la independencia, con la batalla de Boyacá.

De la primera época se resalta la Constitución de la Provincia del Socorro, 10 julio de 1810, quien se erige en Estado Libre e Independiente el 15 de agosto del mismo año. El texto constitucional se componía de 14 cánones encabezados por un prefacio en el que se determinan las causas que llevaron al pueblo a asumir su propia soberanía, destruyendo la tiranía e invocando el derecho natural de determinar la clase de gobierno que más se acomode para garantizar la libertad. Como producto que fue de la insurrección de los comuneros esta primera Constitución fue federalista, democrática, liberal y católica a la vez.

“El texto constitucional expuesto por las tres villas comuneras demuestra una gran influencia de las tesis de Locke y Rousseau, de la declaración de los derechos francesa, el federalismo norteamericano, amalgamadas con el iusnaturalismo de origen español, para concretar unos contenidos revolucionarios en lo económico y en lo social que trascienden la simple declaración en procura de su concreción positiva de sus derechos fundamentales, esto es una tutela definitiva por parte del Estado”.

Luego, posterior al grito de independencia en Santa fé de Bogotá, el 30 de marzo de 1811, el “Serenísimo Colegio Constituyente Electoral” expide la Constitución de Cundinamarca, promulgada por Jorge Tadeo Lozano el 4 de abril del mismo año, Constitución considerada como la “Piedra angular de nuestro edificio Constitucional” y, pese a sus grandes tintes monárquicos, sirve de modelo a las constituciones que expidieron las demás provincias que conformaban la antigua Nueva Granada: Tuja (9 de Diciembre de 1811), Antioquia, Cartagena (en marzo de 1812), Neiva, Mariquita (21 de junio) y Pamplona (17 de mayo) en 1815. Todas ellas se distinguieron por reestructurar un Estado representativo con gobierno electivo con tiempo limitado, representativo de la voluntad popular, con control del poder político sometido a reglas y procedimientos que debían de ser respetados por los detentadores del poder económico, político o militar.

Se podrá afirmar que la segunda etapa del movimiento constitucionalista se inicia en el Congreso de Angosturas, 1 de enero de 1819, citado por Simón Bolívar, y presidido por Francisco Antonio Zea, al expedirse la “ley fundamental de Angosturas”, que da origen a la Gran Colombia, conformada por los Departamentos de Nueva Granada, Venezuela y Quito, bajo el nombre de República de Colombia. En el seno de éste Congreso se convoca a un Congreso General, para 1821 en la Villa del Rosario de Cúcuta, con el fin de redactar una constitución. El congreso instalado el 6 de mayo de 1821, presidido por Ignacio de Márquez, expide, el 30 de agosto, la Constitución de la Gran Colombia para Colombia y Venezuela inicialmente, por cuanto Ecuador se anexa a la misma en 1822.

La Constitución de 1821, como primera Constitución de la República de Colombia, redactada por José Manuel Restrepo, Vicente Azuero, Diego Fernando Gómez, José Cornelio Valencia y Luis de Mendoza, sancionada por Bolívar el 6 de octubre, consta de 191 artículos distribuidos en diez capítulos.

La Constitución de 1821, de tendencia liberal, dispone como "deber de la nación, proteger por leyes sabias y equitativas, la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad de todos los Colombianos" (artículo 3º) y determina la nueva estructura centralizada del Estado, con separación de poderes, control político del legislativo (de dos cámaras) al ejecutivo y un territorio dividido en departamentos, provincias y cantones.

“Las disposiciones en ella contenida dan clara idea de los notabilísimos progresos que habían hecho las nociones de la ciencia constitucional en el espíritu de los Colombianos y en el firme propósito de los constituyentes de renunciar a la controversias de la primera época revolucionaria y trabajar con aplomo y firmeza en la obra magna que fue como la partida de bautismo de la naciente república”

Posteriormente, el nuevo Estado alrededor de los enfrentamientos partidistas: centralistas y federalistas, entre Bolivarianos y Santanderistas, lucha por consolidar en el seno del respectivo Congreso reformas o la redacción de nuevas cartas políticas de las que cabe mencionar la Asamblea Constituyente de Ocaña en 1828 que otorga poder dictatoriales a Simón Bolívar y proscribía las “libertades públicas que el pueblo consideraba como la mejor conquista de la independencia” , poderes ya dados en el congreso de Cúcuta. La situación suscita los conocidos enfrentamientos entre Obando y Mosquera y la posterior convocatoria a la redacción de una nueva Constitución. La Constitución de 1830, compuesta de 167 artículos, distribuida en 12 capítulos, somete a los funcionarios al juramento de la Constitución y otorga al Congreso la tarea de interpretarla y establece parámetros rígidos para su reforma, de igual manera establece un gobierno republicano, popular, representativo, alternativo y responsable.

La prevalencia de los principios de un liberalismo moderado en la Constitución de 1832, en relación a los derechos individuales, permite la consagración de un sistema de libertades públicas con limitaciones racionales, la tolerancia religiosa

elevada a rango constitucional, libertad de prensa, igualdad jurídica entre nacionales y extranjeros, administración de la justicia con garantías procesales, entre otras disposiciones como el sufragio universal y el espacio a la expedición de nuevos códigos como el primer Código penal de 1837 (sancionado el 27 de Junio).

El Congreso de 1842, pretendiendo dar por terminada las revueltas partidistas, el triunfante partido conservador, propone modificar la Constitución vigente y expide una nueva Carta Política en 1843 que aunque conserva las garantías y principios individuales de los granadinos de la anterior Constitución, suprime otras libertades como el sufragio universal limitando el voto solo a los que sabían leer y escribir y contasen con una “renta superior a los ciento cincuenta pesos o un capital de trescientos pesos” .

Con el nacimiento del partido liberal en 1848, se suscitan ciertos cambios en las formas de gobierno, las que se consolidan con el ascenso de del partido al poder, en 1847, como el inicio a transformaciones en la política y la administración de poder influenciados por las avenidas teorías socialistas del exterior. Se abole la pena de muerte por delitos políticos, la esclavitud en todos sus matices, además, se ordena la expulsión de los jesuitas, se suprimen los diezmos, el fuero religioso y el asilo en las iglesias católicas, se otorga a los cabildos derechos para nombrar párrocos. Leyes que, desde luego, suscitaron toda clase de controversias hasta el punto de que el partido conservador se levanta en armas, inicialmente en el Cauca, hasta llevar al país a una tercera guerra civil y la consecuente división del partido liberal (Gólgotas y Draconianos) y el querer de una nueva Constitución.

La Constitución de 1853, expone, en su conjunto, las posiciones enfrentadas en el seno del Congreso, conservando sí, las libertades individuales de los granadinos, la seguridad personal, la inviolabilidad de la propiedad, libertad de industria y de trabajo, la libre expresión de pensamiento y libertad de imprenta, el respeto al

domicilio y a la correspondencia privada. Sin embargo, pese a los alcances y libertades consignadas en la Constitución los enfrentamientos entre conservadores y liberales dan al traste con lo edificado y conforme al texto constitucional, cada provincia expide su propia constitución dando vida a la Confederación de Estados, según la reforma a la Carta Constitucional de 1858.

Esta nueva Carta, no introduce grandes modificaciones a la anterior Constitución, aunque facilita la introducción de leyes encaminadas a robustecer el poder central contra la soberanía de los Estados. Leyes que al considerarse inconstitucionales, incitan a unos y otros bandos hasta el punto de declararse la guerra a partir del 18 de mayo de 1860; guerra que tiene fin solo en 1863 con la derrota del partido conservador.

El conflicto político con grandes tintes religiosos conllevó a la convocatoria de una nueva constituyente en Rionegro (3 de febrero de 1863). Después de acalorados debates se promulga (8 de mayo) la Constitución de los Estados Unidos de Colombia que "en estricta terminología, jamás puede refutarse como auténtica confederación. Lo que surgió de ella fue un Estado Federal con características particulares" . Los principios radicales y federalistas que la identifican llevaron a sus críticos a considerar que con ella la nación había retrocedido a las tesis del derecho natural de la Declaración Francesa y al manchesterismo económico liberal sobre la propiedad privada. José de la Vega afirma que en la Constitución de 1863 aparecen tres soberanías "...ilógicamente confundidas: la soberanía de los estados, que destruía la soberanía de la nación; la soberanía del individuo, que desquiciaba el orden social y la soberanía parlamentaria que anulaba la función administrativa".

Sin embargo, hay que aceptar que la Constitución de Rionegro liberalizó las políticas a nivel social y económico, proclamando la libertad para expresar la manera de pensar de forma oral o escrita, libertad para trabajar u organizar

empresa o negocio, libertad de imprenta, de movilidad: para viajar y entrar o salir del territorio, libertad de enseñanza, de culto, de asociación, de poseer armas y municiones y de comerciar con ellas. Política y administrativamente el sistema federal está dirigido por la presidencia central (presidencia de Unión) con dos años de duración y sin posibilidad de reelección inmediata, elegido por votación directa por cada uno de los nueve estados que conformaban la unión (Panamá, Antioquia, Magdalena, Bolívar, Santander, Boyacá, Cundinamarca, Tolima y Cauca), quienes elegían sus candidatos siguiendo los procedimientos electorales particulares de cada estado; luego, cada uno de los nueve estados depositaba un voto para elegir el presidente de la unión. El candidato ganador era aquel que tuviera la mayoría absoluta de votos, si no se lograba la mayoría absoluta, el congreso sería el que lo elegiría del mismo grupo de candidatos.

En medio de las luchas bipartidistas con amplia postura frente a las relaciones eclesíásticas, de la postguerra, entre 1880 y 1884, Rafael Núñez asume el poder y declara no solo el fin de la guerra, sino el fin de la Constitución de Rionegro y anunciando un programa nacional de regeneración, convoca mediante el Decreto 694 del 10 de septiembre de 1885 al Consejo Nacional de Delegatarios, para conformar el Cuerpo Constituyente (dos delegatarios de cada Estado) encargado de elaborar una nueva Constitución. El 4 de agosto de 1886 se expide la nueva Constitución, sancionada al día siguiente por el presidente encargado general José María Campo Serrano, (Núñez había entregado el poder el 1° de abril por vencimiento del período) entrando a regir el día siguiente.

La Constitución de 1886 cambio al país de un sistema federal descentralizado a un sistema centralizado con una presidencia central fuerte. No solo fue el fin de la constitución de Rionegro, fue el fin de una etapa político-administrativa de la que fue la Nueva Granada para estructurar el nacimiento de la Republica de Colombia.

La constitución de 1886 consta de 2010 artículos permanentes y 15 transitorios, establece el régimen de poder piramidal centrado en la figura presidencial en periodos de seis años y reelección en periodos inmediatos. Con la facultad de nombrar Gobernadores y al Alcalde de Bogotá. Los Alcaldes son nombrados por el Gobernador. Voto popular para elegir los miembros de la Cámara, las Asambleas departamentales y los Concejos municipales. El Senado era elegido por Asambleas departamentales. El sufragio para elecciones en el ámbito nacional se limitó a los hombres mayores de 21 que supieran leer y escribir. La restricción de saber leer y escribir no aplicaba en las elecciones regionales. Se recreó la figura del vicepresidente.

La religión católica se convirtió en la religión oficial. En 1887 el presidente Núñez estableció un concordato con la Santa Sede que le dio a la iglesia Católica los poderes y privilegios que había perdido en la anterior constitución.

Pese a las confrontaciones sangrientas de los partidos liberal y conservador, las reformas posteriores a su entrada en vigencia, las confrontaciones ideológicas de quienes sustentaban el poder, la Constitución de 1886, sobrevive por más de cien años guiando el mandato de veintitrés presidentes de la República. Fueron muchos los intentos que se hicieron por introducirle modificaciones a la Carta política, sin embargo se logra en 1905, a los pocos meses de haberse elegido a Rafael Reyes como Presidente, con el cierre del Congreso y la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente conformada por tres representantes de cada departamento, seleccionados por los administradores departamentales. La Asamblea mediante el Acto Legislativo 05 de marzo de 1905 se da por terminado el sistema de escrutinios mayoritario nominativo en circunscripciones uninominales o plurinominales para la Cámara y legislaturas provinciales i estatales; Se elimina el consejo de Estado y extiende el periodo presidencial de Reyes a cuatro años más de 1910 a 1914.

Periodo que el Presidente Reyes no asume puesto que renuncia en 1909 y es sucedido por el Vicepresidente, General Ramón González Valencia, por el año que faltaba al periodo de Reyes. González Valencia no se hizo esperar y convoca en 1910 a una Asamblea Nacional (elegida a través de los Concejos Municipales) para reformar la Constitución de 1886.

La reforma constitucional de 1910, introduce como novedad, la elección popular directa del Presidente de la República y reducir su periodo presidencial a cuatro años y establecer la reelección presidencial inmediata; eliminó la figura del vicepresidente y la reemplazó por la de un Designado, elegido por el Congreso. Estableció el sistema de proporción a los nombramientos de los miembros de las corporaciones públicas de acuerdo a los votos obtenidos, asegurando un mínimo de una tercera parte para el partido minoritario o partido opuesto. Otorgó al Congreso la facultad de elegir los Magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Dentro de las restricciones está la de prohibir a los militares toda clase de participación en política.

La reforma de 1910 mantiene otras disposiciones como las concernientes las restricciones a la población electoral (saber leer y escribir y el de la renta) y el nombramiento, por el Presidente, de Gobernadores, Corregidores, Administradores, Directores de Correos, jefes de Cárceles, gerentes de Bancos, entre otros.

Dentro de la presente cronología constitucional, es deber recordar que solo hasta 1932, en el gobierno de Olaya Herrera, mediante la Ley 7 de agosto de 1932, se reglamentó el número de puestos en Congreso de manera proporcional al número de votos logrados por cada lista.

La búsqueda de un fortalecimiento de la democracia e igualdad de tratamiento en Congreso, el partido minoritario, en ese entonces el partido liberal, con las

consecutivas protestas de no participar en las elecciones o no aceptar la tercera parte de puestos en el Congreso presiona para que se avengan nuevas propuestas de reformas a la Carta Política.

Es así como a partir de 1936 se suceden varias reformas a la Constitución colombiana. La primera de ellas, en el gobierno de Alfonso López Pumarejo, en agosto de 1936, se amplió el derecho de sufragio a todos los hombres mayores de 21 años, eliminándose la restricción de saber leer y escribir para ejercerlo. Ese derecho fue utilizado por primera vez en las votaciones presidenciales de 1938 en las que gana el liberal Eduardo Santos. A la mujer se le concedió el derecho de ocupar la mayoría de los cargos públicos, a pesar de que no era considerada ciudadana para efectos del sufragio, pues ya empezaban a aparecer mujeres que asistían a la Universidad, además de que se redujo el control de la Iglesia Católica en la educación.

Años más tarde, en 1954, durante el gobierno de Gustavo Rojas Pinilla y por sugerencia suya, la Asamblea Nacional Constituyente (ANAC), reconoció por unanimidad los derechos políticos de la mujer mediante el Acto Legislativo número 3 de Agosto 25 de 1954. Las mujeres ejercieron este derecho por primera vez durante el plebiscito del 1 de Diciembre de 1957 para aprobar el cambio constitucional que le permitiría a los dos partidos políticos tradicionales, Conservador y Liberal, establecer el Frente Nacional.

La Junta Militar de carácter temporal que sucedió a Rojas Pinilla y por acuerdo de los partidos políticos tradicionales, autoriza, en octubre de 1957, un plebiscito de reforma constitucional mediante Acto Legislativo No. 0247 para fijar la paridad de los partidos con el fin de buscar una salida a los problemas del país. Este acuerdo fue llamado el Frente Nacional. El plebiscito del 1 de Diciembre de 1957 aprobó, con cerca del 94% de votos a favor, la reforma constitucional para la paridad entre los dos partidos políticos tradicionales, el liberal y el conservador, en las

Corporaciones Públicas por un periodo de 12 años y determinó que las elecciones para Presidente de la República, Congreso, Asambleas Departamentales y Concejos Municipales se realizarían durante el primer semestre de 1958.

El primer Congreso elegido popularmente dentro del Frente Nacional hace un cambio constitucional para ampliar el periodo del Frente Nacional de 12 a 16, y decide además que el primer presidente sería liberal y no conservador como se había acordado antes.

Para preparar la transición al finalizar los periodos del Frente Nacional, se iniciaron ciertas reformas constitucionales a partir de 1968. Durante el gobierno de Carlos Lleras Restrepo, penúltimo presidente del Frente Nacional, con el fin de reglamentar la competencia electoral inter-partidos, las reformas eliminaron el reparto por mitades en las asambleas departamentales y consejos municipales, pues ya estaba estipulado que el del congreso terminaría en 1974; se incluyeron algunas medidas para reconocer partidos minoritarios. Estableció que posteriores reformas a la constitución podrían ser realizadas por el congreso, siempre y cuando la reforma fuera aprobada por la mayoría absoluta (dos tercios) de todos los miembros del Senado y la Cámara votando en dos sesiones legislativas ordinarias consecutivas.

En 1977 durante el gobierno de López Michelsen surge la idea de elegir una pequeña constituyente con el fin de reformar la Constitución en los temas de descentralización administrativa y administración de justicia, se propone, además, la consagración de un sistema acusatorio y la creación de una Corte Constitucional que le restaba poder a la Corte Suprema de Justicia que ejercía de guardiana de la Constitución. Pero la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 5 de mayo de 1978, declaró inconstitucional esta iniciativa "por no haberse ajustado en su formación al artículo 218" que señala cuál es el procedimiento para reformarse la Carta.

En 1979 se presentó una nueva propuesta de reforma constitucional, creando nuevamente la figura del fiscal y el juzgamiento de civiles por parte de Cortes Marciales; empero por vicios de forma, esta reforma es nuevamente declarada inconstitucional por la Corte, y comienza a hablarse del gobierno de los jueces.

La reforma de 1984, durante el gobierno de Belisario Betancur se establece la votación popular de alcaldes y gobernadores, con el fin reducir o eliminar el control central de los partidos sobre sus nominaciones y ampliar la democracia regional.

No corre mejor suerte la propuesta en 1988, del presidente Virgilio Barco Vargas quien al pretender una reforma constitucional, es suspendida, primero, por providencia del Consejo de Estado, por ser violatoria del artículo 218 y, más tarde, por el mismo Parlamento.

La imposibilidad de una reforma constitucional, desde el seno de las mismas instituciones gubernamentales, y las circunstancias del momento dejaban muy claro, como antecedente histórico político y constitucional, que la Carta no podía ser reformada por el mismo Congreso. Otras circunstancias dadas dentro del mismo escenario sociopolítico como fue el proceso de negociaciones de paz con los diferentes grupos alzados en armas durante el mandato del presidente Barco Vargas, y las exigencias concretas del grupo guerrillero M-19 que para deponer las armas se debía convocar a una Asamblea Nacional Constituyente para modificar la constitución la cual, hasta entonces, no garantizaba la creación y desarrollo de otros partidos políticos diferentes a los dos partidos tradicionales, ni daba espacio de representación a las minorías, propiciaron, desde la academia, la posibilidad de recurrir al Constituyente primario, al pueblo soberano, en cuyo nombre se han creado todas las anteriores constituciones.

El presidente Barco Vargas, mediante Decreto Legislativo 927 de 1990 convoca al pueblo a pronunciarse el 27 de mayo del mismo año, junto con las elecciones

presidenciales a pronunciarse a favor o en contra de la Asamblea Constituyente. La Corte Suprema de Justicia declara constitucional el Decreto 927 mediante Sentencia N° 59 del 25 de mayo de 1990 con la ponencia del Magistrado Jorge Carreño Luengas, expediente N° 2149 (334-E).

Los resultados de la consulta llevaron a que el presidente de turno Cesar Gaviria Trujillo diera cumplimiento al mandato popular convocando a elecciones para conformar la Asamblea Constituyente mediante Decreto legislativo 1926 de 1990. Decreto al que la Corte Suprema de Justicia, declara constitucional afirmando que solamente “la posibilidad de un nuevo acuerdo nacional podría legitimar las instituciones”, además, “reivindicó el valor de la paz como elemento capaz de romper las estrecheces motivacionales contenidas en el artículo 218 de la Constitución de 1886” . La Asamblea Constituyente inició sus sesiones el 9 de diciembre de 1990, dando origen a la nueva Carta Política que rige desde el 4 de julio de 1991. En ella se amplía enormemente el catálogo de derechos humanos, no sólo reconociendo y consignando los de primera generación, sino también los de segunda y tercera.

Constitución de 1991. La nueva Carta Política de Colombia, llamada Constitución de los Derechos, dispone en sus 380 artículos permanentes y 60 transitorios, los derechos fundamentales clásicos reconocidos y consagrados en las constituciones anteriores los inspirados por la Revolución Francesa y los defendidos por lo próceres de la independencia y de la constitucionalidad colombiana como Antonio Nariño.

En cuanto a los derechos de primera generación se consagran:

1. Los derechos individuales de la persona: Derecho a la vida; derecho a la integridad física; prohibición de la desaparición forzada; prohibición de la tortura; prohibición de torturas y penas crueles o degradantes; prohibición de

la esclavitud; derecho a la libertad individual; derecho a la personalidad jurídica; derecho a la intimidad, que comprende el derecho a la propia imagen, protección a la honra, habeas data, inviolabilidad del domicilio correspondencia y comunicaciones. Derecho al libre desarrollo de la personalidad; libertad de pensamiento y conciencia; libertad de escoger profesión u oficio; libertad de circulación. Los Derechos a las garantías procesales: el debido proceso, los principios de legalidad, favorabilidad, publicidad del proceso, presunción de la inocencia y derecho a la defensa.

2. Los derechos de la persona en relación con sus semejantes: Derecho a la igualdad; libertad de expresión; derecho de petición; libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra. Libertades de reunión y asociación y el derecho a la participación política.

En cuanto se refiere a los derechos sociales, económicos y culturales o de segunda generación se reconocen los derechos de protección laboral y seguridad social: protección al trabajo, el cual a su vez es un derecho y una obligación social. Protege el derecho a la huelga; la propiedad privada y la libertad económica. El derecho a la educación a la ciencia y la tecnología. El derecho a la cultura. Los derechos de la familia, la mujer, el niño y el adolescente. El derecho a la salud y al saneamiento ambiental. El derecho a la recreación, al deporte y al aprovechamiento. El derecho a la vivienda y el derecho a la protección asistencial.

En cuanto atañe a los derechos de tercera generación, se consagran: el derecho a la paz, los derechos de los pueblos indígenas, los derechos de los consumidores y usuarios y los del medio ambiente, recursos naturales y espacio público.

Además, en el artículo 94, hace un reconocimiento a los derechos humanos, no sólo los que se encuentran "taxativamente consagrados en la Constitución y en los textos internacionales de Derechos Humanos a los cuales se encuentra obligado

el Estado colombiano, sino también todos aquellos que pertenezcan a la naturaleza humana por serle inherentes; con lo cual se da protección desde ya a los derechos que en el futuro conquiste la humanidad”.

Para dar cumplimiento a los derechos individuales y a los consagrados en los compromisos internacionales, adquiridos con anterioridad, la Carta de 1881, crea un mecanismo ágil y eficaz para la protección de estos derechos; cual es la Acción de Tutela, se puede accionar cuando no exista otro mecanismo jurídico para protegerlos, cuando han sido restringidos, violados o se encuentren en peligro de serlo no sólo contra las acciones u omisiones de las autoridades, sino también de los particulares.

La Constitución vigente, ha sufrido considerables reformas de las cuales se ha destacan por su importancia y transformación: en el año de 1993, se expidieron tres Actos legislativos, de los cuales mediante el Acto Legislativo N° 3, se adicionan a los artículos 134 y 261, la regularización sobre el manejo de las suplencias en las corporaciones públicas especialmente en el Congreso. El Acto Legislativo N° 1 de 1995, modifica y adecua el artículo 357 de la Constitución y se amplía la modificación, por el Acto legislativo N°3 de 2001 por el cual se crea y regula el sistema general de participaciones de los departamentos, distritos y municipios. Modificación que se complementa en el Acto legislativo de 2007 por el cual se otorga al Presidente dominio completo sobre las transferencias, rompiendo el programa de descentralización.

Continúan las modificaciones en los años 1996, 1997, y 1999, en las que si bien se modifican o reforman artículos constitucionales, a fin de agilizar, cambiar o retroceder en algunos derechos como la aprobación de la extradición de nacionales y extranjeros, mediante el acto Legislativo N° 1 de 1997., o la declaración del deporte como parte de la educación (Acto legislativo N°2 de 2000).

El Acto Legislativo N°2 del 2001 que modifica el artículo 93 adicionando el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Por el mismo, se expide la Ley 742 de 2002). En el año 2002 se aprueban tres reformas o modificaciones, una regulando la doble nacionalidad, Acto legislativo N°1. Otra, modificando el periodo de gobierno de gobernadores, alcaldes, concejales y ediles. El Acto legislativo N°3 del mismo año 2002, modifica el régimen de la Fiscalía General estableciendo el sistema acusatorio y el procedimiento oral con inclusión del principio de oportunidad.

En el año 2003, por el Acto legislativo N°1, se reforma el régimen electoral y el de los partidos, creando adicionalmente el artículo 263^a sobre el régimen de bancadas, el voto preferente, los umbrales electorales y la cifra repartidora. Y en 2004, se modifica el inciso 5 del artículo 122 sobre la pérdida de derechos políticos. Y en el mismo años, por Acto Legislativo N°2, se reforman los artículos correspondientes a la reelección presidencial. En el 2005 se suceden otras tres modificaciones, sobre el régimen pensional y sobre la circunscripción de la Cámara de Representantes.

En el año 2007 se modifican los artículos concernientes a la moción de censura de ministros que se extiende a superintendentes, directores administrativos y secretarios de gobernación y de alcaldías y, se establecen nuevos distritos. El acto legislativo N°4 de 2007, restaura la centralización con la reforma a los artículo 356 y 357.

En el año 2008 el Acto Legislativo 01 se ordena la Inscripción de provisionales, es decir la inscripción en carrera, sin necesidad de concurso público, de los funcionarios que al 23 de septiembre del 2004 estaban ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o encargados. La Corte Constitucional lo declaró inexecutable, mediante Sentencia C-588 del 2009.

En 2009 se aprueba la Segunda reforma al régimen de partidos en el Acto Legislativo 01, como nuevo régimen sancionatorio para los partidos políticos y sus miembros y se consagra la figura de la silla vacía para alcaldes y congresistas a partir de la condena o medida de aseguramiento.

En el 2011 se dispone que en caso de Conflictos en reformas constitucionales (Acto Legislativo N°01), no tendrá aplicación cuando los congresistas participen en el debate y votación de reformas constitucionales. Esta reforma fue declarada inexecutable mediante Sentencia C-1056 del 2012.

Por el Acto legislativo N° 02 se elimina el rango constitucional de la Comisión Nacional de Televisión, CNTV.

En el mismo año el estado modifica la explotación de recursos naturales (Acto Legislativo 03) con intervención de Estado en el plano nacional y territorial en un marco de sostenibilidad fiscal que permita alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado social de derecho. En todo caso, indica la reforma, el gasto público social será prioritario.

En cuanto a la Homologación de provisionales en cargos públicos, el Acto Legislativo 04 fue declarado inexecutable por la Sentencia C-249 del 2012,

Se modifica la explotación de Recursos naturales no renovables en el Acto Legislativo 05.

El Acto legislativo N° 06, modifica las Atribuciones de la Corte Suprema de Justicia extendiéndolas facultades de investigar al Vicefiscal y sus delegados al Vicepresidente de la República, a los ministros del despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo y a los agentes del Ministerio Público ante el alto tribunal, ante el Consejo de Estado y ante los tribunales, entre otros.

2012. Se reforma a la Justicia transicional (Acto Legislativo N° 01) y se aprueba un tratamiento jurídico diferenciado para los grupos al margen de la ley que negocien la paz y también para los agentes del Estado. También se ordena crear una comisión de la verdad que, además de esclarecer hechos del conflicto, formule recomendaciones sobre los criterios de selección para la investigación judicial. De igual manera se reforma a la justicia penal militar mediante Acto Legislativo 02 la cual modifica los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política, sobre el juzgamiento penal a militares. La reforma señala conductas que, aunque sean cometidas por militares, no serán conocidas por la justicia castrense, como los crímenes de lesa humanidad, delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado. Así mismo, crea un tribunal de garantías penales. Declarado inexecutable.

Para el 2015 el Acto Legislativo 01 reforma el artículo 221 de la Constitución Política, que prevé la necesidad de que fiscales y jueces ordinarios y castrenses que conozcan procesos contra militares por actuaciones dentro del conflicto armado tengan formación en esa área, establece que el derecho internacional humanitario (DIH) será la fuente que regulará los procesos de esta índole.

El Acto Legislativo N° 02 de 2015. Sobre Equilibrio de poderes, constituye la reforma más grande a la Constitución Política, ya que modifica 22 artículos, de la constitución y establece disposiciones sobre la nueva comisión de aforados, funciones del Consejo Superior de la Judicatura y acerca de faltas absolutas en altos cargos de elección popular y transición hacia nuevos órganos de gobierno y administración judicial. Cabe resaltar que se elimina la figura de la reelección presidencial y de otros altos cargos.

El proceso de Paz conlleva una serie de reformas tendientes a aforar el contenido de los acuerdos y a facilitar la implementación de lo acordado. Reformas a la Justicia, a la participación política, amnistía, entre otros, son iniciativas prioritarias

a tratar en el Congreso a partir del año 2016. Se aprueba el Acto Legislativo que faculta al presidente para expedir decretos tendientes a brindar seguridad y estabilidad jurídica a los Acuerdos finales.

Concluyendo, la narración anterior no es simplemente la demostración histórica de una evolución del proceso constitucional de los granadinos y los ciudadanos de la República de Colombia, sino la demostración de los grandes esfuerzos de los líderes de la democracia por consolidar una nueva forma de autogobierno con sustento en los principios de libertad, igualdad y fraternidad.

La formulación más influyente sobre el ideal democrático radical de la democracia participativa es la de Jean Jacques Rousseau. La solución clásica de Rousseau al problema de la obligación moral del ciudadano a obedecer las leyes es que los ciudadanos no están sujetos a una voluntad extraña sino que solo se obedecen a sí mismos. Los constitucionalistas granadinos manejaron el poder en el péndulo del conflicto entre el ciudadano interesado en el bien público y en individuo que como ser propio buscaba la felicidad privada.

Primó, por fortuna para los colombianos de hoy, el que todo ciudadano se convierte, por medio de un acuerdo institucional en legislador creando una identidad entre gobernante y gobernado, por lo tanto, el principio de que todas las decisiones, que tienen consecuencias políticas, deben estar relacionadas con la formación discursiva de la voluntad de los ciudadanos.

No es, ni fue fácil asimilar este principio en los primeros años de vida de la república por estructurar un poder soberano propio y autónomo, por cuanto a la voluntad general se le trataba de imponer los intereses particulares de unos pocos que se consideraban poseedores de la autoridad. El convencimiento de que una carta legítima y democrática es institucionalizada en una comunidad bien organizada políticamente, llevó a los constitucionalistas de la nueva república a

entender que el federalismo sirvió solo para debilitar al naciente Estado libre y democrático y a obstaculizar la consolidación de una república centralizada.

Aparentemente el exceso reformista puede conducir a la institucionalización de la idea de que todo se arregla con leyes, eso sería para pensarlo en la actualidad, mas no en los primeros pasos hacia la identidad soberana.

La teoría política liberal en el modelo del Contrato Social o en las reflexiones de los constitucionalistas granadinos y republicanos se proyecta con madurez en la constitución y en las reflexiones de la jurisprudencia a partir del gran debate previo a la constituyente de 1991, cuyas discusiones serias se iniciaron en Colombia, a partir de la convulsionada etapa de los años ochenta.

Al celebrar los 25 años de la vigencia de la Constitución Política de Colombia, se alzaron diversas voces para resaltar en el desarrollo de su vigencia el impacto socio-político que la nueva Carta, promulgada el 4 de julio de 1991 en el Instituto Caro y Cuervo, logró en la reconstrucción de un nuevo orden social para el siglo XXI, el crecimiento y la madurez del Estado Social de Derecho y la transformación de Colombia en una sociedad más progresista, democrática, pluralista e incluyente. Otros, dentro del neopositivismo conservador, afirman que el Estado colombiano, dio un paso atrás en su modernización como tal.

Desde la óptica que se les mire, las posiciones, aunque encontradas, coinciden en demostrar que Colombia, ha traspasado el umbral de la gran transformación del derecho, la aplicación y la comprensión de las doctrinas modernas a la interpretación de la norma según la evolución de su entorno socio-jurídico, lo que indica una reforma en la vida de los colombianos con modificaciones que se hacen sentir como: la de una mayor presencia del Estado; la ampliación del capital de los derechos sociales, los derechos de las minorías y la consagración de los mecanismos necesarios para hacerlos exigibles, entre muchos otros logros.

Sin embargo, se le cuestiona la continuidad de un paradigma de las élites políticas que, al parecer, es emergente con las tendencias esenciales de la modernidad temprana, pero que pueden resultar desorientadoras en el aspecto normativo, por cuanto no solo se refieren a lo moderno sino también a algo significativo dentro de los nuevos derechos sociales y dentro de una economía abierta al mundo.

Al elaborar una sencilla cronología a uno de los textos más modernos del mundo y a uno de los más garantistas, puede, en una forma preliminar, indicar lo que desde la misma Carta fundamental está en juego. Los principios teoréticos-cognoscitivos generaron una dualidad de posiciones en la que se propugnaba por mantener las teorías formales del derecho, con proposiciones razonables, evidentes sobre el derecho, frente a los que proponían nuevas perspectivas para la lógica jurídica o lógica de los valores y las normas.

Estos últimos, dentro del movimiento neopositivista y como representantes de un Estado moderno, con intereses y tendencias sociales resistentes a lo positivamente válido y reconocido, proponen la teoría de la argumentación y de la hermenéutica con posiciones enfrentadas desde la filosofía del derecho y del estado. Sus iniciativas se han orientado más hacia la defensa y expansión de un derecho descrito de varias maneras, cuyas formas y proyectos se distinguen claramente del estatismo.

La defensa de los derechos fundamentales, desde 1991, por vía jurisprudencial, ha logrado establecer la conexidad entre los derechos sociales y económicos con los derechos fundamentales a fin de establecer mínimos de protección. Por ello se afirma que, desde su creación, la Corte Constitucional ha profundizado en la modernización normativa y ha completado la tarea del constituyente en asuntos como la eutanasia, derechos de parejas del mismo sexo, despenalización del aborto, de las drogas, entre otros; reformas, que desde luego, han sido duramente

cuestionadas por quienes aún no le encuentran sentido al Estado Social de Derecho.

1.1.2 Neoconstitucionalismo en Colombia. El neo-constitucionalismo surgió como una corriente teórica en el siglo XVII y XVIII, con ocasión a la revolución francesa de 1789 y su posterior declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en la reclamación de nuevos modelos de organización política del Estado, con separación de poderes y una defensa del hombre, como respuesta al ilimitado poder en cabeza del rey absolutista. En Francia, desde el seno del movimiento de la iluminación, se pretende instituir un gobierno del hombre sobre el gobierno de las leyes, reconociendo en cada individuo unos derechos que le son propios, inherentes a su naturaleza. El Estado no los crea, los reconoce y los incluye en los postulados constitucionales.

La revolución ideológica jurídica, de tinte liberal, se expande por otras naciones aunque no con el mismo éxito, así, en Inglaterra donde se intenta incluir esta doctrina como una lucha en contra del absolutismo, solo permaneció unos años, puesto que el Parlamento recuperó pronto el control de las leyes. Fue exactamente en Estados Unidos de Norte América, donde se catapultó el principio de supremacía constitucional, quedando, de manera clara en el artículo 6 de la Constitución de 1776, establecida la superioridad de los postulados constitucionales sobre los legales, inclusive sobre las constituciones locales o Estados Federales

El neoconstitucionalismo en Colombia como modelo teórico en medio de las críticas, inspira la práctica jurisprudencial de las Cortes, los Tribunales con tendencia a la modificación de los paradigmas de la teoría jurídica hacia un nuevo orden socio jurídico. El método de la interpretación constitucional seguido de la constitucionalización de la interpretación del derecho, a partir de la Constitución Política de 1991, permitió tocar y adentrarse en espacios impenetrables del tejido

social de la estructura colombiana y descubrir conflictos que se generaban y aún se generan desde los mismos estrados judiciales.

Esto quiere decir que el constitucionalismo moderno del ordenamiento jurídico colombiano aún en proceso de exploración y adaptación, se personifica entre la unidad y el pluralismo, entre el viejo prototipo escalonado expuesto por Kelsen y el prototipo del Estado social de Derecho, entre la individualidad y el interés general de la sociedad.

Tratar definir el neoconstitucionalismo, es una osadía que los mismos autores que se han aglutinado bien con sus ideas, sus teorías o con su métodos, no se han atrevido a elaborar. Defienden sus posiciones y luchan por consolidar sus tesis como nuevas formas de visualizar el poder y su administración en los Estados democráticos del mundo moderno y actual. Se puede observar los límites teóricos y políticos de las posturas liberales contemporáneos sobre la legitimidad democrática, ubicando el concepto de la esfera pública en el centro de su teoría política.

El neoconstitucionalismo como teoría del derecho dentro de una estructura democrática representativa como lo expone Bobbio al pretender emitir una definición de una democracia realista y normativa en términos de un mínimo de procedimientos que incluyen: la participación del mayor número posible de interesados; el gobierno de la mayoría en la toma de decisiones; la existencia de alternativas reales (personas y políticas) entre las cuales elegir y la existencia de garantías a la libre opción en forma de derechos básicos de opinión, expresión, discurso, asamblea y asociación . Al considerar a la democracia directa como elemento complementario de la democracia representativa al incluir formas de participación directa en los referendos, las revocaciones, y las asambleas locales.

Dentro de un programa general de democratización es necesario expandir las formas de la democracia representativa más allá de la esfera política como a los papeles diversos dentro de las esferas familiares, educativas, ocupacionales., es decir “donde la mayoría de los miembros de la sociedad pasa pasan la mayor parte de sus vidas” .Se trata no de la invención de nuevas formas directas de la democracia sino de la “infiltración” de nuevos espacios. Esos nuevos espacios que la Constitución de 1991, abre a los colombianos de manera amplia y segura bajo un control institucionalizado.

El modelo democrático de un Estado Social de Derecho los proceso de democratización requieren de la institucionalización de una democracia representativa con fundamento en los principio de equidad, e igualdad. Desde una perspectiva más profunda el neoconstitucionalismo ofrece un programa de democratización con un sentido político más adecuado a las realidades de las sociedades complejas.

El neoconstitucionalismo como movimiento, desde el positivismo jurídico, es tipificado por Bobbio como ideología, como teoría jurídica y como metodología, y tiene sus raíces en el establecimiento de un Estado constitucional contemporáneo en el ámbito de la cultura europea posterior al nacionalismo de la postguerra y, dentro del movimiento que propugnó por la unión europea en los años setenta. Movimiento que se expandió a América Latina, particularmente en los grandes focos culturales de Argentina, Brasil, Colombia y México. El neoconstitucionalismo, nace dentro del mismo contexto constitucional, a partir de los años 1970, cuando mediante el desarrollo de filosofías novedosas se cuestiona el ordenamiento jurídico vigente y se proponen nuevas técnicas interpretativas a los principios constitucionales.

El neoconstitucionalismo como movimiento pretende modificar el paradigma jurídico del positivismo en relación a la validez, eficacia, y justicia de la norma

jurídica, prestando mayor atención a las dos últimas sin abandonar la primera. La norma, además de ser válida en su procedencia, debe ser justa, respetuosa de los Derechos Humanos, eficaz, operativa y garantista en su práctica. Se redefine el concepto de vigencia y validez de la norma y se conceptualizan las transformaciones jurídicas que describen y explican un nuevo orden constitucional desde el contenido y la valoración moral del derecho.

Del predominio de lo expuesto por autores como Hans Kelsen, Herbert Hart, Alf Ross y Norberto Bobbio, se pasa a una perspectiva diferente. A nuevos enfoques como los de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Aulis Aarnio y Gustavo Zagrebelsky quienes se ocuparon de la metodología y del razonamiento jurídico, de establecer los nexos entre los conceptos teóricos y los enfoques disciplinarios, del derecho, la retórica y la argumentación racional, del derecho y la democracia. De manera que el neoconstitucionalismo no solo surge como ideología sino como una teoría concurrente con la iuspositivista.

Como teoría del derecho el neoconstitucionalismo, representa una nueva alternativa ante la teoría iuspositivista tradicional poco sostenible por ser incompatible con las democracias constitucionales actuales. La teoría neoconstitucionalista dentro de las dos tendencias que presenta, deja entrever, por un lado, un continuismo con el método de interpretación y aplicación de los principios constitucionales conforme a reglas legales, y, por el otro, un cambio radical de la metodología.

El neoconstitucionalismo teórico centra el análisis en la estructura y en los fines del sistema jurídico contemporáneo y adopta dos modelos como objeto de investigación de la constitución. El modelo descriptivo de la constitución como norma y el modelo axiológico de la constitución como norma. Para uno u otro modelo la Constitución es un conjunto de normas y reglas jurídicas positiva, consuetudinaria, fundamental y, jerárquicamente superior a las otras reglas, con la

diferencia de que en el segundo modelo la Constitución está cargada de un valor intrínseco cual es la Constitución como un valor en sí.

El neoconstitucionalismo metodológico, presupone una posición metodológica cuyos ponentes (Alexy y Dworkin) para identificar y describir el derecho tal como se identifica y como se justifica en estrecha relación entre el derecho y la moral.

El neoconstitucionalismo ideológico identifica como objetivo primordial del poder estatal a los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales y, destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estan directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución.

Sus máximos ponentes (Alexy, Dworkin y Zagrebelsky) defienden la conexión entre derecho y moral que se debe producir en los ordenamientos democráticos y constitucionales. Se entiende que debe subsistir una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que les son conformes, lo que, a su vez, evidencia una interpretación constitucional respecto a la ley y de la aplicación de la constitución respecto a la aplicación de la ley.

Sin embargo para Dworkin el Derecho no puede explicarse como un sistema cerrado de normatividad, sino que exige por parte del intérprete, una comprensión de los principios morales que lo justifican. El derecho se ha de concebir como algo más que un conjunto de normas; los principios morales y jurídicos a un tiempo, sabiamente administrados por el juez, ayudarán a resolver los casos difíciles y a tutelar los derechos fundamentales frente a los embates del utilitarismo.

En el nuevo siglo, el desarrollo del neoconstitucionalismo en Colombia desde la perspectiva teórica y jurisprudencial, se observa en los procesos de internacionalización del Derecho Constitucional, en la transformación del Estado

de Derecho a un Estado Constitucional como una redefinición o juridización de la democracia. La Constitución de 1991, nace y desarrolla a través de su vigencia, un pacto por la transformación democrática de la sociedad colombiana.

Con visión futurista y vocación transformadora la Carta Fundamental de Colombia, define en su Título I, De los Principios Fundamentales que la orientan, artículo 1°, al Estado como un Estado Social y democrático de Derecho, participativo, pluralista, fundado en el “respeto a la dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas” y en la prevalencia del interés general.

Concepto común, en buena parte a la doctrina constitucionalista latinoamericana y de la que se desprenden dos vías: la primera, de carácter netamente constitucionalista, abre el camino a una judicialización de los asuntos públicos, reconociendo, de manera amplia los derechos a partir de la inclusión de los derechos sociales y colectivos junto a los civiles y políticos. La segunda vía, de carácter político, favorece el desarrollo de una democracia fuerte y participativa en la que asuntos del Estado deban ser definidos en el escenario político mediante la creación de nuevas instancias de representación política en escenarios más pluralistas. Se introdujo la idea de la democracia participativa y se consagraron los mecanismos para la intervención directa de la ciudadanía en los asuntos públicos como la iniciativa legislativa, consulta popular: referendo, plebiscito, cabildo abierto, vigilancia de la gestión pública; revocatoria del mandato de gobernadores, alcaldes y veedurías ciudadanas.

La Constitución de 1991, reforzó el control constitucional al establecer una Corte Constitucional encargada de revisar la constitucionalidad de las leyes y a consagrar, mediante la revisión de las sentencias de toda acción de tutela, la protección de los derechos fundamentales. Adicionalmente, al incorporar los derechos civiles y políticos, reconocer los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos colectivos y ambientales, el dar reconocimiento especial a

la autonomía y ciudadanía a los grupos indígenas, y a las comunidades afrodescendientes, va más allá de la concepción decimonónica del derecho a la igualdad, pues consagró como deber del Estado, adoptar medidas a favor de los grupos discriminados, de los marginados, para logara una igualdad real y efectiva.

La extensión y profundización del reconocimiento de derechos se acompañó de una apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos facilitando el tratamiento especial y privilegiado a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, firmados y ratificados e incorporados al texto constitucional en virtud de la figura del bloque de constitucionalidad .

No ha sido fácil para el ordenamiento colombiano integrar la doctrina neoconstitucionalista con las pretensiones democráticas y la deliberación ciudadana. La integración de los derechos constitucionales a los escenarios democráticos ha impulsado a los jueces constitucionales a decidir asuntos propios de instancias de mayor impacto social y, por tanto, a compatibilizar una justicia constitucional con una democracia que cada vez se fortalece desde la doctrina neoconstitucional.

En ésta disyuntiva la jurisprudencia constitucional pretende abrir caminos hacia la democratización y respeto de los derechos, hacia una justicia equitativa, igualitaria e incluyente en los escenarios económicos y políticos.

1.2. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

1.2.1 Los principios generales del derecho. Como introducción al principio de buena fe cabe reflexionar ante todo sobre qué son los principios generales del derecho y cuál es su función dentro del ordenamiento jurídico. Su vinculación con el ordenamiento jurídico ha sido motivo de controversia a través de la historia,

desde el uso del concepto entre los griegos y de gran trascendencia entre los romanos, quienes “reconocían abiertamente los principios generales como fundados sobre el derecho natural o sobre la *naturalis ratio*”. Desde el punto de vista etimológico el término, en el griego antiguo, corresponde al principio *arxe*. Aristóteles (Stagira 384- Calicle 322 a.C.) *arxe* lo asocia con *Stoikeikon* (elemento constitutivo) así como *aitia* (causa). Inicio, elemento constitutivo, causa (primera), constituyen las tres significaciones posibles que se conocen, desde la antigüedad, sobre el término principio.

Estos tres elementos, en algunos autores o en algunas teorías, concurren en el concepto de principios generales del derecho. Sin embargo, ninguno de los tres, desde un punto de vista de la historia terminológica y conceptual, representa un significado del todo pertinente del término principio en la expresión “principios generales del derecho” .

No es necesario recurrir a la historia cuando se pregunta qué son los principios generales del derecho, la diversidad de respuestas se hallan en las tesis y doctrinas que sustentan el andamiaje jurídico. Así, para los iusnaturalistas los principios generales del derecho son aquellos que se encuentran intrínsecamente en la naturaleza humana. Derecho natural entendido como orden jurídico separado del Derecho positivo, tanto que mantiene como dogma primordial la existencia de un ordenamiento suprapositivo que trasciende el orden normativo formal y lo subordina al valor de la justicia. Los seguidores del iusnaturalismo, han entendido los principios generales del derecho como axiomas y como verdades jurídicas universales, es decir, como algo con existencia propia y con total independencia de la función legislativa.

Al respecto, Giorgio de Vecchio, expresa: “Los principios generales del derecho emanan de la razón jurídica natural y representan al mismo tiempo las directrices fundamentales del sistema Positivo” .

En cambio, para los cultores del positivismo y neopositivismo jurídico los principios generales del derecho son los que conforman los aspectos fundamentales del derecho positivo. Sin embargo, nunca podrían imponer una obligación que no fuera sancionada por el mismo ordenamiento positivo por lo que se entiende que cada ordenamiento positivo tiene sus particulares principios generales y que no existen principios jurídicos de carácter universal.

En estos términos, es oportuna la afirmación de García Máynez al considerar que

“determinar qué debe entenderse por principios generales del derecho es una de las cuestiones más controvertidas en la literatura jurídica” . Lo mismo se podría afirmar de Giorgio Del Vecchio, cuando expresa que “el legislador no ha intentado realmente señalar cómo y dónde se deben buscar esos principios, sino sólo precisar el orden de aplicación de los mismos, o sea las condiciones de su entrada en vigor” .

Giorgio Del Vecchio afirma que los principios generales del derecho son “verdades supremas del derecho ingenere o sea, aquellos elementos lógicos y peticos del derecho que por ser racionales y humanos son virtualmente comunes a todos los pueblos”. Además, estima que los principios generales del Derecho formulados por el legislador, son los de derecho romano o común o, de derecho civil positivo. Con ello, se opone a la teoría llamada derecho libre, iliberal a su entender, porque le concede al juez un cierto poder legislativo contra la dogma constitucional de la división de los poderes.

Desde esta perspectiva, Nicolás Coviello considera que: “Los principios generales del derecho son los principios fundamentales de la misma legislación positiva, que no se encuentran escritos en ninguna ley, pero que son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas legislativas, de las cuales en fuerza de la abstracción deben exclusivamente deducirse” .

Por su parte, Francisco Carnelutti, expresa que los principios generales del derecho no son algo que exista afuera, sino dentro del mismo derecho escrito, ya que derivan de las normas establecidas. Se encuentran dentro del derecho escrito como el alcohol dentro del vino, son el espíritu o la esencia de la ley” .

En términos de Alberto Spota al referirse al tratamiento diferencial de los principios generales del derecho afirma que estos “(...) son los que emanan de la Ciencia del derecho. En otros términos, principios que reciben una aplicación general en la jurisprudencia, en la doctrina, en las legislaciones universales; principios que forman parte del fondo común legislativo supranacional”.

Para Arturo Valencia Zea, los principios generales del derecho “son la fuente última a que debe recurrir todo intérprete cuando necesite llenar una laguna o vacío del Código o de la ley” y desde la legislación civil positiva “(...). Sabemos que la norma jurídica es una proposición jurídica que atribuye determinada consecuencia jurídica a un supuesto de hecho. Estas son, en muchos casos, normas singulares que hacen parte de uno más general”.

Los principios generales del derecho cumplen diversas funciones de las que cabe destacar las señaladas por Norberto Bobbio: Interpretativas; Integradoras; Directivas y limitativas. El mismo autor señala que la función interpretativa consiste en “fijar, de acuerdo con los citados principios el sentido de tal o cual expresión jurídica”.

Es decir, los principios generales del derecho, dentro del contexto de la función interpretativa, desempeñan una participación relevante, ya que, todo precepto jurídico encierra un sentido, pero “éste no siempre se halla manifiesto con claridad, si la expresión es verbal o escrita puede ocurrir que los vocablos que la integren posean acepciones múltiples, o que la construcción sea defectuosa y haga difícil la inteligencia de la frase” .

En cuanto, a la función integradora que cumplen los principios generales del derecho, Giorgio Del Vecchio, comenta:

“Y si la función del juez es, a pesar de ello, siempre posible sobre la base de la ley, esto ocurre porque la misma ley ha acogido, además de la interpretación analógica, los principios generales del derecho, dando a estos, con esa fórmula tan ampliamente comprensiva, un reconocimiento especial y una propia y verdadera sanción de orden positivo. Circunscribir, pues, tales principios a las mismas normas particulares ya formuladas, y pretender que aquéllos se obtengan exclusivamente de éstas, equivale a introducir de nuevo el obstáculo que el legislador ha querido remover, y a negar a los principios generales su verdadera virtud de integración” .

Por su parte, Luis Legaz y Lacambra, expresa:

“El problema de las lagunas es un enigma tanto lógico como axiológico, esto es, ante la ausencia de una respuesta en la ley, ya sea en forma directa mediante un artículo, o indirecta a través de la interpretación de este; o bien, la respuesta que resulta ser incongruente con las finalidades del sistema al cual pertenece el cuerpo jurídico que se observe. De esta manera, la función estimativa del jurista no es una función que pueda quedar al arbitrio de sus personales convicciones, sino una función que necesariamente debe considerar los valores que se encuentran presentes en las disposiciones del sistema con el que trabaja” .

Dentro de los conceptos liberales Ronald M. Dworkin, resuelve la función integradora proporcionando información sobre un caso cuya solución se hace a través de integración de la ley con base en los principios generales del derecho.

Empero, previamente a la exposición del caso Henningsen Vs. Bloomfield Motors, Inc., no está por demás, que se tenga presente la delimitación que da Dworkin, sobre los principios generales del derecho:

"Llamo principio al patrón que debe ser observado, no porque promoverá o asegurará una situación económica, política o social considerada deseable, sino porque es una exigencia de justicia o equidad o de alguna otra dimensión de la modalidad".

Para Dworkin, no es válida la argumentación de los positivistas acerca de que los principios no pueden contarse como derecho porque su autoridad, y más aún su peso, es congénitamente polémico. Toda vez, que al asociar lo antes citado con un contra-argumento que se opone a la doctrina positivista, ya que, si no se reconoce que algunos principios son obligatorios para los jueces, exigiéndoles, en conjunto, que lleguen a determinadas decisiones, entonces tampoco de ninguna o de muy pocas reglas puede decirse que son obligatorias para ellos .

Respecto a la función directiva que desempeñan los principios generales del derecho, según Norberto Bobbio, es aquella que "es propia de los principios constitucionales de tipo programático destinados a orientar la actividad del legislador y de los órganos inferiores de producción jurídica" .

Ahora bien, algunos autores consideran que, para que un precepto legal tenga una existencia efectiva, es necesario que el mismo precepto se origine de los principios generales del derecho, a contrario sensu, se diría que en ellos se encuentran resumidos los preceptos que constituyen los cuerpos legales.

Concluyendo, los principios generales del derecho son la entraña misma del sistema jurídico. Su importancia radica en la gran incidencia que tienen en la creatividad del legislador quien antes de promulgar la norma jurídica, debe

conocer los principios para inspirarse en ellos; en la interpretación del juez que debe inspirarse en los principios para garantizar una cabal interpretación y, en la integración de ambos, por cuanto quien va a colmar un vacío legal debe inspirarse en los principios para que el Derecho se convierta en un sistema hermético.

La filosofía práctica, es decir, la filosofía moral, política y jurídica, no son un saber doctrinario, ideológico o programático, sino un saber crítico y autónomo sobre los fundamentos del conocimiento. Se recuerda que el derecho como ciencia social, es una realidad muy amplia que no se puede identificar solo con normas jurídicas, también lo integran la costumbre y los principios generales del ordenamiento jurídico como fuentes del derecho.

Del positivismo jurídico se heredó que las “reglas o principios generales del derecho son la fuente última a que debe recurrir todo intérprete cuando necesite llenar una laguna o vacío del Código o de la Ley” . El art.8 de la ley 153 de 1887 manifiesta: “Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.” El artículo autoriza la aplicación del principio de analogía o argumento asimil como extensión de la misma para casos imprevistos.

Y el artículo 4° de la misma Ley dice: “Los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes”. Declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-284-15 de 13 de mayo de 2015, Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo, en los siguientes términos:

“El uso de los principios de derecho natural se encuentra sometido a algunos límites: (i) solo resulta posible cuando después de acudir a los métodos de interpretación literal, sistemático, teleológico, histórico o aquellos otros acuñados por la jurisprudencia constitucional para fijar el sentido de la Carta, persisten dudas insuperables acerca de su interpretación; (ii) no puede conducir, en ningún caso, al desconocimiento o infracción de ninguna norma formalmente incorporada a la Carta o integrada al bloque de constitucionalidad. Adicionalmente la invocación de un principio del derecho natural impone una carga de argumentación especialmente exigente que se traduce (iii) en el deber de demostrar con argumentos racionalmente controlables (a) que la existencia y pertinencia del principio puede ser fundamentada y (b) que ha sido reconocido de manera amplia por la doctrina más autorizada en la materia”.

La Corte Suprema de Justicia da vida al artículo mencionado crea una serie de principios generales que se han convertido en directrices en la interpretación de la norma, integrados por la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho. Principios como el abuso del derecho (consagrado en el artículo 2341 del Código Civil y art. 830 del Código de Comercio), enriquecimiento sin causa, (art. 831 del Código de Comercio) el error común hace derecho – falsa apariencia-(inciso 2 del art. 947 C.C.), fraude a la ley (art. 862, 1441, 1451,1295, y 2491 C.C.), el de la imprevisión (art 868 C. Co.) y el de buena fe (art. 769, art. 963, 1324, 1603 del C.C. y 835 del C. Co.)

La “nueva interpretación”, de “teoría antiformalista” como la llama López Medina, “mueve los principios tradicionales hacia un nuevo conjunto de contra-principios” y abre la posibilidad de interpretar las fuentes del derecho según la evolución cultural en los nuevos espacios del sistema normativo. Nuevos discursos, nueva doctrina, nuevos espacios para la creación de nuevas reglas judiciales de tendencia progresista.

El realismo jurídico manifiesto en las sentencias de los primeros años de la Corte Constitucional, es una muestra del impacto que producen las tesis antiformalistas sobre la teoría del derecho de Hart y de John Rawls. Principios que López Medina resalta de la Sentencia T-406/192 (M.P. Ciro Angarita): ““hoy con la nueva Constitución, los derechos son aquellos que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela”” . A partir de entonces se enmarca la tendencia de la interpretación de la norma de manera más justa y equitativa, reconociendo la preexistencia de los derechos inherentes a la naturaleza humana.

1.2.2 Principio de buena fe. Dentro del contexto social se identifica la buena fe como un valor, como un principio y como un derecho. Como valor es un sentimiento, es una norma cultural, abstracta, que se encuentra en la mente humana como fuente última de motivación de comportamiento y que la sociedad define como objetivo ideal en el interactuar humano, se explica como principio cultural en las relaciones básicas y fundamentales del ser humano.

Buena fe es un principio explicativo que exige valores intrínsecos como la verdad, la adhesión y el respeto; su presencia se sustenta en la institucionalidad a través del derecho. Cuenta con una carga emocional desde la intencionalidad y la moralidad como productos del poder disciplinario y del conocimiento.

Para acceder al conocimiento de los principios dentro de la realidad social se ha de partir del sistema social como referencia cultural. La verdad como valor se acoge al concepto jurídico de buena fe constitutiva del vínculo social de la que se derivan reacciones que incluyen, a su vez, conceptos y acciones de responsabilidad.

Buena fe, intencionada o autoinfligida, limita conceptualmente con la gestión social del secreto, la intención, la ocultación, o el silencio y sus respectivas dialécticas constitutivas: la relación o el estado de lo que se pacta, lo que se muestra y lo que

se oculta, lo que se dice y lo que se silencia. En definitiva, en el entramado discurso sobre el valor definido como principio, la buena fe, posee una forma sociológica, filosófica, ética y jurídica que debe entenderse por encima del valor de su contenido en sí y, que remite a la arquitectura de toda acción comunicativa.

El principio buena fe se conoce sobre todo, en primer lugar, como un propósito, una intención: un proceder honesto de acuerdo a la ley y a la conciencia moral y, en segundo lugar, como un estado: la creencia razonable sobre la legitimidad de una cosa o un hecho.

Buena fe no es solo asunto de conciencia, de estar obrando conforme a derecho, en un sentido formal, ni tampoco un fenómeno simplemente psicológico o sociológico. Se debe ir más allá para exigir en función de ella, al menos en los contratos conmutativos, un elemento objetivo, constituido por un cierto equilibrio en las prestaciones recíprocas que, aun admitiendo algunas legítimas ventajas comerciales, de manera que no genere situaciones a las que tradicionalmente se han calificado como “leoninas” para alguna o algunas de las partes.

Se podría afirmar que buena fe es el actuar que cada quien debe guardar en sus negocios y en el ejercicio de sus derechos, mediante el empleo de una conducta de fidelidad, lealtad y sinceridad, características que imperan en una sociedad honesta y razonable.

Desde la doctrina y la filosofía neoconstitucionalista son varios los autores que han desarrollado este principio, dando nuevos aportes y nuevas facetas a su desarrollo y aplicación.

Para la jurista colombiana María José Viana, la noción de buena fe contiene dos elementos fundamentales: la lealtad y la transparencia. Del primero resalta que

entraña el cumplimiento de lo prometido (de la palabra dada), el cumplimiento de los que exigen las leyes de la fidelidad; cuando se viola la lealtad “se vulnera la confianza” en la palabra y en el acto a realizar.

Mientras que, en relación al elemento transparencia, la misma autora la define como “el deber que implica poner de manifiesto todos los aspectos relevantes para que las partes de una relación jurídica puedan definir sus propias conductas” . Es decir, la transparencia exige ante todo claridad en la conducta y “vocación de producir efectos jurídicos”.

La buena fe es, por ende, un principio general de derecho que se aplica y reconoce como fuente de derecho, incluso antes de la vigencia de la Constitución de 1991; esto en la medida que el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 establece: “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”, concepto analizado en el punto anterior.

En Sentencia la Corte Suprema de Justicia sala de Casación Civil en el año 1958 (Gaceta Judicial, Tomo LXXXVIII, pág. 223, junio 23 de 1958) define el principio de buena fe como:

“La expresión “buena fe” (bona fides) indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el derecho se desdobra en dos direcciones: primeramente, cada persona tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del decoro social: en segundo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás esa misma lealtad. Trátese de lealtad (o buena fe) activa, si consideramos la manera de obrar para con los demás, y de una lealtad pasiva, consideramos el derecho que cada cual tiene de confiar en que los demás obren con nosotros decorosamente”.

En la misma Sentencia la Corte señala las formas en que se ha de determinar esa buena fe mediante la “conciencia de que se obra decorosamente”; la “confianza legítima de que los demás obran honestamente en sus negocios”. Principio (buena fe) y valor (lealtad), se conjugan como conducta deseada y esperada en el interactuar de toda negociación.

La jurisprudencia reconoce, además otros valores como identificadores y determinantes de la buena fe en relación con los efectos jurídicos de una conducta negocial como es el de la honestidad que “el ordenamiento presume debido a lo que suele identificarse en la teoría como una prerrogativa general de probidad consagrada inclusive como valor superior a nivel constitucional” ; el de la moralidad, en los casos de “pretender beneficiarse de la mala fe o dolo que alguien ha cometido” y la sinceridad como generadora de confianza.

De lo anterior se desprende los efectos de la buena fe que Valencia Zea clasifica en “dos grados: La buena fe simple y la buena fe exenta de culpa buena fe cualificada (creadora de derechos)” . La primera hace referencia a la buena fe exigible en todos los negocios civiles (art. 768, 1603 del C.C. y 863 y 871 del C. de Co.) a tratar en el punto siguiente del presente trabajo.

La buena fe cualificada es la que crea una realidad jurídica, es decir da “por existente ante el orden jurídico, un derecho o situación que realmente no existe” . Este grado de buena fe es el resultado de la conjugación del obrar con rectitud, con lealtad y sinceridad.

1.2.3 El principio de buena fe en la constitución colombiana. El principio de la buena fe es un principio constitucional que obliga a que las autoridades públicas y a la misma ley, a que presuman la buena fe en las actuaciones de los particulares, y obliga a que tanto autoridades públicas como los particulares, actúen de buena fe.

El artículo 83 de la Constitución Política colombiana, sobre el principio de la buena fe, expresa:

“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas”

Sobre el principio, la Corte Constitucional ha realizado interesantes exposiciones, y una de ellas es la contenida en la Sentencia C-544 de 1994, que en su parte pertinente dice:

“La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma. En general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionada por éste. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otra, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe”.

La Corte constitucional considera transcribir las afirmaciones del Constituyente primario al incluir en la Carta política el principio de buena fe, en la exposición de motivos:

"La buena fe, como principio general que es, no requiere consagración normativa, pero se hace aquí explícita su presunción respecto de los particulares en razón de la situación de inferioridad en que ellos se encuentran frente a las autoridades públicas y como mandato para éstas en el sentido de mirar al administrado primeramente como el destinatario de una actividad de servicio. Este mandato, que por evidente parecería innecesario, estaría orientado a combatir ese

mundo absurdo de la burocracia, en el cual se invierten los principios y en el cual, para poner un ejemplo, no basta con la presencia física del interesado para recibir una pensión, sino que es necesario un certificado de autoridad que acredite su supervivencia, el cual, en ocasiones, tiene mayor valor que la presentación personal".

Posición que reitera en las consideraciones de la Sentencia C-540 de 1995, (expediente 943) en la que concluye que "que el legislador sí puede establecer presunciones de mala fe, sin quebrantar la Constitución", además reconoce de manera excepcional que "la ley puede establecer la presunción contraria, es decir la presunción de mala fe".

Se colige, por tanto, que la norma cuenta con dos partes en su integridad: una la consagración de la obligación de actuar de buena fe, de particulares y de autoridades públicas. La segunda, la reafirmación de presunción de buena fe de los particulares en las gestiones que adelanten ante las autoridades públicas. Lo que significa que el principio buena fe "no es por esencia absoluto de tal manera que en situaciones concretas admite prueba en contrario, y en este sentido es viable que el legislador excepcionalmente, establezca presunciones de mala fe, señalando las circunstancias ante las cuales ella procede"

Para Arturo Valencia Zea la buena fe, se desdobra en dos aspectos: primeramente cada persona debe usar para con aquel con quien establece una relación jurídica, una conducta sincera, vale decir, ajustada a las exigencias del decoro social; en segundo término, cada persona tiene derecho a esperar de la otra esa misma lealtad o fidelidad.

Indudablemente que para el primer caso habla de una buena fe activa, y en el segundo, de una buena fe pasiva (confianza). En el primer caso hace referencia a la conducta deseada en toda relación comercial, sin engaños, artimañas, astucia o viveza de una de las partes y en el caso de la buena fe

pasiva, prima y se asegura la confianza, la seguridad y honorabilidad de la conducta jurídica.

En el orden jurisprudencial se cuenta con sendas sentencias que determinan la función, el carácter y la interpretación al principio de buena fe. Así la Sentencia C-054 de 1999 dice:

“La buena fe no consiste simplemente, en un actuar desprovisto de dolo, o de intención positiva de producir un perjuicio a otro. El concepto también el actuar sin culpa, esto es, con un mínimo de prudencia, de atención, de cuidado a fin de evitar tal perjuicio. En materia civil, como es sabido, la culpa grave se asimila a dolo y es fuente de responsabilidad civil. Y en materia penal, existen delitos que pueden cometerse a título de culpa. De donde se concluye que la carencia de diligencia y cuidado en el cumplimiento de las propias obligaciones y , en general, en el actuar humano, desvirtúan el principio de la buena fe y es fuente de obligaciones y de responsabilidad jurídica”.

Conceptos que reafirman lo sustentado por la Corte Suprema de Justicia con anterioridad a la vigencia de la actual Carta Política, como la que se pronunció en el año de 1941 sobre el principio de buena fe:

“La buena fe es un fenómeno Psíquico que se presume mientras no se aduzcan pruebas fehacientes que la desvirtúen. El estado mental creado por la naturaleza humana, nos permite presumir que los actos del hombre son guiados por una conciencia recta, sin embargo existen excepciones que deben ser probadas para desvirtuar la rectitud de los actos. A este fenómeno psíquico es a lo que la jurisprudencia ha denominado buena fe.

Conceptos que al elevarse a rango constitucional el principio de buena fe respecto al obrar contrario al mencionado principio, queda aceptado que buena fe

es una norma rectora de las relaciones entre los particulares, entre éstos y los administradores o funcionarios del Estado. La Sentencia C- 153 de 1997 expresa:

“Ya ha dicho la Corte, con arreglo al artículo 83 de la Carta Política, que quien afirme la mala fe de un organismo o servidor del Estado debe probarla pues la presunción que consagra el sistema jurídico es cabalmente contraria. El postulado constitucional prohíja unas relaciones de buena fe entre el Estado y los particulares; un clima de mutua confianza que exige presumir aquella en todas las actuaciones de unos y otros, siendo lo adecuado a la Constitución que las presunciones de mala fe se prescriban de los ordenamientos legales”

Siguiendo la clasificación que el filósofo político Oscar Mejía realizara en dos bloques y varias etapas para demostrar el desarrollo de la doctrina jurisprudencial dentro del nuevo orden constitucional, se ha de ubicar el principio de buena fe en el primer bloque, el social y democrático, por cuanto, en este bloque se incluyen las sentencias que han desarrollado y materializado los derechos sociales en general específicamente las relacionadas con el principio de buena fe como son las Sentencias de revisión de Tutelas: T-469 de 1992; la T-475 de 1992 y la T-537 de 2009; las Sentencias: C-963 de 1999; C-490 de 2000; C-840 de 2001; C-071 de 2004, C-131 de 2004, C-595 de 210 y la C-527/13 proferida el 14 de agosto de 2013 donde reitera la posición de las anteriores sentencias.

Sentencias que hacen impacto en el segundo bloque, reconocido por el autor como neoliberal, por cuanto la constitucionalidad del principio buena fe, son de obligatorio en la regulación pertinente a los principios de internalización de la economía, del libre mercado, la liberalización y privatización de empresas y por ende con los Tratados de Libre Comercio, es decir con la exigencia ética de quienes actúan en el mundo de los negocios, civil y comercial.

En cuanto a las etapas que propone el autor junto con Herreño, corresponde a la primera etapa, progresista, comprendida entre los años 1992 a 1997, en los que la Corte se dedica a la consolidación de los postulados constitucionales del Estado Social de Derecho y a precisar los criterios de identificación de los derechos fundamentales.

La segunda etapa entre 1997 y 2001, la Corte se enfrenta a los derechos económicos, sociales y culturales y a las modificaciones de sustentación jurídica y metodológica de los fallos sobre los derechos. Y la tercera etapa, según los autores mencionado es la comprendida entre 2001 y 2007, dedicada a discusiones de contenido esencial y justiciable de los derechos como el derecho internacional.

Independiente a la clasificación arriba expuesta, el principio de buena fe sigue siendo materia de estudio y de profundización, expansión y consolidación como principio de Derecho constitucional. En la Sentencia C-527 del 14 de agosto de 2013, con la ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, la Corte no solo reitera su doctrina, el concepto y la interpretación del principio, sino que demarca su alcance en las relaciones privadas y reafirma:

“La Corte ha indicado que el principio de la buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. Por ello ha sido concebido como una exigencia de honestidad, rectitud y credibilidad a la cual se encuentra sometido el actuar de las autoridades públicas y de los particulares, bajo una doble connotación, ya sea a través de las actuaciones que surgen entre la Administración y los particulares, o de estos últimos entre sí”.

La Corte Constitucional, en la mencionada sentencia trae, a fin de consolidar y demarcar dentro de la línea jurisprudencial, conceptos emitidos en sentencias anteriores sobre el principio de buena fe.

1.3. EL PRINCIPIO DE BUENA FE EN LA PRÁCTICA CONTRACTUAL CIVIL Y COMERCIAL EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Son diversas las disposiciones que en el ordenamiento legal colombiano hacen alusión al principio buena fe. La mayoría de ellas se refieren a la consagración normativa de la presunción de buena fe, tanto en el Código Civil y el Código de Comercio dentro del marco constitucional del artículo 83, anteriormente expuesto.

En cada una de las aplicaciones la presunción de buena fe posee un ámbito específico tanto en su contenido como en sus alcances, por lo que resulta necesario examinarlas con detenimiento.

El Código Civil Colombiano, en su Libro Segundo, Título VII, Capítulo I, “De la Posesión y sus diferentes calidades”, una vez definido la posesión (concepto que se desarrolla en el capítulo 3 del presente estudio) los artículos 768 y 769, expresan la presunción de buena fe de manera subjetiva. Exige, en su conjunto, esa conciencia moral y de proceder honesto que se debe dar en los negocios jurídicos, como el que se da en el caso de la adquisición del dominio por medios legítimos, sin fraudes o vicios, es decir, de manera clara y legítima, de buena fe.

Art. 768: “La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio.

Así, los títulos traslaticios de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.

Un justo error en materia de hecho, no se opone a la buena fe. Pero el error en materia de Derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario”

Se complementa la presunción de buena fe con el artículo siguiente que, a la letra, expresa:

Artículo 769: “La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria

En todos los otros la mala fe deberá probarse”.

El Art. 768 del Código Civil, da una explicación de buena fe en lo que tiene que ver con la posesión: “La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio”. Se ha de subrayar el concepto subjetivo de buena fe perteneciente a la conciencia del adquirente resaltando el valor de la honestidad, lealtad y decoro, exigibles en toda negociación.

El inciso segundo del mismo artículo al referirse a los títulos traslaticios de dominio, precisa que en éstos "la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato". Es decir, que la buena fe se basa en el convencimiento de que en la celebración del acto o contrato no se viola la ley, se obra conforme a los valores y las buenas costumbres. El principio buena fe se contraviene cuando se comete fraude, o cuando existen

vicios en el contrato, ya sea que afecten éstos el consentimiento de uno de los contratantes, o las formas propias del negocio jurídico.

“La Corte Constitucional ha considerado que en tanto la buena fe ha pasado de ser un principio general de derecho para transformarse en un postulado constitucional, su aplicación y proyección ha adquirido nuevas implicaciones, en cuanto a su función integradora del ordenamiento y reguladora de las relaciones entre los particulares y entre estos y el Estado, y en tanto postulado constitucional, irradia las relaciones jurídicas entre particulares, y por ello la ley también pueda establecer, en casos específicos, esta presunción en las relaciones que entre ellos se desarrollen”.

Por lo mismo que la Corte ha admitido que no se trata de un principio absoluto, también ha admitido la posibilidad de que, excepcionalmente, la ley establezca la presunción de mala fe y le atribuya los efectos que considere en cada caso. En el presente caso, no se trata de una presunción general de mala fe para el comprador, sino de una medida de carácter excepcional, que invierte la carga de la prueba, y que se configura cuando se presentan unas especiales circunstancias como son, no pagar el precio pactado en el contrato de compraventa, y no probar que ello ocurrió por causa de un menoscabo sufrido en su fortuna exento de culpa, evento en el cual se aplican los efectos previstos en la disposición.

La seguridad del orden jurídico implica la obligatoriedad de que nadie eluda el cumplimiento de la ley so pretexto de ignorarla. Con razón escribió Giorgio Del Vecchio: "El ordenamiento jurídico no podría fundarse sobre una base tan precaria cual sería el conocimiento de la ley, cuya demostración se tuviera que aportar de caso singular, en caso singular para cada ciudadano" .

El artículo 769, hace alusión a la presunción que en materia posesoria constituye la regla general, esto es, que quien posee un determinado bien lo posee de buena fe, vale decir con la convicción de no estar lesionando derecho ajeno, presunción

que en materia subjetiva es razonable, como quiera que cuando se trata de examinar el estado psicológico, la convicción íntima de una persona, su conciencia o su convencimiento mal se podría partir de una presunción de mala fe, como quiera que lo propio, lo natural del ser humano es la buena fe.

La presunción de buena fe subjetiva, propia de la materia posesoria, constituye una excepción a la regla general de que la buena fe objetiva no se presume. La regla que consagra la presunción de la buena fe contenida en el artículo 769 del Código Civil colombiano, si bien establece una regla general en materia posesoria su valor no es absoluto frente a la totalidad del ordenamiento, como quiera que es una previsión con alcance restringido, en primer lugar a los eventos de posesión, título en el cual se encuentra ubicado y, en segundo lugar, a aquellos eventos en que se exija buena fe subjetiva, esto es, una convicción íntima de estar obrando conforme a derecho, sea que se trate de buena fe simple o cualificada.

Cuando se trata en cambio de buena fe objetiva la regla que rige es la contraria, es decir, que quien dice estar comportándose conforme a una regla de buena fe objetiva, que por ende exige un determinado comportamiento, deberá demostrar que ello es así. Vale decir, no se presume la transparencia, la coherencia, el otorgamiento de la información debida, ni el respeto por el equilibrio contractual, ni el haberse comportado adecuadamente en un evento de conflicto de interés, etc. Todos estos comportamientos deben encontrar un referente exterior, objetivo, cuya existencia debe ser demostrada para que quien sostiene haber obrado conforme a buena fe sea catalogado como tal.

En cuanto a la práctica contractual sobre el principio de buena fe el Código Civil, expresa:

“ Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.” (Art.1603 C.C.).

Este artículo toca el principio de la libertad contractual o negocial y a la institución de la propiedad privada como base de un orden jurídico individualista, implica la libertad de las personas para celebrar, mediante su propia voluntad, toda clase de actos o negocios jurídicos.

En el Código de Comercio Colombiano encontramos, de manera explícita en el libro IV, relativo a las obligaciones y contratos, el capítulo II que regula la materia de la representación, y dentro de este acápite dos disposiciones que aluden a la buena fe: la primera el artículo 834, que regula la manera en que ha de tratarse la buena fe del representante en relación con el estado de conciencia del representado, vale decir, la buena fe subjetiva en materia de representación, y de otra, una previsión contenida en el artículo 835 que establece la presunción de buena fe en los siguientes términos:

Art. 834: “En los casos que la ley prevea un estado de buena fe, de conocimiento o de ignorancia de determinados hechos, deberá tenerse en cuenta la persona del representante, salvo que se trate de circunstancias atinentes al representado. En ningún caso el representado de mala fe podrá ampararse en la buena fe o en la ignorancia del representante”.

Art. 835: “Se presumirá la buena fe, aun la exenta de culpa. Quien alegue la mala fe o la culpa de una persona, o afirme que ésta conoció o debió conocer determinado hecho, deberá probarlo”.(Código de Comercio).

Respecto al artículo 835 conviene precisar que el legislador se ha venido refiriendo a la buena fe subjetiva, cual es la que consagrada en el artículo 834, por lo que no es viable extender su aplicación a eventos de buena fe objetiva.

Ahora bien, si se pretendiera argumentar que la expresión “aún la exenta de culpa”, al referirse a los eventos en los que se presumirá la buena fe, implica su aplicación en el campo de la buena fe objetiva, debe señalarse que la buena fe exenta de culpa es una modalidad de la buena fe subjetiva y no comprende eventos de buena fe objetiva.

La presunción de buena fe, aun la “exenta de culpa”, indica que en materia comercial se aplican los mismos presupuestos civiles. En efecto, ya en el artículo precedente ha precisado el legislador que el tipo de buena fe que se está regulando es la buena fe subjetiva, cuando en el artículo 768 del Código Civil, dispone que “La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio”.

El artículo 863 del Código de Comercio exige que “Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período pre-contractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”, es una expresión considerada por la doctrina como “ambiguo y poco afortunado” pues si de buena fe objetiva se trata, no resulta necesario hablar de buena fe exenta de culpa, pues la buena fe objetiva presupone siempre la diligencia, el decoro en el actuar. De ahí que el uso de la mencionada expresión sea impropio, pues introduce confusión en torno a la necesidad de atribuir una característica que valide el comportamiento como de buena fe, esto es, que esta sea exenta de culpa, como si pudiese existir una buena fe objetiva que careciese de diligencia.

En relación con lo anterior el autor considera que el artículo más importante, en materia comercial, es el artículo 871 del Código de Comercio:

“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.”

Artículo que en concordancia con el artículo 1603 del Código Civil, reafirma la obligatoriedad del obrar con conciencia de buena fe, es decir que la ejecución de los contratos y de los actos de comercio, debe ejecutarse conforme al principio general, entendido, como ya se explicó anteriormente, el actuar rectamente y bajo las pautas legales y morales en la ejecución de todo acto y negocio mercantil.

Las diferencias entre los dos artículos, radica en la aplicación más amplia del principio buena fe por parte de la norma consagrada en ambos códigos, por cuanto extienden sus efectos a la celebración del contrato y no se queda únicamente en la etapa de ejecución; incluye, además, la observancia de otras fuentes, tales como la costumbre y la equidad natural, para entender la obligación surgida para las partes en virtud del contrato.

En materia negocial el desarrollo y cumplimiento del artículo 1603 del Código Civil, es el más representativo del principio buena fe por cuanto determina taxativamente un criterio de interpretación contractual subjetivo al señalar objetivamente la naturaleza de la obligación y de ley al momento de la ejecución contractual.

Esta importancia también se deriva de la limitación impuesta por este artículo a la libertad de los contratantes para gobernarse por su propia libertad, salvaguardando de esta forma los intereses superiores de la colectividad.

Uno de los ejemplos más claros, de la aplicación de la buena fe se presenta en la promesa de compra venta de un bien embargado. Como lo dispone el artículo 1521 del Código Civil, existiría objeto ilícito en el mencionado contrato y por lo tanto no daría lugar al nacimiento de una obligación, tal y como lo dispone el Art.1502 de mismo Código. Sin embargo, por tratarse de un contrato de promesa de venta y en aplicación del principio de la buena fe consagrados en los artículo 1603 del Código Civil y el artículo 83 de la Constitución Nacional, éste contrato sería válido en la medida en que a la parte vendedora le nace la obligación de levantar el embargo sobre la cosa vendida al momento de la celebración del contrato prometido, ya que todo contrato implica que las partes se obligan a cumplir no sólo lo que en ellos se expresa, sino todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación.

Por ello, la presunción de la buena fe en los negocios comerciales se presenta cuando se adquiere una cosa mueble en establecimiento comercial abierto al público, pues en este caso se adquiere la propiedad, aunque más tarde se pruebe que se adquirió de quien no era dueño. Se autoriza al verdadero dueño para que de nuevo compre la cosa al comprador mediante indemnización plena (precio, mejoras, etc.). Aquí aparece expropiado el verdadero dueño en razón del error común cometido por el comprador, pues quien compra en establecimiento comercial, tiene la seguridad de comprar a quien realmente tiene la facultad de enajenar. Justamente nadie concibe que un comerciante a la vista de todos y con autorización estatal, abra un establecimiento para vender cosas de las que no es propietario o no tenga la facultad de transmitir el dominio.

De lo expuesto hasta la presente, cabe señalar la importancia que las tendencias neoconstitucionalistas dan a la aplicación y a la interpretación de uno de los principios generales del derecho como es el de la presunción de la buena fe en la

celebración y la ejecución de los actos o negocios jurídicos. La ética del discurso neoconstitucionalista supone su compatibilidad con el Estado Social de Derecho.

De hecho, la interrelación íntima entre las obligaciones y los derechos con la democracia no es solo de aplicación e interpretación normativa, sino que va más allá del ámbito del artículo 83 de la Carta Constitucional, en cuanto la buena fe exige comportamientos concretos, objetivos, conforme a los valores morales y sociales inherentes al mismo principio.

2. LA BUENA FE COMO PRINCIPIO REGULADOR DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE BIEN INMUEBLE

El presente capítulo tiene como objetivo abordar el concepto y la problemática de la buena fe como principio regulador de los contratos de arrendamiento de bien inmueble, lo que implica, ante todo, sumirse en la temática esencial del contrato en el Código Civil colombiano como en el Código de Comercio y en las normas complementarias y regulatorias, específicamente las que tratan los asuntos sobre contratos de arrendamiento de vivienda urbana y locales comerciales.

2.1 CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Antes de abordar la temática sobre el contrato de arrendamiento es indispensable exponer algunas generalidades del contrato en cuanto a su concepto, formación, elementos, tipos y efectos jurídicos.

2.1.1 Contrato. El término contrato proviene del vocablo latino contractus que hace referencia a una convención o pacto, oral o escrito, entre dos o más voluntades que proponen crear, modificar o extinguir un derecho y cuyos efectos jurídicos han de generar obligaciones. Los contratos desde el derecho romano se definen como “unas convenciones que están destinadas a producir obligaciones y que han sido sancionadas y nombradas por el Derecho Civil” . En un sentido amplio, la expresión contrato hace referencia “a todo acuerdo de voluntades dirigido a regular situaciones que forman parte del Derecho Civil” . Este último concepto se refiere a contratos propios del derecho patrimonial, de derecho de familia o contratos sucesorios.

Desde la antigüedad, más específicamente, desde el derecho romano, se identifica al contrato como un acuerdo de voluntades cuyo consentimiento libre y

soberano está acompañado de formalidades que le dan, además del carácter de obligación, la solemnidad requerida para su reconocimiento. Raíces romanas que, aún en el presente, se hallan impresas en diversos códigos civiles del sistema germánico. La mayoría de ellos, siguen las directrices iniciadas por el código civil francés, heredero del Código Napoleónico, que establece que el contrato es la convención por la cual una o más personas se obligan, con otra u otras, a dar, hacer, o no hacer alguna cosa. A manera de ejemplo se citan definiciones emitidas por algunos códigos como:

- El Código Civil español (art. 1254) establece que "el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio".
- El Código Civil argentino (art.1137) dice que "hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos."
- Para el Código Civil del Uruguay (art.1247) el "Contrato es una convención por la cual una parte se obliga para con la otra o ambas partes se obligan recíprocamente a una prestación cualquiera, esto es, a dar, hacer o no hacer alguna cosa".
- La República del Ecuador en un similar sentido prescribe (art. 1454): "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada puede ser una o muchas personas".
- El Código Civil colombiano (art. 1495) define: "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas".

En la mayoría de los conceptos revisados se observa el énfasis que todas ellas hacen de los elementos fundamentales que constituyen el contrato como: la voluntad recíproca de las partes que lo suscriben, la causa o motivo del acuerdo y los negocios obligacionales que del mismo se desprenden: dar, hacer o no hacer.

De donde se concluye que todos los contratos dan lugar a efectos jurídicos, que son obligaciones exigibles establecidas en su contenido, causa y objeto.

Al analizar el tratamiento que el Código Civil colombiano da al concepto de Contrato: Libro IV, Título I, artículo 1495, es vital tomar nota en los términos "Contrato o convención" sobre los que existe una cierta diferencia y que el Consejo Superior de la Judicatura, Sala de Casación Civil, en Sentencia de Octubre 18 de 1972, oportunamente conceptúa:

"Distínguese el contrato de la convención en que el acuerdo de voluntades que lo forma se encamina exclusivamente a generar obligaciones, en tanto que la convención puede ir en pos no solo de éste objetivo, sino también en modificar o extinguir obligaciones ya creadas. Por eso se dice con propiedad que la convención es género y el contrato especie. El nacimiento de obligaciones constituye, pues, el efecto propio del contrato".

Si se compara el artículo 1495 del Código Civil con el artículo 864 del Código de Comercio que dice que "El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial", se deduce que ambos conceptos, propios del Derecho privado, tienen como fuente, el principio de autonomía privada en la que el querer de las partes ejerce una influencia directa en el nacimiento del contrato.

El concepto de contrato si bien es cierto que en la antigüedad mantenía un lazo estrecho con las acciones, ex bona fide o, de consentimiento, solemnes y formales, no tenía las connotaciones económicas que le caracterizan en la modernidad. El concepto moderno de contrato confirma la voluntad de las partes como generadora del contrato, pero también confirma como fuente del mismo al principio de voluntad o autonomía de la voluntad de las partes como principio básico del Derecho privado. La formalidad del contrato, de herencia romana, es una exigencia de ley que protege a las partes y al mismo contrato. La expresión

“los contratos son ley para las partes”, se defiende desde las teorías racionalistas de la modernidad.

Formación del contrato. Como primera medida se ha de puntualizar que el contrato se inicia con la manifestación expresa o tácita, verbal o escrita, de la voluntad de las partes que conforman el acto jurídico. El acto o declaración de la voluntad debe estar acompañada del cumplimiento de los requisitos para obligarse dispuestos en el artículo 1502 y siguientes del Código Civil. Son condiciones indispensables para dar vida y validez al contrato: el consentimiento; la capacidad; la licitud del objeto u objetos; la licitud de la causa; la ausencia de vicios en el consentimiento, amén de los requisitos o formalidades exigidas por la naturaleza del contrato o la calidad personal de los contratantes.

La legislación civil colombiana hace énfasis en la voluntad de las partes manifiesta en el consentimiento libre de ofrecer y de aceptar una cosa u objeto, o una causa del contrato. La ley exige que todo consentimiento esté libre de vicio: error, fuerza o dolo (art. 1509. C.C.), por sujeto ajeno al objeto del contrato. La ausencia de vicios en el consentimiento es esencial para la validez y eficacia del contrato, es decir, que la voluntad de las partes no esté presionada por factores externos que modifiquen la intención que originó el acto jurídico. El error o la equivocación, la fuerza o la violencia en una de las partes (art. 1512. C.C.), en la naturaleza del acto (art. 1510. C.C.), en la calidad del objeto (art. 1511. C.C.) o, en algún aspecto esencial del contrato, cuya aparición es motivo de nulidad del acto jurídico.

La voluntad de las partes que se sustenta en el principio de la libertad contractual existe y es reconocida desde la integridad de la persona humana, desde el reconocimiento jurídico de sus derechos fundamentales. Existe la garantía de preservar lo pactado como producto de dos personalidades o voluntades libres y soberanas. La libertad contractual es, por tanto, vinculante a las partes creadoras de derecho (*pacta sunt servanda*) y de obligaciones recíprocas, bilaterales.

Por lo tanto, se ha de considerar que si la obligatoriedad generada por un contrato tiene su fundamento en el querer de las partes, su fuerza radica en la función colectiva, en el respeto al orden público, a la ley superior y a las buenas costumbres.

En el artículo 1602 del Código Civil, la libertad contractual se debe no a la voluntad de las partes sino al reconocimiento que el derecho objetivo hace a ese acuerdo: el de tener fuerza de ley. Al respecto, se toma la cita de la Corte Suprema de Justicia:

"Cuando en los negocios jurídicos las partes contratantes sujetan sus estipulaciones a las pautas legales, o sea, en sus declaraciones de voluntad no comprometen el conjunto de normas que atañen al orden público y a las buenas costumbres, el derecho civil les concede a los contratos celebrados en esas condiciones fuerza de ley, de tal manera que no pueden ser invalidados sino por el consentimiento mutuo de los contratantes o por causas legales".

Posición que reafirma que es el derecho objetivo, a través de la norma civil, el que se encarga de darle al contrato, la fuerza obligatoria de ley.

Elementos del contrato. El contrato tiene todos los elementos y requisitos propios de un acto jurídico cuales son los elementos personales inherentes a las personas naturales o jurídicas, como la capacidad de ejercicio en derecho y que le dan vida jurídica al contrato; los elementos reales que no son otros que la prestación y la contraprestación u objeto lícito del contrato, es decir, la cosa o servicio de dar, hacer o no hacer, de una parte y la entrega de la cosa material (que se da o se hace) de la otra. Los elementos formales lo constituyen los signos o formas como se manifiesta el consentimiento de las partes en la celebración del contrato. El consentimiento libre de vicios como elemento esencial del contrato, se configura en la oferta como proposición completa del negocio jurídico y en la aceptación oportuna y sin condiciones

En el artículo 1501 del Código Civil, se definen como elementos del contrato los que:

“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 las que no siendo esenciales en él, se entienden permanecerle, 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”.

Estos últimos, los elementos accidentales, son aquellos que las partes establecen mediante cláusulas especiales, que aunque no son elementos requeridos en el perfeccionamiento del contrato, no deben ser contrarias a la ley, la moral las buenas costumbres y el orden público. Elementos o modalidades definidas como excepcionales y “Sometidas a un régimen normativo que, en tesis general, sigue directrices comunes” como la condición, el plazo y el modo cuya eficacia, dentro del acto jurídico, depende del cumplimiento de la misma condición y no sobre la validez del contrato.

La causa lícita ha sido uno de los elementos que ha ofrecido mayor controversia desde el punto de vista de las obligaciones que genera el contrato y desde los móviles o causas que inducen al contrato y le dan validez.

Clasificación de los contratos. Las clases más comunes, sobre las cuales la doctrina es coincidente, son: contrato privado o público; contrato formal o solemne y no formal; contrato unilateral y bilateral, contrato gratuito y oneroso; contrato conmutativo y aleatorio; contrato principal y accesorio y contrato real, consensual y solemne. Desarrollados todos de manera explícita en el artículo 1496 y siguientes del Código Civil.

Sin entrar en un estudio profundo sobre cada uno de ellos, por no ser materia de análisis del presente estudio, se identifica cada uno de ellos, conforme a la clasificación del Código Civil:

Contratos unilaterales y bilaterales: El contrato unilateral es un acuerdo de voluntades que engendra obligaciones solo para una de las partes. El contrato bilateral o plurilateral es el acuerdo de voluntades que da nacimiento a obligaciones para todas las partes (art. 1496.C.C.).

Cuando en un contrato unilateral existen obligaciones que impliquen la transferencia de una cosa, si ésta se destruye por caso fortuito o fuerza mayor, es necesario poder establecer quién debe sufrir la pérdida. La cosa siempre perece para el acreedor

En todo contrato bilateral que genera obligaciones recíprocas, cuando una parte no cumple o se allana a cumplir, carece de derecho para exigir a la otra el cumplimiento de su obligación, y si a pesar de ello pretendiera exigir judicialmente el cumplimiento por una demanda, el demandado le opondrá la excepción de contrato no cumplido (principio "la mora purga la mora"). La exceptio non adimpleti no puede presentarse en los contratos unilaterales, por una sencilla razón de que en ellos solo una de las partes está obligada, y si no cumple, la otra podrá judicialmente exigir ese cumplimiento, sin que pueda oponérsele dicha excepción, ya que no tiene por su parte ninguna obligación que realizar.

Contratos onerosos y gratuitos. El contrato oneroso es aquél en el que existen beneficios y gravámenes recíprocos, en éste hay un sacrificio equivalente que realizan las partes (equivalencia en las prestaciones recíprocas); por ejemplo, la compraventa, el contrato de arrendamiento y el mutuo con interés.

El contrato gratuito o de beneficencia, es aquél que sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen. Es gratuito, por tanto, aquel contrato en el que el provecho es para una sola de las partes, como por ejemplo el comodato (art. 1497. C.C.), la donación, el mandato y el depósito no remunerado.

Contratos conmutativos y aleatorios (art.1498.C.C.). Esta clasificación sólo aplica en los contratos bilaterales y es contrato oneroso conmutativo aquel contrato en el cual las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde el momento que se celebra el acto jurídico, un ejemplo muy claro es el contrato de compraventa de una casa.

Contrato aleatorio, es aquel que surge cuando la prestación depende de un acontecimiento futuro e incierto y al momento de contratar, no se saben las ganancias o pérdidas hasta el momento que se realice este acontecimiento futuro. Ejemplos son el contrato de compraventa de cosecha, el contrato de juego y apuestas. Entre las características comunes de los contratos aleatorios se destaca la incertidumbre sobre la existencia de un hecho, como en la apuesta, o bien sobre el tiempo de la realización de ese hecho.

Contratos principales y accesorios (art.1499.C.C.). Contrato principal es aquel que existe por sí mismo, en tanto que los accesorios son los que dependen de la obligación de un contrato principal. Los accesorios siguen la suerte de lo principal porque la nulidad o la inexistencia de los primeros originan, a su vez, la nulidad o la inexistencia del contrato accesorio.

Los contratos accesorios son también conocidos como contrato de garantía, porque generalmente se constituyen para garantizar el cumplimiento de una obligación que se reputa principal, y ésta forma de garantía puede ser personal, como la fianza, en la que una persona se obliga a pagar por el deudor, si éste no lo hace; o puede ser real, como el de contrato de hipoteca o el de prenda, en los

que se constituye un derecho real sobre un bien enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

La regla de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, sufre en ciertos casos excepciones, porque no podría existir el contrato accesorio, sin que previamente no se constituyese el principal; sin embargo, la normativa presenta casos en el que puede existir fianza, prenda o hipoteca, sin que haya una obligación principal, como ocurre cuando se garantizan obligaciones futuras o condicionales.

Contrato consensual, real y solemne (art.1500.C.C.). En el contrato consensual por regla general, el consentimiento de las partes basta para formar el contrato; las obligaciones nacen tan pronto como las partes se han puesto de acuerdo. El consentimiento de las partes puede manifestarse de cualquier manera. No obstante, es indispensable que la voluntad de contratar revista una forma particular, que permita por medio de ella conocer su existencia. No es la simple coexistencia de dos voluntades internas lo que constituye el contrato; es necesario que éstas se manifiesten al exterior.

El contrato es real cuando queda concluido o perfeccionado desde el momento en que una de las partes haya hecho a la otra la tradición o entrega de la cosa sobre la que versa el contrato.

Contrato solemne, es aquel que, además de la manifestación del consentimiento por un medio específico, requiere de determinados ritos o formalidades especiales estipuladas por la ley para producir sus efectos civiles. Ejemplo, el contrato de Matrimonio.

Contrato privado y público. Esta clasificación atiende a dos criterios bastante diversos: uno, el que obedece a la publicidad o intervención profesional en el contrato y reconoce como contrato privado el realizado por las personas

intervinientes en un contrato con o sin asesoramiento profesional. Esta clase de contrato tendrá el mismo valor que la escritura pública entre las personas que los suscriben y sus causahabientes. Y, como contrato público a los contratos autorizados por los funcionarios o empleados públicos, dentro del ámbito de sus competencias, con una mejor condición probatoria. Tienen mayor importancia los documentos notariales y, dentro de ellos las escrituras públicas.

El otro criterio, de acuerdo a la calidad de los sujetos intervinientes define el contrato privado como aquel que es el realizado entre personas naturales o jurídicas, sean públicas o privadas y en las que existe una relativa igualdad contractual, es decir, sin la posibilidad de que una parte pueda imponerse a la otra. Como contrato público o administrativo se identifica el contrato celebrado entre el Estado o un organismo público y una persona natural o jurídica, en donde el primero de ellos mantiene una serie de potestades sobre el segundo, llamadas exorbitantes, que colocan a éste en subordinación a aquél.

Otros contratos como los Instantáneos o de Tracto Único, son aquellos que se cumplen en el mismo momento en que se celebran, es decir, su cumplimiento se lleva a cabo en un solo acto. Mientras que el contrato de Tracto Sucesivo es aquel en que el cumplimiento de las prestaciones se realiza en un periodo determinado, y que, por deseo de las partes se puede extender para satisfacer sus necesidades primordiales y éstos términos pueden ser de ejecución continuada, es decir, de ejecución única pero sin interrupción; de ejecución periódica en la que varias prestaciones que se ejecutan en fechas establecidas y de ejecución intermitente la que se da cuando lo solicita la otra parte.

El Contrato Nominado o típico es aquel contrato que se encuentra previsto y regulado en la ley. Por ello, en ausencia de acuerdo entre las partes, existen normas dispositivas a las que se puede acudir como el contrato de compraventa o de arrendamiento. Es innumerable el número de contratos que forman parte del

orden civil con efectos patrimoniales y que se encuentran dentro del encuadre jurídico que los regula como las del orden del matrimonio: las capitulaciones o acuerdo prenupcial; del contrato laboral: contrato de prestación de servicios.

Lo contrario sucede en el Contrato Innominado o atípico, cuyas características no pueden ser regladas por la ley, no tienen nombre específico, puede ser un híbrido entre varios contratos o incluso uno completamente nuevo. Por ello es indispensable que para completar las lagunas del derecho o situaciones no previstas por las partes en el contrato, es necesario acudir a la regulación de contratos similares o análogos.

Es importante aclarar que los contratos innominados no son los que no están previstos por el Código Civil, porque todos los contratos lo están; simplemente son los que no están expresamente definidos en sus artículos, aunque, sin perjuicio de que las partes los definan expresamente en el momento de contratar en el marco de su autonomía de la voluntad.

Como se puede observar es lo suficientemente amplio el número de modalidades de contratos que puede ofrecer un sistema jurídico que cuente con libertad de contratación, como suficientes los derechos y obligaciones que pueden crear las partes, el hacerlo de manera pura y simple o sometida a alguna modalidad. Sin embargo, la legislación civil de la mayoría de los países ha regulado los más importantes de éstos, bien en sus respectivos códigos civiles, o bien en leyes especiales, creando un sistema de contratos típicos o nominados, cuya regulación esencial consta en la leyes y se halla sustraída a las partes del contrato, con fines de seguridad, protección y equilibrio entre los eventuales sujetos.

La tipicidad de los contratos se hace efectiva mediante el principio de integración del contrato, aplicado bien con arreglo a la formulación que las partes hubieren atribuido a su contrato, o bien, conforme se deduzca del contenido de las

cláusulas del texto en caso de que no fueren claros los términos en que el contrato se hubiese formulado por las partes.

Cosas susceptibles de arrendamiento. No solo las cosas corporales son susceptibles de arrendamiento, también lo son las cosas incorpóreas, es decir, los derechos patrimoniales como las piezas musicales, los derechos de uso de las marcas, las ideas de los autores, el good will de un establecimiento de comercio, el derecho de explotación de un determinado tiempo, una marca industrial, una patente, una firma comercial, entre otros. En resumen, todos los bienes que puedan usarse sin consumirse, es posible arrendarlos. Sin embargo la ley establece que existen ciertos bienes que no se permiten arrendar como los de uso y habitación, lo anterior porque en la definición que nos presenta el Código Civil se refleja la necesidad de pagar un precio a cambio de obtener el bien mientras que en los derechos de uso y habitación tienen un carácter de beneficencia.

Igualmente es posible arrendar cosa ajena, y el arrendatario de buena fe tendrá acción de saneamiento contra el arrendador, cuando se presente evicción. A esta clase de arrendamiento se le aplica la normatividad que regula la venta de cosa ajena. Si el verdadero propietario de la cosa dada en arrendamiento ratifica al arrendatario después de haber entregado el bien, el arrendatario tendrá sus derechos de tal bien desde el inicio del contrato. Sin embargo, si se arrienda la cosa de un tercero con la autorización de este, ya no se estaría hablando de arrendamiento de cosa ajena.

Efectos jurídicos de los contratos. Para una mayor comprensión del alcance jurídico del contrato celebrado entre dos personas, se considera que en los conceptos dados por el Código Civil sobre contrato (artículo 1495), y Código de Comercio artículo 864, existe un reconocimiento del dominio exclusivo de un acuerdo de voluntades como característica esencial del contrato y elemento básico de todo negocio jurídico. Voluntad que va más allá del ordenamiento

jurídico en cuanto que, como conjunción de intereses, se ha de inspirar en una relación de confianza y lealtad recíprocas entre las partes que lo celebran.

Ambos conceptos, propios del derecho privado, tienen como fuente la libertad de las personas con sustento en el principio de la autonomía privada; es el querer de las partes ejerciendo influencia directa en el nacimiento del contrato. Situación que se reafirma con lo que dice el artículo 1602 del Código Civil. La expresión el contrato “es una ley para los contratantes” hace referencia a los contratos legales, es decir, a los que cumplen con los preceptos legales o principios fundamentales como el principio de la literalidad y el principio de relatividad del contrato, ajustados a los términos suscritos por las partes.

Si bien es cierto que en la legislación colombiana no se contempla la libertad contractual, como expresión fundamental del principio de la autonomía privada, si tiene importancia para los actos de contratación civil y comercial. La libertad contractual hace referencia al papel de la voluntad en la celebración de los contratos y la libertad en el respeto al acuerdo de voluntades, en el vínculo de obligatoriedad de las partes. La libertad contractual es dada en la vigencia del contrato, en la relación de las partes, independiente a la modalidad o al tipo comercial.

El artículo 1602 reconoce el poder de la autodeterminación, de la reglamentación de las relaciones jurídicas y de la autoreglamentación de esas relaciones, poder que los doctrinantes consideran como el ejercicio del principio de la autonomía privada en la que “...la voluntad es la fuente y medida de los derechos subjetivos”, concepto que se integra al de libertad, propio del racionalismo jurídico del siglo XIX. Principio que, en Colombia, desde la vigencia de la Constitución Política de 1991, ha sufrido cambios radicales desde la perspectiva doctrinal, por cuanto son diversas las opiniones o posiciones sobre su vigencia y diversas las dudas sobre

su utilidad, que hacen imposible tomar una visión real frente a su vigencia en el Código Civil.

Las variaciones en la concepción del principio de la autonomía privada están ligadas a las variaciones comerciales y mercantiles de las sociedades, especialmente las de alto y medio desarrollo económico. Según el sistema jurídico heredado - anglosajón o romano -, su aplicabilidad e interpretación varía desde la libertad plena (economía liberal) a las restricciones o limitaciones que impone la intervención del Estado en el sistema negocial (intervencionismo estatal). En los últimos años, dentro una economía neoliberal, de un Estado Social de Derecho y de Democracia Participativa, el principio de autonomía manifiesto en el artículo 333 de la Constitución política que a la letra dice:

“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones.

El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

En este contexto el contrato como ejercicio de la libertad, en principio, sólo necesita para su legitimidad que provenga de la libre decisión de los autores de la regla contractual. Por ello, en caso de controversia le corresponde al juez “interpretar el contrato con un sentido de justicia sustancial y a la luz de la Constitución y de la ley, ha de hacerlo necesariamente dentro del marco trazado por las partes y con estricta fidelidad a lo pactado como quiera que su cometido no es en modo alguno sustituirlas sino procurar el eficaz cumplimiento de sus estipulaciones” , reiterando que las, "Las condiciones pactadas en el contrato son ley para las partes. La decisión de un juez, en una causa de la que no hace parte un tercero contratante, no puede entrañar modificación de las condiciones del contrato, so pena de vulnerar los derechos a la libertad económica y contractual garantizados en la propia Constitución".

A los efectos de la libre voluntad se ha de integrar los efectos u alcances, resultantes de la interacción de las partes ante el objeto del contrato en la que una parte exige de la otra el cumplimiento del objeto pactado. Obligación conocida en la vida jurídica como responsabilidad contractual o responsabilidad civil contractual cuyas consecuencias jurídicas, derivadas del contrato, están rigurosamente tuteladas por la ley.

El hecho voluntario de la parte que se obliga le genera una serie de obligaciones derivadas bien por la prestación (dar, hacer o no hacer); por la finalidad ulterior (de medio y de resultado); por el vínculo jurídico (civiles, naturales); por sus modalidades (puras y simples, condicionales, modales, a plazos, con cláusula penal), por el sujeto (singulares, plurales); por el objeto (de especie o de cuerpo cierto, de género, alternativas, facultativas, divisibles, indivisibles, positivas, Negativas, de objeto simple, de objeto múltiple o plural) y por la dependencia (principales, accesorias).

Si por un lado se define la responsabilidad contractual como el deber de indemnizar los perjuicios causados por el incumplimiento de una obligación preexistente derivada de una relación contractual y por otro, se afirma que esa responsabilidad contractual surge por el incumplimiento que de un contrato realice alguna de las partes, cabría la posibilidad de que se vulnera un derecho privado, personal o de crédito, como del orden público, al desconocerse el principio de que el contrato es ley para las partes. El sujeto obligado a reparar el daño es conocido desde un principio como, también, la magnitud del perjuicio causado, de donde queda posible valorar, incluso a priori, la indemnización correspondiente mediante la fijación de una cláusula penal.

La subordinación de la voluntad privada al derecho, desde el imperio de las tesis racionalistas, ha provocado una vigorosa reacción en el pensamiento filosófico-jurídico de los últimos tiempos especialmente desde el auge industrial. Su injerencia en el ordenamiento jurídico va acompañada de una mayor invasión al campo de la autonomía privada.

Según el artículo 1602, piedra angular del sistema civil, la voluntad privada no es fuente autónoma de efectos jurídicos; ésta debe expresarse legalmente para que adquiera el vigor normativo que dicho artículo le atribuye, el que se convierta en una ley para las partes. Pero, cuando el contrato reúne los requisitos de ley que condicionan su existencia y validez, sus estipulaciones libremente consentidas, revisten, para los agentes, para los jueces y encargados de aplicarlas, fuerza vinculatoria.

Reconociendo la autonomía de la voluntad privada y su vigor normativo, el legislador se ha abstenido de modificar, en lo posible el principio de la libre autonomía. Así, la mayoría de las previsiones legales del acto negocial se aplican solamente en lo concerniente a la manifestación expresa de la voluntad de los interesados. La excepción de modificar cierta norma en el contenido del contrato,

debe estar manifiesta de manera clara y expresa en el mismo contrato a fin de que sea tomada como norma supletiva e incorporada a las estipulaciones y voluntarias (art.1603 y 1621).

2.1.2 El contrato de arrendamiento. Aspectos Generales. Cuando se habla de contrato de arrendamiento se hace referencia a un tipo de contrato bilateral que, conforme al artículo 1973 del Código Civil, se establece normalmente entre dos partes y que supone que la primera, llamada el arrendador, se obliga a conceder el uso de una cosa mueble o inmueble a la segunda, llamada el arrendatario, para que la utilice en beneficio propio. El contrato de arrendamiento supone que la segunda parte, el arrendatario, ofrece una contraprestación, renta o canon, que debe pagar, de forma periódica, por el tiempo determinado o por lo menos determinable, que se establece de común acuerdo en el contrato. En algunos casos, el pago puede ser en dinero y en otros casos en especie como cuando se arrienda una porción de tierra para su explotación y se paga al arrendador parte del producto que el arrendatario logra a partir del uso de ese espacio o elemento.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia establece que:

“La definición que del contrato de arrendamiento trae el artículo 1973 del Código Civil indica que son de su esencia de un lado, una cosa, cuyo uso o goce concede una las partes a la otra, o la prestación de un servicios o la ejecución de una obra y de otro el precio que se debe pagar por ese goce, obra o servicio. En el primer caso, lo que interesa en la Litis de que ahora conoce la corte, la concesión del goce o uso de la cosa y el precio que por ella se paga, amén del consentimiento de las partes que lo cobran, como es obvio, son elementos esenciales del contrato de arrendamiento de cosas”.

El contrato de arrendamiento es un contrato bilateral por cuanto establece obligaciones para cada una de las partes. Para el arrendador su obligación principal es la de entregar al arrendatario el bien objeto de arrendamiento;

mientras que la obligación principal para el arrendatario es la de conservar la cosa en el estado en que la recibió, pagar el precio estipulado dentro del contrato de arrendamiento y entregar la cosa a la terminación de dicho contrato.

El contrato de arrendamiento es conmutativo por cuanto cada una de las partes tiene la obligación de dar, hacer o no hacer algo, que es equivalente a lo que la otra parte deba dar, hacer o no hacer. Igualmente es solemne, debido a que su validez está sometida al cumplimiento de ciertos requisitos o formalidades especiales. Es de ejecución o tracto sucesivo porque presume una serie escalonada de obligaciones debido a que estas no pueden cumplirse en un solo acto. “el cumplimiento de las obligaciones de las partes solo es susceptible de realizarse mediante la reiteración o repetición de un mismo acto o en otras palabras, por la observancia permanente en el tiempo, de una determinada conducta, única manera ésta, impuesta por la naturaleza de la prestación debida, de poder satisfacer el interés económico que indujo a las partes a contratar” .

Cuando el arrendatario adquiere la obligación de pagar una suma de dinero a cambio del goce del inmueble objeto de arrendamiento en los periodos pactados, se dice que el contrato de arrendamiento es oneroso.

El contrato de arrendamiento es uno de los contratos más comunes que se pueden dar entre dos personas y que, en su mayoría, tiene que ver con actividades económicas, por cuanto implica además de un precio, la concesión del uso, goce y disfrute de la cosa o bien arrendado, lo que infiere que la cosa arrendada puede ser de índole corporal o incorporal, que exista o se espera que exista, además que no se consume con el goce. La cosa arrendada no debe figurar entre los objetos que la ley prohíbe ceder en arrendamiento como son los derechos de uso y habitación, el de alimentos o la servidumbre despojada del predio sirviente.

El precio o pago del canon por la cosa arrendada, como se dijo anteriormente, en dinero o en especie está determinado por la libre autonomía de la voluntad de los contratantes, lo que permite que las partes determinen el valor del arrendamiento sin dejar de lado los intereses personales y económicos de cada cual. En caso de conflicto en relación al valor del contrato, éste se puede establecer a través de un avalúo pericial y los costos de esta operación se deberán repartir entre las partes por igual. De la misma manera, si entregada la cosa existe algún tipo de disputa en relación al precio de la renta, se estará sujeto al justiprecio de los peritos.

Resumiendo, un contrato de arrendamiento como cualquier otro contrato, conlleva ciertos presupuestos de validez como la capacidad de las partes contratantes, el consentimiento con sustento en el acuerdo de voluntades, el objeto y la causa lícita.

Obligaciones de las partes. Conforme a lo establecido por el Código Civil, artículo 1982, el Arrendador está obligado a:

1. Entregar al arrendatario la cosa arrendada. El arrendador deberá entregar el bien en buen estado de uso. Si se presenta incumplimiento por culpa de este o de sus agentes o dependientes en la entrega de la cosa, el arrendatario podrá desistir del contrato y tendrá derecho a recibir una indemnización de perjuicios (art. 1983, C.C.). Igualmente si la entrega está retrasada y ella disminuye el valor del contrato de arrendamiento, el arrendatario podrá desistir de este y deberá recibir una indemnización de perjuicio. El arrendador está exento del pago de la indemnización siempre y cuando demuestre que el incumplimiento proviene de fuerza mayor o caso fortuito.
2. Mantenerla en estado de servir para el fin a que ha sido arrendada. El arrendador deberá, durante todo el arriendo, mantener la cosa arrendada realizando las reparaciones necesarias. Estos arreglos son aquellos que

tienen por finalidad hacer habitable y dar mayor comodidad a una vivienda. Estas surgen de manera imprevista en cualquier momento durante todo el arrendamiento. Aquellas que el arrendatario realice, deberán ser siempre autorizadas y pagadas por el arrendador (art. 1985, C.C.).

De acuerdo a lo establecido en el artículo 1998, las reparaciones locativas son aquellas que están a cargo de arrendatario y se producen por el uso ordinario que el arrendatario le da a la cosa. Estos daños pueden ser descalabros de paredes, rotura de cristales, entre otros. Están a cargo del arrendatario a menos que este las haya realizado por fuerza mayor, caso fortuito o mala calidad del bien arrendado. Lo que en la jurisprudencia francesa es conocido como “mejoras locativas debidas a fuerza mayor”.

El arrendador no podrá, sin el consentimiento del arrendatario llevar a cabo obras o trabajos que puedan afectar el goce del bien o cosa arrendada. Aun así, si se trata de reparaciones de carácter urgente con imposibilidad de aplazarse, el arrendatario tendrá la obligación de cubrirlas, sin importar que pierda parte del goce del bien arrendado.

Por esto, el arrendatario tendrá derecho a que se le descuente la renta en proporción a lo que no se esté disfrutando. Sin embargo, si tales reparaciones recaen sobre gran parte de la cosa arrendada, se pierde el objeto del contrato y el arrendador podrá dar por terminado el contrato de arrendamiento.

3. Librar al arrendatario de toda turbación en el goce de la cosa arrendada. El arrendador, por lo general deberá garantizarle el uso y el disfrute al arrendatario. Además deberá asegurarle que el bien objeto del contrato está libre de vicios y que además el arrendatario no será perturbado en su goce o disfrute de la cosa por terceros (arts. 186 y 1987, C.C.).

El arrendatario, por su parte y de acuerdo al artículo 1996 del Código Civil, se obliga a:

1. Usar la cosa según los términos que establezca el contrato. No podrá darle un uso diferente a lo convenido o a lo que naturalmente está destinado. Si el arrendatario no le da al bien el uso adecuado, el arrendador podrá dar por terminado el contrato de arrendamiento, y adicionalmente exigir una indemnización de perjuicios o invalidar el contrato.
2. El arrendatario tendrá la obligación de conservar y restituir la cosa como lo hace un buen padre de familia (art. 1997, C.C.), tal y como le fue entregada a él al inicio del contrato. Es por esto que es necesario establecer dentro del contrato de arrendamiento, el estado en el que se encuentra el bien ya que de no constar ninguna anotación, se entenderá que se recibió en regular estado de uso. De esta forma es el arrendatario quien está obligado a realizar todas las reparaciones locativas de acuerdo al Decreto 2923/77 el artículo 10 .

El arrendatario deberá responder no solamente por los deterioros causados al bien arrendado por culpa suya sino también por los realizados por los miembros de su familia, huéspedes y dependientes, a menos de que se demuestre que los daños fueron causados por fuerza mayor o caso fortuito (art. 1999, C.C.). De no cumplir con tal, se verá obligado a indemnizar al arrendador, y este podrá dar por terminado el contrato si es un caso de grave y culpable deterioro.

3. El arrendatario tendrá la obligación de pagar un canon o renta (art. 2000, C.C.). Dentro del contrato deberá estar determinada la cantidad a pagar, de no estar establecida en él y si surgen conflictos por el precio, es necesario que este sea fijado mediante peritos. Así mismo es necesario fijar los periodos y el lugar en que el arrendatario deberá realizar dichos pagos Con el fin de

asegurar dicho pago, se podrá retener los frutos de la cosa arrendada y todos los objetos con que el arrendatario haya amueblado el bien.

2.2 EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE BIEN INMUEBLE

A continuación, de manera más concreta, se ha de analizar el contrato de arrendamiento de bien inmueble desde la óptica del arrendamiento de vivienda urbana y el arrendamiento de local comercial a la luz del principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes.

El arrendamiento de vivienda o bien inmueble ha sido de preocupación para el legislador que ha intentado modificar, ampliar y actualizar esta clase de contrato a partir de la regulación expresa en el Código Civil, manteniendo siempre el principio de la plena autonomía y libertad contractual para cada una de las partes.

2.2.1 Contrato de Arrendamiento de Vivienda Urbana. Ley 820 de 2003. Ley que solo es aplicable a los contratos de arrendamiento que versen sobre los inmuebles urbanos destinados a vivienda habitacional en cumplimiento de la función social del derecho de los colombianos a contar con una vivienda digna. La Ley contiene en sus 40 artículos además de los tipos de vivienda habitacional, las formas y elementos que conforman el contrato, la regulación sobre las obligaciones tanto del arrendador como del arrendatario, la forma de pagos mensuales, notificaciones y pagos, prohibiciones sobre subarriendos y la exigencia de depósitos a la firma del contrato.

Fijación del precio. La Ley 820 de 2003 en su artículo 2° define el contrato de arrendamiento de vivienda urbana como “aquel por el cual dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de un inmueble urbano destinado a vivienda, total o parcialmente, y la otra a pagar por este goce un precio determinado”. El pago del canon mensual es quizás uno de los puntos más

importantes de la Ley por cuanto regula el valor del arrendamiento y su incremento anual.

El pago de arrendamiento pactado se puede realizar bien en moneda nacional o en moneda extranjera o por intermedio de otra prestación cuyo valor sea equivalente al mismo valor del canon que se debe pagar. El artículo 19 de la misma Ley, establece que se podrá fijar el canon en moneda o divisa extranjera siempre y cuando se tenga relación con la Tasa de cambio Representativa del Mercado, T.M.R., del día en que se acordó el pago.

El precio ha de estar determinado por las partes de manera autónoma dentro del contrato de arrendamiento y su costo no podrá ser superior al 1% del valor comercial del bien arrendado, ni tampoco excederse al equivalente dos veces el avalúo catastral (art. 18 Ley 820 de 2003) . Aunque en términos de la Ley 820 no hay necesidad de calcular el área ocupada sino que los contratantes valoran con carácter comercial dicha parte, y después se aplica el 1% y ese resultado será la renta final.

En el mismo artículo 2 de la Ley 820, se incluyen dos conceptos, existentes con anterioridad, en el Código Civil (art. 1501), como elementos esenciales del contrato, identificados como: Servicios, cosas o usos conexos y los Servicios, cosas o usos adicionales, los primeros hacen referencia a “los servicios públicos domiciliarios y todos los demás inherentes al goce del inmueble y a la satisfacción de las necesidades propias de la habitación en el mismo” y entiende por los servicios, cosas o usos adicionales a los servicios “suministrados eventualmente por el arrendador no inherentes al goce del inmueble. En el contrato de arrendamiento de vivienda urbana, las partes podrán pactar la inclusión o no de servicios, cosas o usos adicionales” y su precio de arrendamiento no puede ser superior a un 50% del valor del arrendamiento del bien inmueble.

En esta clase de contratos, participan dos partes solidarias, natural o jurídica, una llamada arrendador quien tiene como función el otorgarle a la otra parte, en la fecha convenida, el uso y el goce del bien inmueble objeto del contrato, en buen estado de servir para el fin convenido en el contrato, además, de las otras obligaciones prescritas en el artículo 8 de la mencionada Ley y en el Código Civil. Mientras que la otra parte, conocida como el arrendatario, tendrá la obligación de pagar el precio del arrendamiento del inmueble, con la responsabilidad de cuidar del mismo, pagar los servicios (art. 9) y demás que exija la Ley.

Respecto a los derechos y obligaciones en los contratos de servicios públicos domiciliarios, el artículo 15 de la Ley 820 de 2003 determina que las partes solidarias responden ante las deudas contraídas por la prestación de los servicios mediante cobro ejecutivo ante la jurisdicción ordinaria o mediante jurisdicción coactiva por las empresas prestadoras del servicio. Ley que a su vez, reglamenta su aplicación en los términos del Decreto 3130 de 2003, en cuanto que el arrendador podrá dejar de ser responsable solidario junto con el arrendatario una vez se le exija a la parte arrendataria la prestación de una garantía o una fianza con el fin de garantizar el pago de los servicios.

Clasificación. Según la Ley 820 de 2003, artículo 4°, el contrato de arrendamiento de vivienda urbana se puede clasificar en cuatro grupos de contratos, dependiendo del número de personas que lo integren o de la parte del inmueble que se va a arrendar.

El primero de ellos, correspondiente al contrato individual, hace referencia al inmueble que recibe para su vivienda una persona natural, varias de ellas, una familia o una persona jurídica. Esta clase de contratos tiene como características que: el arriendo comprende la totalidad de bien; el albergue es para el arrendatario o su familia; el contrato de arrendamiento se celebra con uno o con más personas naturales o jurídicas y las partes asumen obligaciones comunes y solidarias.

En cuanto al segundo grupo de contratos, sobre los mancomunados, se da cuando dos o más personas naturales reciben en arrendamiento un bien o parte de este, pagando el canon conjuntamente de manera solidaria. Esta clase de contrato tiene como características que: el contrato de arrendamiento es celebrado con dos o más personas, por ende, la solidaridad en el pago del canon es necesaria; no se debe incluir a la familia de los arrendatarios y por lo tanto la las partes solidarias responden por la totalidad o parte de bien inmueble arrendado.

Un tercer grupo corresponde a los contratos conocidos por la doctrina como contrato compartido, en el que solo se goza de una parte del bien inmueble que se arrienda y se comparte el goce del resto del inmueble, con el arrendador o con otros arrendatarios.

En un cuarto grupo de la clasificación la Ley 820 incluye el contrato de pensión que se presenta en el momento en que el contrato verse sobre parte de un inmueble no independiente que necesariamente deba contener servicios, cosas o usos adicionales. El término del contrato no podrá ser superior a 1 año . Sin embargo, cualquiera de las partes podrá darlo por terminado antes de que se complete el plazo sin olvidar previo aviso de diez (10) días. El hecho de terminar el contrato no implica que quien lo dio por terminado le deba indemnización de perjuicios a la otra parte. Este tipo de contrato tiene como características principales que: la duración del contrato es inferior a 1 año, pero cualquiera de las partes puede darlo por terminado antes del vencimiento del mismo, siempre y cuando le envíe un preaviso a la otra parte, una vez terminado el contrato, no se deben indemnizaciones, el contrato consiste en el goce de una parte del inmueble y, el arrendatario debe compartir el inmueble con otros inquilinos.

Prórroga. El contrato de arrendamiento de bien inmueble será prorrogado en las mismas condiciones, con el mismo plazo, variando solo el valor del canon de arrendamiento. El nuevo valor debe contar con la aceptación de la parte

arrendataria. En este punto se ha de considerar el concepto de tacita reconducción establecido en el Código Civil en la que el contrato de arrendamiento se renueva bajo las mismas condiciones que el anterior y con las mismas obligaciones para las partes ya establecidas, pero con una duración máxima de 3 meses.

Terminación del contrato. El artículo 21 de la Ley 820 de 2003, dispone que en cualquier etapa del contrato de arrendamiento, las partes, por mutuo acuerdo, puedan darlo por terminado.

Sin embargo, el contrato de arrendamiento puede darse por terminado por dos vías: La primera, da por terminado el contrato de manera unilateral por parte del arrendador, cuando:

1. “La no cancelación por parte del arrendatario de las rentas y reajustes dentro del término estipulado en el contrato.
2. La no cancelación de los servicios públicos, que cause la desconexión o pérdida del servicio, o el pago de las expensas comunes cuando su pago estuviere a cargo del arrendatario.
3. El subarriendo total o parcial del inmueble, la cesión del contrato o del goce del inmueble o el cambio de destinación del mismo por parte del arrendatario, sin expresa autorización del arrendador.
4. La incursión reiterada del arrendatario en proceder que afecten la tranquilidad ciudadana de los vecinos, o la destinación del inmueble para actos delictivos o que impliquen contravención, debidamente comprobados ante la autoridad policiva.
5. La realización de mejoras, cambios o ampliaciones del inmueble, sin expresa autorización del arrendador o la destrucción total o parcial del inmueble o área arrendada por parte del arrendatario.
6. La violación por el arrendatario a las normas del respectivo reglamento de propiedad horizontal cuando se trate de viviendas sometidas a ese régimen.

7. El arrendador podrá dar por terminado unilateralmente el contrato de arrendamiento durante las prórrogas, previo aviso escrito dirigido al arrendatario a través del servicio postal autorizado, con una antelación no menor de tres (3) meses y el pago de una indemnización equivalente al precio de tres (3) meses de arrendamiento. Cumplidas estas condiciones el arrendatario estará obligado a restituir el inmueble.

8. El arrendador podrá dar por terminado unilateralmente el contrato de arrendamiento a la fecha de vencimiento del término inicial o de sus prórrogas invocando cualquiera de las siguientes causales especiales de restitución, previo aviso escrito al arrendatario a través del servicio postal autorizado con una antelación no menor a tres (3) meses a la referida fecha de vencimiento:
 - a) Cuando el propietario o poseedor del inmueble necesitare ocuparlo para su propia habitación, por un término no menor de un (1) año;
 - b) Cuando el inmueble haya de demolerse para efectuar una nueva construcción, o cuando se requiere desocuparlo con el fin de ejecutar obras independientes para su reparación;
 - c) Cuando haya de entregarse en cumplimiento de las obligaciones originadas en un contrato de compraventa;
 - d) La plena voluntad de dar por terminado el contrato, siempre y cuando, el contrato de arrendamiento cumpliera como mínimo cuatro (4) años de ejecución.

El arrendador deberá indemnizar al arrendatario con una suma equivalente al precio de uno punto cinco (1.5) meses de arrendamiento.

Cuando se trate de las causales previstas en los literales a), b) y c), el arrendador acompañará al aviso escrito la constancia de haber constituido una caución en dinero, bancaria u otorgada por compañía de seguros legalmente reconocida,

constituida a favor del arrendatario por un valor equivalente a seis (6) meses del precio del arrendamiento vigente, para garantizar el cumplimiento de la causal invocada dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la restitución.

Cuando se trate de la causal prevista en el literal d), el pago de la indemnización se realizará mediante el mismo procedimiento establecido en el artículo 23 de esta ley.

De no mediar constancia por escrito del preaviso, el contrato de arrendamiento se entenderá renovado automáticamente por un término igual al inicialmente pactado”

La segunda vía conocida como terminación especial por parte del Arrendador mediante Preaviso e Indemnización, sucede cuando, dentro del periodo de prórroga, el arrendador quiera dar por terminado de manera unilateral el contrato de arrendamiento. En este caso el arrendador debe enviar preaviso por escrito al arrendatario por medio de servicio postal autorizado, tres meses antes de que se cumpla el término de finalización, de lo contrario, deberá indemnizar al arrendatario con un valor equivalente al pago de tres cánones , llenando eso sí, los requisitos exigidos en el artículo 23 de la Ley en mención. De la misma manera el arrendatario puede según los términos del artículo 24 de la Ley, dar terminación especial mediante preaviso e indemnización.

Pago mediante consignación extrajudicial. Esta figura que procede del Código Civil, sucede en los casos en el que el arrendador se niegue a recibir el pago del valor del canon por parte del arrendatario. El procedimiento de pago por consignación extrajudicial del canon de arrendamiento de bien inmueble está regulado por el artículo 10 de la Ley 820 de 2003 y se deberá realizar en el lugar donde se encuentre ubicado el bien arrendado dentro de los 5 días hábiles siguientes al vencimiento del plazo. En la actualidad la única entidad facultada para recibir dichos pagos es el Banco Agrario.

La consignación se hará a nombre del arrendador o de su representante y la entidad bancaria a la que se le realice el pago deberá conservar el original del título valor, allí quedará la prueba del pago y quien lo realizó. Además deberá expedir dos duplicados, uno para el arrendador y otra para el arrendatario, se le deberá remitir, dentro de los 5 días siguientes a la consignación junto con una comunicación, por medio del servicio postal autorizado. La copia simple de la comunicación y del título valor deberá ser sellada por el servicio postal. Si el arrendatario no cumple alguna de estas formalidades, se considerará que este habrá incurrido en mora.

Prohibiciones: Cesión y Subarriendo. En los mismos términos del artículo 2004 del Código Civil, la Ley 820, dispone que el arrendatario no tiene autorización para ceder o subarrendar sin que el arrendador lo permita, y, en caso de que el arrendatario infrinja la norma, el arrendador podrá dar por terminado el contrato exigir la entrega del bien inmueble arrendado e iniciar un nuevo contrato de arrendamiento con nuevos inquilinos, dejando, el contrato celebrado entre el arrendatario inicial y los terceros cesionarios o subarrendatarios sin efectos. Pero si la cesión o el subarriendo fueron autorizadas expresamente por el arrendador, todas las obligaciones a cargo del arrendatario dentro del contrato de arrendamiento pasan a ser responsabilidad del cesionario.

Del estudio sobre la normatividad contenida en la Ley 820 de 2003, se colige que ésta brinda especial protección a los derechos de los arrendatarios y deja en muchos casos desprotegidos los derechos de los propietarios de los inmuebles, por tal razón, los arrendatarios han aprovechado los vacíos normativos al respecto y han dejado de cancelar los cánones de arrendamiento, las cuotas de administración y los servicios públicos; por esta desprotección normativa y por ser el proceso dispendioso y por la lentitud de la justicia en Colombia, los propietarios de los inmuebles en la mayoría de los casos prefieren llegar a una conciliación por un monto menor al que tendrían derecho a percibir de acuerdo al contrato, a

cambio de agilizar la restitución del bien inmueble que es objeto de arrendamiento. Situación que no está lejos de crear una crisis dentro del régimen de vivienda urbana y que para evitarlo, se ha regulado sobre ciertos puntos débiles como lo concerniente a las personas dedicadas a ejercer la actividad de arrendamiento de bienes raíces, expidiéndose el Decreto 51 de 2004 que reglamenta los artículos, 28, 29 30 y 33 de la Ley 820 de 2003 y, se complementa en el Decreto 1789 de 2004.

2.2.2 Contrato de arrendamiento de bien comercial. Con la puesta en vigencia del Código de Comercio en 1971, Decreto 837, el contrato de arrendamiento de locales comerciales encuentra su regulación específica e imperativa en los artículos 518 a 522, y por expresa disposición del artículo 2° del Título Preliminar , deja las cuestiones no incluidas en el Decreto a las normas generales que sobre ésta clase de contrato establece el Código Civil. Decreto que desde su expedición ha sido modificado según exigencias de los estatutos de protección a la vivienda.

El Decreto 63 de 1997, modificadorio del Decreto 2770 de 1976, congela los cánones de arrendamiento de todos los inmuebles ubicados en las áreas urbanas, incluyendo los establecimientos de comercio; establece el registro de arrendadores y define la devolución de excedentes y trámite de pagos de canon de arrendamiento en entidades bancarias.

A partir del Decreto 2221 de 1983 que crea normas particulares para el contrato de arrendamiento sobre bienes inmuebles diferentes a viviendas y locales comerciales, el ordenamiento jurídico se ve abocado a la coexistencia de diversas normas que regulan los contratos de arrendamiento. Por un lado las que regulan el contrato de arrendamiento destinado a vivienda urbana expuestas en el Código Civil y su legislación complementaria; por otro las del contrato de arrendamiento del código de Comercio y su respectiva remisión al Código Civil y en último, las normas que regulan el contrato de arrendamiento de los inmuebles con

destinación diferente a las viviendas y locales comerciales como son las oficinas y consultorios de profesionales independientes.

Situación que se intenta corregir con la expedición de la Ley 820 de 2003, que como se expuso en los párrafos anteriores, modifica temas muy puntuales para los contratos de arrendamiento de vivienda urbana posteriores a julio de 2003; modifica las normas de carácter procesal para todos los contratos de arrendamiento de inmuebles y, reglamenta lo relativo a la vigilancia y control de las personas naturales o jurídicas dedicadas al arrendamiento de bienes inmuebles destinados vivienda.

Es de observarse que el Código de Comercio no trae una definición propia del contrato de arrendamiento comercial ni sobre locales comerciales, simplemente hace referencia al mismo dentro de la regulación específica e imperativa del arrendamiento de locales destinados al comercio como el derecho a la renovación del contrato de arrendamiento, el procedimiento para definir las diferencias al momento de la renovación, el desahucio, el derecho de preferencia, el subarriendo y la cesión. Los demás aspectos como la formación del contrato, sus efectos, interpretación y los modos de extinguirse o anularse, se encuentran regulados por el Código Civil.

Sin embargo, la normatividad comercial, otorga al arrendatario de locales comerciales una especial protección que le permite desarrollar su actividad con las garantías necesarias para el posicionamiento de su negocio. Esta protección se refiere esencialmente al derecho a la renovación del contrato, cuando el arrendatario haya ocupado no menos de dos años consecutivos el inmueble destinado a local comercial con el mismo establecimiento de comercio, a menos que el arrendatario haya incumplido el contrato; el arrendador necesite el local para su propia habitación o empresa o el inmueble deba ser reconstruido o reparado con obras necesarias que no pueden ejecutarse sin la entrega o

desocupación, demolido por su estado de ruina o, para la construcción de una obra nueva (art. 518 C.Co.). Como también, establece que el arrendador debe indemnizar al arrendatario y le otorga a este último la posibilidad de subarrendar y/o ceder el contrato.

El Decreto 837 de 1971 y demás disposiciones, busca primordialmente, proteger no solo los derechos del comerciante como arrendatario sino en cuanto le reconoce como hombre creador de empresa con nombre comercial, con un cierto posicionamiento y acreditación en el entorno comercial. Protección especial que se sustenta en el interés general, en la estabilidad y permanencia de las empresas y en el estímulo al crecimiento y desarrollo de la actividad económica.

El objetivo que a la especial protección se le brinda al contrato de arrendamiento de locales comerciales, como a los demás elementos integrantes del establecimiento de comercio, está dado en el carácter universal de que gozan los bienes dispuestos por el comerciante para el cumplimiento de los objetivos de la empresa (art. 515 C.Co.). Estos términos son los que el legislador sustenta para que en el artículo 524 del Código de Comercio le diera el carácter de orden público a las normas previstas en los artículos 518 a 523 contra las cuales “no producirá efectos ninguna estipulación de las partes”, en caso de que resulten contradicciones.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

“los pactos en contrario celebrados por las partes no producirán ningún efecto, esto es, que la voluntad de los particulares para alterar lo dispuesto por el legislador respecto de este contrato, ha de sujetarse a lo prescrito por la ley, pues las normas aludidas no son de carácter supletivo, sino rigurosamente imperativas”.

El contrato de arrendamiento de locales comerciales, al igual que los demás contratos de arrendamiento, cuenta con características como la conmutatividad u obligación recíproca de las partes; la onerosidad y la consensualidad de intereses. De igual manera, con los elementos propios a su esencia, su naturaleza y los puramente accidentales de los que se infiere que son de su esencia: la manifestación de voluntad de las partes; el bien cuyo uso y goce se concede al arrendatario y, el precio o canon de arrendamiento que el arrendatario deberá pagar a cambio de dicho uso y goce.

Retomando los artículos 518 a 524 del Código de Comercio, cabe aclarar que se protege con exclusividad los locales comerciales donde funciona el establecimiento de comercio, no el arrendamiento de otros bienes con destino comercial como fábricas, bodegas y parqueaderos. Así particularmente, si lo que se arrendó es un bien inmueble con destino al bodegaje, no estaría sometido a los términos de los artículos mencionados del Código de Comercio, sino a lo establecido en el Código Civil. Ello significa que la destinación del bien inmueble arrendado es lo que determina qué norma se ha de aplicar al contrato de arrendamiento.

Pero si se observa el artículo 523 del Código de Comercio, que admite que el arrendatario puede variar el uso de la destinación del inmueble pactada en el contrato, sin que perjudique los derechos del arrendador, es posible que se genere un conflicto entre partes por incumplimiento del arrendatario o, por terminación del contrato por el arrendador.

En la eventualidad de que el arrendatario cumpla con sus obligaciones del pago de cánones oportunamente y el arrendador da por terminado el contrato por vencimiento del plazo estipulado y en los términos del artículo 5 del Decreto 3817 de 1982, que se refiere a los asuntos sustanciales y no contrario a las normas generales del arrendamiento de locales comerciales, podría dejarse sin ningún

efecto el pacto de destinación sobre la vigencia del contrato en virtud de la autonomía de la voluntad y la protección con el derecho a la renovación del contrato de arrendamiento, en la medida en que el arrendador solo puede terminar el contrato ante un incumplimiento del arrendatario.

La renovación del contrato en los términos del artículo 518 del Código de Comercio es, en definitiva, el principal derecho que la legislación colombiana otorga al arrendatario de un inmueble destinado a establecimiento de comercio, en cuanto protege los derechos que como comerciante, en un término no inferior a dos años, ha obtenido para su establecimiento de comercio.

Ante la dualidad de interpretación al artículo en mención la Corte Constitucional ha declarado que:

“Dado que en materia de arrendamiento de locales comerciales por un término inferior a dos años existe un vacío normativo en la legislación comercial que ha admitido interpretaciones disímiles tanto de la jurisprudencia como de la doctrina sobre las normas particularmente aplicables en tales circunstancias, la actuación de un árbitro acogiendo en particular una interpretación y no otra, no puede ser considerada en principio una vía de hecho”.

Al respecto el jurista José Alejandro Bonivento, afirma:

“Sin embargo, no se puede señalar la misma claridad de concepto cuando el arrendatario no ha usado por el mismo término de dos años el inmueble (...) por cuanto la norma deja un vacío que solamente puede ser llenado por la doctrina. (...) Empero, encontramos reparos a esa posición [que desde el primer momento el contrato sea comercial] surgidos del sentido mismo de la ley comercial, que solo concede la protección al arrendatario, para el beneficio de la renovación, a partir del vencimiento del segundo año de ocupación y que nos hace pensar que en el primer periodo, es decir, hasta el segundo año, se han de regir las relaciones arrendador arrendatario por las reglas civiles. (...)

porque la primera etapa de vinculación no está sujeta a las normas del Código de Comercio sino desde el momento de la renovación”.

Al requisito anterior le sucede otro, igual de importante y es que para adquirir el derecho a la renovación es indispensable el haber ocupado el inmueble “con un mismo establecimiento de comercio”, es decir, que el cambio de destinación que permite el artículo 523 del mismo código, en tanto no “lesione los derechos del arrendador”, quedaría sin piso, esto es, no se tendrá derecho a la renovación del contrato como lo establece la ley cuando en el inmueble haya funcionado un mismo establecimiento por un término no inferior a dos años.

Ahora bien, se debe tener muy claro que una cosa es la renovación del contrato y otra la prórroga. La renovación implica que se elabora un contrato nuevo, que puede tener las condiciones inicialmente pactadas y la prórroga consiste en la ampliación del término con las mismas condiciones contractuales. Para hacer mayor claridad la Corte Suprema de Justicia manifiesta que:

“El derecho de renovación del contrato, no implica una eliminación del derecho de propiedad privada, ni una congelación de cánones, sino una vocación o prerrogativa para el inquilino a continuar utilizando el mismo inmueble, ya acreditado, aunque no necesariamente en las mismas condiciones primitivas. “Renovación” no es sinónimo de “igualdad de condiciones económicas” o de “estabilización de condiciones” para el arrendatario. En su sentido jurídico es una variación del contrato en condiciones de plazo y precio que pueden ser iguales o distintas a las del precedente, a voluntad de los contratantes. Se pretende defender la estabilidad del establecimiento de comercio con sus valores intrínsecos y los humanos y sociales vinculados a los contratos de trabajo respectivos”.

Frente a la regulación de la renovación del contrato de bien inmueble comercial, la misma norma (art. 518 C. Co.), formula tres excepciones en las que no se permite el derecho a la renovación del contrato: la primera, cuando el arrendatario haya

incumplido el contrato, es decir, cuando no paga oportunamente la renta, cuando cambia la destinación del inmueble perjudicando los derechos del arrendador o cuando no da al local la debida conservación, entre otras obligaciones inherentes al contrato. La segunda, cuando el propietario necesita el inmueble para su propia habitación o para un establecimiento suyo destinado a una empresa sustancialmente distinta a la que tuviere el arrendatario. Y por último, refiere a los casos en que el inmueble deba ser reconstruido o reparado con obras necesarias que no puedan ejecutarse sin la entrega o desocupación, o demolido por su estado de ruina o para la construcción de una obra nueva.

Razón por la que se infiere que el contrato de arrendamiento de locales comerciales está sometido a condiciones especiales reguladas por la ley mercantil y la constitución que protege la actividad del comerciante, como generadora de ingresos económicos.

El sentido de la protección que beneficia al empresario arrendatario identificado como el que “ejerce una actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios”, no tiene otro que el de garantizar la estabilidad de la empresa y el bien común representado en sus objetivos. Sin embargo, la facultad para hacer uso de la renovación por el arrendatario, no excluye la posibilidad de que el arrendador pueda proponer modificaciones a las condiciones del contrato como un nuevo valor al canon de arrendamiento o a la duración del contrato.

2.3 INTERRELACIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA FE Y DE AUTONOMÍA PRIVADA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE BIEN INMUEBLE.

Como se enuncio, en el capítulo 1 y se trata mayor amplitud en el capítulo 3 del presente trabajo, que, a partir del artículo 1603 del Código Civil y 871 del Código

de Comercio, el principio constitucional de la buena fe en los contratos de arrendamiento de bien inmueble se manifiesta en su contenido con lealtad, honestidad, claridad y equilibrio. El principio de buena fe como comportamiento ético en los contratos de arrendamiento de bien inmueble funciona como elemento constante e inseparable de la vida jurídica del mismo contrato.

La buena fe conlleva a la obligatoriedad del contrato que, más que un acuerdo de voluntades de las partes expuesta en su contenido, constituye la manifestación más alta y pensada de la autonomía inicial del querer individual y el reconocimiento que el derecho objetivo hace de ese acuerdo.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, manifiesta:

"Cuando en los negocios jurídicos las partes contratantes sujetan sus estipulaciones a las pautas legales, o sea, en sus declaraciones de voluntad no comprometen el conjunto de normas que atañen al orden público y a las buenas costumbres, el derecho civil les concede a los contratos celebrados en esas condiciones fuerza de ley, de tal manera que no pueden ser invalidados sino por el consentimiento mutuo de los contratantes o por causas legales"

A lo que la Corte Constitucional reitera, más tarde, que:

"Las condiciones pactadas en el contrato son ley para las partes. La decisión de un juez, en una causa de la que no hace parte un tercero contratante, no puede entrañar modificación de las condiciones del contrato, so pena de vulnerar los derechos a la libertad económica y contractual garantizados en la propia Constitución".

Al hacer referencia a la autonomía de la voluntad como principio regulador de las relaciones contractuales, civiles y mercantiles, es menester destacar los conceptos que de manera implícita integran el concepto de autonomía de la voluntad como son los también principios de autodeterminación y autorregulación. El concepto de

autonomía de la voluntad hace referencia a la actitud individual o estado de ánimo que se manifiesta, de modo subjetivo, en una relación contractual o negocial entre dos o más individuos y, que como tal, establecen un ordenamiento.

Desde esta óptica se ha de definir la autonomía de la voluntad como la potestad u autodeterminación que tienen los individuos de autorregularse. Autores como Bambach Salvatore afirman que la “autonomía implica el poder de dictarse uno así mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse uno mismo” y agrega, que ésta autonomía cuando se refiere a las relaciones negociales de las personas se ha de definir como “el poder que el ordenamiento jurídico confiere al individuo para gobernar su propia esfera jurídica, concepto que el profesor Fernando Hinestrosa entiende como "el poder de darse a sí mismo normas".

La legislación civil y comercial colombiana la defiende como la inviolabilidad de las convenciones y de los actos jurídicos en general, como el principio consagrado normativamente a partir de lo establecido en el artículo 1602 del Código Civil, lo que implica que las partes intervinientes en el acto jurídico deberán sujetarse en forma irrestricta a lo convenido por su propia voluntad al momento de celebrar el acto, de tal suerte que dicho convenio no pueda disolverse ni modificarse por voluntad unilateral ni aun por la decisión de una autoridad jurisdiccional cuando lo convenido por las partes fue claro y conforme a la ley.

Sin embargo, el concepto voluntarista del contrato, gobernarse a sí mismo, aunque moderno, frente a la legislación mercantil de la actualidad trata de socializar la potestad del individuo para autorregularse y por lo tanto de polemizar ante las nuevas relaciones negociales de los particulares en la que prima el interés colectivo sobre el particular.

Frente al contrato y sus formas, la intervención del Estado en los asuntos económicos, puede inferir en la voluntad de las partes como única generadora de

obligaciones. Los negocios comerciales que se celebran más entre empresas que entre particulares, el contrato consensual busca un equilibrio social y económico entre las partes intervinientes.

En los contratos de arrendamiento la voluntad de arrendatario y arrendador cuando es sometida a la intervención del Estado, como en muchos asuntos privados del constitucionalismo, en la forma y en las causales para dar por terminada la convención o acuerdo al término pactado en el contrato de arrendamiento de bien inmueble urbano o bien inmueble con destinación comercial, se ven seriamente cuestionados frente a las teorías del neoliberalismo, donde es poca o nada la intervención del Estado y en la que la voluntad de las partes puede estar sujeta a un desequilibrio social donde la voluntad del más fuerte puede imponerse al más débil. La voluntad de las partes aunque necesaria, no es el único elemento que define el contrato.

El tecnicismo comercial infiere en el tecnicismo jurídico subordinando el principio de autonomía – de autoregulación y autodeterminación -, manifiesto en un acuerdo, a la interpretación de un juez y a las formalidades limitantes del ordenamiento jurídico. El contrato nace jurídicamente por la libre voluntad de las partes quienes dotan el contenido del contrato, las formalidades del orden jurídico le dotan de validez y lo elevan al valor jurídico por lo que el postulado de que el contrato es ley para las partes no es exclusivo en la celebración de un contrato en el mundo actual donde, por ejemplo los contratos de arrendamiento de bien inmueble urbano con destino familiar o comercial se hacen entre un arrendador que representa al poseedor como empresa o inmobiliaria, y un arrendatario, individuo particular o empresa, es decir, se impide realizar contratos negociados de manera individual para firmar contratos preestablecidos.

Aunque el contrato preestablecido goza de las características formales de un contrato civil, en la práctica genera un desequilibrio que ha sido puntualmente el

blanco de las mayores críticas por parte de alguna corriente de juristas defensores de las teorías voluntaristas y al mismo tiempo por los diferentes estamentos nacionales e internacionales defensores de los consumidores. El argumento, más práctico que jurídico, que critica este tipo de contratación, radica básicamente en que las grandes empresas, más usualmente las de servicios, preelaboran unos formatos que incluyen de manera estandarizada las operaciones jurídicas propias del contrato de servicios. Con esos contratos las partes se limitan únicamente a llenar unos espacios que de alguna manera individualizan la operación como tal y no existe posibilidad, para el futuro aceptante, de negociar u objetar alguna cláusula.

Los contratos de arrendamiento preestablecidos establecen condiciones negociales generales para todo el que se acoja o decida, muchas veces por necesidad, contra cualquier posibilidad de discusión de su contenido. En éstos términos el contrato de arrendamiento de bien inmueble urbano o comercial se ubica dentro de los contratos denominados contratos de adhesión.

Esta clase de contratos, conforme a los conceptos que sobre contratos consagra el Código Civil, reconocidos como tal por la jurisprudencia de la Altas Cortes , genera los mismos efectos jurídicos de la legislación contractual en cuanto al acuerdo de voluntades y el consentimiento libre de aceptación de lo preestablecido para las partes contratantes.

En conclusión la libertad de contratación de las partes con fundamento en la autonomía de la voluntad evoluciona holísticamente a los derechos humanos manifiestos en la regulación que protege a los contratantes. La dimensión del contrato de arrendamiento de bien inmueble urbano habitacional o comercial, tiene un fin ético y social que traspasa los linderos individuales para convertirse en acciones negociales de interés económico colectivos.

3. LA POSESIÓN DE BIEN INMUEBLE Y EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Toda persona, en su diario vivir, establece contacto material con las cosas: las adquiere, las usa, las guarda, las disfruta, las cuida y hasta las destruye. La relación persona-cosa es conocida, inicialmente, como una relación personal, objetiva, voluntaria, en cuanto solo se tiene la cosa sin ninguna otra intención más que servirse de la misma, pero, una vez que aparece la intención o ánimo de ejercer poder sobre la cosa, de aprehenderla e incorporarla al fuero patrimonial, la relación se convierte en una relación jurídica conocida como relación posesoria, relación que es definida y protegida por la legislación civil colombiana.

El objetivo del presente capítulo es el de conocer y analizar en la legislación colombiana la posesión como fruto de las relaciones materiales de las personas con las cosas, sus elementos y clases correspondientes al ejercicio del desarrollo real de dominio, los vicios de posesión y la posesión de bien inmueble urbano y comercial en relación al contrato de arrendamiento.

3.1 CONCEPTO, ELEMENTOS Y CLASES DE POSESIÓN DE BIEN INMUEBLE

3.1.1 Concepto. Etimológicamente la palabra *possidere* encuentra su origen en el verbo *sedere*, sentarse en una cosa y en el prefijo *pot* que significa establecerse o estar establecido, *Possessio*, significa entonces, asentamiento y poseedor, una persona asentada en una cosa, verbo más cercano al vocablo jurídico de la posesión. En sentido clásico, la palabra *possessio* tiene un significado más jurídico. Se identifica con tener, ocupar, detentar, disfrutar una cosa. Tener una cosa corporal, en contraste con el dominio y otros derechos.

En el derecho romano poseedor era la persona que tenía la disponibilidad física de una cosa corporal, “reteniéndola materialmente, con la voluntad de poseerla y disponer de ella como lo haría un propietario” .

El Código Civil colombiano en su artículo 762 define la posesión como:

“... la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él.

El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo”.

El artículo sustenta, desde la teoría clásica, que para que exista posesión no es suficiente el ánimo de ejercitar sobre la cosa un derecho cualquiera, sino que es necesario que se manifieste la intención de dominio, si ella no se da, se trata de mera tenencia.

Diversos tratadistas definen la posesión más como una situación de hecho que reconoce y ampara la ley otorgando acciones para su protección. Así, el más conocido, Arturo Valencia Zea, en su obra *Naturaleza Jurídica de la Relación Posesoria*, afirma que “la posesión es un poder de hecho que se ejerce sobre cosas” protegida por “acciones reales”. Esta última frase da al concepto de posesión el carácter de derecho real.

En Jorge Gómez, la posesión es “la subordinación de hecho exclusiva, total o parcial de los bienes al hombre.”. Relación de hecho meramente objetiva la que según Fernando Vélez, “Es un estado de hecho que debe continuar hasta que se pruebe el derecho”, es decir, que la posesión es el complemento necesario para probarse la propiedad o dominio sobre una cosa o, mejor, la posesión es una presunción legal de dominio. Por ello, la posesión solo puede recaer sobre cosas

susceptibles de apropiación: corporales o incorporales, si de las primeras, en caso de cosas tangibles o perceptibles y de las segundas, solo cuando la cosa “es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal” (art. 776 C.C.), lo que quiere decir que no son susceptibles de posesión las cosas destinadas al uso público, como tampoco los derechos personalísimos o de familia.

Aunando los conceptos desde su naturaleza jurídica, se ha de tomar la posesión como un medio y como un fin.

La posesión como un medio. En la definición clásica del Código Civil, la posesión se presenta como un medio, es decir, como un elemento sine qua non del modo conocido como usucapión, de la posesión separada y enfrentada a la titularidad del derecho real.

Tradicionalmente en Colombia, tres años de posesión regular para muebles y cinco años de posesión para inmuebles, conducen a la usucapión ordinaria (art. 2529, Código Civil modificado por la Ley 791 de 2002, art. 4.); diez años de posesión irregular sobre un mueble o inmueble conducen a la usucapión extraordinaria (art. 2532, Código Civil modificado por la Ley 791 de 2002, art. 6°) .

Con la usucapión el derecho real precario o provisional de la posesión se convierte en un derecho real definitivo: la propiedad. Según el principio de retroactividad de la usucapión, abrazado por la doctrina y la jurisprudencia colombiana, el poseedor adquiere el derecho real desde el día del comienzo de la posesión, es decir de la fecha en la cual empezó a correr el término de la prescripción. Una vez el término de posesión exigido por la ley expira, se puede reconocer, judicialmente, el derecho de propiedad desde el día en que inició a correr el término mismo.

Aunque el principio de retroactividad, no está consagrado expresamente en el Código Civil, la doctrina y la jurisprudencia que se desprende del numeral 1° del artículo 1792 del mismo Código, le ha tomado como tal, respecto a la adquisición de bienes adquiridos durante la sociedad conyugal que no ingresan al haber social.

Claro está, el poseedor puede agregar a su propia posesión la posesión de su causante, cumpliendo los requisitos de ley . La agregación de posesiones opera con la suma de calidades y vicios y, procede cuando entre el poseedor actual y el anterior existe un vínculo jurídico, una relación de causante-causahabiente a título universal o singular, entre vivos o por causa de muerte.

Desde luego, la usucapión debe ser alegada, ya como una acción, ya como una excepción , acompañada de una demanda de reconvención contra su demandante inicial (art. 2513, inciso 2, C.C.). Es decir, el proceso de pertenencia puede promoverse de forma autónoma y separada o puede formularse dentro de un proceso de reivindicación, con una demanda de reconvención, cuya pretensión consista en la declaración de la adquisición por usucapión del dominio sobre un bien.

Al respecto, estima la Corte Suprema de Justicia que "si el demandado restringe su actividad a la simple proposición de la excepción de prescripción extintiva del derecho de dominio del demandante, ello no equivale a que por la jurisdicción se hubiere declarado como nuevo dueño del bien, como quiera que, para esto, necesariamente ha de surtirse un proceso de declaración de pertenencia". Podrá servirse de la acción de declaración de pertenencia quien ha poseído el bien por el término exigido por la Ley (art. 407, No. 1, C.P.C.). Los sujetos pasivos de la demanda de pertenencia son los titulares de derechos reales principales: propiedad, usufructo, uso o habitación (art. 407, No. 5, C.P.C.).

En la actualidad, el legislativo ha pretendido simplificar este reconocimiento de la usucapión. Así, a título de ejemplo, se cita la Ley 1183 de 2008 que introduce importantes beneficios respecto de la declaración de pertenencia de los poseedores de vivienda de interés social (VIS). Ante ello, se ha de tener presente que "el proceso de declaración de pertenencia de bienes inmuebles destinados a la vivienda de interés social cumple una función social en cuanto permite que las personas de escasos recursos tengan certeza sobre los derechos de propiedad que pueden ejercer sobre el inmueble en el cual habitan" . Más exactamente, con esta Ley se permite realizar ante notario la inscripción de la declaración de la calidad de poseedores regulares de dichos bienes para quedar habilitados y adquirir su dominio por usucapión ordinaria.

De manera general, podría pensarse que el objetivo de la Ley 1183 de 2008 es el de acercar a las clases menos favorecidas las bondades del derecho patrimonial más importante que existe: la propiedad o dominio, concretamente, respecto de la VIS. Para su cumplimiento, se ofrece agilidad en el proceso notarial de inscripción de la posesión regular de manera que facilite "la constitución de poseedores regulares de los inmuebles de estratos 1 y 2 a través de un trámite expedito ante notario, con el fin de generar para estos ciudadanos la aptitud jurídica para adquirir el dominio a través del modo de prescripción adquisitiva ordinaria".

La posesión como un fin. Junto a la anterior tesis tradicional, la posesión también ha sido vista como un fin en sí misma. Esta nueva interpretación estima que la posesión es, per se, un derecho real y un derecho de garantía. Puntualmente, en Colombia la posesión ha sido calificada, en el ámbito jurisprudencial, como un derecho real provisional por cuanto la posesión puede oponerse a la titularidad del derecho real.

Así, en la eventualidad de identificar dos titulares de dos derechos reales diferentes: el poseedor del bien corporal, y su propietario. El poseedor, aunque no

es el titular del derecho de dominio, ejerce de manera autónoma y soberana los poderes de la propiedad: uso, goce y disposición. Así entendida, la posesión es definida por el Código Civil colombiano como "la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño" (art. 762).

La Corte Constitucional, ha considerado que la posesión es un derecho real particular: un derecho real provisional, por oposición a los derechos reales definitivos. Para este alto tribunal, la posesión se diferencia de la propiedad en que ésta tiene un carácter definitivo, mientras que aquélla, la posesión, "puede caer frente a la acción que se deriva de la propiedad" . Es decir, que considera a la posesión como un derecho real provisional que, si bien se encuentra protegida por ciertas acciones reales, está sometida al azar de verse truncada por el ejercicio de la acción reivindicatoria del propietario del bien.

Concepto al que la Corte Suprema de Justicia reitera al afirmar que "la posesión es sólo una expectativa que, en cuanto tal, se encuentra sometida al gobierno de la incertidumbre" .

Ante lo anterior se ha de observar que de las diferencias que existen, en cuanto a temporalidad, entre posesión y dominio, la propiedad se puede concebir, en principio, como un derecho perpetuo que se transfiere a los causahabientes del dueño, mientras que la posesión es provisional porque "se pierde en presencia de un mejor derecho" o porque "está llamada a convertirse en propiedad por el paso del tiempo".

Se ha de tener presente que si la posesión se reconoce sobre bienes corporales: muebles o inmuebles. El poseedor tiene ciertos poderes jurídicos directos sobre este bien corporal. Puede servirse de la cosa mediante el uso, es decir, realizar sobre ella las transformaciones físicas que a bien tenga o por disposición de la sustancia. Incluso, el derecho de posesión es transferible y transmisible - inter

vivos y mortis causa, por disposición jurídica; frente a la situación de la apropiación de los frutos y productos emanados de la cosa poseída, poder de goce, o cuando la situación del poseedor se somete a otras variables, según se trate de un poseedor que adquiere el dominio por usucapión o de un poseedor "perdedor" respecto del cual triunfa la reivindicación del propietario del bien.

En el caso de la usucapión del dominio sobre el bien poseído, el poseedor de mala o de buena fe puede adquirir todos los frutos y productos emanados de la cosa durante el término de la posesión. En este sentido, podría decirse que el poder de goce del poseedor es total. Sin embargo, el contenido de este poder de goce del poseedor puede ser dramáticamente inferior para el caso de reivindicación, el poseedor de buena fe vencido puede hacer suyos los frutos percibidos hasta la notificación del auto admisorio de la demanda.

3.1.2 Elementos de la posesión. Del concepto objetivo de los textos legales, sobre "la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño" se desprende una situación fáctica que tanto la legislación como la doctrina resaltan como elementos de la posesión, uno material o de hecho denominado Corpus y otro intencional o subjetivo llamado Animus. El primero es la tenencia de la cosa y el segundo la intención, el ánimo de dueño.

Para muchos el CORPUS o corpore es la cosa misma y la relación de hecho material o inmaterial que se tiene sobre ella. Es la subordinación de la cosa y sobre la cual el hombre poseedor ejerce actos constitutivos de posesión, actos de manera continua, notorios, ante terceros que aprecian la conducta del poseedor y lo tiene por ello como su verdadero dueño.

El ANIMUS domini, es el elemento intencional subjetivo, es la intención manifiesta de ser dueño, la voluntad firme de ser sujeto activo, de considerarse titular del derecho que se dice ejercer.

El animus es un acto de voluntad según el cual quien tiene la cosa se siente con la verdadera convicción actual de ser el dueño único de bien, y no la simple creencia de serlo, ni el deseo de llegar algún día a ejecutar actos de señorío. Es la voluntad de tener la cosa para sí, de modo libre e independiente de otra voluntad y, en fin, del derecho correspondiente, sea que este exista o no en cabeza del poseedor.

“Los dos elementos mencionados deben presentarse en toda relación posesoria; sin embargo, el hecho de darle más importancia a uno que a otro ha hecho surgir dos teorías: la subjetiva defendida por Savigny, y la objetiva sostenida por Ihering:

“Teoría subjetiva: para Savigny los actos materiales sobre una cosa nada significan si no van acompañados del elemento intencional. Ese elemento intencional implica la voluntariedad y el desconocimiento por parte del poseedor, de un derecho superior. Si reconoce ese derecho no obra con ánimo de señor y dueño y por tanto, falta el elemento animus”.

“Teoría objetiva: para Von Ihering, el corpus tiene un mayor valor que supone en sí mismo el animus “los hechos logran establecer la posesión. Porque en sí mismo llevan el animus, mientras no se demuestre lo contrario”.

Es necesario recordar la advertencia que sobre el animus realiza Carlos Medellín, “Es preciso no confundir el animus domini con el animus o affectio tenendi” por cuanto este último hace referencia al ánimo de tener la cosa sin poseerla, es decir, tiene el uso, el goce de la cosa pero carece de la propiedad como es el caso de los contratos de arrendamiento cuya temática se desarrolló en el capítulo anterior.

3.1.3 Clases de Posesión. Posesión en nombre propio y Posesión en nombre ajeno. El mismo Código Civil en su definición de posesión como la tenencia de una cosa con ánimo de señor y dueño, identifica la posesión en nombre propio y, a la posesión en nombre ajeno a la mera tenencia.

Quien ejerce sobre el bien actos de propiedad, por lo que es o porque cree serlo, es un poseedor en nombre propio. Y quien ejerce actos de acreedor prendario, de secuestre, de usuario, de habitador, de usufructuario, depositario, de comodatario, de arrendatario o prestatario, u de otra índole, como propietario del derecho que ejerce, porque cree serlo o porque aspira a serlo, es un poseedor en nombre ajeno o mero tenedor.

Posesión mediata y Posesión inmediata. Aunque no está expresa en el Código Civil, dentro de la doctrina moderna, ésta clasificación obedece a las relaciones posesorias de la posesión en nombre propio y de la posesión en nombre ajeno.

Cuando el poseedor entrega la cosa en arrendamiento o en usufructo, no se desprende de su poder de hecho, de su posesión en nombre propio, al contrario, sigue ejerciendo la posesión por intermedio del arrendatario o del usufructuario, sigue conservando el ánimo de dueño y continúa teniendo a través de otra persona (arts. 762 y 786 C. C.) quien tiene el bien (lo usa, lo disfruta) pero no es el poseedor, es un mero tenedor con el ánimo de arrendatario o usufructuario. Es decir, con el ánimo de poseedor de titular del derecho diferente al de dominio.

En ésta situación, muy común en el mundo moderno, se cuenta con dos posesiones de distinto grado y calidad sobre el mismo bien, un poseedor en nombre propio y un poseedor en nombre ajeno. La doctrina moderna suele reconocer al poseedor mediato como poseedor superior o poseedor originario y al poseedor inmediato como subposeedor, poseedor derivado o subordinado.

Se llama poseedor mediato al que ejerce el poder de hecho por intermedio de otra persona y poseedor inmediato al que tiene la cosa porque la recibió en tenencia de un poseedor mediato a quien se le debe la restitución en el futuro mediato. Los poseedores mediatos tienen a su favor acciones o pretensiones de entrega del bien; los poseedores inmediatos, tienen la obligación de devolver o restituir el bien.

Posesión civil, natural y Posesión civilísima. Lo que en Derecho romano se conocía como la *Civilis Possessio* o posesión civil relativa al derecho de propiedad y *Naturalis possessio* o posesión natural o mera tenencia, en la actualidad se trata como posesión en nombre propio, es decir, como poseedor natural y como posesión en nombre ajeno o poseedor civil. Y se entiende por posesión civilísima a la misma posesión legal que el heredero adquiere junto con la posesión efectiva de la herencia.

Para la legislación civil la posesión del que no es dueño, acompañada de justo título y de buena fe, recibe el nombre de posesión civil y la posesión del que no es dueño y no es acompañada de justo título y de buena fe, se llama posesión natural

Posesión regular y Posesión irregular. El artículo 764 del Código Civil identifica la posesión regular como “la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión”.

Posesión irregular es aquella que carece de uno o más de los requisitos (art. 770 C.C.) establecidos para la posesión regular como es el justo título y la buena fe y la tradición respectiva. La posesión irregular, integrada a la mala fe, se manifiesta en los delitos contra la propiedad, como la obtenida por los vicios de la fuerza, de un título injusto o falsificado, o la del que posee a escondidas o clandestinamente.

Es también irregular la posesión del que tiene la cosa a título precario como es el caso del artículo 2531 del Código Civil, en el cual, al iniciar la aprehensión sobre la cosa, éste era un simple tenedor que se rebeló abiertamente contra el poseedor de ella y adquirió así el *ánimus domini*, esto es, la famosa *interversion* de la posesión.

De igual manera, la posesión irregular puede ser posesión justa e injusta, es justa cuando la posesión no alcanza a ser regular por faltarle el requisito de la buena fe,

el justo título o la tradición, y es posesión irregular injusta aquella que no tiene ninguno de los tres requisitos bien por haberse iniciado en forma violenta o en forma clandestina, es decir, por haber sido viciosa.

Aquí cabe recordar una subclasificación de la posesión que se reconoce en relación de quien es titular de derecho: el justo título y título injusto.

Justo título. El código Civil colombiano en su artículo 765 define el justo título como:

“El justo título es constitutivo o traslativo del dominio.

Son constitutivos de dominio la ocupación, la accesión y la prescripción.

Son traslativos de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo como la venta, la permuta, la donación entre vivos.

Pertenecen a esta clase las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición.”

Como se lee, el artículo no define de manera expresa el justo título, pero, de su letra se desprende que éste es otorgado con la existencia de la plenitud de los requisitos legales, por lo tanto se necesita la existencia previa de una escritura debidamente registrada, por tratarse de un derecho real solemne. La escritura es el instrumento que demuestra y fundamenta la adquisición y la existencia del derecho real, personal. O como lo define la corte, es un hecho o acto jurídico que, por su naturaleza y por su carácter de verdadero y válido, sería apto para atribuirse en abstracto el dominio.

En cuanto a los títulos injustos, es necesario recordar que no hay justo título cuando el contrato no proviene de quien es el verdadero dueño, bien porque este

ha sido falsificado, esto es, no es otorgado realmente por la persona que se pretende o, el título es conferido por otra persona en calidad de mandatario o representante legal de otra, sin serlo. También, el que adolece de un vicio de nulidad, como la enajenación, que debiendo ser autorizado por un representante legal o por decreto judicial, no lo ha sido; el meramente putativo, como el del heredero aparente que no es en realidad heredero; el del legatario, cuyo legado ha sido revocado por un acto testamentario posterior, entre otros.

En la actualidad, a partir de las leyes 791 de 2002 y 820 de 2003, que reglamenta la posesión natural de los bienes inmuebles, los poseedores materiales de inmuebles urbanos de estratos uno y dos que carezcan de título inscrito, podrán solicitar ante notario del círculo donde esté ubicado el inmueble, la inscripción de la declaración de la calidad de poseedores regulares de dichos bienes, a fin de quedar habilitados para adquirir su dominio por prescripción ordinaria, de acuerdo con la ley y en los términos y plazos señalados por la Ley 791 de 2002 y las leyes especiales que reglamentan el dominio de los bienes considerados Vivienda de Interés Social, VIS. En caso de presentarse oposición durante cualquier etapa de la actuación ante el notario, se ordenará el archivo de las diligencias.

Para efectos de la inscripción de la posesión, el solicitante deberá reunir los siguientes requisitos:

1. Estar en posesión regular del inmueble en nombre propio en forma continua y exclusiva, sin violencia ni clandestinidad durante un año continuo o más.
2. Acreditar que no existe proceso pendiente en su contra en el que se discuta el dominio o posesión del inmueble iniciado con anterioridad a la fecha de presentación de la solicitud.

No será obstáculo para la inscripción de la posesión la circunstancia de que existan inscripciones anteriores sobre todo o parte del mismo inmueble (art 2, Ley 1183 de 2008).

A diferencia de la declaración de la posesión regular, la posesión material deberá probarse en la forma establecida en el artículo 981 del Código Civil que establece que

“Se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión” y además se podrá acreditar con la prueba del pago de los impuestos, contribuciones y valorizaciones de carácter distrital, municipal o departamental.

Otras clases de posesión. El Código Civil, dentro de su normativa, señala otras clases de posesión como:

Posesión provisoria. Que no es otra cosa que la posesión que otorga la ley a los presuntos herederos de quien va a ser declarado muerto presunto por desaparecimiento (art.97, 6ª, C.C.).

Posesión definitiva. La que concede la ley a los presuntos herederos sobre los bienes del desaparecido o declarado muerte presunta (art. 97, 7ª, C.C.).

Posesión legal. La que la ley otorga al heredero en el momento de diferirse la herencia, conocida como posesión civilísima (arts.757 y 783, C.C.).

Posesión efectiva. La que otorga el Juez que conoce el proceso de sucesión mediante el auto en el cual también se ordena la inscripción del decreto en el registro de instrumentos públicos (art. 757,1, C.C.).

Posesión inscrita. Prevista en la normativa colombiana, es la que se adquiere por la sola inscripción del título en la correspondiente oficina de Registro de Instrumentos Públicos. El artículo 789 del Código Civil dice cuándo cesa la posesión inscrita; igualmente, el artículo 7 del Decreto 1250 de 1970, determina las vicisitudes que, como la tradición de la cosa ajena o tradición fallida, dan lugar a la posesión regular (arts.752 y 753,C. C.) y se inscriben como falsas tradiciones.

La siguiente providencia demuestra la exigencia de la inscripción del título: "La anterior reseña sirve al propósito de demostrar que el poseedor regular, es decir quien ha recibido la posesión mediante un título, para ser tenido como tal, necesita además de dicha credencial (art. 764,C.C.), que ésta haya sido registrada (arts. 764 y 765 C.C.). Dicho de otro modo, la prescripción ordinaria supone posesión regular (art. 2528 C.C.), amparada en un justo título (art.764 C.C.) debidamente registrado (art.765 C.C.)".

Sin embargo, en un conocido fallo la Corte Suprema consideró que "no existe posesión inscrita en el derecho colombiano". El alto tribunal aseguró que "la inscripción de los títulos carece de contenido y alcance posesorios".

Conforme al artículo 1° de la Ley 1183 del 2008, los poseedores materiales de inmuebles urbanos de estratos uno y dos que carezcan de título inscrito, podrán solicitar ante notario del círculo donde esté ubicado el inmueble, la inscripción de la declaración de la calidad de poseedores regulares de dichos bienes, a fin de quedar habilitados para adquirir su dominio por prescripción ordinaria, de acuerdo con la ley y en los términos y plazos señalados por la Ley 791 de 2002 y las leyes

especiales que reglamentan el dominio de los bienes considerados Vivienda de Interés Social, VIS.

Para efectos de la inscripción de la posesión a que se refiere el artículo 1° de la Ley 1183, el solicitante deberá reunir los siguientes requisitos:

Estar en posesión regular del inmueble en nombre propio en forma continua y exclusiva, sin violencia ni clandestinidad durante un año continuo o más.

Acreditar que no existe proceso pendiente en su contra en el que se discuta el dominio o posesión del inmueble iniciado con anterioridad a la fecha de presentación de la solicitud.

Posesión material. Sobre el registro del título, se debe aclarar que la tesis tradicional jurisprudencial colombiana informa que la posesión regular de bienes inmuebles no exige el registro del título.

La Corte Suprema de Justicia, aseguró, que: "para hablar de posesión regular no se requiere que el justo título sea inscrito en la oficina de instrumentos públicos, como lo entendió el juzgado, sino de la entrega efectiva de la posesión y que la misma provenga del verus domino [...]". Desde luego, esta tesis desafía directamente lo establecido por el legislador colombiano en las leyes 1182 y 1183 de 2008. El artículo 4° de la Ley 1183 de 2008, determina que la posesión material deberá probarse en la forma establecida en el artículo 981 del Código Civil y además se podrá acreditar con la prueba del pago de los impuestos, contribuciones y valorizaciones de carácter distrital, municipal o departamental.

3.1.4 Adquisición y pérdida de la posesión. Como se expone en el Capítulo II del Título VII, del Código Civil, la posesión se adquiere desde el momento en que

alguien puede invocar sobre un bien los elementos corpus y animus, constitutivos de la posesión.

La posesión de la cosa se adquiere en virtud de un acto voluntario o un modo de adquirir el bien, en virtud de un acto: vicioso, irregular o ilícito, como la ocupación, la adjunción. En virtud de un fenómeno previsto por la ley como ocurre con la posesión del derecho real de herencia.

La posesión de un bien, en general, se pierde a merced de fenómenos opuestos a los que generan su adquisición. Por ejemplo el abandono del bien es opuesto a su aprehensión, la cesión o transferencia es contraria a su recepción. Se presenta la pérdida de cosa mueble por la destrucción del mismo bien, por la toma o posesión por otro o, por decisión judicial.

La adquisición puede ser originaria o derivativa; la primera obedece a que cuando sobre la cosa no existía posesión o si existía, el poseedor no manifestó voluntad contraria a la posesión de quien pretende la adquisición. La derivativa, cuando al existir un poseedor permitió a que entrara el poseedor adquirente. Lo que conlleva a que la pérdida de un bien puede ser voluntaria o involuntaria al poseedor.

La pérdida puede ser absoluta cuando el bien perece, jurídica o materialmente, bien por abandono o por destrucción; y puede ser relativa cuando termina la posesión de alguien y comienza la de otra persona. La pérdida de la posesión se da cuando se deja de poseer una cosa porque otro se apodera de ella, con ánimo de hacerla suya, excepto en los casos que contempla la ley.

La pérdida de la posesión de bien mueble, se sucede cuando por un acto voluntario del poseedor faltan los elementos corpus y animus, cuando el poseedor abandona la cosa o cuando la transfiere a otra persona. También, se pierde cuando al poseedor le queda imposible ejercitar actos de dueño respecto de la

cosa, como cuando alguien se apodera de la cosa con al ánimo de hacerla suya sin que el poseedor pueda ejercer como tal.

La pérdida de la posesión de bien inmueble no inscrito, ocurre cuando el poseedor transfiere y entrega el inmueble a otro o, cuando el poseedor abandona el cuerpo al primer ocupante. Se pierde cuando otro sujeto ocupa el cuerpo con ánimo de señor y dueño; cuando sólo se pierde el ánimo, porque el poseedor enajena el inmueble, reservándose el uso y goce de éste. Y se pierde la posesión de los inmuebles inscritos con la cancelación conforme a la ley, la forma más frecuente es la de una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro.

3.1.5 Agregación o Accesión de Posesiones. La agregación o accesión de posesiones es la unión de posesiones que pueden derivarse ya sea por causa de muerte a título universal, o por acto entre vivos como las declaraciones convergentes de voluntades para trasladar las prerrogativas surgidas de la posesión, desconociendo siempre dominio ajeno.

El fenómeno jurídico de la agregación creada por el legislador permite, al poseedor de un bien, agregar o sumar a la posesión original la posesión de antecesores inmediatos a fin de completar el tiempo que exige la ley para adquirirla por prescripción o mediante el uso de acciones posesorias (arts. 976 y 2521, C.C.). El artículo 778 del Código Civil determina la posibilidad de añadir a la posesión del sucesor, la posesión del antecesor, es decir, la transmisión y continuación del bien del difunto en la persona de los herederos por el hecho de la delación.

Para dar validez a una accesión de posesiones se deben reunir ciertos requisitos, tales como que entre las posesiones que se agregan haya un vínculo jurídico que las haga derivar una de otra; que la agregación sea total, eso es, que se unan

cualidades y vicios y que todas sean continuas entre sí, teniendo siempre en cuenta que hacerlas o no, es facultativo del poseedor que se dé la entrega del bien.

El poseedor que pretenda hacer valer una accesión de posesión está obligado a demostrar la sucesión mediante la existencia del título singular o universal correspondiente. Si se trata de una sucesión a título singular entre vivos, la transferencia de una posesión de un bien raíz es un acto de disposición relativo a un inmueble y debe elevarse a escritura pública. Si se trata de adquisición de la posesión de bienes inmuebles por causa de muerte, la transferencia deberá probarse mediante la inscripción del decreto de posesión efectiva de la herencia o de la respectiva hijuela.

El requisito de inscripción de la escritura pública para acreditar la agregación de posesiones fue algo controvertido en cuanto que algunos tratadistas piensa que la escritura pública debidamente registrada es exigible sobre derechos inmuebles como prueba de la adquisición del derecho subsumido en la posesión, otros, aceptando la escritura pública como título, no ven la necesidad de su inscripción en el registro de instrumentos públicos en cuanto la relación contractual no recaea sobre el derecho real del dominio.

3.1.6 Protección legal de la posesión. La situación posesoria que una persona ejerce sobre determinada cosa, puede resultar afectada por la conducta asumida por otro sujeto. En algunos casos, dicha perturbación se hace consistir en el embarazo o molestia irrogados al poseedor, mientras que, en otros, puede ser más intensa, hasta llegar al despojo o desapoderamiento que del bien padece su detentador.

Prueba de la Posesión. Para probar la posesión de un bien basta con demostrar: que se posee; desde cuando se posee y por cuánto tiempo se ha poseído; la calidad en que se posee y la estabilidad de la calidad inicial de la posesión.

Para probar que se posee una cosa le basta al poseedor la prueba directa de que ejerce el poder de hecho sobre el bien con la firme voluntad de poseerlo.

Se prueba la adquisición de posesión y su fecha de iniciación demostrando el tiempo y la causa por lo cual se adquirió por lo que se considera válido cualquier demostración de dominio, la exhibición de títulos, la inscripción en el registro de instrumentos públicos (arts. 979 y 980 C.C.). Probada la fecha de iniciación, su posesión actual, en el momento que se alega, el poseedor queda amparado por la presunción legal que establece el párrafo tercero del artículo 780 del Código Civil.

Se prueba la calidad de la posesión con el título que ha de determinar la clase de posesión adquirida. En el contrato de compraventa, permuta o donación se genera una posesión en nombre propio, pero, en el contrato de arrendamiento se genera una posesión en nombre ajeno o mera tenencia. Cuando no es posible determinar la calidad de la posesión bien por la causa o el título, el poseedor está amparado por las presunciones legales del artículo 762 en la que se presume una posesión de propietario o se presume que quien posee como dueño, es el dueño. La relación posesoria se presume en los términos de los artículos 780 y 777 del Código Civil.

Protección Legal. Aunque una situación de hecho no es un derecho, la legislación protege los efectos de la posesión en cuanto ampara su exteriorización como propiedad o bien patrimonial. Esa protección es visible en el otorgamiento de las acciones que estatuye la normativa colombiana con las cuales el poseedor puede defender su posesión.

Acciones del poseedor. Se ha de partir, en primer lugar, que todo bien está bajo el cuidado y la protección del poseedor quien para protegerlo hace uso y desarrolla el principio de autodefensa legítima. El poseedor cuida y defiende los bienes que posee rechazando las agresiones ilícitas a su posesión que provengan de otras personas o de los peligros del exterior. La acción de autodefensa reconocida por muchos tratadistas como acción directa no es posible en la legislación civil colombiana. El legislador ha dotado al poseedor que resulta víctima de las anomalías, de mecanismos de defensa conocidos genéricamente con el nombre de interdictos, o lo que es igual, de acciones posesorias en términos de conservación y recuperación. Habrá interdicto por perturbación o acción conservatoria o interdicto por despojo o acción restitutoria.

Acciones posesorias. Consagradas en Título XIII y XIV del Código Civil, artículo 972 y siguientes, tienen por objeto conservar o recuperar la posesión, de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en ellos (art. 792 C.C.). Se otorgan solamente a quien ha estado en posesión tranquila y no interrumpida de cosas prescriptibles durante por lo menos, un año completo; y expiran, caducan o prescriben al completarse el año desde el inicio del acto perturbador, si es de conservación, o desde el momento de la pérdida, si es de recuperación.

Dentro del género de acciones posesorias, cuentan con especial importancia las posesiones interrumpidas por el desplazamiento. Sobre el particular, se estatuye en la normativa que el poseedor interrumpido en el ejercicio de su derecho informará del hecho del desplazamiento a la Personería Municipal, Defensoría del Pueblo, Procuraduría Agraria, o a cualquier entidad del Ministerio Público, a fin de que se adelanten las acciones judiciales y/o administrativas a que haya lugar (artículo 27 de la Ley 387 de 1997).

Acciones posesorias conservatorias. Son aquellas que pretenden conservar la posesión de la cosa o derecho, cuando ésta aún no ha sido despojada, pero está

siendo de alguna manera perturbada o embarazada por actos u hechos que inquietan la posesión de manera inminente o amenazadora encaminados a hacer cesar la perturbación u obtener la condena por los perjuicios causados a cargo del perturbador, ya sea que éste haya actuado directamente o que haya tolerado los actos por parte de la persona a la cual debiera o pudiera impedirselo, ya sea actuando sobre la cosa o desde la suya propia (art. 977 C.C.).

En toda acción encaminada a retener posesión se conjugan: los sujetos: el poseedor y el usurpador; el objeto: que se le indemnice el perjuicio que ha recibido el poseedor; y los efectos jurídicos que no es otro que el de proteger el derecho del poseedor. Las acciones tendientes a conservar el bien prescriben al cabo de un año completo, contado desde el acto de violencia, molestia o embarazo inferido a ella (art. 976 C.C.).

El Código Civil recoge dos acciones posesorias especiales de conservación, la denuncia de obra nueva (art. 986, C.C.) y denuncia de obra ruinosa (art. 988, C.C.).

La denuncia de Obra Nueva. Se refleja cuando el poseedor tiene derecho para pedir que se prohíba toda obra nueva que se trate de construir sobre el suelo de que está en posesión. Pero no tendrá el derecho de denunciar con este fin las obras necesarias para precaver la ruina de un edificio, acueducto, canal, puente, acequia, etc., con tal que en lo que puedan incomodarle se reduzcan a lo estrictamente necesario, y que, terminadas, se restituyan las cosas al estado anterior a costa del dueño de las obras. Tampoco tendrá derecho para embarazar los trabajos conducentes a mantener la debida limpieza en los caminos, cañerías, acequias, etc.

También se habla de las obras nuevas denunciabiles las que, construidas en el predio sirviente, embarazan el goce de una servidumbre constituida en él.

Son igualmente denunciabes las construcciones que se trata de sustentar en edificio ajeno, que no esté sujeto a tal servidumbre. Se declara especialmente denunciabes toda obra voladiza que atraviesa el plano vertical de la línea divisoria de los predios, aunque no se apoye sobre el predio ajeno, ni dé vista, ni vierta aguas lluvia sobre él.

La denuncia de Obra Ruinosa. Tiene el objetivo de que aquella persona que perciba un perjuicio en potencia o contingente y que de no hacer nada para evitarlo pueda causarle un perjuicio mayor a sus bienes o integridad persona, pueda proteger, por medio de una acción denominada denuncia de obra ruinosa.

Esta acción se caracteriza porque no es propiamente posesoria, al igual que la de Denuncia de Obra Nueva. Otra de sus características, es que no necesariamente es el poseedor o propietario de un bien quien tiene la facultad de ejercitarla; este tipo de acción puede interponerla cualquier persona que se sienta amenazada por el deterioro o ruina de una edificación vecina, no obstante esta tiene dirigida contra el propietario o poseedor, ya que se reputa dueño por sus actos ejercidos en ese bien, y hasta que aparezca el legítimo.

Procesalmente es evidente que hay dos sujetos plenamente determinados, que es este caso son el accionado, sea dueño o poseedor y el juez, pero el accionante no está determinado, puesto que cualquier persona que sea vea afectada puede ejercitar la acción.

Acciones posesorias recuperatorias. Son aquellas que buscan la recuperación de la posesión, cuando esta aparte de perturbada, que sería el acto inicial, ha sido completamente despojada. La acción implica la indemnización de los perjuicios causados con el despojo (art. 982 C.C). Pero no serán obligados a la indemnización de perjuicios, sino el usurpador mismo, o el tercero de mala fe, y habiendo varias personas obligadas, todas lo serán insolidum (art 983 Ibíd).

Se ha de enfatizar que en los procesos posesorios no se discute el dominio ni otro derecho real sino la posesión, por lo tanto los títulos que prueban el derecho no son necesarios ni se tiene en cuenta para tomar decisiones sobre cuestiones que solo son de la naturaleza jurídica de la posesión controvertida.

Acción reivindicatoria sobre la posesión. Se establece para recuperar el derecho de posesión sobre la cosa mueble o inmueble (art. 951, C. C.). Con la acción reivindicatoria o acción de dominio se persigue la cosa sobre la cual se ejerce el derecho real. Se trata de la principal acción consagrada para la defensa de los derechos reales (arts. 946-971, C. C.).

La acción reivindicatoria tiene por objeto reclamar la cosa que no tiene en su poder el titular del derecho real para que se le restituya el bien que no está en su posesión y sí en la del poseedor actual o en su tenedor. Quien reivindica pretende reclamar el ejercicio del respectivo derecho real que se concentra sobre el bien.

La reivindicación exige para su feliz término la prueba de titularidad del derecho real por parte del demandante. Incluso, la reivindicación también se ofrece al poseedor regular, titular del derecho real provisional de posesión (acción publiciana, art. 951 C.C.). La acción reivindicatoria es una acción extracontractual, protectora de un derecho real sobre un bien, mueble o inmueble, no prescriptible en forma extintiva.

Tradicionalmente el Tribunal de Justicia, en esta clase de controversias, ha mantenido el concepto de que el mecanismo de la inspección judicial es el instrumento probatorio más adecuado para la verificación de las varias circunstancias alegadas por las partes, pero nada obsta para que la convicción acerca de las mismas pueda lograrse también por otros medios, como la confesión, declaraciones de testigos, contenido de documentos privados o públicos, peritaciones e indicios.

De otro lado, como lo sostiene el profesor Parra Quijano, en los procesos reivindicatorios, bien puede suceder "que los demandados confiesen poseer el bien que pretende el demandante", bien sea de manera expresa o de forma concluyente, como cuando además de oponerse a la referida pretensión reivindicatoria, arremete en contrademanda buscando la llamada declaración de pertenencia.

En estos términos, la reivindicación es una acción tendiente a defender el dominio y demás derechos reales, aunque excepcionalmente el poseedor regular, en vías de usucapir, puede también servirse de ella. Por ello, el ejercicio de las acciones posesorias y reivindicatorias, desde el punto de vista probatorio, se rige, entre otros, por los principios que enmarcan el régimen probatorio del Código de Procedimiento Civil.

3.2. LA BUENA FE EN LA POSESIÓN DE BIEN INMUEBLE

En el derecho civil colombiano la buena fe como principio general de derecho, para los efectos de una posesión regular, es la conciencia y convicción de haber adquirido el derecho y el bien de quien tenía la facultad de transferirlo y entregarlo, sin fraude u otro vicio, como lo expresa el Código Civil en su artículo 768: "La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio".

Como principio constitucional, la buena fe, traspasa los linderos de la conciencia para ser exigible y manifiesta en todo el actuar negocial de "los particulares y autoridades públicas". Como derecho constitucional garantiza toda relación entre particulares y de estos con los funcionarios de la administración pública. Unos y otros deben salvaguardar los principios éticos del deber y saber actuar con dignidad y decoro.

La buena fe como requisito sine qua non, se presupone siempre y no admite dudas sobre la legitimidad del bien y su adquisición. (art.764 C.C.), de igual importancia gozan los frutos o producidos de la cosa o bienes adquiridos, por ello, la legislación habla de indemnización de mejoras, de resarcimiento de gastos, responsabilidad por pérdidas, entre otros.

Así mismo, la buena fe es una pauta para la interpretación de todo contrato por cuanto ella demarca las conductas, obligaciones y deberes que le dan vida jurídica a la voluntad de las partes, descartando todo procedimiento contrario a la defraudación de la confianza que de ella se genera. Se referencia la común intención de las partes sobre la literalidad de lo manifiesto al sentido de lo que razonablemente hubiera atribuido a lo ya manifestado.

La legislación colombiana en lo que atañe a las relaciones contractuales frente a la buena fe en la posesión mantiene la premisa de que “la mala fe debe probarse” (art. 769 C.C.) por lo que “desvirtuarla no compete a la ley sino al hombre” . Otra cosa es cuando la buena fe tiene por fundamento el error como en el caso que enuncia el artículo 768, “un justo error en materia de hecho, no se opone a la buena fe”, “Pero el error, en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario”.

Existe una seria diferencia entre el error en materia de hecho y error en materia de derecho, el primero es excusable por cuanto no se opone a la buena fe, pero en materia de derecho el error tiene efectos jurídicos que parten del conocimiento que se tiene de la misma ley.

La mala fe como contrapartida a la buena fe, se detecta en el caso de carecer quien dice ser el poseedor de título suficiente para ostentar esa calidad o por faltarle uno de los elementos de ley: corpus o animus. La posesión de la cosa con mala fe carece de validez legal y por lo tanto no produce efectos jurídicos. La

posesión de mala fe puede o no ser viciosa: La posesión es viciosa, en el caso de cosas muebles, adquiridas por hurto, robo, engaño o abuso de confianza; y en caso de bien inmueble, cuando es adquirida por el uso de la fuerza, la violencia o la clandestinidad.

La posesión de buena fe en cosa mueble o inmueble equivale al título, como máxima de antaño, se desprende del mismo derecho de propiedad de quien da y de quien recibe el bien o la cosa por cuanto se presume la buena fe en el sujeto que detenta el derecho de propiedad y su posesión, como reconocimiento a la posesión con ánimo de propietario que parte de la letra del artículo 762 del Código Civil, la Corte Suprema de Justicia en sentencia manifiesta:

"la posesión es la más elocuente manifestación del derecho de dominio, pues mediante ella además de exteriorizarse sus atributos, ordinariamente lo reflejan por cuanto normalmente cada cual posee lo que le pertenece, es decir, el poseedor de una cosa es también su propietario. Por tal razón, la ley le prodiga amparo, como una complementación de la tutela que brinda el derecho de dominio, presumiendo que quien se halla en esa relación de conexidad con las cosas es su dueño, hasta tanto otra persona no justifique serlo".

Por lo que se colige que en los títulos traslaticios de dominio, la buena fe supone la certeza de haberse recibido la cosa de quien tiene la facultad de enajenarla y no haber habido fraude u otro vicio en el acto o contrato, además de gozar de los beneficios que la posesión le otorga.

Uno de estos beneficios se extiende para casos como en el que el poseedor de buena fe es vencido en un proceso reivindicatorio de dominio, se le abonaran todas las mejoras útiles que haya efectuado a la cosa, siempre y cuando las haya efectuado antes de contestar la demanda.

Sobre el tema la Corte Suprema de Justicia manifiesta:

“Fundamentalmente el restablecimiento a que hay lugar en materia de frutos y de mejoras no así de perjuicios propiamente dichos. Tales prestaciones, cuando de procesos reivindicatorios se trata, consisten en el reconocimiento de los frutos, entendidos como el producido del bien en disputa relacionado con los paralelos gastos ordinarios de producción que son aquellos en habría incurrido cualquiera persona para obtenerlos y por lógica deben ser asumidos en definitiva por quien se va a beneficiar de aquellos que al tenor del inciso final del artículo 964 del código civil, y las expensas o mejoras a las cuales se refieren los artículos 965, 966 y 967 ibídem, atinentes en esencia a la gestión patrimonial cumplida por el poseedor condenado a restituir y que tiene expresión en los gastos que se hacen por ese poseedor y con los que pretendió mejorar el bien, llevando de ordinario consigo la noción de aumento, progreso, mayor utilidad, más adecuado servicio o mejor presentación”.

Es decir, se tiene presente las mejoras útiles que hayan aumentado el valor venal de la cosa y el reivindicador “elegirá entre el pago de lo que valgan, al tiempo de la restitución, las obras en qué consisten las mejoras, o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiere más la cosa en dicho tiempo” (art. 966, C.C.).

3.3. VICIOS EN LA POSESIÓN DEL BIEN IMUEBLE

Concepto y efectos: El Código Civil califica en el artículo 771 como posesiones viciosas o inútiles, la violenta y la clandestina. En realidad, estos son vicios que hacen que la posesión existente sea viciosa e ineficaz, impiden su nacimiento y la generación de derechos como la usucapión. Son inútiles porque el fenómeno creado por estos vicios no conduce a la prescripción ni su autor puede interponer las acciones posesorias

La posesión viciosa también puede ser considerada como un verdadero hecho ilícito y tener efectos jurídicos como los que dentro del ámbito del Derecho Civil y ante el término de una acción reivindicatoria interpuesta por el propietario, el poseedor puede ser condenado a restituir la cosa al propietario, indemnizar los deterioros sufridos por el bien y restituir los frutos.

Asimismo, la denominada posesión violenta es calificada por el legislador penal como un delito contra el patrimonio económico. Más exactamente hablamos del hurto de muebles o de la usurpación de tierras (artículos 239 y 261 del Código Penal).

La posesión violenta se define en el artículo 772 del mismo código, como "...la que se adquiere por la fuerza". De donde se desprende que la es el abandono del derecho y la conducta negativa del dueño de la cosa que no intenta oportunamente las acciones correspondientes para recuperar el bien que un tercero mantiene en su poder.

"La fuerza puede ser actual o inminente", la primera se refiere a la que se ejecuta de manera real en el momento mismo en que se inicia la posesión, y la segunda son amenazas que si bien no se ejecutan de inmediato, se sabe que se ejecutarán en un plazo más o menos breve.

En la realidad colombiana se consideran viciadas por la fuerza las posesiones iniciadas como aprovechamiento injusto de la perturbación del orden público como las ocurridas en la época de la violencia. La posesión se considera viciada de violencia cuando se han realizado actos de fuerza para apoderarse de la posesión o para conservarla, cuando la fuerza se ejerce contra el dueño, contra el poseedor o tenedor o contra sus familiares (art. 774,C.C.).

La Posesión clandestina, consiste en ocultar la posesión a los que tienen derecho para oponerse a ella (art. 774, C.C.). Para que la posesión sea eficaz debe ser pública. La posesión clandestina no puede producir efecto contra el verdadero dueño, porque el ocultamiento ha impedido que este defienda un derecho que ignoraba estar en peligro, esa es la razón para afirmar que la posesión debe ser pública para que conduzca a la usucapión, su principal efecto.

En este punto es necesario recordar que los principales efectos de la posesión son: hacer presumir la propiedad, hacer al poseedor titular de las acciones posesorias y conducir a la adquisición del dominio por la usucapión.

4. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL SOBRE LA POSESIÓN EN CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE BIEN INMUEBLE EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DE BUENA FE EN EL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA.

En el orden jurisprudencial concerniente al objeto de análisis del actual estudio y obedeciendo al desarrollo de los capítulos anteriores, el presente capítulo tiene como objetivo analizar el desarrollo jurisprudencial en el Distrito Judicial de Bucaramanga sobre la posesión y los vicios de posesión en los contratos de arrendamiento de bien inmueble urbano.

4.1 DESARROLLO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

4.1.1 Línea Jurisprudencial de los Principios Constitucionales. Las tendencias que sustentan la administración de justicia en la actual sociedad colombiana, permite reconciliar las tradiciones liberal y democrática de la teoría política normativa con las teorías jurídicas que sustenta el Estado Social de Derecho.

En los capítulos anteriores se habla del principio de buena fe en dos direcciones, desde la presunción debida e inherente a la acción jurídica como principio universal y la buena fe como norma desde su rango constitucional. Desde el punto de vista de la iusteoria jurídica del modelo político del Estado Social de Derecho y su legitimidad como régimen constitucional, la presunción sobre el principio universal de buena fe proyectado a la esfera de la consensualidad de las actuaciones de la voluntad en lo público y en lo privado, jurídicamente, presenta importantes transformaciones en los asuntos contractuales de interés público y particular.

La actual estructura de las acciones contractuales, en lo público y privado, rompe con la tradicional posición del positivismo clásico sobre la presunción de buena fe y eleva al nivel de la estructura democrática la buena fe como derecho fundamental, a la vez que desafía, simultáneamente, la concepción jurídica universal de buena fe y la validez de la acción entre particulares ante el derecho.

La Corte Constitucional resalta la importancia de los principios universales del derecho, al sostener que

“el aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo ha traído como consecuencia un agotamiento de la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. En éstas circunstancias la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional” (Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992. M.P.: Ciro Angarita Barón).

En éstos términos los principios del derecho se incorporan al razonamiento jurídico (teórico y abstracto) desde la perspectiva de su función social y democrática. Los principios, en el Estado Social de Derecho, como se define en el artículo 1° de la Constitución de 1991, como fundantes del sistema constitucional o normativo en general, toman especial relevancia al ser identificados como fuentes del ordenamiento jurídico en la jurisprudencia constitucional a partir de la sentencia hito T-406 de 1992, que además de reconocerlos como parte del “catalogo” que “inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política”, son “la base axiológico-jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo. Así, ninguna norma o institución del sistema puede estar en contradicción con los postulados expuestos en los principios” (Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992).

La interpretación de ese “catálogo de principios y de derechos fundamentales” dentro del Estado Social de Derecho, pluralista y democrático, acogidos como “principios jurídicos”, transforma la metodología y las formas de interpretar y aplicar el derecho en los académicos y los responsables de la aplicación judicial del derecho.

A partir de la sentencia hito se inicia el desarrollo de la línea jurisprudencial sobre los principios constitucionales del Estado Social de Derecho con las conocidas sentencias T-505 de 1992, T-124 de 1993, T-230 de 1994, T-056 de 1994, T-309 de 1995, T-477 de 1996, SU-111 de 1997, C-237 de 1997, C-569 de 2004, T-792 de 2005 y C-367 de 2006, entre otras. Sus conceptos direccionan la interpretación del derecho, caracterizado por la “pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos” (Sentencia T-406 de 1992). Veamos algunos apartes sobre los diversos principios:

En términos generales la sentencia T-505 de 1992 reconoce que los principios de “la dignidad humana y la solidaridad son principios fundantes del Estado social de derecho. Las situaciones lesivas de la dignidad de la persona repugnan al orden constitucional por ser contrarias a la idea de justicia que lo inspira”.

Por otra parte, en sentencia T-124 de 1993, la Alta Corte, reconoce que la seguridad social en Colombia se rige por los principios de la eficiencia, la universalidad y de la solidaridad y su prestación se decanta en el principio de la igualdad relacionado con la prohibición de un trato discriminatorio por parte del empleador, en los siguientes términos:

“La obligación del Estado frente a la protección de la igualdad, determina que la efectividad de los derechos de los más

desfavorecidos deberá tener una solución compensada, en atención a la equidad que debe presidir las relaciones sociales, sin desmedro de los derechos de las demás personas” (Sentencia T-124 de 1993).

La sentencia T-230 de 1994, en la cual se establece la protección del derecho al trabajo como fundamento del Estado Social de Derecho:

“La Constitución Colombiana, por su parte, no sólo consagra todos los postulados esenciales del Estado social de derecho, sino que de manera específica, define al trabajo como uno de los fundamentos del Estado y contempla plenas garantías laborales para la consecución de los fines propuestos” (Sentencia T-230 de 1994).

Además, de los principios identificados en las anteriores sentencias, en la sentencia T-056 de 1994, se identifica el principio de eficacia que fundamenta al derecho de petición cuando este se dirige al reconocimiento y al pago de las prestaciones sociales o a la asistencia debida a los ciudadanos. El principio se relaciona con la manifestación eficaz del Estado ante el más débil como se expresa en las sentencias T-309 de 1995 y T-477 de 1996, que a la letra manifiesta:

“En un Estado Social de Derecho existe la obligación de la asistencia humanitaria y solidaria de todas las personas, especialmente por parte de los órganos públicos, dirigida a proteger a los débiles y a quienes se encuentran en condiciones económicas y extremas de debilidad manifiesta” (Corte constitucional. Sentencia T-056 de 1994).

Protección que sobre a los considerados débiles, se complementa con lo expresado en la sentencia C-237 de 1997, “el fundamento de la obligación alimentaria es el principio de la solidaridad “(...) que une a los miembros más cercanos de una familia, y su finalidad es la subsistencia de los beneficiarios”.

Una de las características más relevantes del Estado Social de Derecho consiste en la importancia que adquiere el juez en sus relaciones con el legislador y con la administración de la justicia. Buena parte de ella se deriva del nuevo papel que juegan los principios constitucionales en las decisiones judiciales y su relación con los valores y normas de la Carta. El nuevo papel del juez en el Estado Social de Derecho es la consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución claramente señaladas en el artículo 228. Principios a los que la Corte reafirma diciendo que de los “fines esenciales del Estado como lo es el de garantizar la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Constitución, uno de ellos, el que tiene toda persona para acceder a la administración de justicia” (sentencia C-569 de 2004) y en la sentencia T-792 de 2005, que señala a la dignidad humana como un principio fundamental del Estado Social de derecho, orientándolo a los “derechos de los reclusos y al régimen normativo aplicable a los establecimientos carcelarios”.

Sucesivamente, como se observa, existe un desarrollo jurisprudencial sobre los principios del derecho, que se enmarca en el principio democrático como transversal al Estado Social de Derecho y, cuyo carácter se refleja, a su vez, en los principios de igualdad y de libertad y, por ende, en los principios que de la voluntad libre, expresa, idónea y ética, se ordenan y se armonizan en el sistema contractual colombiano cuya coherencia con las manifestaciones de las Altas Cortes respecto a la posesión de bienes inmuebles urbanos permite dilucidar el orden de las fuentes formales del derecho.

De los derechos de tercera generación que se desprenden de la conceptualización del Estado Social de Derecho, están los derechos a la paz, al entorno, al patrimonio común de la humanidad y el derecho al desarrollo económico y social, estos últimos consignado en el Título II, de la Constitución Política de 1991. Derechos que si bien no tienen el carácter expreso de derechos fundamentales,

no por ello deben entenderse como no vinculantes en cuanto a su reconocimiento y protección, máxime cuando implica criterios de conexidad con derechos y principios fundamentales. Estos derechos resultan necesarios en la búsqueda de las condiciones sociales y económicas favorables no solamente de la persona sino de la sociedad. El derecho al trabajo, la propiedad, la seguridad social, entre otros, contribuyen a la consecución de los fines del bienestar y convivencia señalados por el Estado. Del conjunto de derechos económicos se destaca el derecho de propiedad, desde la perspectiva de una función dinámica y positiva frente a los intereses de la comunidad.

La Constitución Política en el artículo 58 reconoce y garantiza el derecho a la propiedad privada. Sin embargo, para su ejercicio y protección, deberá observarse la función ecológica y social que cumple el bien, esto, en el entendido que no puede hablarse de un derecho absoluto o intangible. De otra parte, el mismo artículo constitucional le atribuye un criterio de evaluación en relación con el bienestar que este derecho pueda representar para el titular del mismo frente a las expectativas o beneficios que puede representar para la comunidad, es decir, prioriza el interés general sobre el particular en relación con la evaluación del derecho.(Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-459 de 2011.)

Lo que significa que el papel del Estado no se limita simplemente a un papel de inspección y vigilancia respecto de las actuaciones de los particulares, se propone además, la no intervención en los procesos económicos a efectos de garantizar un amplio espectro de igualdad de condiciones entre los factores de poder en la sociedad y de autodeterminación de mercado. Principio que se sustenta en las tesis del sistema liberal del Estado democrático, donde el Estado no solo define la propiedad, la crea y la regula. Regula su adquisición, posesión y uso en los términos expuestos en el Código Civil y en Código de Comercio, cuyos conceptos se desarrollan en los capítulos 2 y 3 del presente estudio.

4.1.2. Desarrollo doctrinal que sustenta la interpretación de los principios constitucionales. La teoría de los principios surge en el escenario de la reflexión de la teoría del derecho, desde los postulados de la teoría política sobre el liberalismo y la democracia. La defensa y expansión de las libertades adquiridas se apoya en la democratización adicional de las instituciones y en sus formas de organización política.

Sin entrar en detalles sobre la discusión, se observa el desarrollo de la legitimidad democrática y los derechos básicos desde los principios constitucionales de un Estado Social de Derecho. El debate al positivismo jurídico, con autores anglosajones, se concentra en demostrar la insuficiencia del modelo iuspositivista para explicar y justificar la existencia de estándares normativos que no adquieren su fuerza jurídica por ser creados mediante un acto institucional de poder que dé validez al mandato contenido en ese mismo poder. Posición que presupone la aplicación del derecho sin argumentos abstractos limitados únicamente al sentido estricto de la letra normativa y al formalismo de las reglas procesales. No se permitía una conexión entre el derecho, los problemas políticos y la moral.

La ausencia de un criterio moral que permita tomar en cuenta la existencia de los principios es, desde luego, incompatible con su propia noción como lo pone de relieve Ronald Dworkin (2010), quien hace una de las primeras y quizás más celebre descripción del concepto de los principio morales y jurídicos como nuevas formas de interpretación, argumentación y ponderación del derecho.

El argumento básico de Dworkin es que el derecho no está constituido únicamente por reglas, sino también por principios, de las cuales algunos no están contemplados en el derecho por razones diferentes a la razón moral. Para Dworkin todo principio es un estándar normativo que ha de ser observado “porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (Dworkin, R. (2010). Los derechos en serio (8ª reimpresión). Barcelona: Ariel.p.

172), con lo cual pone de presente que se trata de normas cuya fuerza deóntica proviene directamente de exigencias morales.

De igual manera, Robert Alexy define los principios como:

[...] normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado, y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. (Alexy, R. (2007a). Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica (2ª ed.). Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales. pp. 67-68)

En Alexy los principios no son otra cosa que la dimensión normativa o deontológica de los valores morales. Aunque son dos cosas diferentes los principios y valores, en el iuspositivismo, son dos perspectivas de análisis de un mismo objeto, con dos funciones diferentes, el principio define la norma, esa es su función y, el valor cuenta con una función de valoración.

Así, la introducción de la teoría de los principios en la dogmática jurídica logra romper con la idea de la separación radical –conceptual– entre el derecho y la moral pregonada por el positivismo más extremo.

Alexy, centra su crítica sobre la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral y afirmando que necesariamente debe existir una conexión conceptual entre el Derecho y la moral, además, hace una clara distinción entre el sistema jurídico como sistema de normas o como sistema de procedimientos y la perspectiva del observador participante.

Para este autor la conexión entre el derecho y la moral está dada en la “pretensión de corrección” que un juez toma ante la decisión de aplicar el derecho. La pretensión de corrección del juez se vincula con la corrección moral por cuanto supone el incorporar una dimensión de idealidad en el derecho. El juez debe saber qué conductas concretas exigen los principios en cada caso específico, es decir, el juez debe crear las condiciones “prima facie” de aplicación de los principios. En efecto, los principios, en cuanto mandatos de optimización, no fijan las condiciones precisas que determinan su aplicación en un caso puntual, por ello, el operador jurídico debe acudir a un proceso racional de concreción del principio, que Alexy llama “ponderación” y al cual le atribuye características especiales.

Estos procesos de ponderación van creando lo que Alexy denomina “relaciones de prioridad prima facie” entre los principios. Dichas relaciones de prioridad no constituyen un vínculo jerárquico abstracto, de tal suerte que se vaya determinando qué principios son más importantes que otros, y haciendo que, en caso de colisión, se pueda saber de antemano qué principio está llamado a vencer; pero sí establecen unas preferencias prima facie, que no ahorran al intérprete el proceso de ponderación, pero que establecen cargas en la argumentación en favor de uno de los principios en colisión, dadas unas circunstancias generales fijadas por la relación de prioridad (Alexy, R. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de estudios constitucionales.2010, pp. 135-146).

De igual manera, Alexy afirma que existe en el razonamiento de principios una “ley de colisión”, y que ordena que “las condiciones bajo las que un principio prevalece sobre otro, forman el supuesto de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevalente”. (Alexy, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, 5, 139- 154.pp. 139-154). De este modo, se van concretando los principios en normas menos generales –pierden algo de su textura abierta– y se

crean, al mismo tiempo, las condiciones fácticas con las cuales, en primera instancia, un principio es aplicable en vez de otro. Las “condiciones de prioridad establecidas hasta el momento en un sistema jurídico y las reglas que se corresponden con ellas proporcionan información sobre el peso relativo de los principios” (Alexy 1998, p. 140).

El juicio de ponderación lleva implícitamente a que en la interpretación o la valoración efectuada por el juez, se legitime un cierto grado de discrecionalidad en su decisión, toda vez que los principios están descritos en términos de connotación abierta y en algunos casos imprecisos, que, además, permiten la armonización de los mismos dentro de un espectro de pluralidad jurídica, es decir, que no exista la posibilidad de jerarquizarlos configurando con ello supremacía o categorizaciones normativas. En este contexto y en esta labor ante la posibilidad de presentarse un cierto grado de subjetivismo y de decisiones judiciales, es que existen criterios que deben ser observados por el juez que apuntan a la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad; factores que en últimas conducen a la construcción de la regla de ponderación:

“Esta regla expresa una ley que vale para la ponderación de principios, de cualquier tipo de ellos que sean. De acuerdo con la ley de la ponderación, la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro. La ley de la ponderación pone claramente de manifiesto que el peso de los principios no es determinable en sí mismo o absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan solo de pesos relativos”.(Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales. Op.Cit. p.171)

De lo anterior se colige que los valores y principios que se expresan como exigencias normativas, forman parte de la entraña del ordenamiento jurídico-constitucional, hasta tal punto que una norma de rango inferior a la Constitución

puede declararse inconstitucional por contravenir un valor constitucional, de igual manera, se conciben como imprescindibles a la hora de hacer valer la efectividad de la fórmula del Estado constitucional y la primacía de los derechos humanos.

4.1.3. Postura de la Corte Constitucional colombiana ante las nuevas tendencias doctrinales. La Corte Constitucional colombiana a partir de 1991, como se ha anotado anteriormente, asumió esta novedosa forma de comprensión del derecho aceptando la presencia de normas constitucionales con forma de principios, esto es, como mandatos de optimización.

Señala la Corte Constitucional en la Sentencia T-406 de 1992:

“Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa”.

Frente a los principios y valores la Corte Constitucional, en la anterior sentencia en mención, sostiene que “los valores –constitucionales– representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico”, mientras que los principios constitucionales

“[...] consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional” (Sentencia T-406 de 1992).

La Corte es precisa y clara cuando reafirma que:

“... al optar por un sistema de “pluralismo valorativo”, la Carta adoptó un modelo en el cual las normas iusfundamentales tienen una estructura lógica que exige acudir a la metodología de la ponderación para resolver los eventuales conflictos. En suma, la Constitución no consagró un sistema jerárquico entre sus normas, sino un modelo de preferencia relativa, condicionada a las circunstancias específicas de cada caso. La tarea del legislador es la de armonizar los distintos derechos y cuando ello no resulte posible, la de definir las condiciones de precedencia de un derecho sobre otro” (Corte Constitucional Sentencia C-475 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

De igual manera, La Corte defiende los principios esenciales en cuanto a la no incriminación, al principio de igualdad y a la licitud de la prueba en la sentencia C-1287 de 200; los principios de legalidad, tipicidad y al debido proceso en sentencia C-818 de 2005 y los principios que definen el buen nombre, la honra y la intimidad, como derechos constitucionales fundamentales reconocidos por la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentencia C-417 de 2009. En otras palabras, se puede afirmar, después de observar el contenido jurisprudencial sobre los principios constitucionales, que su estructuración se constituye en los pilares axiológico-jurídicos del ordenamiento jurídico colombiano.

De igual manera, la categoría normativa de los principios jurídicos, en el escenario de la teoría jurídica, ha significado una herramienta indispensable para la labor de los jueces constitucionales en la efectiva realización de los derechos, tarea que se asume no solo como principal, sino, sobre todo, como esencial desde la concepción del Estado constitucional.

La conceptualización, reconocimiento y defensa de los principios jurídicos en las expresiones jurisprudenciales de las Altas Cortes, dan crédito a lo manifiesto por

Dworkin en cuanto que los principios no constituyen verdaderas normas jurídicas hasta que su contenido – determinado por categorías sociales- no fuera reconocido por normas de derecho positivo o por una jurisprudencia sólida (Dworkin, R. (1988). El imperio de la justicia. Barcelona: Gedisa. p. 68). Teniendo presente que las exigencias jurídicas tipo principios son normas en tanto que constituyen exigencias derivadas de prácticas sociales consolidadas en una determinada comunidad política y sirven para justificar dichas prácticas. Al ser derivadas de la moralidad política, su contenido cambia cuando cambian las prácticas, esto es, su contenido depende de la práctica social. Por lo que los principios deben ser tenidos como fuente principal (formal y material) del derecho y no como un criterio auxiliar de la actividad judicial como lo establece el artículo 230 de la Constitución Colombiana de 1991.

En efecto, la persona humana y su dignidad que viene dada por su especial modo de ser, son las únicas instancias capaces de dar verdadero fundamento y consistencia a los principios constitucionales. Los principios jurídicos son enunciados normativos que contienen exigencias normativas derivadas de la dignidad humana y de la misma condición de persona. Por eso, y sobre todo, los principios son exigencias que no pueden identificarse por criterios formales de validez; son la expresión jurídica de los valores más altos del ordenamiento jurídico, que están radicados en el ser que es fin y razón de ser del ordenamiento jurídico-constitucional, y allí es en donde reside, en última instancia, la fuerza de su exigibilidad.

4.2. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN EL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA

En coherencia con lo expuesto, se hace necesario emprender el análisis a la interpretación de los principios constitucionales, específicamente el de buena fe, en los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Superior de Bucaramanga

respecto a los procesos civiles a fin de dilucidar la intensidad del desarrollo de las fuentes doctrinales o fuentes formales del derecho sobre la posesión y los vicios de posesión en los contratos de arrendamiento de bien inmueble urbano.

El análisis realizado en dos momentos: mediante una observación al contenido y desarrollo de la tesis en las jurisprudencias publicadas en la página Web sobre relatorías del Tribunal Superior de Bucaramanga y obtenidas de los mismos archivos digitales sobre procesos como: acción de reivindicación, prescripción extraordinaria de dominio, prescripción adquisitiva de dominio, acción posesoria y simulación de sujetos negociales, provenientes del Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil, emitidos entre los años 2010 a 2012. Observación que se complementa con el análisis a las respuestas obtenidas en las entrevistas, a los Juzgados Civiles y de Circuito del Distrito Judicial de Bucaramanga. (los juzgados civiles, -municipales y de circuito-, estuvieron muy ocupados y además se acogieron a la jurisprudencia que manifiesta:.....)

De las observaciones a los respectivos expedientes, se colige que la exposición que sustenta la decisión de los magistrados del Tribunal Superior, Sala Civil, no hacen mención específica a los principios constitucionales que enmarcan el derecho a la posesión de bien inmueble urbano, éstos, van implícitos en el reconocimiento del derecho bien como fuente formal y como fuente material, lo que significa que la defensa del principio de legalidad se garantiza conforme lo establece el artículo 230 de la Constitución de 1991.

La Sala Civil del Tribunal Superior verifica de manera razonada y fundamentada el cumplimiento de todos y cada uno de los elementos estructurales de la acción reivindicatoria como se aprecia en las decisiones emitidas en:

Radicado: 1702003-9972009

Fecha: 28.01.2010

Proceso: Ordinario de Acción Reivindicatoria

M. P.: Neyla Trinidad Ortiz Ribero

Restricto: “No prosperidad de acción reivindicatoria por posesión de buena fe e irregular (promesa de compraventa no es justo título porque no transfiere el dominio) /Contrato de promesa de compraventa que vincula a los tradentes de los reivindicantes, tiene efectos frente a terceros de mala fe (caso sub judice : demandantes) ***** No prosperidad de acción reivindicatoria por posesión de buena fe e irregular/ Contrato de promesa de compraventa que no es justo título (no transfiere el dominio) genera la improsperidad de la acción reivindicatoria cuando éste negocio jurídico vincula a los tradentes de los reivindicantes”.

TESIS:

“En este caso vemos que Hernando Cala entró al inmueble con fundamento en una promesa de compraventa que no es negocio jurídico a partir del cual se transfiera el dominio, por el contrario, es apenas la promesa de que éste se celebrará. "(...)" La posesión del demandado sí es de buena fe porque entró al inmueble con fundamento en el siguiente negocio jurídico: ROSA HELENA NIÑO DE GARCÍA, madre del menor JAIME ALEXANDER NAVAS NIÑO, acordó con el abogado CARLOS AUGUSTO CALA RUEDA que le llevara el juicio que tenía como objeto que el menor recibiera la herencia de su padre, que consistía precisamente en el inmueble. Como honorarios se pactó el 30% de lo que recibiera. Como el juicio se adelantó con éxito, la SRA. NIÑO DE GARCÍA le entregó al abogado el 30% de lo que recibiera. Como el juicio se adelantó con éxito, la SRA. NIÑO DE GARCÍA le entregó al abogado el 30% del terreno que le correspondió al menor. Para perfeccionar el pago el abogado dispuso que el dominios e transfiera al SR. HERNANDO CALA RUEDA, con quien la madre del menor celebró el contrato de promesa de compraventa. "(...)" Sin embargo la posesión del demandado no es anterior a la cadena de

títulos exhibidas por los demandantes, que demuestran la calidad de propietarios plenos del bien objeto del presente proceso, porque aquél entró al inmueble el 24 de junio de 1994, y éstos devienen la propiedad (...).”.

Radicado: 592007-30512009

Fecha: 28.01.2010

Proceso: Ordinario de Acción Reivindicatoria.

M. P.: José Mauricio Marín Mora.

Restricto: “Posesión de mala fe (carece de justo título y no recibió el fundo de quien es titular del Derecho de dominio) de inmueble rural. Actualización de la condena de frutos civiles en contra del demandado. Prescripción como excepción de mérito debe ser alegada en la contestación de la demanda. Art. 306 del C.P.C”.

TESIS:

"En tal orden un primer tema central de la censura radica en sostener que el demandado VÍCTOR MANUEL CANO AGUILAR es poseedor de buena fe, claro está en oposición a la calidad de poseedor de mala fe que se dedujo en su contra en la providencia que se revisa, con las implicaciones que de tal carácter se derivan. Al respecto, evidente es que el ejercicio de la posesión del predio Torcoroma por parte de la quía ccionado no se halla precedido de justo título, ni menos de autorización para ese fin y entrega del fundo por la titular del derecho de dominio, esto es, de la ahora demandante RAQUEL RÍOS DE NIÑO

En consecuencia, el punto a esclarecerse contrae a determinar si al ocupar el inmueble el demandado creyó que era baldío o que estaba abandonado. Sobre el particular y con sujeción al concepto de baldíos que contempla el artículo 675 del Código Civil en cuanto señala que:

“Son bienes de la unión todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de dueño”, de inmediato se descarta por la Corporación que el predio Torcoroma ostente tal índole, toda vez que las probanzas documentales visibles en el expediente, a saber copia de la escritura pública No.230 del 24 de julio de 1980 de la Notaría de Rionegro, al igual que el folio de matrícula No.300-65149, muestran que a partir de la fecha del citado documento escriturario la actual accionante es su dueña por compra que hizo (...)”.

Radicado: 189- 2010

Fecha: 11.10. 2012

Proceso: Ordinario. Reivindicatorio agrario

M.P.: Antonio Bohórquez Orduz

Restricto: “Acreditación de la mala fe del poseedor / elementos de la pretensión reivindicatoria”.

TESIS:

“Ahora, la conducta del demandado no ha sido medida ni expectante ante el eventual fallo de la justicia; por el contrario, durante el proceso, estando en discusión su posesión, de la cual es consciente que no posee título traslativo de dominio, ha buscado obstaculizar aún más la inminente devolución mediante contratos de arrendamiento con terceros, para instalación de vallas publicitarias, y ha percibido dineros provenientes de tales contratos. No es la de un ciudadano respetuoso de la ley, puesto que bien sabía que su derecho derivado de la posesión se hallaba en juicio. Todo lo anterior nos indica que la sentencia de primera instancia debe ser revocada en el aparte que reclama la demandante. Frente a tales mejoras, puestas de mala fe, por quien se sabían o dueño, y que no tienen la categoría de necesarias, queda al demandado la posibilidad de retirar los materiales, de acuerdo con lo previsto por el inciso final del artículo 966 del Código Civil. La sentencia de primera instancia englobó en un mismo rubro, el del ordinal cuarto de la parte resolutive, las mejoras útiles y las necesarias, sin explicar cuáles eran unas y otras. (...)”.

Radicado: 146- 2008

Fecha: 21.8. 2012

Proceso: Ordinario Simulación. Acción Reivindicatoria

M.P.: Ramón Alberto Figueroa Acosta

Restricto: “De la pretensión reivindicatoria y sus elementos axiológicos / de la falta de identidad e identificación del bien /no acreditación de la mala fe de los poseedores/ reconocimiento de mejoras y frutos civiles”.

TESIS:

“A través del proceso reivindicatorio, la señora MARÍA SANTOS RODRÍGUEZ persigue que los señores TRINIDAD ROJAS y ORLANDO GONZÁLEZ ROJAS restituyan un lote que aproximadamente mide 25 x 25 metros y que hace parte del inmueble o que conforma el inmueble que se encargó de describir en la demanda, adjuntando además la escritura pública donde se encuentran establecidos los linderos como el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos. Si bien, en su diligencia de Inspección Judicial el operador judicial no advirtió el área de la construcción o de la franja de terreno si precisó que se encontraba en el predio La Matacha, sitio donde debía realizarse la diligencia ordenada por el despacho, describió la construcción que encontró, encargándose luego a la auxiliar de la justicia designado, de la delimitación de la franja de terreno que ocupaban los demandados, sobre la cual edifica su pretensión de reivindicación la demandante, experticia que dicho sea de paso, fue objeto de aclaración y que corrido el traslado del mismo no fue objetada por error grave, siendo que tanto demandante como demandado sobre este aspecto guardaron absoluto silencio, (...)”.

Radicado: 246-2006

Fecha: 13. 12. 2010

Proceso: Ordinario. Acción Reivindicatoria

M. P.: Antonio Bohórquez Ordúz

Restricto: “Posesión del terreno por parte de los demandados anterior al título del demandante /Demandados tienen mejor derecho frente a las pretensiones del demandante/ Prosperidad excepción prescripción extintiva”.

TESIS:

"Sin embargo, si la posesión en manos de otros es, no se sabe cuántos, pero años, anterior a su título, no parece justo privar al último de la cadena de poseedores de sus derechos, en circunstancias como las que presenta este caso. "(...)" En ese orden de ideas, aun suponiendo que la posesión no llevara los veinte años, los demandados, al momento mismo de presentación de la demanda, se hallaban en mejor posición que la propia demandante para convertirse en dueños absolutos del inmueble, dado que la actora jamás había ejercido posesión. Sin embargo, para el Tribunal, por las razones ya expresadas, esa posesión llevaba más de veinte años y la prescripción extintiva sí fue alegada. Y aunque la actora sólo obtuvo su derecho en 1989, no sobra recordar que al adquirir el bien su tradente se lo transmite con todas las circunstancias que lo aquejen, entre ellas, el hecho de no haber reclamado la reivindicación, que tampoco lo hizo la dueña anterior. "(...)"

En conclusión la demanda reivindicatoria no puede prosperar por tres razones: la principal, porque los demandados se

Radicado: 195 -2009

Fecha: 24. 10. 2012

Proceso: Ordinario. Reivindicatorio por simulación en contrato de compraventa

M.P.: Mery Esmeralda Agón Amado.

Restricto: “De la improcedencia de la acción reivindicatoria del precio del bien enajenado/ sobre la cosa juzgada / la simulación del contrato declarado en otro proceso hace procedente la pretensión de devolver al vendedor simulador el precio de venta”.

TESIS:

“La señora ESTHER CADENA DE RUEDA se presume adquirente de buena fe, pues compró el inmueble dos (2) años antes de que se presentara la demanda de simulación, en consecuencia, ni contra ella, ni contra sus sucesores, surte efectos la sentencia de simulación. Además, en este proceso el demandante desistió de la demanda frente ella. A la hora de ahora, como se ha dicho tantas veces, en la sentencia que declaró simulado el contrato, no se dispuso la restitución del bien, ni su compensación en dinero. Esta omisión judicial impide que el demandante inicie un proceso ejecutivo a continuación del ordinario de simulación, para obtener las consecuencias obligadas de la disolución-por simulación-del contrato. En consecuencia, la pretensión de este proceso debe prosperar, porque está demostrado a partir de la sentencia judicial del proceso 2002-569, que el contrato de compraventa fue simulado, en consecuencia la adquirente simuladora debe devolver le al vendedor simulador el precio de la venta, \$17.195.000, indexado con el IPC desde la escritura pública de venta, la 1630 del 31 de agosto de 2000, de la Notaría Única de Piedecuesta, hasta la fecha de pago. (...)”.

Radicado: 148 -2007

Fecha: 7. 11. 2012

Proceso: Ordinario Nulidad absoluta de promesa de compraventa

M.P.: Antonio Bohórquez Orduz.

Restricto: “Nulidad absoluta por objeto y causa ilícitos / el inmueble se encuentra adherido al suelo de propiedad del municipio/ la promesa de compraventa se elevó a escritura pública, esta última que debió atacarse en nulidad y no la promesa/ de la nulidad del contrato/ de los vicios del consentimiento”.

TESIS:

“En el caso, sin embargo, la confección de la demanda impide que las pretensiones salgan avante porque, en primer lugar, tiene razón el Juzgado cuando resalta que si entre las partes hubo una promesa, como consecuencia de la cual se celebró una escritura pública, es este último acto el que rige la relación jurídica y no la promesa, que ya se agotó. Y si en la escritura no quedó consignado lo prometido en la promesa, el hecho sólo puede interpretarse de dos maneras: o se trata de un incumplimiento del contrato, o se trata de una modificación hecha por las partes al convenio original. Pero ninguna de tales salidas es materia de este pleito pues la parte demandante no atacó la escritura en su demanda, sino la promesa, con lo cual el juzgador civil no puede adentrarse en el estudio del fenómeno, puesto que su sentencia iría contra el principio de la congruencia del fallo, en tanto tales problemas no hacen parte del petitum. La parte demandante limitó la competencia del juez con sus pretensiones y ambas, tanto la principal como la subsidiaria, apuntan a que se declare la nulidad absoluta del contrato de promesa. Desde ese ángulo, el Juzgado tiene plena razón y la sentencia estuvo signada por el acierto, por lo cual el Tribunal no tiene más labor que confirmar la determinación, pues se ajusta a derecho. Es preciso recordar al demandante que, de manera similar a como ocurre con las normas legales, también en el caso de los contratos es el más reciente el llamado a ser tenido como vigente y operante, puesto que los contratos son normas también, (...)”.

Radicado: 108- 2005

Fecha: 11. 07. 2012

Proceso: Proceso Ordinario de Pertinencia.

Prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio

M.P.: Mery Esmeralda Agón Amado.

Restricto: No posesión exclusiva del predio solicitado/ vicios de la posesión discontinuidad, violencia y clandestinidad

TESIS:

"Para el tribunal el testimonio que tiene mayor fuerza es el de MARIA ELSA RAMÍREZ, quien es enfática en señalar que su progenitora ha sido la poseedora del inmueble durante los últimos 50 años, por las siguientes razones: Ella sí conoce realmente el inmueble por haber vivido en el mismo durante los últimos 50 años de su vida; sí sabe cómo se ha transformado a partir de las mejoras que se le han plantado, que hoy son dos (2) casas de habitación; tiene conocimiento de la persona que con esfuerzo ha plantado esas mejoras, ha conservado el inmueble, ha pagado los impuestos... es decir de la persona que lo posee. En cambio, los otros testigos no conocen el inmueble o lo conocen por fuera, por tanto el hecho tema de prueba – quién es el poseedor del inmueble- no les es testable. La testigo no tiene interés en favorecer a su progenitora, por el contrario, su interés económico sería que se declare que el inmueble es de ésta y su progenitor-hoy fallecido-para poder recoger algún porcentaje como herencia. Por esa razón cuando ella, fundadamente, cuenta que su progenitora es la poseedora del inmueble desde hace más de 20 años, hay que creerle”.

Análisis:

Es de resaltar que la preeminencia de los títulos en discusión constituyen uno de los elementos fundamentales en éste tipo de procesos, el derecho de dominio alegado por los respectivos demandantes, es analizado conforme a derecho, sin excesos de formalismos y con fundamento en el cumplimiento de los requisitos legales exigidos por la Ley.

El Tribunal Superior de Bucaramanga, con el celo judicial que lo caracteriza, señala en sus decisiones que la reivindicatoria es una acción que defiende el dominio y demás derechos reales una vez se acredite la posesión del bien en litigio.

Como se observa en las respectivas tesis del Alto Tribunal, en esta clase de controversias es vital el cuidado a los respectivos instrumentos probatorios aportados por las partes. La identidad del bien, el título de dominio, se constituyen en elementos concluyentes en la defensa del dominio de quien funge como poseedor.

5. JUSTIFICACIÓN

Desde la ciencia del derecho y el desarrollo de doctrina jurisprudencial que pretende a todas luces adaptar el sistema jurídico-legal colombiano a las expresiones y exigencias de los tiempos actuales, la presente investigación cobra vital importancia por cuanto, en primer término, permite reflexionar de manera profunda en el desarrollo del principio de la buena fe a partir de su inclusión como principio fundamental de garantía y protección del actuar negocial de “los particulares y autoridades públicas” a la Constitución Política. Su expresión como sustento doctrinal de Juristas, Magistrados y Jueces de la República amerita no solo un análisis a su desarrollo como principio, sino a la identidad y determinación de un comportamiento dentro de las diversas formas de actuar de los particulares y del Estado dentro de la esfera de los negocios civiles y mercantiles. La información desarrollada y presentada bajo la modalidad de trabajo de grado, enriquecerá la academia al ser puesta como órgano de consulta a estudiantes, abogados litigantes, escritores o aficionados de la ciencia jurídica.

Por otro lado, el análisis de algunas acciones judiciales, previamente seleccionadas, sobre contratos que violan la presunción de la buena fe, aportará al sector comercial y empresarial, herramientas para precaver posibles litigios previa adquisición de locales comerciales o afines y revisar la calidad del contratante arrendador a fin de evitar litigios futuros.

6. OBJETIVOS

6.1 OBJETIVO GENERAL

Determinar, desde las teorías neo-constitucionalistas en relación al principio de la buena fe, en la legislación colombiana, los efectos jurídicos al reconocimiento de un contrato de arrendamiento de bien inmueble con vicios en la posesión por parte del arrendador.

6.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Analizar desde las teorías del neo-constitucionalismo el principio de buena fe en la legislación colombiana.
2. Analizar la buena fe como principio regulador de los contratos de arrendamiento de bien inmueble.
3. Conocer y analizar en la legislación colombiana la posesión, los elementos, sus clases y los vicios de posesión en bien inmueble en relación al contrato de arrendamiento.
4. Analizar el desarrollo jurisprudencial colombiano sobre la posesión y los vicios de posesión en los contratos de arrendamiento de bien inmueble.

7. MARCO DE REFERENCIA

7.1. MARCO DE ANTECEDENTES O ESTADO DEL ARTE

La Constitución Política de Colombia de 1991, abre las puertas a nuevos postulados jurídicos como a nuevas fuentes iuteóricas que reformulan el sistema tradicional del Estado de Derecho y fortalecen la labor de la Corte Constitucional.

El Nuevo Estado Social de Derecho exige del juez la adaptación, corrección y acondicionamiento de la norma y su aplicación a una realidad social que como dice la sentencia T-406 de 1992, no se manifiesta sólo como el mecanismo necesario para solucionar una disfunción, sino también, y sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad.

En el nuevo orden constitucional el juez puede determinar en casos concretos la existencia de derechos no contemplados explícitamente en el ordenamiento, es decir, que el juez con un alto sentido ético, moral y social decide y responde por sus decisiones, con una visión amplia sobre el significado de la democracia y con una teoría que sustente su interpretación constitucional “propugnando la legitimidad y fundamentalidad de los derechos sociales al considerar que los derechos civiles y políticos no son los únicos derechos que generan prerrogativas para los particulares y obligaciones para el Estado, de forma que se preserven los derechos liberales, pero se extienda la protección a los derechos sociales dentro del marco de una economía libre pero solidaria de mercado”¹.

¹ López Medina, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. 2ª ed. Bogotá: 2006. Legis, Universidad de los Andes. Pp 439-440.

Desde 1991 la Corte Constitucional y los Jueces de la República inician la compleja labor de la interpretación jurídica mediante la adaptación creativa y crítica del derecho al contexto jurídico, social y cultural, de la sociedad colombiana. Implementan sus decisiones con sucesivas reconstrucciones teóricas a partir de interpretaciones o sustentos inspirados en los fundamentos expuestos por teorías como las del derecho igualitario de Ronald Dworkin; las tesis de reformulación del positivismo y la argumentación jurídica de Herbert Hart y con la dogmática de los derechos fundamentales de Robert Alexy, bien para hacer la distinción entre principios y reglas o para dar estructura y contenido pluralista y progresista a los principios encarnados como “derechos constitucionales”.

Miguel Carbonell² señala como un vivo “ejemplo del neo-constitucionalismo iberoamericano la influencia de la teoría de los principios y de la técnica de la ponderación de Alexy en las sentencias de nuestra Corte Constitucional”. De igual manera son de gran reconocimiento el aporte que grandes obras publicadas por editoriales como Legis y Temis, por la Biblioteca de Ciencias Sociales y Humanidades de Siglo del Hombre editores, y las series dirigidas por Luis Villar Borda en la Universidad Externado y Daniel Bonilla en la Universidad de los Andes, amén de los productos intelectuales de los programas de investigación de universidades y facultades de derecho en el desarrollo de formación de los nuevos juristas.

En los últimos años se destacan los estudios que sobre la doctrina neoconstitucionalista y el nuevo derecho han publicado las revistas de las diversas universidades y facultades de derechos del país, entre ellos y, de manera concreta en el tema que nos ocupa, subrayamos: “El Constitucionalismo multinivel y neoconstitucionalismo ideológico: Realidades y tendencias en la interpretación constitucional colombiana”, producto de los docentes investigadores Luis Miguel

² citado por García Jaramillo, Leonardo. EL "Nuevo derecho" en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente? En: Revista de Derecho. Fundación Universidad del Norte. Barranquilla, 2016. Disponible en scielo.org.co recuperado el 07/06/2016.Pdf.

Hoyos Rojas y Francisco Rodríguez Mesa, como un avance del proyecto de investigación “La fuerza del precedente constitucional y su función integradora en el ordenamiento constitucional colombiano”, grupo de trabajo adscrito a la Asociación Colombiana de Derecho Constitucional y Antropología Social de la Universidad Libre de Barranquilla³.

La adaptación de las teorías contemporáneas al entorno social local ha permitido el desarrollo jurisprudencial y de la interpretación jurídica y ha posibilitado el interés por la investigación de temas concretos del derecho como el derecho civil en relación con la situación social del país. Ejemplo de ello es el estudio de las graduandas en Derecho Diana Beatriz García Pino de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad de Santander titulado “El principio de la Buena fe en materia de derecho Civil: Fundamento Constitucional y aplicación Jurisprudencial en el Distrito Judicial de Bucaramanga”⁴.

También, de ésta misma universidad, se resalta el trabajo de grado titulado “La Teoría de los Actos propios: en tanto razón jurídica concreta de la responsabilidad civil contractual por la violación a la buena fe” de Lucas Grande, quien desarrolla una excelente muestra y esquematización de actos géneros de la especie denominada “buena fe constitucional”, entre actos propios, confianza legítima, y coherencia, y concluye que faltando uno de estos, se producirá responsabilidad civil contractual.

En relación al principio de buena fe como derecho constitucional se destacan estudios como el de Gonzalo Suarez Beltrán, miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, titulado “El abuso del derecho como negación de la buena fe en material contractual”. Suarez, considera a la teoría sobre el “abuso del

³ En: *Advocatus*. Edición especial, N° 16, Barranquilla, 2011. Pp. 111-131.

⁴ García Pino, Diana B. *El principio de la Buena fe en materia de derecho Civil: Fundamento Constitucional y aplicación Jurisprudencial en el Distrito judicial de Bucaramanga*. Tesis de grado. Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de Derecho y Ciencias Políticas. UIS: 2010, Bucaramanga.

derecho” como una excepción a lo expreso en el Código Civil colombiano que al declarar que “todo contrato es ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por el consentimiento mutuo o por causas legales”, ante la actual realidad social, se ha de prestar atención en los casos en que la voluntad de los contratantes se enmarca en situaciones de desigualdad.

Dentro de los estímulos a la investigación jurídica de la universidad de Antioquia está el de la publicación de los mejores trabajos de grado y en la temática que nos ocupa, se destaca el trabajo de Andrés Fernando Mesa Valencia titulado “El principio de Buena fe: el acto propio y la confianza legítima. Hacia una teoría del precedente administrativo en Colombia” quien desarrolla un amplio concepto sobre el principio de la buena fe en el derecho administrativo colombiano⁵.

México es, quizás uno de los países que más se ha preocupado por reflexionar sobre el principio de buena fe, y sin embargo, sus juristas consideran que el tema no se ha abordado en su totalidad en todas sus relaciones jurídicas, así lo afirma Juan Ricardo Jiménez Gómez en su artículo “El principio de buena fe en la teoría General del Contrato”, y para quien el principio aunque no se configure como requisito del acto si debe existir concomitantemente en la vida misma del contrato.

En cuanto a la temática de la doctrina neoconstitucionalista se resalta el estudio del jurista investigador colombiano Leonardo García Jaramillo sobre el “Neoconstitucionalismo en el contexto de la internalización del derecho: el caso colombiano”. Publicado en el Boletín Mexicano de Derecho Comparado, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. Estudio que desarrolla el concepto del neoconstitucionalismo y los procesos de internacionalización del derecho Constitucional y la creación jurisprudencial de los Derechos fundamentales en Colombia.

⁵ Mesa Valencia, Andrés F. “El principio de Buena fe: el acto propio y la confianza legítima. Hacia una teoría del precedente administrativo en Colombia”. Colección mejores trabajos de grado. Facultad de Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. 2013, Medellín, ISBN: 978-958-8848-12-9. Pdf.

7.2. MARCO CONCEPTUAL

7.2.1 Teorías neoconstitucionalistas. El neo-constitucionalismo surgió como una corriente teórica en el siglo XVII y XVIII, con ocasión a la revolución francesa de 1789 y su posterior declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en la reclamación de nuevos modelos de organización política del Estado, con separación de poderes y una defensa del hombre, como respuesta al ilimitado poder en cabeza del rey absolutista. En Francia, desde el seno del movimiento de la iluminación, se pretende instituir un gobierno del hombre sobre el gobierno de las leyes, reconociendo en cada individuo unos derechos que le son propios, inherentes a su naturaleza. El Estado no los crea, los reconoce y los incluye en los postulados constitucionales.

La revolución de tinte liberal, se expande por otras naciones aunque no con el mismo éxito, así, en Inglaterra donde se intenta incluir esta doctrina como una lucha en contra del absolutismo, solo permaneció unos años, puesto que el Parlamento recuperó pronto el control de las leyes. Fue exactamente en Estados Unidos de Norte América, donde se catapultó el principio de supremacía constitucional, quedando, de manera clara en el artículo 6 de la Constitución de 1776, establecida la superioridad de los postulados constitucionales sobre los legales, inclusive sobre las constituciones locales o Estados Federales

El neoconstitucionalismo en Colombia y su instauración como modelo neoconstitucional, en medio de las críticas, se ha impuesto mediante la práctica jurídica de las Cortes, los Tribunales y sus sucesivas jurisprudencias como paradigma hacia un nuevo orden socio jurídico. El método de la interpretación constitucional seguido de la constitucionalización de la interpretación del derecho constitucional, a partir de la Constitución Política de 1991, permitió tocar y adentrarse en espacios impenetrables del tejido social de la estructura colombiana

y descubrir conflictos que se generaban y aún se generan desde los mismos estrados judiciales.

Esto quiere decir que el constitucionalismo moderno del ordenamiento jurídico colombiano aún en proceso de exploración y adaptación, se personifica entre la unidad y el pluralismo, entre el viejo prototipo escalonado expuesto por Kelsen y el prototipo del Estado social de Derecho, entre la individualidad y el interés general de la sociedad.

7.2.2 El Principio de buena fe como principio constitucional. En relación a los deberes que surgen de la aplicación del artículo 83 de la Constitución Política, la Corte Constitucional mediante sentencia T-537 de 2009 consideró que:

“El principio de buena fe fue concebido por el constituyente como un mecanismo para buscar la protección de los derechos, los que tendrán menos amenazas si en las actuaciones que se surtan ante las autoridades, o en la interpretación de las relaciones negociales entre particulares y administración, o en el entendimiento de las relaciones entre particulares se toma la buena fe como un elemento fundacional de las mismas y de ella”.

Sin embargo, no fue la Constitución de 1991 el texto jurídico que trajo el principio de buena fe al ordenamiento colombiano; por el contrario, el mencionado mandato imperativo es considerado elemento esencial de las relaciones entre particulares desde la época republicana. Evidencia de ello es su consagración expresa en el Código Civil de 1873, el cual, en el artículo 768 define la buena fe como “... la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio.”

A continuación el artículo 769 del Código en cita, manifiesta que: “La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros, la mala fe deberá probarse”. Y, más adelante, en la acción

contractual de buena fe, afirma que “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 la ley pertenecen a ella” (artículo 1603).

La legislación comercial también recoge dicho principio en el artículo 871 del Código de Comercio, en donde extiende su aplicación a las fases de celebración y ejecución, disponiendo que “en consecuencia los contratos obligan 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”.

La Corte Constitucional ha mencionado ampliamente:

“el principio de buena fe se ha definido como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta (vir bonus)”. Así la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la “confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada. La buena fe ha pasado de ser un principio general de derecho para transformarse en un postulado constitucional, su aplicación y proyección ha adquirido nuevas implicaciones, en cuanto a su función integradora del ordenamiento y reguladora de las relaciones entre los particulares y entre estos y el estado, y en tanto postulado constitucional, irradia las relaciones jurídicas entre particulares.”

En el ordenamiento colombiano el principio de buena fe, como elemento connatural al sistema jurídico, se consagra expresamente por el artículo 83 de la Constitución de 1991. El principio aporta un contenido de naturaleza ética y de rango constitucional a las relaciones de los particulares entre sí, y de éstos con las autoridades públicas. Es importante resaltar que el principio “bona fides”, fue concebido por el constituyente como un mecanismo para buscar la protección de los derechos, los que tendrán menos amenazas si en las actuaciones que se

surtan ante las autoridades, o en la interpretación de las relaciones negociales entre particulares y la administración o, en el entendimiento de las relaciones entre particulares, se toma la buena fe como un elemento fundacional de las mismas y de ella se derivan contenidos de solidaridad, probidad, honestidad y lealtad. Es así que el Estado en ejercicio de sus fines esenciales, contenidos en el artículo 2° de la Constitución Política, como el de “promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios...” protección de los bienes, la integridad y demás derechos de los habitantes del territorio nacional, está incluyendo como principio que ha de garantizar a la buena fe.

Debido a su carácter de elemento ius - fundamental del tráfico jurídico -, el principio de buena fe es aplicado en un sinnúmero de situaciones entre las que se cuentan las relaciones contractuales, sean éstas entre particulares solamente o entre particulares y la administración del Estado. Lo pertinente en resaltar ahora es que, en el caso de relaciones de tipo contractual, el principio de buena fe se presenta en todas las etapas de la relación, razón por la cual cuando el juez evalúa el desarrollo de un contrato, el principio de buena fe debe ser presupuesto integral de dicha evaluación; en este sentido manifestó la Corte Suprema de Justicia:

“(...) de igual modo, particularmente por su inescindible conexidad con el asunto específico sometido al escrutinio de la Corte, importa subrayar que el instituto de la buena fe, en lo que atañe al campo negocial, incluido el seguro, es plurifásico, comoquiera que se proyecta a lo largo de las diferentes fases que, articuladas, conforman el plexo contractual – en sentido amplio: la atinente a la formación del negocio jurídico, lato sensu (fase formativa o genética), la relativa a su celebración (fase de concreción o de perfeccionamiento) y la referente a su desenvolvimiento, una vez perfeccionado (fase ejecutiva, de consumación o post-contractual).

Desde esta perspectiva, un sector de la moderna doctrina concibe al contrato como un típico “proceso”, integrado por varias etapas que, a

su turno, admiten sendas subdivisiones, en las que también se enseñorea el postulado de la buena fe, de amplia proyección.(...)

De allí que la buena fe no se pueda fragmentar, en orden a circunscribirla tan solo a un segmento o aparte de una fase, por vía de ejemplo: la precontractual – o parte de la precontractual -, ya que es necesario, como corresponde, auscultarla in globo, según se indicó valorando las diversas oportunidad que los interesados tuvieron para actuar con lealtad, corrección (correttezza) y diligencia, según sea el caso”⁶.

El contenido jurídico del principio de buena fe es tan variado como las situaciones en que se concreta o en que sirve como parámetro interpretativo de otras disposiciones, sean éstas las generales o las propias de cada contrato. Empero, esto no implica que su contenido sea gaseoso, abstracto y se evapore dejando al operador judicial sólo con un elemento de naturaleza moral de poca utilidad o de gran subjetividad al momento de decidir en los casos concretos. Al igual que los demás principios constitucionales, y más los que son precisados en disposiciones legales específicas, el contenido de la buena fe se debe concretar en aspectos que limiten la amplitud con el que las partes y el juez lo deben valorar. En este sentido puede decirse que de este principio se derivan deberes propios del tráfico negocial en la sociedad de un Estado que, como el previsto en la Constitución de 1991, resalta los valores de inclusión, pluralismo y solidaridad entre sus habitantes.

7.2.3 La Posesión en Colombia. La posesión como figura jurídica es definida por el Código Civil Colombiano en su artículo 762:

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-537 de 2007.

“La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él.

El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo”

De donde se deduce que la posesión es una presunción en la cual el poseedor es considerado el dueño mientras no se compruebe lo contrario; esta figura jurídica creada por el legislador cobra vital importancia en el caso en que una persona propietaria abandona una cosa y la deja a su suerte, pero otra persona la posee la cuida, la conserva, la mejora, es justo, que con el transcurrir del tiempo, desde el derecho mismo (por prescripción adquisitiva de dominio), se le permita adquirir la propiedad de ese bien al cual le ha dado una utilidad, un uso y una inversión, en tiempo y dinero, al conservarlo.

El mismo Código Civil dispone de la existencia de dos clases de posesión, la posesión regular y la irregular la primera es la que se tiene por un título justo y se posee de buena o mala fe, pero siempre acompañada de un título justo. El Código Civil define como justo título el constitutivo o traslativo de dominio y se considera constitutivo de dominio la ocupación, las accesión y la prescripción y traslativos de dominio la venta, la donación entre vivos, la permuta etc.

Por otro lado la posesión irregular es aquella que carece de uno o más requisitos de los de la posesión regular, por ejemplo cuando no se posea título justo, el código menciona algunos títulos no justos tales como, el falsificado, el que adolece de un vicio de nulidad y los demás contemplados en el artículo 766, del código precitado.

Existe, por otro lado, la posesión violenta y la clandestina⁷, la primera es la que se adquiere por medio de la fuerza y la segunda la que se hace de manera oculta a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno.

De manera metafórica se puede afirmar que estas últimas clases de posesión son las ovejas negras del concepto, sin lugar a dudas la calidad de poseedor regular e irregular, de una u otra manera conllevan un atenuante, una buena fe que hace aceptable y lógico reconocer efectos jurídicos a los actos de señor y dueño de los sujetos que se encuentren en esta posición. Pero, en el caso contrario, si el derecho tiene un fin axiológico y definido cual es el alcanzar un mínimo de justicia material en su actividad, ¿no resultaría ilógico reconocer efectos jurídicos a los actos de quien ostente una posesión a través de vías de hecho o de mala fe?

En estricto sensu, la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él. El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo. En otro sentido, la posesión es la relación de hecho entre una persona y una cosa, en virtud de la cual la persona puede cumplir sobre la cosa actos materiales de uso y transformación, con la voluntad de someterla al derecho real, en estricto sensu los medios ilegales, violentos e ilegítimos no puede fundamentar la posesión de un ciudadano pues esto estaría en contravía del orden público.

Del concepto de posesión dado por el código civil se desprenden dos elementos concurrentes con fisonomía propia e independiente que son el el animus y el corpus:

⁷ El código Civil en el inciso final del artículo 774, establece: Hay "Posesión clandestina la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella".

Ánimus: Como elemento intencional o subjetivo de la posesión, es la intención intrínseca de ser dueño. Se hace ostensible por el ejercicio público de los actos que el derecho poseído permita a su titular y ejercidos en forma excluyente porque no se reconoce poder semejante a favor de otra persona, salvo el caso de la coposesión, semejante al codominio.

El ánimus comprende la profunda convicción actual de ser verdadero y único dueño; no la simple creencia de serlo ni el deseo de llegar algún día a ejecutar actos de señorío.

Corpus: Es el elemento material u objetivo. Se manifiesta por el ejercicio de los actos de señor y dueño ejecutados por el poseedor sobre la cosa poseída. Todo el conglomerado de actos que ejerce el poseedor de manera continuada y constante constituye el corpus y hacen notorio ese elemento ante los terceros que aprecian la conducta del poseedor y consideran por esto como verdadero dueño del bien mientras dura la posesión, es una cuestión de percepción objetiva de reconocimiento externo⁸.

7.2.4 Contratos civiles y mercantiles en Colombia. Para el desarrollo del trabajo se han de tener presente los conceptos de contrato del Código Civil colombiano y los del Código de Comercio y los dados por la doctrina y la jurisprudencia.

El Código Civil: Señala que contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas (artículo, 1495 C.C.), de donde se extraen las siguientes conclusiones:

⁸ Ver sentencia CSJ. Cas. Civil. Sentencia junio 24 de 1980.

- La norma se referirse a los contratos unilaterales, pues estos son contratos celebrados entre dos partes pero solamente una de ellas se obliga. Es evidente que esta definición es incompleta al contemplar solo al contrato unilateral, excluyendo las demás modalidades como el bilateral y los plurilaterales.
- Las obligaciones que nacen del contrato son prestaciones de dar, hacer o no hacer. La obligación nace como consecuencia del contrato al ser una de sus fuentes.
- Contrato no es lo mismo que convención. La convención es en género, el contrato en especie. El contrato produce siempre obligaciones en el campo patrimonial, la convención no.

Código de Comercio: El Art. 864 Código de Comercio dice que el contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial. De la anterior definición se extraen las diferentes conclusiones:

- Desde el punto de vista de los sujetos esta definición es más completa, pues incluye pluralidad de sujetos, se refiere implícitamente a los contratos bilaterales y plurilaterales o “acuerdo de dos o más partes”.
- Esta obligación tiene un efecto en el ámbito patrimonial al decir “constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial”.

Definición de la doctrina: La doctrina trae muchas definiciones, la mayoría coincide en afirmar que el contrato es un acuerdo de voluntades para crear, modificar o extinguir obligaciones.

Elementos del contrato. Partiendo del término de que elemento es parte de un todo, el contrato cuenta con dos clases de elementos, unos constitutivos y otros elementos de validez.

En cuanto a los elementos constitutivos del contrato, 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 su esencia aquellas cosas sin las cuales no produce efecto alguno o degenera en otro contrato. Ej.: El aporte en el contrato de sociedad es un elemento de la esencia del contrato, el pago del canon de arrendamiento en el contrato de arrendamiento, el precio en la compraventa o la entrega periódica en el contrato de suministro. Son de su naturaleza los que no siendo esenciales del contrato se entienden pertenecerle sin necesidad de clausula especial. Ej.: El saneamiento por evicción en la compraventa y las reuniones de la asamblea general de accionistas en el contrato de sociedad. Finalmente, los accidentales son aquellas cosas que no pertenecen al contrato ni esencial ni naturalmente, pero que se pueden incluir por medio de una clausula especial, es el caso de las condiciones suspensivas o resolutorias que las partes pueden voluntariamente incluir en un contrato. Ej.: Le dono mi casa a mi hijo si se gradúa como abogado, o también ciertos aspectos especiales atinentes a la cosa como decir que el carro que se va a comprar su placa no puede terminar en el número 5 o que debe ser de color azul y no gris.

En cuanto a los elementos de validez del contrato, son los mismos requisitos para obligarse que señala el artículo 1502 del Código Civil y son: capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita. Debe precisarse que las expresiones elementos y requisitos no son en realidad sinónimas. El elemento se define como algo que es parte de un todo y requisito, en cambio se entiende como algo que hace relación al aspecto puramente externo de una cosa, es algo exterior que se

La norma general es la capacidad y la excepción es la incapacidad. La capacidad se presume, pues todas las personas son capaces excepto aquellas que la ley las declara incapaces. Existe capacidad de goce que la tienen todas las personas por el solo hecho de hacerlo y capacidad de ejercicio que la tienen solo ciertas personas para ejercer ciertos derechos o para adquirir ciertas obligaciones y es

evidente que para suscribir un contrato se requiere capacidad de ejercicio en los términos de ley.

Los incapaces por su parte son absolutos o relativos en los términos de la legislación civil (artículo 1503 C.C.). En cambio el Código de Comercio por su parte habla de habilidad e inhabilidad para ejercer el comercio y concluye que son hábiles los capaces e inhábiles los incapaces.

El consentimiento, es el acuerdo de voluntades para la formación de un negocio jurídico, debe estar libre de vicios y los vicios del consentimiento son el error, la fuerza y el dolo.

El objeto lícito es el que está de acuerdo con la ley, las buenas costumbres y el orden público, lo contrario es el objeto ilícito. El artículo 1519 del Código Civil señala: “Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto”.

- En relación con la enajenación de bienes existe objeto ilícito en los siguientes casos:
- En la enajenación de las cosas que no están en el comercio (artículo 1521 C.C.).
- De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona. Se tratan de derechos personalísimos extrapatrimoniales, como el derecho a la vida o la honra.
- De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez autorice o el acreedor consiente en ello (artículo 1521 C.C.).
- En todo contrato prohibido por las leyes (artículo 1523 C.C.).

Causa lícita, es la que está de acuerdo con la ley, con el orden público y las buenas costumbres. La causa es el motivo o el móvil que impulsa a obrar, la causa siempre produce un efecto, una consecuencia, no hay efecto sin causa. La causa en Derecho debe ser lícita y lo contrario a ella es la causa ilícita, no existe causa lícita, en el caso, por ejemplo, cuando se constituye una empresa con dineros derivados del contrabando o del narcotráfico.

A lo anterior el artículo 1524 del Código Civil manifiesta:

“No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe carece de causa y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral tiene causa ilícita”.

También se habla de la falsa causa que se presenta cuando las partes a sabiendas otorgan un acto jurídico una fuente o causa diferente de la real, cuando los contratantes se ponen de acuerdo para decir que una deuda que proviene de juego se originó en un contrato de mutuo, la falsa causa invalida el contrato. Al respecto la doctrina ha señalado: “la causa se presume en todos los contratos, quien pretenda desconocerla está obligado a la carga de la prueba”.

Principios y normas aplicables a los contratos civiles y mercantiles. Los contratos civiles y mercantiles hacen parte del Derecho Privado y, como a tales se aplican los mismos principios:

Principio de igualdad de las partes. Es de la esencia del Derecho Privado la igualdad de las relaciones contractuales, quiere decir que los contratantes tienen

la misma jerarquía frente al Derecho en sus relaciones interpartes. Al respecto el Derecho Privado difiere sustancialmente del Derecho Público en donde las partes no se hallan en igualdad de condiciones cuando contratan con el Estado, pues éste goza de privilegios y prerrogativas ajenas a los particulares como las llamadas cláusulas excepcionales o exorbitantes con las que el Estado puede finalizar unilateralmente un contrato aplicando la caducidad u otras figuras de excepción.

Principio de autonomía de la voluntad, surge de los postulados de los artículos 1602 del Código Civil y 4° del Código de Comercio. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles. Es decir la voluntad de las partes prevalece y es ley para ellas mismas, de allí la fuerza obligatoria de los contratos, autonomía que se halla supeditada a la ley, las buenas costumbres y el orden público, así lo señala el artículo 871 del Código de Comercio, es que la autonomía de la voluntad para contratar nace de la libertad contractual, las partes libremente ponen sus cláusulas, términos, y esta libertad sólo está supeditada a la ley, al orden público y a las buenas costumbres.

El principio de la responsabilidad solidaria, se aplica de manera diferente en materia mercantil y civil. En materia mercantil la solidaridad se presume y constituye una presunción de ley, en el campo civil en cambio, la responsabilidad solidaria no se presume, debe pactarse de manera expresa. Por ello el artículo 825 del Código de Comercio, señala que en los negocios mercantiles cuando fueren varios los deudores se presumirá que sean obligados solidariamente, presunción de orden legal que admite prueba en contrario y puede ser desvirtuada, y esta responsabilidad solidaria faculta al acreedor para demandar ejecutivamente a cualquiera de los deudores de un título valor, a todos o a quien él quiera. En materia civil, en cambio, el principio de solidaridad opera

subsidiariamente, pues para que haya solidaridad en el campo civil debe expresarse taxativamente.

Para las relaciones contractuales en materia civil y comercial en cuanto a las partes debemos remitirnos a los artículos 1°, 2° y 822 del Código de Comercio, los cuales permiten la aplicación de normas civiles a los contratos comerciales aclarando que las normas mercantiles se aplicarán preferencialmente y que a falta de estas se deciden por analogía de estas y si el caso no se puede resolver conforme a la ley comercial se aplican las disposiciones de la legislación civil respecto a los efectos del contrato, interpretación, modo de extinguirse, rescindirse si es que la ley no establece otra cosa.

7.2.5 Del contrato de arrendamiento. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1973 del Código Civil colombiano, el contrato de arrendamiento de inmuebles, es aquel en la que dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder, total o parcialmente, el goce de un inmueble y la otra a pagar por este goce, tal como lo norma el artículo en mención.

Como obligaciones del arrendador, estipula el artículo 1982 del mencionado Código Civil, la entrega al arrendatario del bien; a mantener el bien en estado de servir; así como a librar al arrendatario de toda turbación o embarazo del goce del mismo, contemplando la indemnización de perjuicios en este último evento, por disposición expresa del artículo 1987 del citado código. Si la molestia proviene de terceros que puedan justificar algún derecho anterior al contrato, de conformidad con el artículo 1988 podrá solicitar una disminución proporcionada de la renta y en caso de que se le prive de parte del bien arrendado, sin la cual no hubiera arrendado, tiene derecho a cesar el arriendo, y a exigir indemnización de todo perjuicio causado.

El artículo 1996 y las siguientes disposiciones del Código Civil, establecen como obligaciones del arrendatario, usar la cosa según los términos o el espíritu del contrato, conservarla como lo haría un buen padre de familia, hacer las reparaciones locativas y además pagar el precio o renta.

El artículo 2008 del mismo código, establece como causales de expiración del arrendamiento de cosas, la destrucción total del bien, la extinción del derecho del arrendador, y la sentencia de juez en los casos previstos en la ley.

El artículo 1974 del mismo estatuto, permite el arrendamiento de cosa ajena, señalando que el arrendatario de buena fe, está facultado para ejercer la acción de saneamiento por evicción, en contra de su arrendador.

Tratándose de arrendamiento de locales comerciales, las disposiciones contempladas en el Código de Comercio, son imperativas y por consiguiente no admiten ninguna estipulación en contrario. El ordenamiento comercial, considera al contrato de arrendamiento como un elemento del establecimiento de comercio (artículo 516 numeral 5).

El contrato de arrendamiento de locales comerciales está sujeto en su régimen legal a las disposiciones contenidas en los artículos 518 a 524 del Código de Comercio y por expresa disposición del artículo 2º, las cuestiones que no se encuentren allí contempladas, deberán ser resueltas por interpretación analógica o por las normas que sobre el contrato de arrendamiento establece el Código Civil.

Dentro de los aspectos del arrendamiento comercial contemplados en el Código de Comercio, se encuentran: (i) el derecho de renovación del contrato luego de haberlo ocupado por dos años consecutivos (artículo 518), cuyas diferencias surgidas al momento de la renovación se decidirán por el procedimiento verbal (artículo 519); (ii) en caso que el arrendador necesite el inmueble para su vivienda

o para reconstruirlo o repararlo se prevé el desahucio por lo menos con seis meses de anticipación (artículo 520); (iii) en el arrendamiento de los locales nuevos o reparados, se prefiere al anterior arrendatario sin pago de prima (artículo 521) o con pago de indemnización en caso que no se le dé en arriendo el nuevo local o sea utilizado para actividades similares (artículo 522).

Por último, el artículo 523 del Código de Comercio, prevé el subarriendo hasta la mitad del inmueble, sin necesidad de autorización, pero sin lesionar los derechos del arrendador o darle una destinación diferente a la prevista en el contrato. Es necesario resaltar el carácter bilateral del contrato de arrendamiento y, por consiguiente, la naturaleza sinalagmática de las obligaciones derivadas del mismo.

7.3 MARCO JURÍDICO

Como se puede observar en el desarrollo del marco teórico y conceptual, respectivamente, la temática del estudio contempla una serie de normas que se constituyen en el desarrollo del trabajo en el objeto de estudio y en el marco jurídico.

Dentro del Marco constitucional. El artículo objeto del estudio, el principio de la buena fe que se expresa en el artículo 83, tiene como marco constitucional a misma carta política y su esencia en la Asamblea Constituyente.

Se tiene como marco jurídico- legal, además de las normas que sobre la buena fe, posesión, contratos civiles y mercantiles, expresas en los respectivos Códigos, las normas concordantes en la legislación colombiana.

Marco jurisprudencial. Como se expresó en el marco teórico, además de las sentencias objeto de análisis, enmarcan el análisis del trabajo las sentencias proferidas por la Corte Constitucional sobre la temática, desde la Constitución de 1991.

8. DISEÑO METODOLÓGICO

8.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN

El presente estudio teórico de tipo descriptivo y explicativo se apoya en el análisis y constante comparación de la ley con la posición doctrinal y dogmática neo-constitucionalista sobre el principio de buena fe en relación con la acción contractual de arrendamiento de bien inmueble.

8.2 UNIDAD DE ANALISIS

El principio de buena fe desde la doctrina neo-constitucionalista en el contrato de arrendamiento de bien inmueble con vicios en la posesión.

8.3 HIPÓTESIS CENTRAL DEL TRABAJO

Existe por parte de los jueces un reconocimiento jurídico legal al contrato de arrendamiento de bien inmueble con vicios en la posesión y ocultamiento de los mismos por parte del arrendador.

8.4. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

Fuentes: Según el tipo de investigación se recogerá la información en su fuente formal en la legislación colombiana: artículos pertinentes en la Constitución Política, el Código Civil y el Código de Comercio, Leyes, Decretos y jurisprudencia; libros textos y demás documentos escritos sobre el tema. La doctrina que se consigna en libros, textos y jurisprudencia, son fuente inmediata directa cuando la pronuncian los autores doctrinantes, jueces y juristas y se diferencia de las fuentes

mediatas cuando son versiones que autores diversos toman de las primeras inmediatas.

Técnicas e instrumentos: Para el estudio de la información obtenida de las fuentes inmediatas o mediatas, se procederá a integrar la información en documentos o páginas digitales cuya ficha bibliográfica, facilitará la identidad de la fuente y el contenido de la información junto con las respectivas notas de análisis o posición del investigador.

Como un primer paso en la recolección de la información se realizará un Derecho de Petición fundamentado en el artículo 23 de la Constitución ante el Juzgado Noveno Civil Municipal para que suministre otras sentencias en materia de restitución de inmueble arrendado cuando quien funge como arrendador no es el titular del derecho real de dominio, sino que se fundamenta la demanda en “arrendamiento de cosa ajena” con el fin de realizar una breve recopilación en materia de decisión judicial. Posteriormente, se ha de analizar comparativamente las sentencias obtenidas con la Sentencia fechada 23 de marzo del año 2012, Radicado 2009-1216, donde se reconocieron efectos a un contrato de arrendamiento suscrito por un arrendador ajeno a la titularidad, más exactamente poseedor vicioso y que oculta su situación al arrendatario.

Análisis de la información: Para el análisis de la interpretación de las leyes, se aplicará el método de la comprensión hermenéutica jurídica y en el análisis e interpretación de textos, libros o documentos escritos se utilizará el procedimiento interpretativo de la hermenéutica, es decir, desde la valoración de la visión de las tesis neo-constitucionalistas y la interpretación del rol del principio constitucional de la buena fe en los contratos de arrendamiento de bien inmueble en Colombia. De igual manera, se constituyen base de interpretación hermenéutica los fundamentos que sustentan las respectivas sentencias a estudiar proferidas, en la rama civil, en el Distrito Judicial de Bucaramanga.

9. DISEÑO ADMINISTRATIVO

9.1 PLAN DE TRABAJO (CONTENIDO HIPOTÉTICO)

Introducción

1. El neo-constitucionalismo y el principio de la buena fe en la legislación colombiana
 - 1.1. Neo-constitucionalismo en Colombia a partir de 1991.
 - 1.2. El principio de la buena fe en la Constitución Política de Colombia
 - 1.3. El principio de buena fe en los contratos civiles y comerciales en la legislación colombiana.
2. La buena fe como principio regulador de los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles.
 - 2.1. Contrato de arrendamiento: Clases
 - 2.2. El contrato de arrendamiento de bien inmueble
 - 2.3. El principio de buena fe en los contratos de arrendamiento
3. La Posesión de bienes inmuebles y el contrato de arrendamiento.
 - 3.1. Concepto, elementos y clases de posesión de bien inmueble
 - 3.2. Vicios en la posesión del bien inmueble
4. Desarrollo jurisprudencial sobre los contratos de arrendamiento con vicios en la posesión.

Conclusiones

Bibliografía.

9.2 PRESUPUESTO

Tabla 1. Presupuesto del proyecto de Investigación

RUBRO	CONCEPTO	CANTIDAD	VALOR UNITARIO \$	VALOR TOTAL \$	RESPONSABLE DE LOS GASTOS	
RECURSOS HUMANOS	Director Proyecto	Asesoría	5 meses		Universidad	
	Asesor	Asesoría	5 meses		Universidad	
EQUIPOS INSUMOS	E	PC Portátil	1	1.800.000	1.800.000	Autor del Proyecto
		Software	1	500.000	500.000	Autor del Proyecto
		CD	5	10.000	50.000	Autor del Proyecto
		Papel	600 hojas	3.000	180.000	Autor del Proyecto
OTROS GASTOS		Impresiones	400 hojas	200	800.000	Autor del Proyecto
		Fotocopias	300 hojas	100	3.000	Autor del Proyecto
		Transporte	1	4.000	4.000	Autor del Proyecto
TOTAL			\$ 2.317.300	\$3.337.000	Autor del Proyecto	

9.3 CRONOGRAMA

Tabla 2. Cronograma de trabajo

ACTIVIDAD		MAYO				JUNIO				JULIO				AGOSTO				SEPTIEMBRE			
		1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
RECOPIACIÓN DE INFORMACIÓN IDÓNEA	DE																				
ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN	LA																				
REDACCIÓN DEL PROYECTO	DEL																				
PRESENTACION Y CORRECCION DEL PROYECTO	DEL																				
PRESENTACION FINAL																					
SUSTENTACION																					

Observaciones: El cumplimiento del cronograma se ajustará al tiempo de corrección del proyecto y a la fecha de graduación programada por la UIS.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Madrid: 2004 Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

----- . El concepto y la validez del derecho. Barcelona: 1994. Editorial Gedisa

BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos Constitucionales. Madrid, tercera edición actualizada 2007.

----- . El derecho de los derechos. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Cuarta reimpresión 2007.

----- . El neoconstitucionalismo a debate. Bogotá: 2006 Universidad Externado de Colombia.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo. 3a edición. 2006. Madrid: Editorial Trotta.

DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona, 1984. Editorial Ariel.

----- . Ética privada e igualitarismo político. Barcelona: 1993, Paidós.

----- . Hércules.

----- . El imperio de la Justicia. Barcelona, 1998. Edit. Gedisa.

KAUFFMAN, Arthur. Filosofía del derecho. Bogotá: 1999. Universidad Externado de Colombia, departamento de publicaciones.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces, 2ª ed. Bogotá: 2006, Legis y Universidad de los Andes.

-----, Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá: 2004. Legis, Universidad de los Andes y Universidad Nacional.

UPRIMNY Y., Rodrigo. El bloque de Constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. Bogotá: Oficina Alto comisionado de UN para los Derechos Humanos.

UPRIMNY Y, Rodrigo & Rodríguez G., Cesar & García V., M. ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Bogotá: 2006. Grupo editorial Norma.

WALTER, Robert y otros. Problemas Centrales de la Teoría Pura del Derecho. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.