

**LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS: EN TANTO RAZÓN JURÍDICA CON-
CRETA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL POR LA VIOLA-
CIÓN A LA BUENA FE.**

LUKAS GRANDE JIMÉNEZ

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
BUCARAMANGA**

2015

**LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS: EN TANTO RAZÓN JURÍDICA CON-
CRETA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL POR LA VIOLA-
CIÓN A LA BUENA FE.**

LUKAS GRANDE JIMÉNEZ

Trabajo de grado para optar al título de Abogado.

Directora:
Dra. MÓNICA CORTÉS FALLA.
Abogada.

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
BUCARAMANGA**

2015

“Gott ist unsre Zuversicht und Stärke. Eine Hilfe in der großen Nöten, die uns getroffen haben. Darum fürchten wir uns nicht, wenngleich die Welt unterginge und die Berge mitten ins Meer sanken.”.

Psalm 46: 1-2.

A. M. D. G.

A mi mamá y a mi tío José. Mi apoyo incondicional durante toda mi menuda existencia. Estos son sus frutos y su justa recompensa.

A mi hermano, Andrés Julián. Mi total opuesto en gustos. Mis cuatro años de diferencia son afecto de toda la vida.

A mis maestros, Hernando Gómez Guarín y Laureano Gómez Serrano, ilustres librepensadores y grandes formadores en el litigio y en la Academia, respectivamente. Dedicados al Derecho y preocupados por difundir y practicar lo bueno, lo honesto y lo justo. Son mi ejemplo y sus enseñanzas perdurarán.
Semper fidelis.

A quienes actúan conforme a la razón y al dictado de sus conciencias, los que han comprendido que ir en contra de ellas no es justo ni recomendable.

A quienes diariamente se resisten a pasar inadvertidos en esta vida, y luchan contra la insoportable levedad de nuestra existencia viviendo honestamente, respetando a sus pares y dando a cada cual lo suyo.

AGRADECIMIENTOS.

Agradezco al Eterno Soberano, quien es la suprema fuente de conocimiento. Siempre ha sido mi amparo y fortaleza en toda situación, y su misericordia me ha acompañado hasta hoy y seguirá haciéndolo. Toda cosa creada en el Universo existe en función de Él, por Él y para Él. A toda mi familia, en especial a mi mamá y a mi tío José, quienes a lo largo de mi vida han sido mis consejeros y mi apoyo en toda causa que he emprendido. Su apoyo en la elección de mi vocación, el Derecho, fue más fuerte que la oposición del mundo entero. A mi hermano, Andrés, quien estuvo silenciosamente pendiente de todo mi estudio en la Universidad, sus locuras me alegraron en mis momentos de máxima tensión.

A la profesora Mónica Cortés Falla, quien creyó en esta investigación y la consideró desde un principio como un trabajo serio y dedicado. Cada reunión para la discusión y revisión de este proyecto fueron espacios de construcción académica, agradables y con espíritu formativo. A los profesores Rocío Serrano Gómez, Aida Fernández de los Campos, Osilda Ramírez Ramírez, Luis Raúl Carvajal, Eduardo Muñoz Serpa, Juan Pablo Sterling Casas y Nicolás Rodríguez Otero, por las lecciones impartidas y siempre recordadas con profundo agrado y deferencia.

A todo el equipo del estudio jurídico Gómez Guarín Abogados & Asociados, quienes fueron testigos del proceso de desarrollo de esta investigación y de quienes aprendí lo bello y difícil del mundo del litigio. Sólo los valientes se arriesgan al ejercicio pulcro del Derecho. Son mi segunda familia.

A mis amigos más apreciados: Leír, Edwar, Mónica, Julián, Eduardo, Claudia, Johnson, Nathalia, Pedro, Laura J. y Angie. Mi amistad es incondicional.

ÍNDICE GENERAL

	Pg.
Introducción	17
1. TÍTULO I. DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE.	22
1.1. CAPÍTULO I: DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS COMO FIGURA JURÍDICA PROTECTORA DEL DEBER DE COHERENCIA.	22
1.1.1. SECCIÓN I. CONCEPTO.	22
1.1.1.1. SUBSECCIÓN I. LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS, DEFINIDA POR EL DERECHO DE LOS JUECES.	29
1.1.1.1.1. LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS SEGÚN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.	29
1.1.1.1.2. EL CONCEPTO DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.	33
1.1.1.1.3. EL DESARROLLO DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS EN LA JUSTICIA ARBITRAL.	37
1.1.1.1.4. LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS, SEGÚN LA HERMENÉUTICA JUDICIAL DEL TRIBU- NAL SUPREMO DE ESPAÑA.	49
1.1.1.2. SUBSECCIÓN II. RAÍCES HISTÓRICAS DE LA TEORÍA DE LOS AC- TOS PROPIOS.	54
1.1.1.2.1. EL DERECHO ROMANO ANTIGUO.	55
1.1.1.2.2. EL DERECHO ROMANO INTERMEDIO.	62
1.1.1.2.3. LA EDAD MODERNA.	66
1.1.1.2.4. LA FLUCTUACIÓN EN EL DESARROLLO DE LA DOGMÁTICA DE LA TEORÍA DE LOS AC- TOS PROPIOS DESDE EL SIGLO XIX HASTA EL PRESENTE.	70
1.1.2. SECCIÓN II. NATURALEZA.	76

1.1.2.1. SUBSECCIÓN I. LA RELACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS CON EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE.	77
1.1.2.1.1. UNA APROXIMACIÓN A LA BUENA FE EN EL DERECHO PRIVADO.	77
1.1.2.1.2. LA BUENA FE CONTRACTUAL.	85
1.1.2.1.3. EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE, LIGADO DESDE SUS ORÍGENES A LOS DEBERES DE COMPORTAMIENTO.	95
1.1.2.1.4. LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS SE SUSTENTA EN LA BUENA FE OBJETIVA.	103
1.1.2.2. SUBSECCIÓN II. LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS ES UNA REGLA DE DERECHO Y NO UN PRINCIPIO JURÍDICO.	109
1.1.2.2.1. ACERCA DE LOS PRINCIPIOS EN CUANTO MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN, Y DE LAS REGLAS COMO DETERMINACIONES.	110
1.1.2.3. SUBSECCIÓN III. OTRAS CARACTERÍSTICAS DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS.	119
1.1.2.3.1. LA RESIDUALIDAD Y SUPLETORIEDAD DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS.	120
1.1.2.3.2. EL EJERCICIO DE LA PROHIBICIÓN DE IR CONTRA LOS ACTOS PROPIOS COMO ACCIÓN O EXCEPCIÓN DENTRO DE UNA RELACIÓN PROCESAL, E INCLUSO DE FORMA OFICIOSA.	128
1.1.3. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO I.	131
1.2. CAPÍTULO II: DIFERENCIACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS QUE PROTEGEN EL DEBER DE COHERENCIA.	133
1.2.1. SECCIÓN I. EL <i>ESTOPPEL</i> .	133
1.2.1.1. SUBSECCIÓN I. DEL CONCEPTO DE <i>ESTOPPEL</i> .	134
1.2.1.2. SUBSECCIÓN II. DE LAS CARACTERÍSTICAS DEL <i>ESTOPPEL</i> .	144
1.2.1.2.1. EL <i>ESTOPPEL</i> PROTEGE LA APARIENCIA JURÍDICA.	144

1.2.1.2.2. EL <i>ESTOPPEL</i> ES UN MEDIO DE DEFENSA.	145
1.2.1.2.3. EL <i>ESTOPPEL</i> TIENE EFICACIA PROCESAL.	145
1.2.1.2.4. LA RECIPROCIDAD DEL <i>ESTOPPEL</i> .	146
1.2.1.3. SUBSECCIÓN III. REQUISITOS O PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DEL <i>ESTOPPEL</i> .	147
1.2.1.4. SUBSECCIÓN IV. DE LA CLASIFICACIÓN DEL <i>ESTOPPEL</i> .	148
1.2.1.4.1. DEL <i>ESTOPPEL BY RECORD</i> .	148
1.2.1.4.2. DEL <i>ESTOPPEL BY DEED</i> .	149
1.2.1.4.3. DEL <i>ESTOPPEL BY FACT IN PAIS</i> .	150
1.2.2. SECCIÓN II. EL RETRASO DESLEAL (<i>VERWIRKUNG</i>) .	154
1.2.2.1. SUBSECCIÓN I. CONCEPTO.	154
1.2.2.1.1. LA “ <i>VERWIRKUNG</i> ” SE SUSTENTA EN EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE. POSICIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL EN ALEMANIA.	157
1.2.2.1.2. EL DESARROLLO JUDICIAL Y DOCTRINAL DE LA “ <i>VERWIRKUNG</i> ” EN ESPAÑA.	162
1.2.2.2. SUBSECCIÓN II. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DEL RETRASO DESLEAL.	173
1.2.2.2.1. EL TRANCURSO DE UN PERIODO SIGNIFICATIVO DE TIEMPO.	173
1.2.2.2.2. LA OMISIÓN EN EL EJERCICIO DEL DERECHO SUBJETIVO.	174
1.2.2.2.3. LA GENERACIÓN DE UNA CONFIANZA LEGÍTIMA SOBRE EL NO EJERCICIO DE UN DERECHO.	175
1.2.2.2.4. EL PERJUICIO INFLIGIDO AL DEMANDADO COMO EVENTUAL REQUISITO PARA LA APLICACIÓN DE LA “ <i>VERWIRKUNG</i> ”.	177
1.2.3. SECCIÓN III. LA TEORÍA DE LA APARIENCIA .	179
1.2.3.1. SUBSECCIÓN I. CONCEPTO DE LA TEORÍA O DOCTRINA DE LA APARIENCIA JURÍDICA.	179

1.2.3.1.1. ALGUNAS DEFINICIONES DADAS POR LA DOCTRINA INTERNACIONAL.	179
1.2.3.1.2. LA TEORÍA DE LA APARIENCIA JURÍDICA, DEFINIDA POR LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA NACIONAL.	184
1.2.3.2. SUBSECCIÓN II. FUNDAMENTOS DE LA DOCTRINA DE LA APARIENCIA JURÍDICA.	193
1.2.3.3. SUBSECCIÓN III. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD PARA LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA APARIENCIA JURÍDICA.	194
1.2.3.3.1. CONDICIONES NECESARIAS PARA LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA APARIENCIA JURÍDICA, DESDE LA DOCTRINA.	194
1.2.3.3.2. EFECTOS DE LA TEORÍA DE LA APARIENCIA JURÍDICA.	200
1.2.4. SECCIÓN IV. LA TEORÍA O EL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA.	206
1.2.4.1. SUBSECCIÓN I. ORÍGENES DEL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA.	206
1.2.4.1.1. ORIGEN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS ALEMÁN Y COMUNITARIO EUROPEO.	206
1.2.4.1.2. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA COMO FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA.	215
1.2.4.1.3. EL DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.	218
1.2.4.2. SUBSECCIÓN II. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA.	235
1.2.4.2.1. LA PLURALIDAD DE FUNDAMENTOS AXIOLÓGICOS DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA.	235
1.2.4.2.2. LA EXPECTATIVA LEGÍTIMA COMO OBJETO DE PROTECCIÓN DEL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA.	240

1.2.4.3. SUBSECCIÓN III. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA.	242
1.2.5. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO II.	248
1.3. CONCLUSIONES DEL TÍTULO I.	250
 2. TÍTULO II. DE LA VIOLACIÓN DEL DEBER DE COHERENCIA COMO HECHO GENERADOR DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL.	 252
2.1. CAPÍTULO I: PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS.	252
2.1.1. SECCIÓN I. LA EXISTENCIA DE UNA CONDUCTA PRIMIGENIA, EFICAZ Y RELEVANTE, CREADORA, MODIFICADORA O EXTINTIVA DE UNA RELACIÓN JURÍDICA.	253
2.1.1.1. SUBSECCIÓN I. LA ANTERIORIDAD DE LA CONDUCTA JURÍDICA.	255
2.1.1.2. SUBSECCIÓN II. LA RELEVANCIA DE LA CONDUCTA JURÍDICA.	257
2.1.1.3. SUBSECCIÓN III. LA EFICACIA DE LA CONDUCTA PRIMIGENIA.	261
2.1.2. SECCIÓN II. EL EJERCICIO DE UNA FACULTAD O DERECHO SUBJETIVO EN CONTRADICCIÓN CON LA CONDUCTA PRIMARIA.	268
2.1.2.1. SUBSECCIÓN I. LA PRETENSIÓN CONTRADICTORIA DESDE LA DOCTRINA JURÍDICA.	269
2.1.2.2. SUBSECCIÓN II. EL DESARROLLO ARBITRAL SOBRE LA VALORACIÓN DE LA PRETENSIÓN CONTRADICTORIA.	278
2.1.2.3. SUBSECCIÓN III. VALORACIÓN DE LA PRETENSIÓN CONTRADICTORIA DESDE LA JURISPRUDENCIA.	292
2.1.2.3.1. LA VERIFICACIÓN DE LA PRETENSIÓN CONTRADICTORIA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.	292

2.1.2.3.2. LA PRETENSIÓN CONTRADICTORIA, SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.	298
2.1.3. SECCIÓN III. LA IDENTIDAD DE SUJETOS VINCULADOS POR EL DEBER DE COHERENCIA.	308
2.1.4. SECCIÓN IV. OTROS REQUISITOS CONCURRENTES EN LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS.	314
2.1.4.1. SUBSECCIÓN I. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS, SEGÚN MARCELO J. LÓPEZ MESA, DESDE EL DERECHO ARGENTINO.	315
2.1.4.1.1. LOS ACTOS EXPRESIVOS DE LA VOLUNTAD DEL SUPUESTO VOLUBLE DEBEN SER INEQUÍVOCOS RESPECTO DE SU ALCANCE Y DE LA INTENCIÓN DE CREAR O MODIFICAR UN DERECHO.	317
2.1.4.1.2. LA CONTRADICCIÓN CON EL ACTO ANTERIOR DEBE SER PALMARIA.	318
2.1.4.1.3. LA VOLUNTAD INICIAL NO DEBE HABER ESTADO VICIADA.	319
2.1.4.1.4. LA VOLUNTAD ORIGINAL, QUE SE PRETENDE CONTRADECIR LUEGO, DEBE HABER SIDO LIBRE.	322
2.1.4.1.5. DEBE DARSE LA IDENTIDAD DE LOS SUJETOS QUE ACTÚAN Y SE VINCULAN EN AMBAS CONDUCTAS.	323
2.1.4.1.6. LA JURIDICIDAD DE LA PRIMERA CONDUCTA.	325
2.1.4.2. SUBSECCIÓN II. LOS REQUISITOS DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS, DESDE LA PERSPECTIVA DE MARIO CASTILLO FREYRE Y RITA SABROSO MINAYA, EN EL DERECHO PERUANO.	327
2.1.4.2.1. EL ACTO JURÍDICO CONTRARIO A LAS LEYES QUE INTERESAN AL ORDEN PÚBLICO O A LAS BUENAS COSTUMBRES.	328
2.1.4.2.2. EL ACTO JURÍDICO EN DONDE FALTE LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD DEL AGENTE.	329
2.1.4.2.3. EL ACTO JURÍDICO PRACTICADO POR PERSONA ABSOLUTAMENTE INCAPAZ.	331

2.1.4.2.4. EL ACTO JURÍDICO NULO POR OBJETO FÍSICA O JURÍDICAMENTE IMPOSIBLE O INDETERMINABLE.	332
2.1.4.2.5. EL ACTO JURÍDICO NULO POR FIN ILÍCITO.	333
2.1.4.2.6. EL ACTO JURÍDICO NULO POR ADOLECER DE SIMULACIÓN ABSOLUTA.	333
2.1.4.2.7. EL ACTO JURÍDICO NULO POR NO REVESTIR LA FORMA PRESCRITA BAJO SANCIÓN DE NULIDAD.	334
2.1.4.2.8. EL ACTO JURÍDICO POR DECLARACIÓN DE LA LEY.	335
2.1.4.3. SUBSECCIÓN III. SITUACIONES JURÍDICAS DE APLICABILIDAD E INAPLICABILIDAD DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS.	336
2.1.4.3.1. EVENTOS DONDE SE ADMITE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS.	337
2.1.4.3.2. IMPOSIBILIDAD DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS.	343
2.1.5. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO I.	345
 2.2. CAPÍTULO II: DEL DEBER DE COHERENCIA COMO OBLIGACIÓN DE NO HACER Y EL ESTABLECIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL POR SU VIOLACIÓN.	 348
2.2.1. SECCIÓN I. EL DEBER DE COHERENCIA: OBLIGACIÓN CONTRACTUAL DE NO HACER.	348
2.2.1.1. SUBSECCIÓN I. SOBRE EL CONCEPTO DE OBLIGACIÓN EN EL DERECHO PRIVADO COLOMBIANO.	350
2.2.1.1.1. LA OBLIGACIÓN COMO RELACIÓN JURÍDICA.	350
2.2.1.1.2. LOS ELEMENTOS INTEGRADORES DE LA OBLIGACIÓN.	355
2.2.1.1.3. ALGUNAS CLASIFICACIONES DE LAS OBLIGACIONES, EMPLEADAS POR LA DOCTRINA JURÍDICA.	359
2.2.1.2. SUBSECCIÓN II. DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y SU RELACIÓN CON LA “ <i>CRISIS DEL CONTRATO</i> ”.	366

2.2.1.3. SUBSECCIÓN III. CARACTERÍSTICAS DE LA OBLIGACIÓN DE COHERENCIA ENTRE LAS PARTES.	372
2.2.1.3.1. DEL DEBER DE COHERENCIA A LA OBLIGACIÓN DE COHERENCIA.	372
2.2.1.3.2. LA OBLIGACIÓN DE COHERENCIA, DENTRO DE LAS CLASIFICACIONES PROPUESTAS POR LA DOCTRINA JURÍDICA.	373
2.2.2. SECCIÓN II. LA OBLIGACIÓN DE COHERENCIA COMO SUSTENTO JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL.	381
2.2.2.1. SUBSECCIÓN I. CONCEPTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, Y ESPECÍFICAMENTE DE LA DERIVADA DE ACTOS LIGADOS CON UN CONTRATO.	382
2.2.2.2. SUBSECCIÓN II. REQUISITOS PARA LA IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL.	390
2.2.2.2.1. REQUISITOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.	391
2.2.2.2.2. REQUISITOS ESPECIALES PARA LA IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL.	397
2.2.2.3. SUBSECCIÓN III. ANÁLISIS DE LA IMPUTACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE COHERENCIA DENTRO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL.	401
2.2.3. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO II.	412
2.3. CONCLUSIONES DEL TÍTULO II.	414
CONCLUSIONES GENERALES	416
Bibliografía General.	423

RESUMEN.

TÍTULO: LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS: EN TANTO RAZÓN JURÍDICA CONCRETA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL POR LA VIOLACIÓN A LA BUENA FE*.

AUTOR: LUKAS GRANDE JIMÉNEZ**.

PALABRAS CLAVES: Actos propios, confianza legítima, buena fe, deber de coherencia, responsabilidad civil contractual, obligación, *Venire contra factum proprium non valet*.

DESCRIPCIÓN.

Los artículos 1603 del Código civil y 871 del Código de comercio establecen que las partes deben actuar de buena fe durante la ejecución del contrato, obligándose a todo aquello que corresponda a su naturaleza, esté o no contemplado expresamente. El deber de coherencia deriva de la buena fe, y su incumplimiento puede conllevar a la imputación de la responsabilidad civil contractual. En esta investigación se determinará cómo analizar la causación de un daño antijurídico por la violación del deber de coherencia desde la óptica de la teoría de los actos propios.

Para este propósito, se estudiará la teoría de los actos propios como una regla de derecho derivada del Principio General de la buena fe, cuyo origen radica en la máxima "*Venire contra factum proprium non valet*", y que pretende declarar inadmisibles toda conducta presente que contraría el sentido de una manifestación anterior que haya generado una confianza legítima. Aunque existen instituciones similares a ésta en diversos ordenamientos jurídicos, tiene unos requisitos esenciales que le distinguen de aquellas, lo cual sirve para la comprensión del hecho generador del daño por la inejecución de la obligación de coherencia, que surge de la interversión del deber de coherencia una vez ha sido violado por el sujeto agente dentro de la relación jurídica.

El estudio realizado acerca de la teoría de los actos propios ayuda al entendimiento de esta figura, cuya aplicación por los Jueces de la República es insuficiente y poco afortunada en la mayoría de oportunidades donde se ha empleado como razón jurídica para la solución de una controversia judicial.

* Trabajo de Grado.

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencia Política. Directora: Dra. Mónica Cortés Falla

SUMMARY.

TITLE: THE THEORY OF OWN ACTS: LIKE CONCRETE LEGAL REASON OF CIVIL CONTRACTUAL RESPONSIBILITY BY THE INFRINGEMENT OF GOOD FAITH*.

AUTHOR: LUKAS GRANDE JIMÉNEZ**.

KEYWORDS: Own acts, legitimate expectations, good faith, duty of coherence, civil contractual responsibility, obligation, *Venire contra factum proprium non valet*.

DESCRIPTION.

Articles 1603 of Civil Code and 871 of Commercial Code establish that parties must act in good faith during all the contract execution, obligating themselves to everything corresponds to its nature, whether or not contemplated expressly. Duty of coherence derives of General Principle of good faith, and its breach could carry to civil contractual responsibility's imputation. In this investigation, it shall determinate how to analyse the causation of unlawful damages by the infringement of duty of coherence, since the perspective of the theory of own acts.

For this purpose, it shall study the theory of own acts like a juridical rule derived of General Principle of good faith, whose its origin resides in the Latin maxim "*Venire contra factum proprium non valet*", which aims to declare like inadmissible all actual comportment which opposes a precedent manifestation's sense which had generated a legitimate expectation. Although there are similar institutions to theory of own acts in diverse legal systems, also there are essentials requirements that distinguish it from those, and which serve for the understanding of damage's generator fact by obligation of coherence's non-performance, that arises from a duty of coherence's mutation, once it had been infringed by the individual agent into the legal relationship.

This study realized about the theory of own acts helps to understanding of this figure, which its application by Judges of the Republic is insufficient and unfortunate in the majority of occasions where it had been employed like legal reason for judicial disputes resolving.

* Degree Thesis.

** Faculty of Humanities. School of Law and Political Science. Director: Dr. Mónica Cortés Falla.

INTRODUCCIÓN.

La dinámica socioeconómica vigente se caracteriza por la rapidez con que los sujetos disponen de sus intereses jurídicos, participando cada vez más activamente en las relaciones de oferta y demanda que supone la interacción social dentro de una economía de mercado. Aunado a lo anterior, somos fieles testigos de los cambios que se presentan en los diversos órdenes sociales, gracias a los desarrollos tecnológicos, más sorprendentes que antes y menos asombrosos de lo que serán el día de mañana. En el Derecho, como consecuencia de estos avances sociales y científicos, las relaciones jurídicas tienden a ser impersonales, máxime cuando los procesos de creación, modificación o extinción de efectos jurídicos no suponen la formación de un consentimiento, siguiendo los postulados de la escuela clásica contractual; ello, por cuanto, a fin de garantizar el agreste intercambio consumista, una de las partes, quien es el propietario del bien que se ofrece, impone las condiciones para el nacimiento del vínculo jurídico, mientras que el otro sujeto de derecho debe adherirse a dichas estipulaciones. Este escenario es más propenso para el ejercicio arbitrario de los derechos subjetivos, y requiere, por lo tanto, la intervención del Derecho como agente regulador de las relaciones humanas.

Al mismo tiempo, con independencia del actual comercio de bienes y servicios, las relaciones humanas son complejas en sí mismas. Una de estas complejidades es la frecuente contradicción entre las conductas que los sujetos de derecho realizan de continuo; no obstante, la intervención del Derecho no puede versar sobre simples contradicciones sino sobre aquellas que comprometen la confianza legítima de otro individuo, el cual se encuentra ligado en una relación jurídica. Desde tiempos antiguos, la regla "*Venire contra factum proprium non valet*" explica que es inadmisibles el desconocimiento de los actos proferidos en el pasado por un individuo, violentando la confianza legítima de la contraparte. Esto quiere decir que, apelando al Principio General de la buena fe como su fundamento, los efectos ju-

rídicos pactados por las partes son acordados con el propósito de permanecer en el tiempo y percibir un mutuo beneficio para los intervinientes en la relación.

Habida cuenta, revitalizado por la filosofía del solidarismo contractual, el Derecho de los contratos aboga por la observancia de unos deberes colaterales, los cuales coadyuvan a la satisfacción de los intereses jurídicos comprometidos en la relación jurídica. Precisamente, uno de estos comportamientos que el ordenamiento considera con deferencia es el de la coherencia en el momento y en la línea del tiempo, de consuno con la protección de la confianza legítima. Este deber, que pareciera derivar de la fuerza vinculante de los contratos, no pretende que la prestación pactada sea cumplida por el extremo pasivo de la relación, sino la conservación de una posición en Derecho dentro de unos límites espaciales y temporales, atendiendo que nada ni nadie puede ser y no ser simultáneamente.

En ese orden de ideas, si existe una defraudación de la confianza legítima y de la coherencia, el ordenamiento lo declarará como reprochable, antijurídico y contrario a la buena fe; tan así, por cuanto no corresponde al comportamiento del buen padre de familia y no compagina con los predicados contenidos en los artículos 1603 del Código civil y 871 del Código de comercio; y tan antijurídico como reprochable, puesto que genera una afectación injustificada a la confianza legítima de la contraparte. Sin embargo, si la contradicción de un sujeto de derecho, al afectar la confianza legítima dentro del plano del contrato, generara un menoscabo al patrimonio del otro individuo, o su vida o su honra, ¿cómo puede analizarse tal situación? Más concretamente, si en el pasado un individuo realizó un comportamiento o una manifestación con las implicaciones de crear, modificar o extinguir un efecto jurídico —o derecho subjetivo—, dando lugar a una confianza legítima vista objetivamente, y posteriormente emite una segunda conducta que, aunque puede ser lícita *prima facie*, resulta contradictoria con aquella que le antecede en el tiempo, ¿bajo qué razón jurídica puede analizarse la causación del daño ocasionado a un

sujeto negocial –bien puede ser acreedor o deudor– dentro del espectro contractual?

Planteada la anterior pregunta, se pretende con este trabajo analizar la referida responsabilidad civil contractual por la violación de la buena fe desde la óptica de la teoría de los actos propios, una figura jurídica de raigambre milenaria y cuyo origen se encuentra en los desarrollos de la doctrina y la jurisprudencia. No obstante que en otras latitudes ha sido utilizada con mayor frecuencia por los operadores judiciales, en el caso nacional es incipiente su estudio y su empleo por nuestras Altas Cortes puede catalogarse, en la mayoría de veces, como poco afortunado.

En esa medida, se hace necesario estudiar la relación que este constructo jurisprudencial tiene con el Principio General de la buena fe (Título I), que, de entrada, se trata de una derivación ontológica; no obstante, el conocimiento de su abolengo y la forma como en los diversos ordenamientos ha sido analizada su naturaleza, en contraste con nuestro Derecho objetivo, ayuda a la comprensión de una regla de derecho, al punto de alcanzar implicaciones prácticas al momento de ejercitar la prohibición de ir contra los actos propios (Capítulo I). A pesar de lo anterior, no podemos afirmar que esta institución sea la única manifestación de la buena fe que proteja la confianza legítima o la coherencia en el transcurrir del contrato, pues en algunos países tal protección es suministrada por otras figuras jurídicas que, desde la buena fe objetiva o subjetiva, cumplen con este cometido (Capítulo II), todo esto teniendo en cuenta que, en muchos casos, estos constructos devienen, al igual que la teoría de los actos propios, del brocardo “*Venire contra factum proprium non valet*”.

Tras la distinción de la teoría de los actos propios desde su concepto, corresponde realizar el estudio de la violación del deber de coherencia como hecho originador de la responsabilidad civil contractual (Título II), partiendo del análisis de los requi-

sitos que la jurisprudencia y doctrina, tanto nacional como extranjera, consideran como básicos para la aplicación de la prohibición de ir contra los actos propios, realizando una labor crítica de algunas decisiones proferidas por nuestras Altas Cortes y de algunos laudos arbitrales que han tenido a bien observar esta regla para fundamentar sus decisiones (Capítulo I). Acto seguido, la comprensión de los elementos que se requiere para la aplicación de la teoría de los actos propios conduce al entendimiento adecuado de la violación del deber de coherencia, que, para efectos de la imputación de la responsabilidad civil contractual, sufre una intervención para ser tratada como una obligación de *non facere*, atendiendo a las exigencias planteadas por la Corte Suprema de Justicia en materia de reconocimiento del perjuicio infligido durante la ejecución de una obligación preexistente en un contrato (Capítulo II). Como consecuencia del anterior análisis, se arriba a la necesidad de imputar la responsabilidad civil contractual cuando, desde la óptica de la teoría de los actos propios, se violente la obligación de coherencia.

En cuanto a la metodología empleada para este estudio, se optó por una labor exploratoria y dogmática, puesto que se constituye como la primera investigación sobre la teoría de los actos propios en Santander –a lo sumo–, y dado que se pretende establecer unos mínimos para su aplicación adecuada. Por tal razón, se acudió al estudio de la doctrina y jurisprudencia española y argentina, primordialmente, sin escatimar los contados esfuerzos de nuestros juristas sobre esta material, destacando a las profesoras Mariana Bernal Fandiño y Martha Lucía Neme Villarreal. Con todo, afirmamos que no se pretende analizar un deber ser, por cuanto participamos de la neutralidad valorativa que supone todo estudio jurídico, como quiera que nos esforzamos por estudiar lo que efectivamente es el Derecho, y no lo que debería ser.

Trazada la hoja de ruta para el desarrollo del presente estudio, cabe indicar que el análisis realizado del fenómeno de la coherencia, y particularmente de la teoría de los actos propios, no es fortuito ni caprichoso, pues es consecuencia de lecturas y

estudios realizados por un tiempo aproximado de cuatro años, tras un primer contacto en un taller realizado en el marco de la asignatura Relaciones Contractuales (II Periodo Académico de 2010), tomando como punto de partida el contenido de la sentencia de la Corte Constitucional C-836 de 2001, y de posteriores diálogos con quien dirigió estos espacios académicos y con aquellos a quienes siempre he considerado mis pares dentro de un proceso constructivista en el aprendizaje del Derecho. Pero, durante el tiempo de estudio de esta figura, salieron a la luz dos investigaciones jurídicas sobre este punto, a saber: “*El deber de coherencia en el Derecho colombiano de los contratos*”, cuya autoría le corresponde a la profesora Mariana Bernal Fandiño, como tesis de grado para obtener el grado de doctorado en la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá (2012), y que ha sido analizada en la presente investigación; y “*Responsabilidad civil surgida como consecuencia de la inobservancia de la prohibición de obrar en contra de los propios actos*”, realizada por Alejandro Velásquez Cadavid para obtener el grado de especialización en responsabilidad civil y seguros de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín (2010). Aunque ambas investigaciones refieran a la teoría de los actos propios, nuestra posición difiere en la medida de considerar la existencia de una obligación de coherencia, la cual fundamenta la responsabilidad civil contractual.

En esta medida, más que el cumplimiento de una exigencia académica, esta investigación, sin ser pretenciosa, se realizó con el propósito de generar conocimiento dentro de la Academia, pues esta es su vocación y su vida, a fin de que los profesionales del Derecho puedan comprender que, más allá del aprendizaje de las normas jurídicas y de las instituciones que integran nuestro ordenamiento, es más que pundonoroso vivir según las reglas de la buena fe, que, según el jurisconsulto Ulpiano, es vivir bajo los fundamentos del Derecho mismo, puesto que “*Iuris præcepta sunt hæc: honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere*” (D.1.1.10.1), que en buen castellano traduce: “Estos son los preceptos del Derecho: vivir honestamente, no hacer daño a nadie, dar a cada cual lo suyo”.

1. TÍTULO I. DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE.

1.1. CAPÍTULO I. DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS COMO FIGURA JURÍDICA PROTECTORA DEL DEBER DE COHERENCIA.

Como se pretende estudiar la teoría de los actos propios en tanto figura jurídica que protege el Principio General de la buena fe, y en concreto el deber de coherencia, es necesaria la remisión a su origen histórico y desentrañar las características que conforman esta protección al deber de coherencia. Es por eso que, siendo el primer acercamiento –y por tanto, esencial– al fenómeno, se estudiará su concepto partiendo de sus raíces históricas y su comprensión de acuerdo con las diversas posiciones de la jurisprudencia y doctrina (sección I) y su naturaleza, desentrañando si se trata de un principio o de una regla jurídica, sus características y su relación con el Principio General de la buena fe (sección II), así como otras características que diferencian a la teoría de los actos propios (sección III).

1.1.1. SECCIÓN I. CONCEPTO.

§1. La teoría de los actos propios supone la existencia de una relación jurídica, entendida como el nexo de dos o más personas que, teniendo en común un objeto y una causa¹, generan situaciones que son relevantes para el Derecho, ya porque implican el origen, la modificación o la extinción de un derecho subjetivo o de un deber jurídico.

Como todo vínculo que, para el ordenamiento jurídico, reviste de importancia por las consecuencias sociales que conlleva una manifestación concreta de la volun-

¹ Cfr. HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las Obligaciones*. 3º ed., 1º reimpresión. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 41.

tad de las partes sobre intereses legítimos regulados por el Legislador, los sujetos que intervienen en la regulación particular de su objeto asumen roles que los legitima para exigir en justo juicio lo que le es debido². Las posiciones que adquieren los sujetos dependen del interés de los mismos; así, serán acreedor y deudor dependiendo de las circunstancias propias que gobiernan la relación jurídica.

Un acreedor, sujeto de derecho legitimado para exigir el cumplimiento de una prestación, que ejerce un poder jurídico como “aptitud para obrar frente a los demás, mandando, actuando, disponiendo, desarrollando intereses propios y, eventualmente ajenos”³, esperando en su espontánea satisfacción por el agotamiento de una conducta determinada a su favor y a cargo de un deudor, quien es otro sujeto de derecho que se comprometió a cumplir con una prestación, estando obligado a ejecutarla⁴.

El cumplimiento de las obligaciones a cargo del deudor conduce a la generación de una confianza a favor del acreedor; una situación objetivamente fundada que termina con la adaptación del acreedor a esa nueva realidad jurídica, comprometiéndolo sus derechos patrimoniales en otras relaciones relevantes para el Derecho. Bien puede ser que aquel sujeto de derecho asuma cargas prestacionales porque tiene más que certeza –pues se trata de una manifestación veraz en el mundo real– en que su interés en aquella otra relación jurídica le será satisfecho con tal diligencia y prontitud. Bien puede ser que, a raíz del cumplimiento de esa prestación, el acreedor pueda incluso constituirse nuevamente como el receptor de nuevas prestaciones en futuros vínculos con otros sujetos de derecho que asumen su posición de deudores frente a aquél.

² *Instituta. Tit. V. De actionibus. “Superest, ut de actionibus loquamur. Actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi iudicio, quod sibi debetur”.* En: KRIEGER, HERMANN y OSENBRÜGGEN, s.n. *Cuerpo del Derecho civil romano*. Traducido al castellano del latino por Idelfonso L. García del Corral. s.e. Barcelona: Jaime Molinas Editor, 1889. Libro en PDF p. 135.

³ Cfr. HINESTROSA, Fernando. Óp. Cit. p. 41.

⁴ Cfr. HINESTROSA, Fernando. Óp. Cit. p. 71.

El acreedor, en el plano de la realidad natural, sabe con total seguridad por manifestaciones externas que demuestran una situación de cumplimiento debido y futuro. Se trata de una realidad comparada con parámetros del “*bonus vir*”, del buen padre de familia que vela acuciosamente por sus negocios y que, admirablemente, actúa con suma rectitud frente a los integrantes del grupo social, lo que se constituye como un ejemplo a seguir por parte de aquéllos; y como realidad cotejada con el parámetro del pundonor, se espera su cabal conclusión de acuerdo con los términos pactados entre ellos.

No obstante, el incumplimiento de la prestación implica la defraudación al interés que subyace a favor del acreedor que comprometió su responsabilidad en otras relaciones jurídicas conformadas en la calidad que ese vínculo particular suponga para éste, suponiendo así una afectación injustificada a sus derechos patrimoniales y, en general, de su patrimonio. Ese incumplimiento no es impune para el derecho, y tan es así que puede significar dos cosas: o, en virtud del derecho de persecución, el cumplimiento forzoso de la prestación a su favor contra el deudor o contra quien, siendo distinto de éste, haya asumido el deber de cumplir al acreedor la obligación pactada; o la indemnización de todos los perjuicios infligidos al legitimado para exigir la materialización del acuerdo inicial.

Además, la confianza depositada por el acreedor en que su interés saldría airoso de toda evasión al deber de cumplimiento, supone la conculcación de la buena fe, pues el deudor no actuó como buen padre de familia en el cuidado de sus asuntos. Sin embargo, esa violación indicada es protegida de múltiples maneras, ya por disposición del Legislador, ya por la existencia de instituciones y figuras jurídicas creadas por la Jurisprudencia, y en uno u otro caso se encaminan ambas al restablecimiento de la *bona fides* como cuestión remedial y a la consolidación de la buena conducta en el desarrollo de las relaciones.

§2. Dicho lo anterior, el cumplimiento de la prestación principal de una relación jurídica depende ineludiblemente de la observancia de unos deberes secundarios relacionados íntimamente con la buena fe. Esto, por cuanto es una norma incuestionable en nuestro ordenamiento jurídico que todas las obligaciones asumidas por las partes deberán ser ejecutadas de buena fe (paráfrasis)⁵. Deberes que se predicen para ambos sujetos de derecho, acreedor y deudor, pues no podrá ser cumplida la obligación si existen talanqueras para que ésta sea una realidad en virtud de la imposición de cargas exacerbadas o el aprovechamiento desleal de las condiciones fluctuantes del medio que los rodea, o la alegación de hechos o conductas que desconocen manifestaciones previas generadoras de efectos jurídicos, entre otras circunstancias.

Estos deberes secundarios, en las últimas décadas, han tenido una mayor atención por parte de los servidores judiciales y los académicos del Derecho, realizando una hermenéutica creadora sobre las limitaciones a los actos capaces de afectar la buena fe de quienes participan en la relación jurídica. Buena fe que supone un carácter correctivo e integrador de las consecuencias que pactaron las partes sobre el objeto negocial, desde luego: donde les sea permitido.

El deber de coherencia, uno de aquellos deberes secundarios, supone “[...] por una parte, la exigencia de que exista continuidad en el comportamiento, y por otra, su observancia se materializa en la ausencia de contradicción.”⁶, siendo protegido por varias figuras jurídicas creadas por la Jurisprudencia y la Doctrina, unas veces incorporadas en la Legislación como *ratio legis*; la teoría de los actos propios es una protección de ese deber así como lo son la teoría de la apariencia y el princi-

⁵ Código civil colombiano. Artículo 1603. “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 ley pertenecen a ella.”.

⁶ BERNAL FANDIÑO, Mariana. *El deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos*. 1º ed. Colección Laureata. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, 2013. p. 83.

pio de confianza legítima, por enunciar apenas las figuras que tienen aplicación en nuestro ordenamiento jurídico.

§3. La teoría de los actos propios –o doctrina de los actos propios, como algunos tratadistas han querido referirse a este tema⁷, o simplemente enunciada generalmente como “*Venire contra factum proprium non valet*”–, es, en nuestro juicio, el impedimento a toda contradicción conductual por parte de un sujeto de derecho frente a otro en el desarrollo de una relación jurídica, teniendo en cuenta que con una manifestación o conducta presente, lícita apriorísticamente según el Derecho, se pretende desconocer una conducta o manifestación anterior relevante y eficaz, proveniente del mismo sujeto de derecho, de la cual se desprende objetivamente una confianza legítima sobre la creación, modificación o extinción de un derecho subjetivo o un deber jurídico.

El profesor argentino Alejandro Borda⁸ no presenta una definición propia de la teoría de los actos propios, sino que opta por remitirse al concepto que varios autores de diversas latitudes han dado sobre este tema, siendo el más importante para él, habiendo aclarado que se refiere al brocardo “*Venire contra factum proprium non valet*”, la rendida por los profesores Enneccerus y Nipperdey⁹:

“[...] §. A nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta, interpretada objetivamente según la ley, según las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la

⁷ Díez-Picazo y Ponce de León, López Mesa, Bernal Fandiño y Ekdahl Escobar, entre otros, enuncian en sus obras esta figura como doctrina. Cfr. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *La doctrina de los actos propios*. Barcelona: Editorial Bosch, 1963; LÓPEZ MESA, Marcelo J. *La Doctrina de los Actos Propios. Doctrina y Jurisprudencia*. 3º ed. Buenos Aires: Editorial B. de F., 2013, entre otras obras; BERNAL FANDIÑO, Mariana. *Óp. Cit.* p. 219; EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda. *La doctrina de los actos propios: el deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas*. 1º ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1989.

⁸ BORDA, Alejandro. *La Teoría de los Actos Propios*. 2º Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

⁹ ENNECCERUS, Ludwig y NIPPERDEY, Hans-Carl. *Tratado de Derecho civil*. 39º Edición, 13º revisión en lengua castellana. T. II. Vol. 2º. Barcelona: BOSCH Casa Editorial, 1934. pp. 457-483.

buena fe (prohibición del venire contra factum proprium, estoppel en el Derecho inglés^{10»11}.

Una definición más precisa de la teoría de los actos propios es ofrecida por la profesora Mariana Bernal Fandiño, quien, aplicándola de entrada al terreno de las convenciones y, particularmente al contrato por tratarse de la manifestación más común de éstas, señala que es inadmisibile todo ejercicio de derechos o facultades estimadas como contradictorias con comportamientos o conductas relevantes y eficaces, previamente asumidas en el tráfico jurídico (paráfrasis)¹².

Para el profesor Augusto Morello, se trata de una limitación o restricción al ejercicio de una pretensión que, en otro caso, podría ser ejercitada. No obstante, la ilicitud de la conducta ulterior confrontada con la que le precede radica en el atentado al ordenamiento jurídico visto y tomado inescindiblemente, pidiéndose la declaración de inadmisibilidad de la pretensión de quien trata de mudar su posición respecto de una conducta anterior deliberada, relevante y eficaz para el Derecho; su fundamento reside en que la conducta anterior generó una confianza en el receptor sobre que el emisor de aquélla permanecerá objetivamente guardando su posi-

¹⁰ ENNECCERUS-NIPPERDEY, Óp. Cit. p. 482. La referencia hecha a la prohibición de ir contra el acto propio guarda íntima relación con la figura del retraso desleal, dado su énfasis en el abandono en el ejercicio del derecho subjetivo o, incluso, la pretensión. Esto se coteja con la explicación de la caducidad en los siguientes términos: “Las pretensiones [...] pueden caducar excepcionalmente por su no ejercicio. Del §242 [...] cabe derivar el siguiente principio: si uno espera para ejercitar sus derechos tanto tiempo que su silencio (no sin culpa) despierta en la otra parte la confianza legítima de que el derecho ya no será ejercitado y, según los principios de la Buena fe que impera en el tráfico de la vida, el ejercicio posterior es considerado como desleal, cabe oponerse al mismo mediante excepción perentoria. Así ocurre especialmente cuando ciertas relaciones extraordinarias, como la revalorización, pero también pueden aceptarse bajo determinadas circunstancias, en otros casos. La decisión depende de las circunstancias del caso concreto y no es lícito en ningún caso desatender los legítimos intereses del acreedor. Tratándose de negocios del tráfico de la vida económica diaria puede, en ciertas circunstancias, admitirse la caducidad más pronto que respecto a las particiones entre herederos, la venta de empresas, los mutuos a largo plazo, las inversiones patrimoniales.” (p. 485).

¹¹ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 51.

¹² BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 219.

ción primaria¹³. En nuestra opinión, más que tratarse de la infracción al ordenamiento jurídico, se trata de una contradicción que afecta al Principio General de la buena fe, visto como elemento integrador del contrato y del sistema de derecho.

§4. Por otro lado, especial atención recibe la orientación dada por el profesor Marcelo López Mesa¹⁴, quien al escribir sobre esta figura jurídica destaca que sea la concreta respuesta de los jueces a realidades particulares, desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia, y que la resume así: “[...] *nadie puede variar de comportamiento injustificadamente cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro.*”¹⁵. Esto, teniendo en cuenta que no es permitido por la buena fe la mudanza de actitud y manifestación contra los intereses de terceros siempre que haya sido generada la expectativa de un comportamiento futuro. Su posición ha sido de una u otra forma acogida por varios tratadistas¹⁶.

De entrada, consideramos atrás que era necesario prestar atención a la definición dada a la limitación impuesta por esta figura jurídica, puesto que el sentir de la teoría de los actos propios es la protección de la coherencia negocial verificada en el plano de la realidad social, jurídica y material, suponiendo así que se trata de un ejercicio objetivo de comparación con patrones ideales exógenos a quien indica haber confiado en una manifestación primigenia; es decir, no se trata de expectativas relacionadas con las meras “esperanzas de realizar o conseguir algo”¹⁷, sino

¹³ MORELLO, Augusto Mario. *Capítulo IV. La Teoría del Acto Propio*. En: *Dinámica del Contrato: Enfoques*. 1º. Buenos Aires: Librería Editora Platense S.R.L., 1985. p. 59.

¹⁴ LÓPEZ MESA, MARCELO J. *La Doctrina de los Actos Propios: esencia y requisitos para su aplicación*. En: *Vniversitas*, julio-diciembre de 2009, No. 119. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, 2009. pp. 189-222.

¹⁵ LÓPEZ MESA, MARCELO J. *Óp. Cit.* p. 191.

¹⁶ Cfr. BERNAL FANDIÑO, Mariana. *El deber de coherencia en los contratos y la regla del Venire contra factum proprium*. En: *International Law-Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Noviembre, 2008, no. 13. P. 309; CORRAL TALCIANI, Hernán. *La doctrina de los actos propios en el Derecho de Familia chileno*. En: CORRAL TALCIANI, Hernán (edit.) *Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*. Cuadernos de Extensión, No. 18. Santiago de Chile: U. de los Andes, 2010. p. 103.

¹⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. 22ª ed. Madrid, Espasa, 2001. Definición de “expectativa”.

de la existencia de una situación jurídica verdadera y real, que reviste de eficacia y relevancia para el Derecho y sobre la cual, quien posteriormente es afectado por la conducta o manifestación contradictoria ha ajustado su esfera personal a esa nueva situación (Ver §36).

Igualmente, el sentir de la teoría de los actos propios no es la protección de terceras personas, por cuanto se trata de una figura jurídica estrictamente relacional. Esto significa que la manifestación contradictoria afecta únicamente a quien participa en el curso negocial trazado por las mismas partes. La protección de los terceros frente a los acuerdos que se constituyen como ley para quienes se acogen en una relación jurídica, se alcanza por medios distintos a la teoría de los actos propios, v.gr. las acciones revocatoria por fraude pauleano y de simulación, apriorísticamente, y por el *principio de la confianza legítima*, reglado por la Corte Constitucional en diversas providencias (Ver §93).

1.1.1.1. SUBSECCIÓN I: LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS, DEFINIDA POR EL DERECHO DE LOS JUECES.

1.1.1.1.1. LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS SEGÚN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

§5. La jurisprudencia no ha sido ajena a la elaboración de conceptos sobre la teoría de los actos propios. En el ámbito nacional, es la Corte Constitucional la que pródigamente ha desarrollado esta limitación al derecho a la libertad en el tráfico negocial, entendiéndolo a partir de la sentencia T-475 de 1992¹⁸.

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SEGUNDA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992). Jaime Felipe Fajardo contra Secretaría de Planeación de la Alcaldía Municipal de Popayán (T-475/92). M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Ref. Exp.: T-1917. Los hechos que motivaron la protección del derecho fundamental al trabajo se compendian así: la Secretaría de Planeación Municipal otorgó licencia de funcionamiento al tutelante para el funcionamiento, el 5 de diciembre de 1991, en un sector de esa ciudad, de un establecimiento de comercio dedicado al billar, quedando en firme la resolución que la otorga. Sin embargo, los vecinos de la urbanización Galicia, ubicada en las cercanías al establecimiento, se quejaron contra su funcionamiento ante la Secretaría de Gobierno por atentar contra el decoro y la

Esta providencia sólo enuncia que la negación a los actos propios es apenas uno de los supuestos para la determinación de conculcaciones al principio constitucional de la buena fe, entendida como el comportamiento recto, honesto y leal que se exige a los particulares y a la administración, siendo su referente el “*vir bonus*”. Se refiere al deber de la administración de actuar conforme a la buena fe, prescribe que ésta lleva en sí misma “[...] el deber de observar en el futuro la conducta inicialmente desplegada, [...] [de modo que] La revocatoria directa irregular que se manifieste en la suspensión o modificación de un acto administrativo constitutivo de situaciones jurídicas subjetivas, puede hacer patente una contradicción con el principio de buena fe y la doctrina de los actos propios, si la posterior decisión de la autoridad es contradictoria, irrazonable, desproporcionada y extemporánea o está basada en razones similares.”. Sin embargo, no realizó un estricto estudio de la figura, por cuanto no indicó los requisitos para su aplicación ni indicó si se trataba de una regla de derecho o un principio jurídico.

Sólo hasta la decisión contenida en la sentencia T-295 de 1999¹⁹, puede observarse una sistematización de la figura al punto de considerarla como un principio constitucional²⁰, enunciándolo como el “*respeto al acto propio*”. La Corte entendió que la “*teoría del respeto al acto propio*” protege la buena fe frente a eventos donde, en razón a una primera conducta realizada, se le opone una pretensión poste-

tranquilidad de la comunidad, además de generar efectos nocivos para sus hijos, dependencia de la administración municipal que solicitó la revisión del permiso, culminando con una nueva resolución de la Secretaría de Planeación Municipal, indicando abstenerse de adelantar la adecuación de su establecimiento.

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de cuatro (04) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999). Alberto Rebollo Bravo contra BANCAFE (antes Banco Cafetero) (T-295/99). M.P.: Dr. Fabio Morón Díaz. Ref. Exp.: T-190164.

²⁰ A pesar de que la Corte Constitucional indica que la teoría de los actos propios –o el respeto al acto propio, como así lo denomina– un principio constitucional, no creemos conveniente seguir este criterio, aun cuando se trate de una interpretación en autoridad, pues su mera elevación a la categoría de principio, sin entrar a discriminar si es constitucional o general del derecho, puede generar confusiones epistemológicas con el principio de confianza legítima, igualmente tratado por el alto Tribunal. Sin embargo estas consideraciones serán indicadas en su debido momento.

rior y contradictoria, la cual es inadmisiblesi se da lugar para su concreción²¹.
Aclara la Corte así:

“Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrán ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorias respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho.”²².

No obstante, este pronunciamiento, siguiendo al maestro español Luis de Diez-Picazo, dice que la prohibición de no ir contra los actos propios de ninguna manera impone la obligación de no hacer, sino un deber de no poder hacer, por cuanto sencillamente ser enunciada se dice que “no se puede ir contra los actos propios”²³; posición que no compartimos pues implica considerar esta limitación como un deber general ligado a la moral.

En 2004, la Corte se pronunció en un caso donde la tutelante, deudora de una entidad bancaria en virtud de su adquisición de un crédito de vivienda con garantía hipotecaria, recibió una comunicación donde ésta le informaba la cancelación del crédito a su cargo habiendo aplicado a la acreencia la fórmula UVR con fundamento en la Ley 546 de 1999, expidiéndose a su favor un paz y salvo respecto de la obligación; a pesar de ello, un mes después la entidad financiera envía nueva comunicación informando que hubo un error en la aplicación de la referida fórmula y, por lo tanto, estaba vigente la obligación aun cuando el monto era relativamente pequeño.

²¹ Esta posición ha sido mantenida verticalmente por la Corte, mediante las sentencias T-827 de 1999 y T-618 de 2000.

²² CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Ibídem. Punto 6 de las consideraciones.

²³ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Ibídem.

Allí señala el alto tribunal que la razón de ser de la teoría de los actos propios radica en que “un sujeto de derecho que ha producido un acto generador de efectos particulares y concretos a favor de otro, no puede variar de manera unilateral e inconsulta su propio acto, pues de hacerlo, estaría violando los principios de buena fe, confianza legítima y el derecho al debido proceso.”²⁴, siendo de vital importancia su estudio en casos donde las entidades financieras afectan la confianza del usuario del producto crediticio, como en efecto sucedió en este caso, donde se empleó este fenómeno para la solución del contencioso constitucional. Ahora bien, pese a la definición dada por la Corte Constitucional a la teoría de los actos propios, contenida en esta providencia, creemos que el ejercicio desarrollado por la Corporación confunde la razón de ser de la figura que impide ir contra los actos propios y el principio de la confianza legítima, puesto que, aun cuando estén hermanadas por proteger la buena fe, el principio de confianza legítima busca proteger la quintaesencia del Estado Social de Derecho y la Seguridad Jurídica (Ver §84).

Ese mismo año la Corte dictó la sentencia T-793, providencia en la cual se protegió el derecho fundamental a la vivienda digna, lacónicamente considerando que el principio de la buena fe entiende incorporada la doctrina del “*Venire contra factum proprium*”, ya que existe una “[...] obligación de mantener en el futuro la conducta inicialmente despegada, de cuyo cumplimiento depende en gran parte la seriedad del procedimiento, la credibilidad de las partes y el efecto vinculante de los actos.”²⁵. Pero consideramos que el fundamento para la protección del derecho tutelado no lo fue esta figura sino el abuso de la posición dominante, teniendo en cuenta que para la Corte era claro “[...] (i) que el contrato suscrito entre el deman-

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA NOVENA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de diecisiete (17) de junio de dos mil cuatro (2004). Luz Myriam Becerra Leyva contra el Banco Granahorrar (T-608/04). M.P.: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Ref. Exp.: T-856416.

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA PRIMERA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de veintitrés (23) de agosto de dos mil cuatro (2004). Mauricio Eduardo Forero Silva contra Fondo Nacional del Ahorro (T-793/04). M.P.: Dr. Jaime Araujo Rentería. Ref. Exp.: T-816848. Ver el punto 4. de las consideraciones de la sentencia.

dante y la entidad demandada es un contrato de derecho privado que, dada su naturaleza, es objeto de intervención superlativa por parte del Estado; (ii) que por ser una entidad financiera de carácter especial, el Fondo Nacional del Ahorro tiene una posición dominante en relación con el actor; (iii) que existió una modificación unilateral de los términos del contrato.”²⁶.

1.1.1.1.2. EL CONCEPTO DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

§6. Por su lado, la Corte Suprema de Justicia profirió sentencia el 9 de agosto de 2007, indica que “[l]os antecedentes conductuales crean situaciones jurídicas que devienen como referentes a observar frente a actuaciones presentes y futuras, de similar textura fáctica y jurídica, no pudiendo sustraerse caprichosamente de sus efectos, génesis esta de la llamada ‘Teoría de los Actos Propios’.”²⁷. Si bien la consideración que se realiza en materia del respeto al acto propio, aunque breve, no fue utilizada como razón jurídica para sustituir la sentencia que se atacó por vía de casación, sí que sirvió para fundamentar el cambio legislativo en materia de los contratos de transporte y de seguro de transporte, siendo para la Corte la necesidad de proteger la coherencia en el tráfico negocial, entendida según las reglas y características de la teoría de los actos propios, la justificación para impedir normativamente los abusos contra la buena fe.

La Corte sigue esta línea mediante sentencia del 25 de enero de 2011, donde ha dicho que la teoría de los actos propios supone exigir un comportamiento coherente respecto de un hecho analizado retrospectivamente, con el único fin de establecer si existe línea de continuidad entre una primera conducta deliberada y una segunda, de manera que si respecto de ésta última se observa una contradicción

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA PRIMERA DE REVISIÓN. Ibídem. Punto 5.2. de las consideraciones de la sentencia.

²⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia de nueve (09) de agosto de dos mil siete (2007). Ref.: Exp. 08001310300420000025401. M.P.: Dr. Pedro Octavio Munar Cadena.

con aquella, no puede predicarse el respeto al acto propio, en cuanto principio (paráfrasis)²⁸. Es, para la Corte, la coherencia exigencia en el comportamiento de las personas, de modo que si la manifestación pretérita alimentó una confianza o expectativa en otras, por cuanto ha sido puesta como piedra angular o causa válida para el desarrollo de posteriores situaciones, no podrá ser contrariada por una manifestación que ocasione frustraciones a éstas ni mucho menos inflija perjuicios para quien haya receptado aquella declaración²⁹.

Y añade nuestro alto tribunal ordinario:

“Empero, cumple resaltar que el objetivo último, no es, en verdad, salvar la contradicción del acto o impedir la incoherencia de un determinado comportamiento; el fin, esencial, por lo demás, es evitar que con ese cambio de actitud, con esa rectificación se genere un perjuicio a quien despertó alguna expectativa válida por la conducta desplegada anteriormente, es, en otras palabras, dejar incólume la confianza fundada en ese antecedente.”³⁰.

Esto significa que la manera como se entra a considerar sobre que la teoría de los actos propios implica el despertar de una expectativa válida, supondría asumir una argumentación que contraría el carácter objetivo de la figura, a lo cual nos oponemos por razones anotadas atrás (Ver §4), además de desconocer, en el afán de establecer sus límites de aplicación, que la teoría de los actos propios supone en principio la protección de la coherencia impidiendo a los partícipes de la relación jurídica la contradicción ilegítima de un comportamiento primario eficaz por medio de una posterior y adversa, posición que ha sido decantada desde Díez-Picazo y retomada por el profesor argentino Alejandro Borda³¹, quien resuelve sobre el ob-

²⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia de veinticuatro (24) de enero de dos mil once (2011). Ref.: Exp. 11001-3103-025-2001-00457-01. M.P.: Dr. Pedro Octavio Munar Cadena.

²⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Ibídem.

³⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Ibídem.

³¹ BORDA, Alejandro, Óp. Cit. pp. 64-65.

jeto de protección de la institución es la apariencia jurídica o si, por el contrario, es la buena fe o la confianza en un comportamiento coherente, de la siguiente forma:

“Por ello compartimos el criterio de Díez-Picazo en cuanto que funda la sanción a la conducta contradictoria en la necesidad de guardar una conducta coherente. Enseña este autor que cuando una persona ha suscitado en otra, con su conducta, una confianza fundada –conforme a la buena fe– en una determinada conducta futura (manteniendo un sentido objetivo deducido de la conducta anterior) no debe defraudar la confianza suscitada y resulta inadmisibles toda actuación incompatible con ella. Esto es, la confianza no se deposita en una apariencia jurídica sino en la obligatoriedad de comportarse coherentemente. [...] más allá de que dicha pretensión su fuera tomada individualmente sea legítima y pueda ejercitarse. Lo que ocurre es que resulta inadmisibles cuando se toma como punto de referencia la primera conducta, porque –en definitiva– la regla *venire contra factum proprium* limita los derechos subjetivos fundándose en el deber de actuar coherentemente.”³².

En 2013, la Corte Suprema de Justicia sentenció en sede de casación sobre una causa iniciada con escrito introductorio cuyo petitum correspondía a la declaración principal de una simulación absoluta de una cesión de derechos y cuotas de interés en una sociedad de responsabilidad limitada, y en subsidio la simulación relativa e inexistencia del negocio jurídico por carencia de precio³³. Revocada la sentencia del juez “a quo”, dando lugar a la excepción de “inexistencia de elementos constitutivos de simulación”, la Corte ratifica la posición tomada por el juez “ad quem” con fundamento en la teoría de los actos propios aplicada en el terreno procesal, teniendo en cuenta que las partes procesales liquidaron de común acuerdo la sociedad conyugal integrada por el causahabiente y su esposa, así como su respectiva sucesión, actos que no fueron objeto de reparos por quienes allí intervenían, incluyendo a los demandantes, reconociendo inclusive los efectos jurídicos del negocio jurídico atacado mediante escrito de demanda, ya que todos

³² Díez-Picazo, Luis. Óp. Cit. p. 142. Citado por: BORDA, Alejandro. *Ibidem*.

³³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia de ocho (08) de noviembre de dos mil trece (2013). Ref.: Exp. 73001-3103-005-2006-00041-01. M.P.: Dr. Arturo Solarte Rodríguez.

aceptaron las condiciones en que se haría la repartición del patrimonio del causante. Remata diciendo la Corte:

“Esa postura de los aquí accionantes determina, por sí sola, el fracaso de las acciones por ellos ejercitadas en este asunto, pues no resulta admisible que luego de haber actuado en la forma que se dejó en precedencia descrita, pretendan, como lo reclamaron en la demanda inaugural del presente proceso, la ineficacia jurídica de la tantas veces mencionada cesión, ya sea como consecuencia de la simulación deprecada, absoluta o relativa, ora de la inexistencia a que se concretó la segunda súplica subsidiaria.”³⁴.

Al definir la figura bajo análisis, se pronunció la Corte de la misma forma sincretista, pues indica que trata de proteger la expectativa legítima generada por el acto legítimo del sujeto que, posteriormente, se contradice, pues dice:

“Con fundamento en el comentado principio³⁵, se ha estructurado la “doctrina de los actos propios” -*venire contra factum proprium non valet*-, conforme a la cual, en líneas generales, con fundamento en la buena fe objetiva existe para las personas el deber de actuar de manera coherente, razón por la cual ellas no pueden contradecir sin justificación sus conductas anteriores relevantes y eficaces, específicamente si con tales comportamientos se generó una expectativa legítima en los otros sobre el mantenimiento o la continuidad de la situación inicial.”³⁶.

Acto seguido, relaciona la teoría de los actos propios con el Principio General de la buena fe aplicado al proceso judicial, bajo el entendido que los intervinientes en la causa deben actuar de acuerdo con unas reglas de conducta de lealtad, probidad, honestidad y coherencia, no así actuando contrariamente a una posición inicialmente tomada y manifestada, si con ello se afecta la expectativa generada en el

³⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Ibídem. Punto 5.6 de las consideraciones de la sentencia.

³⁵ La Corte Suprema de Justicia se refiere acá al Principio General de la buena fe.

³⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Ibídem. Punto 5.2 de las consideraciones de la sentencia.

marco de la legitimidad –con lo cual no estamos de acuerdo– a favor de la contraparte procesal (Ver §4) (paráfrasis)³⁷.

1.1.1.1.3. **EL DESARROLLO DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS EN LA JUSTICIA ARBITRAL.**

§7. Resulta interesante el tratamiento que recibe la teoría de los actos propios en las decisiones proferidas por los árbitros en el Derecho colombiano, pues ha sido más prolija su aplicación a los casos sometidos a pacto de compromiso o cláusula compromisoria.

Es importante la decisión proferida por el Tribunal de arbitramento presidido por Juan Carlos Esguerra Portocarrero, en 2000, para la resolución en Derecho de las diferencias entre la sociedad Occidente y Caribe Celular S.A. –Ocel S.A.–, y la Nación – Ministerio de Comunicaciones, sobre el contrato de concesión 05 de marzo 28 de 1994 para la prestación del servicio de telefonía móvil celular³⁸, cuya parte resolutive rechazó el cuerpo petitorio de la demanda principal y de reconvencción.

El Tribunal de arbitramento tuvo en cuenta para aplicar la teoría de los actos propios con respecto a las pretensiones secundarias planteadas en el libelo introductorio, que: **(i)** en efecto, hubo autorización de la Junta Directiva de la sociedad convocante para demandar a la Nación – Ministerio de Comunicaciones, en la que se solicitaría el restablecimiento de las condiciones pactadas en el contrato de concesión 07 del 28 de marzo de 1994; no obstante, tiempo después de una modificación a los términos del acuerdo, variando la prórroga del contrato y su pago anticipado, el órgano directivo de Ocel S.A. y su representante legal alegaron que

³⁷ Ibídem. Punto 5.3 de las consideraciones de la sentencia.

³⁸ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Laudo Arbitral. Diez (10) de julio de dos mil (2000). Occidente y Caribe Celular S.A., Ocel S.A. contra La Nación-Ministerio de Comunicaciones. Presidente del Tribunal: Dr. Juan Carlos Esguerra Portocarrero.

la entrada en vigencia de la Ley 223 de 1995 a partir del 1º de enero de 1996 afectó el equilibrio económico financiero del contrato en virtud de la eliminación de una exención tributaria a favor de la convocante; y que **(ii)** el 30 de enero de 1997, ambas partes suscribieron un acuerdo adicional al objeto de la demanda, en el que indicaron que el término de duración contractual inicialmente pactado era de 10 años contados desde su perfeccionamiento, prorrogable sin que sean óbice nuevas autorizaciones por parte de las instancias directivas de quienes integran los extremos de la relación jurídica convencional o la suscripción de nuevos pactos; lo cual, para el tribunal implicó la pérdida de oportunidad para presentar nuevas reclamaciones por hechos anteriores a la fecha de suscripción de la adenda negocial.

Para el Tribunal, es evidente que la situación fáctica resumida anteriormente importa una contradicción atentatoria de la buena fe, siendo una realidad sobre la cual puede aplicarse sin impedimentos la teoría de los actos propios, por cuanto existe un deber de comportamiento de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever, gobernando y orientando a las partes hacia el recto actuar. Es así como “[...] la teoría de los actos propios obliga al demandante a aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de sus propios actos voluntarios y perfectos jurídicamente hablando, ya que aquella declaración de voluntad contiene un designio de alcance jurídico indudable [...]”³⁹. En tal virtud, rechazó las pretensiones subsidiarias solicitadas por la convocante.

Más tarde, el 26 de enero de 2001 fue resuelta la querella entre la Sociedad Proctor Ltda. y la Caja de Compensación Familiar Campesina –Comcaja–, por el Tribunal de arbitramento constituido ante la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., sobre la demanda sustentada fácticamente en la construcción de un colegio en el municipio de Acacías (Meta) pactada mediante contrato escrito, en el que recono-

³⁹ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. *Ibídem*.

cían la existencia y validez de contratos verbales tendentes a la materialización del objeto negocial, liquidándose el acuerdo por unanimidad de los miembros del Consejo Directivo de Comcaja luego de ser requerida al pago de obligaciones pendientes con la convocante, quien cumplió con lo pactado. Así mismo, debió el cuerpo colegiado fallar sobre la demanda de reconvención presentada por la caja de compensación contra la convocante, sustentada en el incumplimiento oculto del contrato luego de una modificación palmaria entre Proctor Ltda., el interventor de la obra y funcionarios sin autorización del Consejo Directivo de Comcaja⁴⁰.

La justicia arbitral consideró que no resultaba admisible que la caja de compensación familiar impugnara la eficacia del compromiso de su responsabilidad con respecto a la modificación del acuerdo suscrito con la convocante, pues su propia conducta daba lugar objetivamente a concluir que la variación de los términos negociales no se encontraba sujeta a ninguna formalidad para su eficacia ni para la prueba más que constara por escrito; por lo tanto, nacieron correlativas obligaciones. Así, el Tribunal de arbitramento dice que adoptar una posición disímil con lo que el acervo probatorio avizoraba como corolario de su análisis acucioso, groseramente riñe con los parámetros de la buena fe, y concretamente con el “principio” *“non concedit venire contra factum proprium”*⁴¹.

La explicación que suministró el tribunal con referencia a la teoría de los actos propios, resulta didáctica, como se mostrará a continuación:

“La corporación encuentra que con inusitada frecuencia las partes vinculadas a través de la relación negocial resuelven sus problemas, en plena ejecución del contrato, y firman los acuerdos respectivos. Transitando por esa vía amplían los plazos, reciben parte de la obra, se hacen reconocimientos recíprocos, pero instantes después vuel-

⁴⁰ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Laudo Arbitral. Veintiuno (21) de enero de dos mil uno (2001). Proctor Ltda. contra Caja de Compensación Familiar Campesina-COMCAJA. Presidente del Tribunal: Dr. Nicolás Gamboa Morales.

⁴¹ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Ibídem.

ven sobre el pasado para destejer, como Penélope, lo que antes habían tejido, sembrando el camino de dificultades desleales, que no son de recibo para el derecho, como tampoco lo es la filosofía del instantaneismo que lleva a predicar que la persona no se obliga sino para el momento en que expresa su declaración de voluntad, pero que en el instante siguiente queda liberado de sus deberes. Quienes así proceden dejan la desagradable impresión de que con su conducta solo han buscado sorprender a la contraparte, sacando ventajas de los acuerdos que luego buscan modificar o dejar sin plenos efectos.”.

Y más adelante remata concluyendo que:

“Quien defrauda la confianza que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un negocio jurídico, contraviene una exigencia que el derecho con independencia de cualquier mandamiento moral tiene que ponerse a sí mismo porque la desaparición de la confianza, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad el tráfico interindividual. [...] Constituye un principio de Derecho civil y de la teoría general del derecho, la inadmisión de la contradicción con una propia conducta previa, como una exigencia de fides que impone el mantenimiento de la palabra dada, la constancia en la conducta, la lealtad a lo pactado o prometido, la observancia de la buena fe, una de cuyas exigencias es la de impedir venir en contra factum proprium: principios de la dogmática jurídica que han sido plenamente refrendados por la jurisprudencia.”⁴².

Posteriormente, el Tribunal de arbitramento convocado por Delta Consultores de Riesgos Ltda. en la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. para decidir sobre la controversia con BBVA Seguros Ganadero Compañía de Seguros S.A. y BBVA Seguros Ganadero Compañía de Seguros de Vida S.A., concluyó la declaración de un contrato de agencia comercial celebrado entre el 1º de enero de 1997 y el 1º de enero de 2000, el cual terminó por vencimiento del término pactado; condenó al extremo procesal pasivo representado en las compañías aseguradoras al pago de

⁴² CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. *Ibidem*.

la prestación prevista en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, con su respectiva indexación, mediante laudo arbitral de octubre 24 de 2002⁴³.

La aplicación de la teoría de los actos propios versó sobre la verificación de una tasa porcentual pactada por las partes en un negocio, que fue hecha extensible a otros negocios celebrados por los mismos. La convocante, al facturar sus honorarios y llevar su contabilidad mercantil, registraba un valor porcentual diferente al pretendido en el escrito de la demanda, siendo para el Tribunal de arbitramento una situación contradictoria, que “no resulta coherente [...] que a la luz de una cláusula que presuntamente regía de modo irrestricto entre las partes, por no ofrecer dificultades de interpretación, ni haber sido modificada en el curso de la ejecución del contrato, Delta presentara facturas por un valor inferior al que presuntamente tenía derecho”⁴⁴.

Así, para el cuerpo colegiado resulta relevante esta situación para el Derecho privado, más cuando la labor desarrollada tiende a desentrañar el elemento volitivo de las partes al dictar sus reglas autónomamente, catalogándolas de manifestaciones de la voluntad en nada baladíes para el Derecho, pues se demostró la intención clara de ser exteriorizadas contundentemente mediante conductas relevantes. Así, “[...] el ordenamiento jurídico no puede prohibir **la inconsistencia en el actuar**, ni mucho menos premiar **la carencia de sindéresis**, cuando de reclamar las prestaciones derivadas de un contrato se trata.” (destacado fuera del texto original)⁴⁵.

⁴³ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Laudo Arbitral. Veinticuatro (24) de octubre de dos mil dos (2002). Delta Consultores de Riesgos Ltda. contra BBVA Seguros Ganadero Compañía de Seguros S.A. (antes La Ganadera Compañía de Seguros S.A.) y BBVA Seguros Ganadero Compañía de Seguros de Vida S.A. (antes La Ganadera Compañía de Seguros de Vida S.A.) Presidente del Tribunal: Dr. Francisco Reyes Villamizar.

⁴⁴ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Ibídem.

⁴⁵ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Ibídem.

En 2004, Multiphone S.A. convocó la integración de un Tribunal de arbitramento para que prohiriera en Derecho y unánimemente una decisión de fondo sobre un contrato de concesión celebrado el 6 de julio de 1994 con Bellsouth Colombia S.A., por el cual la convocante se obligó a la promoción de los servicios de telefonía móvil celular Bellsouth; acuerdo que fue modificado unilateralmente por ésta sin el cumplimiento de las formalidades establecidas por las partes al extremo de cambiar la modalidad contractual a una agencia comercial, suponiendo un detrimento patrimonial injustificado⁴⁶. El perjuicio irrogado a Multiphone S.A. fue sometido a transacción el 13 de enero de 1999, sobre el cual, posteriormente alega tratarse de un contrato de adhesión que adolecía de dolo.

El Tribunal de arbitramento, frente a la pretensión de declaración de nulidad del contrato de transacción, se refirió a la teoría de los actos propios como regla fundada en la buena fe que impone el deber de respeto de la situación jurídica creada por la propia conducta del individuo, procurando no ocasionar una afectación negativa al interés jurídico de quien confía objetivamente en la permanencia y seriedad de la nueva condición originada; señalando sus requisitos y relacionándola con instituciones que se fundan sobre el brocardo “*venire contra factum proprium non valet*”, como el retraso desleal (*Verwirkung*) y el *estoppel by acquiescence*. Tal remisión a la figura tuvo como propósito descartar la existencia de dolo en los términos alegados por la convocante, como así se desprende de lo siguiente:

“En este orden de ideas, estima el tribunal que el dolo, esto es, la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro y que aparece invocado por Multiphone, no está probado en el presente proceso. El cambio de modalidad contractual no estuvo precedido por maquinaciones tendientes a ocasionar un perjuicio a la sociedad convocante y antes, por el contrario, esa modificación respondió a un cambio en la política comercial de Bellsouth, en ningún momento contrario al ordenamiento jurídico.

⁴⁶ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Laudo Arbitral. Diecisiete (17) de marzo de dos mil cuatro (2004). Multiphone S.A. contra Bellsouth Colombia S.A. Presidente del Tribunal: Dr. Gilberto Peña Castrillón.

Aquí debe además recordarse que un contrato de adhesión o por adhesión no es per se e in se ilegal. De otra parte debe destacarse que no resulta convincente para este tribunal la afirmación del representante de Multiphone de que no sabía qué estaba firmando y que él no conocía las implicaciones legales y comerciales del cambio de tipo negocial.⁴⁷

A pesar de la valiosa mención de la teoría de los actos propios en la solución de un conflicto de intereses, estimamos inadecuada su aplicación en este caso. La prohibición de ir contra los actos propios tiene dentro de sus características la residualidad de su aplicación, lo que significa que se trata de una figura jurídica que sólo debe ser empleada cuando la normatividad contemplada en el texto de la ley no prevea una solución tipificada al caso concreto, o cuando los efectos de otra institución resultan más adecuados para la materialización de la justicia en la litis trabada (Ver §44). En ese orden de ideas, no podía utilizarse la teoría de los actos propios para legitimar una solución ya prevista en la ley, mediante el régimen de validez e invalidez de los actos jurídicos.

En 2007 fueron dirimidas mediante cláusula compromisoria las controversias entre Genser General Limitada y Laboratorios Smart S.A. en reestructuración, contra Camilo Bernal Prieto⁴⁸, y Telefónica Móviles Colombia S.A. contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A.⁴⁹

Con respecto a la primera relación procesal, las convocantes y convocadas en reconvención alegan la pretermisión del derecho de preferencia en la transferencia de los derechos de participación de uno de los socios de Laboratorios Smart S.A.,

⁴⁷ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Ibídem.

⁴⁸ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Laudo Arbitral. Veintiuno (21) de septiembre de dos mil siete (2007). Genser General Limitada y Laboratorios Smart S.A. en reestructuración contra Camilo Bernal Prieto. Presidente del Tribunal: Dr. Jaime Humberto Tobar Ordóñez.

⁴⁹ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Laudo Arbitral. Siete (07) de noviembre de dos mil siete (2007). Telefónica Móviles Colombia S.A. contra Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. Presidente del Tribunal: Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

representada en 96.000 acciones, cedidas al convocado; en consecuencia, solicitaron se declare la nulidad absoluta del negocio jurídico mencionado anteriormente. Por su parte, la convocada y convocante en reconvención indicó que para la época de la transferencia de las acciones, la cedente, además de ser accionista en Laboratorios Smart S.A., era su representante legal así como de Genser General Limitada, accionista de Laboratorios Smart S.A., personas jurídicas que conocieron de la operación y quienes no se opusieron a ella ni manifestaron su interés en adquirirlas, procediendo a la inscripción de la cesión en el registro de acciones, no siendo durante 6 años objeto de reproches ni fue impugnado por los accionistas. Así, solicita en sede de reconvención que se declare la mala fe de las convocantes y que se condene al pago de los perjuicios causados por esta reclamación.

El Tribunal no accedió a las pretensiones de la demanda presentada por los convocantes, apoyándose en la teoría de los actos propios, entendida como limitación al ejercicio de un derecho subjetivo cuando el comportamiento desplegado por un sujeto de derecho no guarda coherencia con una actitud asumida en pretérito, destruyendo ilegítimamente la confianza de quien participa en el comercio jurídico. No es de la esencia de la institución, según el Tribunal, congelar las actuaciones de los sujetos de derecho sin posibilidad de rectificar una situación determinada, por cuanto sería afirmar la infalibilidad del ser humano y un cercenamiento del derecho a la libertad; su quintaescencia es la protección de la confianza generada en su par relacional, “expectativas” –de acuerdo con lo dicho por el cuerpo colegiado– atribuidas como consecuencias jurídicas legítimas y razonables (paráfrasis)⁵⁰.

En ese orden de ideas, y luego de realizar el ejercicio probatorio para la aplicación de la teoría de los actos propios, dice el Tribunal en sentido reiterativo:

⁵⁰ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Laudo Arbitral. Veintiuno (21) de septiembre de dos mil siete (2007). Genser General Limitada y Laboratorios Smart S.A. en reestructuración contra Camilo Bernal Prieto. Presidente del Tribunal: Dr. Jaime Humberto Tobar Ordóñez. p. 27. Punto 2.1.3. de las consideraciones.

“1) El comportamiento de la señora Sofía Prieto, específicamente durante el itinerario del proceso, no armoniza con los postulados de la buena fe. De este principio no se pueden excusar las sociedades convocantes, dadas las superposiciones de roles procesales que se han dejado reseñadas.

“2) En efecto, no es de recibo, a los precisos efectos de los acontecimientos que conciernen al presente proceso, que el papel de la señora Prieto, primero como persona natural al enajenar, después como representante legal al demandar y finalmente, de nuevo como persona natural al allanarse, implique una barrera o separación absoluta entre cada una de las mencionadas incidencias.

“3) La supuesta inoponibilidad de los actos de los representantes legales frente a las sociedades convocantes, no sirve de excusa de actuaciones que implican volver contra actos propios que, de prosperar, tendrían el inconfundible sello de lo ilegítimo.

“4) La Teoría de los Actos Propios se limita a impedir el ejercicio de un derecho por razones de fondo, basadas en la buena fe y la confianza legítima, de modo que se desenvuelve en un terreno distinto a la caducidad y la prescripción. En consecuencia, su aplicación no enerva las mencionadas instituciones jurídicas.

“A manera de conclusión, como ya se ha dejado establecido en el presente laudo, el Tribunal considera que la transferencia de las 96.000 acciones de Sofía Prieto a Camilo Bernal cumplió con el derecho de preferencia en concordancia con la manera verbal, flexible e informal como las partes ejecutaron en la realidad el contrato social.”⁵¹.

El Tribunal de arbitramento convocado mediante solicitud escrita por Telefónica Móviles Colombia S.A. contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. dictó laudo arbitral el 5 de noviembre de 2007, sobre varios contratos de Acceso, Uso e Interconexión de redes, siendo el primero de ellos celebrado el 18 de noviembre de 1998, cuyo objeto era permitir la interconexión de la red de telefonía pública básica conmutada de larga distancia internacional operada por la convocada, con la red de telefonía móvil celular operada por la convocante, en ese en-

⁵¹ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Óp. Cit. pp. 32 y 33.

tonces bajo razón social Celumovil S.A., para enrutar las llamadas provenientes de cualquier lugar del mundo hacia los usuarios de la red de telefonía móvil celular; fijándose las bases de la remuneración por el uso de la red de telefonía móvil celular.

No obstante, la convocada, luego de haber indicado mediante comunicaciones escritas que no se acogería al régimen de cargos remuneratorios establecidos en la Resolución CRT 463 de 2001, posteriormente se niega a atender a los pagos debidos a la convocante por cuanto, luego de acatar totalmente lo reglado en el acto administrativo atrás mencionado, indicó que las condiciones vigentes son las del contrato, con efectos de ley para las partes.

Sin entrar a definir la teoría de los actos propios –pues se limitó a enunciar lacónicamente lo indicado por la doctrina constitucional sobre la buena fe y el respeto al acto propio, en cuanto principios–, consideró el Tribunal de arbitramento que, aunque ésta fue invocada como excepción de mérito por la convocada, se probó que la convocada actuó contra el principio de la buena fe al no respetar su propio acto⁵², por cuanto en seis oportunidades la convocada varió de posición con respecto al pago de los cargos establecidos en la relación jurídica.

Por último, la Beneficencia del Valle del Cauca E.I.C.E., en 2007, solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. la integración de un Tribunal de arbitramento para dirimir su diferencia con La Previsora S.A. Compañía de Seguros, con fundamento en una cláusula compromisoria estipulada en las Condiciones Generales de la Póliza multiriesgos número 436.788

⁵² CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Laudo Arbitral. Siete (07) de noviembre de dos mil siete (2007). Telefónica Móviles Colombia S.A. contra Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. Presidente del Tribunal: Dr. Juan Carlos Henao Pérez. pp. 89 y 90. Punto 3.3.2.12.4 de las consideraciones.

adquirida por la convocante⁵³, siendo resuelto mediante laudo arbitral de marzo 5 de 2009.

El asunto litigioso versó sobre la no cobertura del amparo de responsabilidad civil extracontractual comprendido en la mencionada póliza frente al daño ocasionado por un funcionario de la convocante contra otro adscrito a la misma entidad, quien fue lesionado con arma de fuego de dotación propiedad de la convocante y que posteriormente accionó con pretensión de reparación directa ante la jurisdicción contenciosa-administrativa; así, su pedimento radica en que sea condenada la aseguradora al pago de las indemnizaciones o a cancelar los riesgos contemplados en materia del daño derivado de toda responsabilidad aquiliana.

Al momento de contestar la demanda, La Previsora S.A. alegó la excepción de mérito de prescripción extintiva, desde la notificación de la demanda de reparación directa a cargo de la convocante, es decir, 5 de marzo de 2000, hasta el 5 de marzo de 2002 y 5 de marzo de 2005, según lo previsto por el artículo 1081 del Código de comercio⁵⁴; tiempo en que no se presentó reclamación ante la aseguradora. Habida cuenta, el Tribunal consideró contraria a la buena fe la invocación del medio de defensa atrás mencionado, sustentándose en la teoría de los actos propios para declarar no fundada la excepción de prescripción extintiva. Para ese propósito, adoptó la opinión del jurista español Luis de Diez-Picazo y Ponce de León:

“[...] el significado de la exigencia de conducta en mención es que, “...cuando una persona dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una

⁵³ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Laudo Arbitral. Cinco (05) de marzo de dos mil nueve (2009). Beneficencia del Valle del Cauca E.I.C.E. contra La Previsora S.A. Compañía de Seguros. Presidente del Tribunal: Dr. Carlos Esteban Jaramillo.

⁵⁴ El texto dice: “La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.// La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.// La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.// Estos términos no pueden ser modificados por las partes.”

confianza fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella...”, exigencia que así concebida, rige obviamente, tanto para el acreedor como para el deudor con relación a las posibles facultades con que este último pueda contar dada su posición contractual, entre ellas la de oponer a la pretensión de aquél, llegado el caso, la prescripción extintiva, hipótesis acerca de la cual el autor español recién citado indica que: ‘...puede ser opuesta al ejercicio por el deudor de la excepción de prescripción, la regla de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, cuando el deudor, mediante su anterior conducta, hubiese creado en el acreedor una expectativa fundada de que la prescripción no sería opuesta y hubiere ocasionado con ello la falta de interrupción mediante, por ejemplo, la presentación de la demanda...’⁵⁵.

El Tribunal continúa su ejercicio indicando que, aunque la Ley establezca que la inercia en el ejercicio de un derecho es el único presupuesto para que el reconocimiento de la prescripción con efectos extintivos, no es menos cierto que la situación que origina tal pasividad no tiene regla general fundada en la legislación sino en las vicisitudes que cada cual trae en concreto, implicando el abandono complaciente del derecho que posteriormente se reclama. Por eso, “[...] quien como efecto de la necesidad de atenerse a sus propios actos, no puede ejercer una prerrogativa legal, o pierde un derecho o una posición jurídica favorable, cual es la posibilidad de ejercitar la facultad de oponer la prescripción, por obra del Principio General de buena fe no puede eludir las consecuencias perjudiciales que pueda significarle el papel que ha representado con palabras o mediante actos, produciendo en el acreedor la razonable creencia de que no hará uso de dicha facultad sino hasta después de cierto tiempo o de cumplidos ciertos recaudos.”⁵⁶.

⁵⁵ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Óp. Cit. p. 22.

⁵⁶ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Óp. Cit. p. 27.

1.1.1.1.4. LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS, SEGÚN LA HERMENÉUTICA JUDICIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA.

§8. Es abundante la jurisprudencia española con referencia a la teoría de los actos propios, puesto que ha sido aplicada desde la mitad del siglo XIX por el Tribunal Supremo de España. En nuestro estudio, sólo resultan pertinentes algunas de las varias providencias de ese cuerpo judicial para indagar sobre el concepto de la prohibición de ir contra los actos propios, en tiempos recientes.

Mediante sentencia del 25 de octubre de 2000⁵⁷, el Tribunal Supremo resolvió desfavorablemente el recurso de casación interpuesto por los procuradores de dos compañías comerciales, contra la sentencia proferida por la Sección Decimoquinta de Audiencia Provincial de Barcelona, que confirmó lo fallado por el Juzgado de Primera Instancia número 36 de Barcelona, con respecto a la causa litigiosa consistente en la reivindicación de propiedad y marca tras la ejecución de un contrato de agencia comercial. En concreto, la compañía que actuó como agente comercial solicitó y obtuvo a su favor la inscripción de dos marcas que promocionaba a favor de su agenciada en Portugal, y actuando de forma fraudulenta solicita igualmente su inscripción en España.

Habiendo sido denegado el recurso interpuesto por la compañía agente, en cuanto trataba de atacar por vía de casación la interpretación hecha por el “*a quo*” y el “*ad quem*”⁵⁸, desestima igualmente el recurso interpuesto por la compañía agenciada con fundamento en la teoría de los actos propios, definida como la explicación a la regla “*nemine licet adversus sua facta venire*”, protegiendo la confianza que la conducta generada por actos vinculantes, revestidos de solemnidad y capaces de generar una situación jurídica creadora, modificadora o extintiva de derechos; de

⁵⁷ ESPAÑA. Tribunal Supremo – Sala Primera, de lo civil. STS 7702/2000. Resolución 990/2000, recurso No. 3091/1995. Sentencia de 25 de octubre de 2000. M.P.: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez. Tomada de: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> Buscador de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial (12 de mayo de 2014, 23:06 hrs), Madrid.

⁵⁸ ESPAÑA. Tribunal Supremo – Sala Primera, de lo civil. Óp. Cit. p. 3.

manera que la regla es opuesta oficiosamente a la argumentación del recurso desatado porque “[...] si el creador del nombre comercial, la marca y la misma palabra, [...] provoca, permite y acepta la constitución de la Sociedad demandada con la denominación de [...], no puede ahora la sociedad actora y recurrente ir contra los actos propios de su causante y que presentan carácter vinculatorio.”⁵⁹.

En 2007 la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo español, resolviendo el recurso de casación interpuesto contra la Sección Novena de la Sala de lo contencioso, dijo que el ámbito de aplicación de la teoría de los actos propios versa sobre las competencias discrecionales de la Administración y no respecto de aquellas que tienen una expresa regulación en el ordenamiento jurídico; de manera que el cargo fue rechazado, porque “lo que se trata es de dilucidar si los terrenos están o no afectos a vía pecuaria, y para ello se ha de estar a lo previsto en la Ley conforme a los antecedentes que examina la sentencia, de los que extrae, y esto no puede discutirse en casación, que la inclusión existía de acuerdo con la normativa aplicable, y los documentos que valora, siendo la cuestión de su titularidad o de su usucapión ajena a este proceso.”⁶⁰.

En 2012, resolvió el alto tribunal una casación sobre la nulidad absoluta pedida contra el otorgamiento de una escritura pública de declaración de obra nueva y división en propiedad horizontal, realizada el 8 de enero de 1998 por una constructora, puesto que no contó con la participación en el acto los dueños del inmueble

⁵⁹ ESPAÑA. Tribunal Supremo – Sala Primera, de lo civil. Óp. Cit. p. 4. El Tribunal Supremo español enuncia algunas decisiones que forman parte de la extensa línea jurisprudencial sobre esta figura jurídica: sentencias de 25 de enero, 28 de abril, 10 de mayo de 1989, 12 de julio de 1990, 4 de marzo, 4 de junio y 30 de septiembre de 1992, 12 de abril y 9 de octubre de 1993, 10 de junio y 17 de diciembre de 1994, 31 de enero, 7 de febrero, 8 y 30 de mayo, 30 de octubre y 18 de diciembre de 1995, 23 de enero, 24 de junio y 21 de noviembre de 1996, 22 de enero y 7 de marzo de 1997

⁶⁰ Cfr. ESPAÑA. Tribunal Supremo – Sala de lo contencioso, sección tercera. STS 8001/2007. Resolución_____, recurso No. 865/2005. Sentencia de 10 de diciembre de 2007. M.P.: Óscar González González. Tomada de: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> Buscador de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial (12 de mayo de 2014, 23:06 hrs), Madrid. P. 10, Punto Quinto de la providencia.

objeto del instrumento público; y la consiguiente reelaboración del acto divisorio a fin de determinar una zona común o un espacio reservado para la constructora⁶¹.

Alegando tres cargos contra la sentencia proferida en alzada por la Audiencia Provincial de Gerona, Sección 2ª, siendo uno de ellos la indebida aplicación de la teoría de los actos propios en situaciones de actos viciados de nulidad absoluta sin ser convalidados, el Tribunal Supremo casa la decisión del juez “*ad quem*” por cuanto no podía concluirse que, en una situación jurídica que adolece de nulidad de pleno derecho, pueda ser ratificada únicamente para un aspecto determinado, so pretexto de que las partes en litigio tuvieran un conocimiento sobre la situación que se pretende justificar mediante la teoría de los actos propios. Por eso, el conocimiento de que el porche objeto de división era de la demandada no daba pie a la aplicación de la figura jurídica si la escritura pública que contenía la manifestación divisoria era nula de pleno derecho⁶².

En 2013, siguiendo el precedente de las sentencias de febrero 19 de 2010 y julio 1º de 2011, reiteró que se trata de una conducta o actuación desplegada con la plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada relación jurídica, con insoslayable importancia por cuanto de ella se concluye el efecto al cual se ajustará quien alega la contradicción o incompatibilidad; sin que de ello se colija su directa aplicación al área del negocio jurídico, dado su regulación propia en la ley⁶³.

⁶¹ Cfr. ESPAÑA. Tribunal Supremo – Sala Primera, de lo civil. STS 1682/2012. Resolución 194/2011, recurso No. 2226/2006. Sentencia de 16 de febrero de 2012. M.P.: Juan Antonio Xiol Ríos. Tomada de: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> Buscador de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial (12 de mayo de 2014, 23:06 hrs), Madrid.

⁶² ESPAÑA. Tribunal Supremo – Sala Primera, de lo civil. Óp. Cit. p. 8. Punto Tercero de las consideraciones del Tribunal.

⁶³ ESPAÑA. Tribunal Supremo – Sala Primera, de lo civil. STS 2615/2013. Resolución 335/2013, recurso No. 252/2011. Sentencia de 07 de mayo de 2013. M.P.: Xavier O’Callaghan Muñoz. Tomada de: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> Buscador de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial (12 de mayo de 2014, 23:06 hrs), Madrid.

Ahora bien, vale la pena considerar sobre este pronunciamiento del Tribunal Supremo dado que sigue la sombra decisorial del precedente de febrero 19 de 2010, el cual dice:

"El principio de los actos propios implica una actuación "con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción..." así se expresan las sentencias de 9 de mayo de 2000 y 21 de mayo de 2001. Y añade la de 22 de octubre de 2002 que "la doctrina que veda ir contra los propios actos se ha refiere a actos idóneos para revelar una vinculación jurídica". A su vez, precisan las de 16 de febrero de 2005 y 16 de enero de 2006 que "no ejerce su influencia en el área del negocio jurídico, sino que tiene sustantividad propia, asentada en el principio de la buena fe". "Significa, en definitiva -concluye la sentencia de 2 de octubre de 2007 - que **quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente e induce por ello a otra persona a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede además pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real**".⁶⁴ (Destacado fuera del texto original)

Aceptar ciegamente la posición sentada por esta sentencia podría con suma facilidad llevar a la confusión de la teoría de los actos propios con la teoría de la apariencia jurídica, puesto que, en lugar de partir de una situación concluyente e insoslayable, es decir, de una relación material que fundamenta inequívocamente la confianza de la contraparte, traslada la confianza a una situación aparente que, posteriormente, es tratada como ficticia. Indebidamente realiza un sincretismo entre una figura que protege una manifestación de la buena fe objetiva –como lo es la teoría de los actos propios al deber de coherencia– y otra que busca salvar la creencia o estado mental cualificado del individuo frente a una situación irreal –la teoría de la apariencia a la buena fe subjetiva cualificada. De entrada, es de re-

⁶⁴ ESPAÑA. Tribunal Supremo – Sala Primera, de lo civil. Óp. Cit. p. 8. Punto 5. de las consideraciones del Tribunal.

chazo esta posición, puesto que consideramos la teoría de los actos propios como una figura que no encuentra su piso en la apariencia generadora de expectativas, sino en la coherencia en mantener conductas o manifestaciones materializadas en el mundo real, más allá de toda representación o creencia sobre una mera probabilidad⁶⁵ (Ver §36), máxime cuando incurre en una contradicción de orden lógico-formal consistente en circunscribir la teoría de los actos propios a manifestaciones inequívocas, y al mismo tiempo prohijar las situaciones aparentes.

Ese mismo año el Tribunal inadmite un recurso de casación mediante auto de 5 de noviembre, siendo uno de los cargos planteados la violación del precedente jurisprudencial en materia de la doctrina de los actos propios⁶⁶. Al considerar si era de recibo o no el motivo sustentado sobre esta figura, advirtió que se trata de una prohibición del ejercicio de una facultad en contradicción con la conducta observada con anterioridad por el agente, exigiéndose que una conducta previa inequívoca encaminada a crear, definir, fijar, modificar o extinguir una situación⁶⁷.

Igualmente, la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo resolvió desfavorablemente el recurso interpuesto por el procurador judicial de la Mancomunidad de Aguas del Río Algodor, contra la sentencia proferida por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid⁶⁸. En esa sentencia, el Tribunal Supremo consideró sobre el tercer motivo de casación alegado por el recurrente, consistente en la violación del precedente so-

⁶⁵ Cfr. FALZEA, Angelo. *El principio jurídico de la apariencia*. En: *Derecho PUC*. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No. 59. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006. P. 177-212.

⁶⁶ ESPAÑA. Tribunal Supremo – Sala Primera, de lo civil. ATS 10918/2013. Resolución_____, recurso No. 3424/2012. Auto de 05 de noviembre de 2013. M.P.: Rafael Saraza Jimena. Tomada de: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> Buscador de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial (12 de mayo de 2014, 23:06 hrs), Madrid.

⁶⁷ ESPAÑA. Tribunal Supremo – Sala Primera, de lo civil. Óp. Cit. p. 3

⁶⁸ ESPAÑA. Tribunal Supremo – Sala de lo contencioso, sección tercera. STS 6128/2013. Resolución_____, recurso No. 3125/2010. 19 de diciembre de 2013. M.P.: José Manuel Bandres Sánchez-Cruzat. Tomada de: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> Buscador de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial (12 de mayo de 2014, 23:06 hrs), Madrid.

bre la teoría de los actos propios, que la aplicación de la regla implica la vinculación del autor de una declaración generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio⁶⁹. Con todo, el Tribunal Supremo, al denegar el motivo por falta de rigor en la técnica casacionista, sustenta su reiteración jurisprudencial sobre la doctrina de los actos propios en un precedente que amalgama el principio de la confianza legítima con la figura bajo estudio, sin tener en cuenta las diferencias que existen entre una y otra a pesar de su prolijo desarrollo judicial (Ver §108).

1.1.1.2. SUBSECCIÓN II: RAÍCES HISTÓRICAS DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS.

§9. Diez-Picazo⁷⁰ comienza la búsqueda de las raíces históricas de la teoría de los actos propios remontándose al Derecho romano antiguo, por cuanto existían diferentes manifestaciones, difusas, correspondientes a las soluciones que los jurisconsultos romanos daban a los casos hasta la promulgación del Edicto Perpetuo, las cuales fueron recopiladas en el Digesto de Justiniano y dieron origen posteriormente a la hermenéutica glosadora y post-glosadora del medioevo sobre la inadmisibilidad de la contradicción contra su propio hecho. Así mismo abordan esta búsqueda los profesores argentinos Alejandro Borda⁷¹ y Hernán Corral Talciani⁷², y la jurista chilena Inés Pardo de Carvallo⁷³, entre otros.

⁶⁹ ESPAÑA. Tribunal Supremo – Sala de lo contencioso, sección tercera. Óp. Cit. p. 6.

⁷⁰ DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. Óp. Cit. p. 23. Citado por: BORDA, Alejandro. *La teoría de los actos propios*. 2º Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. p. 13.

⁷¹ DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Ibídem*. Citado por: BORDA, Alejandro. *Ibídem*.

⁷² CORRAL TALCIANI, Hernán. *La raíz histórica del adagio “Venire contra factum proprium non valet”*. En: CORRAL TALCIANI, Hernán (edit.) *Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*. Cuadernos de Extensión, No. 18. Santiago de Chile: U. de los Andes, 2010. p. 19.

⁷³ PARDO DE CARVALLO, Inés. *La Doctrina de los Actos Propios*. En: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, 1991-1992, No. XIV. Valparaíso (Chile)

1.1.1.2.1. EL DERECHO ROMANO ANTIGUO.

§10. Ahora bien, es unánime la doctrina y la jurisprudencia al vincular la teoría de los actos propios con el brocardo “*Venire contra factum proprium non valet*”, es decir “ir contra el acto propio no es válido”; regla que ha sido denominada de varias formas (“*Adversus factum suum quis venire non potest*”, “*Venire contra factum proprium nulli conceditur*”, entre otras). Sin embargo, su enunciación latina no remonta su origen al Derecho romano clásico, pues se trata de una construcción jurídica del Medioevo, concretamente del “*Mos italicus*”, que, por demás, riñe con el sentido pragmático de los romanos al momento de resolver las situaciones litigiosas presentadas en las causas sometidas a la “*iurisdictio*” del pretor, pues, primeramente, aunque sea Roma el pueblo del derecho, no fue el pueblo de la ley⁷⁴ porque los edictos de los pretores urbanos y peregrinos eran, de hecho, la fuente principal del Derecho honorario. De modo que las soluciones encontradas por los glosadores y comentaristas obedecieron, en ese entonces, a fórmulas en equidad tendentes a aminorar el peso característico de la letra del “*ius civile*”, contenido en otras fuentes distintas a los edictos. Otra circunstancia propia del trabajo, en este caso el de los jurisconsultos, es que los romanos no fueron expertos en las generalizaciones⁷⁵ al desarrollar su filosofía y al aplicar el derecho en la realidad social, pues siempre buscaron soluciones oportunas (*Solvitur ambulando*) y justas según cada caso.

§11. La primera situación contradictoria tomada como fundamento para la construcción de la teoría de los actos propios, fue estudiada por el jurisconsulto Ulpiano, quien dice:

⁷⁴ Cfr. SCHULZ, Fritz. *Principios del Derecho romano*. 1º ed. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1990. ISBN: 84-7398-803-5. p.28

⁷⁵ D.50.17.202. Javoleno. *Libro X. Epistolarum*, “*Omnis definitio in iure civili periculosa est; parum est enim, ut non subverti possit*”

“Post mortem filiae suae, quae et materfamilias quasi iure emancipata et testamento scriptis heredibus decessit, adversus factus suum quasi non iure eam nec praesentibus testibus emancipasset, pater movere controversiam prohibetur.” (D.1.7.25)⁷⁶.

El caso concreto implica la aplicación injusta del Derecho civil en contravención de la equidad. Sólo los *paterfamilias*, según el *ius civile*, quienes por ser considerados como ciudadanos de Roma y haber adquirido una condición por el vínculo de la agnación, tenían el derecho a realizar testamento⁷⁷ o codicilos sobre su patrimonio; de modo que una hija sujeta a la potestad del *paterfamilias* no tenía derecho a testar porque su vínculo sólo se determinaba por el parentesco establecido por la cognación.

Sin embargo, cuando una hija ha sido tratada públicamente como “*sui iuris*” tras la permisión evidente de su padre en que se desenvuelva socialmente como “*materfamilias*”, y en consecuencia compromete su responsabilidad al celebrar negocios sobre su patrimonio —es decir, ejerce el *ius commercii*— y al tiempo de su muerte instituye herederos sobre su patrimonio, impone tutelas, establece fideicomisos, entre otras disposiciones, no puede pretender posteriormente el padre de familia desconocer los efectos testamentarios generados por su hija, invocando que su voluntad no es válida por carecer de capacidad para testar, dado que su emancipación no resultó eficaz.

Aunque el padre se ajuste a las reglas establecidas por el *ius civile*, invocando una pretensión legítima de acuerdo con este cuerpo, esto es, que se debe impugnar el

⁷⁶ Trad.: “Después de la muerte de su hija, que cual madre de familia había vivido como emancipada en derecho, y falleció con herederos instituidos en su testamento, se prohíbe que el padre promueva controversia contra su propio hecho, como si no la hubiese emancipado según derecho, ni en presencia de testigos.” Cfr. KRIEDEL, HERMANN y OSENBRÜGGEN, *Op. Cit.* p. 222.

⁷⁷ “*Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*”. Trad.: Testamento es la justa declaración de nuestra voluntad, hecha solemnemente respecto de lo que cada cual quiere que se haga tras su muerte.” (D.28.1.1). El testamento puede contener disposiciones de varia índole: *heredis institutio*, *exheredatio*, *legata*, *fideicommissum*, *tutoris datio*, *manumissio*, *libertorum adsignatio*. De la primera disposición, se dice que es *caput et fundamentum totius testamenti* (principio y fundamento de todo el testamento).

testamento por cuanto no se agotaron las formalidades prescritas en la ley para la emancipación de la hija, lo cierto es que “se ha resuelto que el padre que ha consentido que la hija sea tratada como *sui iuris* no puede pretender impugnar o desconocer tal estado y, por lo tanto, no puede pretender impugnar el testamento. Dicha conducta, más que abusiva y contraria a la equidad, es contradictoria con la anterior actuación suya que pretende desconocer”⁷⁸, pues el padre de familia se beneficiaría injustamente con la inexistencia de la emancipación consentida⁷⁹.

§12. La segunda manifestación concreta que fundamenta la prohibición de contradecir sus propias conductas está en un fragmento del Digesto, atribuido al jurisconsulto Celso, el cual dice:

“Per fundum, qui plurium est, ius mihi ese eundi, agendi, potest separandi cedit. Ergo subtili ratione nou aliter meum flet ius, quam si omnes cedant, et novissima demum cessione superiores omnes confirmabuntur. Benignus tamen dicetur, et antequam novissimus cesserit, eos, qui antea cesserunt, vetare uti cesso iure non posse.”
(D.8.3.11)⁸⁰.

Según el Derecho civil, para la constitución de las servidumbres sobre un fundo, se debe contar con el consentimiento del señor y dueño de aquel predio en el caso que se trate de un único propietario, y la aquiescencia de todos los condóminos cuando se trate de una copropiedad sobre un inmueble, de modo que si falta el consentimiento en uno u otro evento no podría configurarse el derecho de servidumbre. En la situación de los condóminos, todos deben prestar su consentimiento

⁷⁸ DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. Óp. Cit. p. 25. Citado por: BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 14.

⁷⁹ CORRAL TALCIANI, Hernán. Óp. Cit. p. 20.

⁸⁰ Trad.: “Puede concederse separadamente que tenga yo el derecho de paso y el de conducción por un fundo que es de muchos. Así pues, por estricto rigor no se hará mío este derecho de modo que si todos lo cedieran, y al fin con la última cesión se confirmarán todas las anteriores. Pero más equitativamente se dirá, que, aun antes que el último hiciere la cesión, aquellos que antes la hicieron no pueden vedar que use del derecho cedido.” Cfr. KRIEGLER, HERMANN y OSENBRÜGGEN, Óp. Cit. p. 546.

to en la constitución del gravamen a prorrata de la cuota parte de la que es dueño, pues de no suceder así, no habrá servidumbre.

Pero cuando cada condómino individualmente ha consentido en la imposición de una servidumbre, aun sabiendo que se requiere de la voluntad de todos los condueños del fundo –pues se trata de un consentimiento colectivo–, y que en consecuencia no nace el derecho, podría suceder que la servidumbre sobre el predio sirviente no alcance a consolidarse en la realidad jurídica por cuanto uno de aquellos que manifestó en su propio nombre estar de acuerdo con la imposición del gravamen, caiga en la contradicción por la posterior sustracción a prestar su voluntad o ejerciendo la acción negatoria.

Lo que en el estricto Derecho civil se toma como válido, no obstante el copropietario deberá mantener su posición inicial de anuencia a la constitución de la servidumbre sin oponerse a ello por las acciones de la ley ni por las judiciales, puesto que “[...] manifestar una postura contradictoria con su anterior conducta importa tanto como ir contra sus propios actos, lo que es inadmisibles; queda, por así decirlo, atado al acto de constitución que él mismo ha realizado [...]”⁸¹, de manera que “[...] el pretor concede al demandado una excepción que paraliza la acción negatoria.”⁸². Además, como dice el profesor Corral Talciani:

“[...] aquí es donde Celso, sobre la base de una interpretación ‘benigna’ que flexibiliza el Derecho civil estricto, estima que si esa acción [negatoria] la ejercita alguno de los comuneros que ya han concurrido al acto de cesión, ella debe ser desestimada. El fundamento radicaría nuevamente en que de aceptar la contradicción de la conducta se produciría un resultado injusto o contrario a la buena fe”⁸³.

⁸¹ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. o. 16.

⁸² DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. Óp. Cit. p. 27. Citado por: PARDO DE CARVALLO, Inés. Óp. Cit. p. 52.

⁸³ CORRAL TALCIANI, Hernán. Óp. Cit. p. 21.

§13. Otro importante referente en el derecho romano lo constituye el texto de Papiniano, igualmente recopilado en el Digesto: “*Nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam*”⁸⁴. Lacónico, el texto del jurisconsulto romano remite al libro de “Cuestiones”, en el cual analizó la situación del hijo emancipado frente a la sucesión del padre de familia, en la cual se involucra la coexistencia del “*ius civile*” y del Derecho pretoriano.

Según las reglas del Derecho civil, el hijo emancipado no podía participar en la sucesión del padre de familia por tratarse de un sujeto “*sui iuris*”, por cuanto ha adquirido la “*potestas*”, de modo que no se constituye su propio “*paterfamilias*” y no reconoce la autoridad de otro sobre su interés personal y patrimonial. Recordemos que, como lo indica el profesor Juan Iglesias, la capacidad para heredar se le atribuye primeramente a los “*heredes sui*”, estos son los “*fili*”, “*filiae*”, quienes no están sometidos a otra “*potestas*” por la muerte o la emancipación de los ascendientes intermedios; “*uxor in manu*”, que ocupa el lugar de la hija –*loco filiae*–; “*nurus in manu*” o nuera del difunto, que sólo es heredera cuando el marido no esté bajo la potestad de éste, al ocurrir su muerte; y los póstumos, que fueron concebidos al morir el causante, y que, de haber nacido en vida de éste, caerían bajo su potestad⁸⁵.

Sin embargo, el Derecho pretoriano contempló que si el hijo del causante era emancipado y los nietos del él quedaban en potestad del causante, a una sola estirpe se le asignaba dos cuotas, pero al emancipado le correspondía la posesión de los bienes del padre de familia, significando que la “*bonorum possessio*”⁸⁶ era

⁸⁴ Trad.: “Nadie puede cambiar su propio designio en perjuicio de otro” Cfr. KRIEDEL, HERMANN y OSENBRÜGGEN, Óp. Cit. p. 950.

⁸⁵ IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano. Historia e Instituciones*. 11ª Edición. Barcelona: Editorial Ariel S.A. 1993. pp. 581-592.

⁸⁶ La *bonorum possessio*, junto con la herencia civil, se constituye como la *herencia pretoria*. Es la posesión de las cosas hereditarias, conferida por el pretor a determinadas personas, y con fines que ora responden a los viejos principios de la familia agnaticia, ora a los nuevos del parentesco cognaticio y del vínculo matrimonial. El profesor Juan Iglesias asevera que la *bonorum possessio* confirmó, integró o suplió el sistema del *ius civile* y corrigió sus deficiencias. En principio, el pretor

la vía por la cual, el hijo preterido según el Derecho civil, podía participar en el reparto de los bienes del causante.

A pesar de la rigidez del Derecho civil, la única forma que el hijo emancipado participara en la sucesión de los bienes del causante era la existencia de un legado a su favor, lo cual se traduce en que no podía invocar la “*bonorum possessio*” si había aceptado el legado deferido por testamento del padre de familia. En una frase: no puede aceptar los dos beneficios al mismo tiempo, debiendo hacerlo por uno de ellos y, por contera, excluir el otro (paráfrasis)⁸⁷. Esta exclusión se justifica, según el profesor Borda, en que, al pretenderse el legado según las reglas del Derecho civil habiendo aceptado la “*bonorum possessio contra tabulas*”, se afectaría a los demás herederos por cuanto existe una disminución de los bienes a repartirse⁸⁸. Sin embargo, es más pertinente la posición adoptada por la profesora Inés Pardo de Carvallo al indicar que el fundamento de esta restricción subyace en que el hijo emancipado podría aceptar el beneficio pretoriano para ciertos efectos favorables y repudiarla para otras situaciones que no lo son de acuerdo a su interés, acogiénose, acto seguido, al legado testamentario que el padre de familia le dejó, y viceversa (paráfrasis)⁸⁹.

Ahora bien, el texto de Papiniano, según las profesoras Ekdahl Escobar y Pardo de Carvallo también hace referencia a la imposibilidad de presentar un juicio sustentado en la “querella de inoficioso testamento”, la cual era una acción por la cual se ataca la validez del testamento exigida por el Derecho civil por no cumplir con

no reformaba el Derecho sucesorio civil, sino que regulaba la posición de las partes en una controversia hereditaria. De esta forma, ella no es sino la adjudicación interina de las cosas hereditarias a fin de facilitar la instauración del proceso, cuando es dudosa o equívoca la situación de hecho sobre la que este mismo ha de centrarse. Importa en tal caso que el pretor designe al que ha de poseer la herencia y ha de ocupar, por tanto, la posición más favorable de demandado. Cfr. IGLESIAS, Juan. Óp. Cit. pp. 531-532.

⁸⁷ DIEZ-PICAZO, Luis. Óp. Cit. p. 36. Citado en: BORDA, Alejandro, Óp. Cit. p. 15. Igualmente, ver: CORRAL TALCIANI, Hernán. Óp. Cit. p. 23; PARDO DE CARVALLO, Inés. Ibídem.

⁸⁸ BORDA, Alejandro. Ibídem.

⁸⁹ PARDO DE CARVALLO, Inés. Ibídem.

los requisitos formales o materiales⁹⁰. Aunque para algunos tratadistas esta situación se justifica en la renuncia tácita, es la incoherencia en el ejercicio de esta acción la causa de su paralización cuando el desheredado tácitamente aceptó el testamento o reconoció los herederos, no pudiendo así pretermitir su anterior conducta⁹¹.

§14. Otra situación concreta suscitada en el seno del Derecho romano, y, en opinión del profesor Borda, que puede legitimarse en la protección de la coherencia, formando parte de las raíces históricas de la teoría de los actos propios, constituye la adquisición ulterior de la cosa ajena vendida anteriormente⁹².

Existe una venta entre sujetos donde quien asume las obligaciones del vendedor no reúne los atributos de la propiedad, actuando como poseedor de la cosa objeto del contrato de compraventa. Se trata de una venta de cosa ajena, un negocio que no se considera legítimo por cuanto el vendedor no era al mismo tiempo el dueño de la cosa, de modo que “no ha operado transmisión de dominio alguna por cuanto nadie puede transmitir un derecho más extenso que el que tiene”⁹³. No obstante, y a sabiendas de la preexistencia de esa compraventa, posteriormente quien se hizo pasar por el legítimo titular del derecho de dominio sobre el bien adquiere del verdadero dueño la cosa vendida en la venta ilegítima y, posteriormente, pretende la reivindicación de la cosa enajenada (paráfrasis)⁹⁴.

⁹⁰ EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda. Óp. Cit. p. 46.

⁹¹ Cfr. PARDO DE CARVALLO, Inés. Ibídem. Ambas académicas enuncian esta situación como otra situación a que hace referencia Papiniano, que se sustenta sobre el impedimento de contradicción respecto de una conducta anterior deliberada, relevante y eficaz, y no sobre la renuncia tácita del derecho: la querella de inoficioso testamento no es “la manifestación tácita de la voluntad el fundamento para negar la acción al desheredado en este supuesto, sino más bien, la incoherencia en su comportamiento”. Así mismo, cree la profesora Ekdahl Escobar que sustentar ambas situaciones previstas por el jurisconsulto romano sobre la renuncia tácita no es novedoso porque “es muy usual incluso en la jurisprudencia de nuestros tiempos rehuir la aplicación de este principio, invocando equivocadamente la figura de la renuncia tácita”. EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda. Óp. Cit. p. 47.

⁹² BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 17.

⁹³ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 18.

⁹⁴ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 19.

La permisión en la reivindicación de la cosa enajenada por parte del falso propietario se traduce en el favorecimiento del actuar fraudulento y, en general, de la mala fe, lo cual, a todas luces, resulta injusto y contradictorio de la buena fe por cuanto, quien no siendo legítimo titular del dominio dispone de bienes que no corresponden a su peculio, posteriormente trata de ejercer las acciones legales para que el derecho de dominio, nueva situación legítima según el Derecho civil, se respetado frente a toda trasgresión contra el interés de dueño sobre la cosa enajenada en un principio.

§15. La fidelidad a la palabra empeñada es otra situación que el profesor Alejandro Borda considera como arraigante de la teoría de los actos propios en el Derecho romano, con fundamento en la obra del español Luis de Diez-Picazo; fidelidad que supone que “quien se obliga contractualmente o a través de un pacto, no puede unilateralmente desconocer la obligación asumida. Del mismo modo, no puede desconocer su anterior declaración de voluntad ni tampoco exigir la prueba de la causa cuando se ha obligado documentalmente”⁹⁵.

1.1.1.2.2. EL DERECHO ROMANO INTERMEDIO.

§16. Tiempo después de la caída de Roma a manos de las tribus germánicas, por orden de Justiniano, emperador de Constantinopla, se comenzó una labor de recopilación de toda la producción jurídica del Derecho romano clásico siempre que gozara del “*ius respondendi*”, encargando para estos fines al jurista Triboniano, quien terminó su trabajo en el año 533 A.D., siendo este el origen del Digesto o *Pandecta*, el cual conformaría el *Corpus iuris civilis* junto con las “*Novellæ*”, el “*Codex iustinianus*” y las “*Institutiones*”.

⁹⁵ DIEZ-PICAZO, Luis. Óp. Cit. p. 40. Citado en: BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 19.

§17. A pesar de lo encomioso que supuso esta obra jurídica, posteriormente fue redescubierto el Cuerpo de Derecho civil al comenzar la Baja Edad Media, y comenzó nuevamente a ser estudiado acuciosamente por los integrantes del “*Studium generale de Bolonia*”, la primera facultad de derecho en Europa desde 1180 A.D.. Allí se generó la Escuela de la Glosa o “*los glosadores*”, quienes se caracterizaron por realizar anotaciones marginales o interlineadas en el texto del *Corpus iuris*, conocidas como glosas. Éstas, luego, eran producto de un proceso de exégesis⁹⁶ y recopiladas y sintetizadas en un enunciado que, bien pudiendo tener el carácter de regla o principio jurídico, hablaban resumidamente del sentido de una institución, dando origen a los brocardos. Alejandro Borda dice:

“Uno de esos brocardos es la regla *Venire contra factum proprium nulli conceditur*, también formulada como *adversus factum suum quis venire non potest* por Accursio. El brocardo consiste en impedir un resultado conforme al estricto derecho civil pero contrario a la equidad y la buena fe. Operaba como una excepción, similar a la *exceptio doli*, que podría ser opuesta a una acción fundada civilmente.”⁹⁷.

La regla de la inadmisibilidad de ir contra el acto propio es fruto del trabajo del glosador Azzo, autor de la “*Brocardica azonis*”, en cuya rúbrica X “*De æquilitate factorum*” folio 28, resulta por primera vez enunciada⁹⁸. Siendo la práctica glosadora caracterizada por establecer puntos a favor y en contra del sentido de un brocardo, señaló las oportunidades en que no resulta lícito ir contra el acto propio y aquellas otras en las cuales sí es admisible, siendo en suma permisible la contradicción sólo “[...] cuando el primer acto o conducta vinculante haya sido ilegítimo

⁹⁶ PARDO DE CARVALLO, Inés. *Óp. Cit.* p. 53.

⁹⁷ BORDA, Alejandro. *Óp. Cit.* p. 20.

⁹⁸ CORRAL TALCIANI, Hernán. *Óp. Cit.* En: *Óp. Cit.* P. 25. Cfr. HERWAGEN, Kaspar. *Brocardica sive generalia iuris. Dominus Azonis Bononiensis*. Basilea: s.e., 1667. p. 121. Libro electrónico consultado en: <http://books.google.com.co/books?id=Hzl8AAAAcAAJ&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>, Página de Google Books (Consultado el 17 de mayo de 2014, 23:16 hrs.).

por violar expresas disposiciones legales de fondo.”⁹⁹. Así mismo, Accursio, autor de la *Magna glosa*, desarrolló la glosa “*factum suum*” al estudiar el D.1.7.25 (Ver §11), entendiendo la solución como “*contra factum suum an quis venire posset*”. A su vez, al glosar el texto del D.8.3.11. (Ver §12), indicó que la solución era justificada en que no es posible ir contra su acto¹⁰⁰.

§18. Continuó con los post-glosadores –o *comentaristas*– el desarrollo al estudio del “*Corpus iuris civilis*” iniciado por los de la Escuela de la Glosa. Este grupo de estudio perteneciente a la Universidad de Perugia, representado principalmente por Baldo degli Ubaldi y Bartolo da Sassoferrato, generó uno de los aportes más importantes para la configuración de lo que sería más adelante la teoría de los actos propios.

Bartolo se dedicó a diferenciar si las conductas primarias que originaban la confianza en el sujeto receptor se adecuaban al Derecho o no, de modo que cuando el hecho no era prohibido por la ley o se ajustaba al cuerpo normativo se puede aplicar la restricción a la contradicción de sus propios actos, no sucediendo igual cuando se trata de un comportamiento o manifestación cuyo trasfondo ha sido prohibido por la ley, lo cual implica que en esas eventualidades sería lícito revocar los efectos de su propia conducta¹⁰¹.

Por su parte, Baldo degli Ubaldi realiza una hermenéutica del brocardo de forma restrictiva, pues consideraba que sólo en aquellas situaciones donde el acto jurídico generador de la confianza se realiza no siendo prohibido por la ley, y aunque adolezca de una nulidad “*quoad rem*” en el contrato sin que tuvieran conocimiento

⁹⁹ Cfr. BORDA, *Ibídem*. Igualmente: CORRAL TALCIANI, Hernán. *Ibídem*. Añade que existen tres aforismos que guardan directa relación con el “*Venire contra factum proprium nulli conceditur*”, ubicados en la Rúbrica 57, *De voluntatis variatione et electione*: “*Non licet improbare semel approbatum*” (No. 4.), “*Voluntatem mutare non permittitur*” (No. 6.) y “*Non licet alicui variare*” (No. 24.).

¹⁰⁰ CORRAL TALCIANI, Hernán. *Ibídem*.

¹⁰¹ Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis. *Óp. Cit.* p. 47. Citado por: CORRAL TALCIANI, Hernán. *Óp. Cit.* En: *Óp. Cit.* p. 27. En ese mismo sentido, BORDA, Alejandro. *Óp. Cit.* p. 21.

de ésta¹⁰². En cuanto a los casos donde no se aplica el brocardo, ello sucede “[...] cuando se ha actuado en nombre de otro, cuando se ha actuado en nombre propio siempre que el primer acto hubiera sido hecho *contra legem*, cuando se ha actuado en nombre propio siempre que el acto atacado hubiera sido hecho *præter legem* y que se tratare de un contrato nulo de nulidad *quoad rem et obligationem*, y cuando se ha actuado en nombre propio siempre que el primer acto hubiera sido hecho *præter legem* y que se tratare de un contrato nulo pero de nulidad *quoad rem* únicamente si se conocía la causa de la nulidad.”¹⁰³. Expresa así el profesor Corral Talciani:

“Como resumen de su complicada doctrina Baldo parece establecer como regla general la imposibilidad de venir contra los propios actos salvo en tres casos: 1º) si el acto no es obligatorio *ipso iure*; 2º) si se actuó a nombre ajeno y 3º) si ello favorece la libertad: ‘*Triplici modo venit quis contra factum proprium suum: primo, quando ipso iure non tenet; secundo, quando quis agit nomine alieno; tertio, libertatis favore*’”¹⁰⁴.

Cabe recordar que estos estudios fueron igualmente aplicados en materia de Derecho canónico. Los canonistas desarrollaron la glosa al “*Corpus iuris canonici*”, “*sed nonne potest episcopus contra factum venire, si est illicitum*”¹⁰⁵, cuyo contenido refería a la situación de un clérigo inhábil que ha recibido un beneficio eclesiástico de un obispo, quien posteriormente pretende privarlo; o la injusta excomunión impuesta no puede ser levantada por quien la decretó¹⁰⁶.

§19. El profesor Corral Talciani señala que no existe una expresa alusión al brocardo “*venire contra factum proprium non valet*” en las Siete Partidas de Don Alfonso X El Sabio, pero alude dos situaciones cuya solución se justifica en la apli-

¹⁰² CORRAL TALCIANI, *Ibidem*.

¹⁰³ DIEZ-PICAZO, Luis, *Óp. Cit.* p. 48. Citado por: BORDA, Alejandro. *Ibidem*.

¹⁰⁴ DIEZ-PICAZO, Luis, *Óp. Cit.* pp. 48-49. Citado por: CORRAL TALCIANI, Hernán. *Óp. Cit.* En: *Óp. Cit.* p. 28.

¹⁰⁵ Trad.: “Pero no puede el obispo ir contra su propio acto si es ilícito”.

¹⁰⁶ Cfr. BORDA, Alejandro. *Óp. Cit.* pp. 21 y 22; CORRAL TALCIANI, Hernán. *Óp. Cit.* En: *Óp. Cit.* p. 26.

cación de la figura bajo estudio, recopiladas en las partidas P.6.8.6 y P.3.31.19, siendo ésta “la recepción del texto de Celso, del D.8.3.11” (Ver §12)¹⁰⁷.

1.1.1.2.3. LA EDAD MODERNA.

§20. El brocardo “*venire contra factum proprium non valet*” fue citado y comentado en los estudios jurídicos de la Edad Moderna, aunque ello no implicó que se hubiese un desarrollo en su contenido y su régimen de aplicación, como lo expresa la profesora Pardo de Carvallo¹⁰⁸. Sin embargo, de acuerdo con la obra de los profesores Borda y Corral Talciani sí existe un conjunto de obras jurídicas que denota un avance en la aplicación de la teoría de los actos propios, posición a la cual nos adherimos.

Siguiendo sus criterios, no deja de ser trascendental la obra de Filippo Decio, canonista, romanista y civilista, autor del texto renacentista “*Consilia sive responsa*”, en la cual se enuncia la figura en comento en el *Consilium* 495, No. 18, pág. 538, mención realizada por el académico ítalo-francés para proteger el derecho subjetivo de quienes están bajo la potestad del Príncipe, en caso de que éste modifique unilateralmente sus obligaciones para con sus súbditos, hasta dejarlas sin valor ni efecto (paráfrasis)¹⁰⁹. El fragmento de la obra de Decio fue tratado posteriormente

¹⁰⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán. *Óp. Cit. En: Óp. Cit.* pp. 28-29. La partida P.6.8.6 dice: “En qualquier manera, que otorgasse, o consentiesse el fijo, o el nieto, en testamento en que le ouisessen desheredado, assi como si le ouisessen dexado manda en el, o a su fijo (1), o a otro alguno que fuesse en su poder, e la recibiesse (2), o si el fuesse Abogado (3), o Personero, en defendiendo el testamento, o alguna de las mandas que fuessen en el escritas; o consentiesse en el testamento en alguna manera semejante destas (4), non podria despues querellarse (5), para quebrantar el testamento, nin deue ser oydo.”. De otra parte, la partida 3.31.10 dice: “Los señores de los edificios, e de las heredades, pueden poner cada uno de ellos, servidumbre a su edificio, o a su propiedad. Pero si muchos fueren señores de un edificio o de una heredad, a que quieran poner servidumbre, todos la deben otorgar quando la ponen. E si por ventura la otorgassen algunos, e non todos, aquellos que la pusieron non la pueden después contrastar, que la non haya aquel a quien la otorgaron. Mas los otros que la non quisieron otorgar, bien la pueden contradecir cada uno de ellos también por la ss. parte como por la de los que no la otorgaron. Ca ninguno de los otros non es obligado a la servidumbre por el otorgamiento de los otros nin los empece. Pero si después desso la quisieren otorgar e consentir aquellos que la contradicen, valdría, también como si la uuisen de primero otorgado todos do so uno.”.

¹⁰⁸ PARDO DE CARVALLO, Inés. *Ibidem*.

¹⁰⁹ CORRAL TALCIANI, Hernán. *Óp. Cit. En: Óp. Cit.* pp. 30-31

por Ulrich Zäsy, integrante de la escuela humanista, en el *Consulium* 10 de su obra “*Responsorum iuris sive consiliorum*”.

El profesor Borda comenta el aporte de la escuela de los Prácticos referida por el maestro Diez-Picazo¹¹⁰, movimiento académico representado por Álvarez de Velazco, Cardoso do Amaral, Rodríguez de Fonseca y Díez de Ribadeneyra, cuyo aporte para la construcción de la dogmática relativa a la teoría de los actos propios consistió en establecer textos y axiomas que aclararan el sentido de la figura en estudio, además de establecer nuevos supuestos fácticos donde es admisible ir contra el acto propio¹¹¹, así como eventos donde no lo es, dando lugar a la plena aplicación de la teoría de los actos propios.

§21. Los tratadistas de la escuela del Derecho Natural (s. XVII), se caracterizan porque su filosofía parte del estado de naturaleza en que se encuentra el hombre antes de la asociación, creyendo que el uso de la fuerza sólo es admisible cuando existe una legítima razón que los obligue a su empleo. Ello es así por cuanto su regla general consiste en la construcción y mantenimiento de la sociabilidad, la cual no puede ser conculcada por ningún miembro social. Para esta finalidad, recurren a la observancia de los acuerdos que rigen a los sujetos de derecho que bajo esas condiciones se comprometieron, puesto que entre éstos existe una confianza fundada en la buena fe, inviolable centro de su cosmovisión social y política¹¹², esperando así que lo contenido en el pacto sea en esa medida acatado (“*pacta sunt servanda*”); en ese sentido, sólo se puede llegar al respeto de la fuer-

¹¹⁰ DIEZ-PICAZO, Luis, *Óp. Cit.* P. 50. Citado por: BORDA, Alejandro. *Óp. Cit.* p. 22.

¹¹¹ Los casos donde se permite la variación de conducta respecto de un comportamiento inicial, según este movimiento jurídico, son cuando se tratan de actos propios “realizados en nombre de otro siempre que resulten nocivos a la persona por quien se actúa, y el acto prohibido por la ley” Cfr.: BORDA, Alejandro. *Ibídem*.

¹¹² BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999. pp. 158, 168 y 169.

za vinculante de los negocios celebrados por medio de los dispositivos generadores del consenso y el empleo de la negociación que en éstos son implícitos¹¹³.

Bajo ese marco ideológico, los integrantes de la escuela del Derecho Natural contemplaron la teoría de los actos propios como una regla sustentada en la “exigencia de justicia derivada de la razón natural”¹¹⁴. Corral Talciani trae a colación el desarrollo del jurista alemán Samuel von Pufendorf, quien relaciona la prohibición de ir contra el propio acto como un deber absoluto de los hombres al asumir sus compromisos en virtud de una convención o contrato, al punto que liga esta protección del Principio General de la buena fe al cumplimiento de la promesa y la palabra empeñada; de modo que suscita su observancia irrestricta por integrar los pilares básicos del orden social¹¹⁵.

Ahora bien, Borda considera que, al igual que Corral Talciani, la escuela del Derecho Natural genera más confusión que claridad con respecto a la aplicación de la teoría de los actos propios, pues el uso variado dado por los integrantes de esta escuela tiende a generar sincretismos entre figuras jurídicas cuyo sustento teleológico subyace en argumentos disímiles entre sí, al punto de que sus efectos pueden ser distintos entre sí; posición con la cual nos identificamos, ya que, v.gr. Pufendorf tiende a realizar un sincretismo entre la palabra empeñada, la fuerza vinculante del contrato o convención y la teoría de los actos propios, si bien estas figuras tienen un vínculo de hermandad por derivar del Principio General de la buena fe¹¹⁶.

¹¹³ GARCÍA PICAZO, Paloma. *Teoría breve de relaciones internacionales*. 3º ed. Editorial Tecnos. pp. 53 y 54.

¹¹⁴ CORRAL TALCIANI, Hernán. *Óp. Cit. En: Óp. Cit.* pp. 31.

¹¹⁵ PUFENDORF, Samuel von. *Le Droit de la Nature et des Gens*. Traducción de Jean Barbeyrac, Henri Schelker. Ámsterdam, s.e., 1706, pp. 321-322. Citado en: CORRAL TALCIANI, Hernán. *Ibíd.*

¹¹⁶ *Ibíd.*

Con todo, debe destacarse el aporte del jurista alemán Johann Christoph Schacher, quien es el autor de “*De impugnatione facti proprii*”, que, en el sentir del profesor Borda, se trata de una “obra de gran importancia, máxime si se tiene en cuenta la forma en que ha sido tratado el brocardo en estudio durante el derecho intermedio y más aún en la época de los tratadistas”¹¹⁷. Este tratadista afirma que, guardando en todo caso su vínculo filosófico fraterno con la escuela del Derecho Natural, es regla general que nadie pueda retractarse de lo que ha realizado en el pasado, siempre y cuando haya sido en el marco de la licitud (“*nemo retractare potest quod a se legitimum factum est*”) ¹¹⁸.

En el caso del profesor Borda, luego de indicar que el fundamento de la imposibilidad de impugnar el acto propio radica en el respeto a la palabra empeñada y a la fe y el deber de observar lo prometido, contrasta lo siguiente:

“Sin embargo, este principio tiene también sus excepciones. No realiza una clasificación general sino que determina los supuestos en que es admisible volver contra el propio acto. De esta manera señala que es factible la impugnación del padre a una emancipación o legitimación irregular; la rescisión de los esponsales; la revocación de una donación; la modificación de las cláusulas testamentarias; la repetición de lo pagado por error; la revocación del mandato; la impugnación del pacto comisorio, entre otros.

“Finalmente, cabe destacar que Schacher entiende que en materia de declaraciones de última voluntad la retractación de ellas es muy amplia. Ello es consecuencia de la liberalidad que importa un testamento, e incluso una donación”¹¹⁹.

¹¹⁷ BORDA, Alejandro. *Óp. Cit.* p. 22. En esa misma línea: PARDO DE CARVALLO, Inés. *Óp. Cit.* p. 53.

¹¹⁸ CORRAL TALCIANI, Hernán. *Óp. Cit.* p. 32.

¹¹⁹ BORDA, Alejandro. *Óp. Cit.* p. 23.

1.1.1.2.4. LOS FLUCTUACIÓN EN EL DESARROLLO DE LA DOGMÁTICA DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS DESDE EL SIGLO XIX HASTA EL PRESENTE.

§22. El profesor Hernán Corral Talciani, después de resaltar la importancia de la obra de J. C. Schacher para la dogmática de la teoría de los actos propios, divide en tres momentos lineales el proceso histórico que le siguió. Es acá donde continuaremos indagando la raíz histórica de la figura en estudio, siguiendo el derrotero trazado por el profesor argentino.

§23. La Revolución Francesa trajo consigo la implementación del Estado de Derecho, una institución políticamente organizada y regida bajo el imperio de la ley. Es así como el producto del soberano, ya no como la manifestación del monarca con poderes absolutos sino del pueblo hecho con el poder en sus manos bajo los ideales de la libertad, igualdad y fraternidad, era el punto indiscutible de referencia para la solución de los conflictos sociales, sin dar lugar a las arbitrariedades que implicaba la sujeción a la voluntad maleable del Príncipe y sus administradores de justicia.

En ese orden de ideas, cabe recordar que Charles Louis de Secondant, quien fue el Señor de La Bréde y Barón de Montesquieu, y uno de los pensadores políticos más importantes de la Ilustración, dijo:

“Podría ocurrir que la ley, que es al mismo tiempo previsora y ciega, fuese, en casos dados, excesivamente rigurosa. Pero los jueces de la Nación, como es sabido, no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma.”¹²⁰.

Lo anterior evidencia que durante el proceso revolucionario hubo desconfianza hacia la misión del juez, a tal punto de sujetarlo estrictamente a lo que dictara la

¹²⁰ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondant, Señor de La Bréde y Barón de. *El espíritu de las Leyes*. México: Editorial Porrúa S.A., 2007, p. 151.

ley, entendida como una “declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevista¹²¹” por la norma fundamental, toda vez que los servidores judiciales realizaban una hermenéutica con recurrente apelación a elementos axiológicos y a la razón, los cuales fueron vistos desde la óptica de un Derecho Natural salvaguardado por el monarca¹²²; de modo que aun en el proceso de codificación legislativa fueron desechados los principios jurídicos utilizados por aquellos que simplemente debían ejecutar la ley, por cuanto recordaban ese Antiguo Régimen injusto que estaban dispuestos a aniquilar.

Esa desconfianza hacia el poder de los jueces y la libertad que les daba la interpretación iusnaturalista a las reglas de derecho, dándole un matiz genérico y discrecional a veces, supuso que el brocardo “*venire contra factum proprium non valet*” no fuese incorporado expresamente en las diversas producciones legislativas codificadas, mas no dejó de ser el fundamento ontológico de preceptos legales, como sucede en los artículos 1059 del Código civil italiano y 597 del Código civil español, en el cual incorpora el texto de la Partida 6.8.6 (Ver §§12, 19.) (Paráfrasis)¹²³.

§24. A pesar del escepticismo de los legisladores nacionales con respecto al reconocimiento de elementos axiológicos como parte del ordenamiento jurídico interno de cada Estado, la Doctrina y la Jurisprudencia producida en América Latina, además de reconocer la vigencia del brocardo “*venire contra factum proprium non valet*”, sino por generar una dogmática que moldea en su forma actual la teoría de los actos propios –o doctrina, como algunos tratadistas la consideran–¹²⁴.

¹²¹ Código Civil, Artículo 4. En: CÓDIGO CIVIL COMENTADO. Ley 57 de 1887. Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional (Código Civil Colombiano). 20 de abril de 1887. 25ª ed. Comentado por Gustavo Contreras Restrepo, Álvaro Tafur González y Arturo Castro Guerrero. Bogotá D.C.: Leyer Editores, 2014.

¹²² BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 158

¹²³ CORRAL TALCIANI, Hernán. *Óp. Cit.* p. 33.

¹²⁴ CORRAL TALCIANI, Hernán. *Óp. Cit.* pp. 33-34.

Alemania incorpora la contradicción del acto propio como un Principio General del Derecho, según lo contenido en el §242 del BGB¹²⁵, no obstante que enuncia la doctrina del retraso desleal o “*Verwirkung*”, la cual tiene aplicación dentro de un proceso frente a situaciones jurídicas sustanciales, y que consiste en el impedimento del ejercicio de una facultad jurídica siempre que exista una confianza generada en hechos demostrativos de que no se ejercerá en el futuro (Ver §65).

En España, la aplicación de la teoría de los actos propios, el cual data desde mitades del siglo XIX, fue objeto de un profundo y crítico estudio realizado por Luis de Diez-Picazo y Ponce de León, destacando que se trata de una regla jurídica cuya fuerza vinculante se debe a que es expresión de normas o principios de derecho, siendo en específico la buena fe el principio que le imprime de coerción jurídica en el tráfico negocial.

La teoría de los actos propios ha sido recepcionada por la doctrina y jurisprudencia belga y griega, en el caso de Europa, así como la argentina, brasileña y chilena, en el caso americano¹²⁶.

§25. Dice Corral Talciani que Francia es la excepción en el Derecho continental europeo a la protección del deber de coherencia aplicando una regla o principio que derive del brocardo “*venire contra factum proprium non valet*”, toda vez que esta problemática ha sido tratada en la órbita del abuso del derecho¹²⁷. Sin embargo, desde 1970 se ha desligado del uso del abuso del derecho frente a las situaciones que implican una contradicción sobre su propia conducta como solución

¹²⁵ “*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*”. Trad.: “El deudor está obligado a realizar la prestación según la buena fe conforme al uso común”. Tomado de: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html> Página oficial del Ministerio Federal de Justicia y Protección al Consumidor de Alemania (21 de mayo de 2014, 13:37 hrs.).

¹²⁶ CORRAL TALCIANI, Hernán. *Óp. Cit.* pp. 33-34.

¹²⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán. *Óp. Cit.* p. 34.

para estos casos, apelando al concepto de la obligación esencial y la protección de la causa contractual, confirmado mediante sentencia de febrero 16 de 1999¹²⁸.

En 1970 la Corte de Casación de Francia resolvió el recurso presentado contra la sentencia dictada el 21 de febrero de 1968 por la Corte de Apelaciones de Grenoble, sobre el contrato de licencia celebrado el 23 de julio de 1962 entre M. Faure y la sociedad Emery para la venta de un dispositivo. En las instancias ordinarias, se condenó a la sociedad Emery al pago de regalías relacionadas sobre una renta mínima de venta de cien trineos sobre el primer año de concesión, así como las relativas a las ventas realizadas a partir de 1º de septiembre de 1968; salvo el pago de la suma de 50.235,68 francos por regalías debidas, y los daños y perjuicios causados por el incumplimiento contractual a cargo de la sociedad¹²⁹.

La Corte, aunque rechaza el recurso presentado contra la sentencia de alzada, señala que la obligación esencial del contrato consistió en el cumplimiento de una cuota mínima de ventas del objeto dado en licencia a la sociedad Emery, estando sujeta a ella la condición resolutoria del negocio jurídico. Sin embargo, dado que no existió una cláusula que estipulara el pago de perjuicios, la única sanción aplicable a la sociedad comercial resultó la pérdida de exclusividad sin que sea dable resciliar el contrato.

¹²⁸ BERNAL FANDIÑO, Mariana. *El deber de coherencia en los contratos y la regla del Venire contra factum proprium*. En: International Law-Revista Colombiana de Derecho Internacional, Noviembre, 2008, no. 13. p. 291-321. Ver p. 301. Cfr. FRANCIA. Corte de Casación, Cámara Comercial, proveído: 68-13110 (publicada en boletín). 8 de diciembre de 1970. M.P.: M. Guillot (Président); Cámara Comercial, proveído: 73-12819 (publicada en boletín). 4 de noviembre de 1974. M.P.: M. Monguilan (Président); Cámara Comercial, proveído: 96-18353 (publicada en boletín). 20 de enero de 1998. M.P.: M. Bézard (Président); Primera Cámara Civil, proveído 96-18524 (no publicada en boletín). 16 de febrero de 1999. M.P.: M. Lemontey (Président); Cámara Comercial, proveído: 99-20776 (no publicada en boletín). 4 de diciembre de 2001. M.P.: M. Dumas (Président).

¹²⁹ FRANCIA. Corte de Casación, Cámara Comercial, proveído: 68-13110 (publicada en boletín). 8 de diciembre de 1970. M.P.: M. Guillot (Président). Tomada de: www.legifrance.gouv.org Página del Servicio Público de Difusión del Derecho-Le service public de la diffusion du Droit (20 de abril de 2014, 1:03 hrs.), Paris.

Posteriormente la misma Corte conoció de una causa impulsada por la Viuda Marnot contra la Sociedad Waldeberg¹³⁰, fundada en la concesión a la sociedad de una patente de niquelado de metales (baño de metales), otorgada por contrato de 2 de marzo de 1964, en la cual le confirió adicionalmente la exclusividad de la venta del producto por el mismo tiempo de duración de la patente, además de un pago de honorarios proporcional al flujo de las ventas y con estipulación de un ingreso base mínimo garantizado; sin embargo el 3 de agosto de 1968 la concedente recibió notificación que no será más explotada dicha patente por Waldeberg, solicitando el reconocimiento de daños e intereses en reparación del perjuicio causado por la ruptura unilateral del contrato de 2 de marzo de 1964.

La Corte indicó que la sanción al incumplimiento de la obligación de explotar la patente por debajo de los términos dinerarios pactados y, subsecuentemente, a la ruptura de forma unilateral el contrato celebrado entre Waldeberg y Marnot, consiste en la pérdida de la exclusividad luego de una interpretación que desentraña el alcance de las condiciones fijadas en el acuerdo de las partes, la cual condujo a precisar que en el contrato la concedente tenía la facultad de retirar la exclusividad pactada. A pesar de esta consideración, la Corte casa la sentencia por falta de competencia del Tribunal *ad quem*, reenviando el expediente a quien es competente sin desconocer lo actuado anteriormente.

En 1999, la Corte de Casación igualmente casó y anuló las sentencias proferidas en la causa impulsada sobre el incumplimiento de una compraventa de bien inmueble con renta vitalicia por el no pago de unos emolumentos fijados en 24.000 francos durante 10 años, en cuyos términos fueron pactados una cláusula de indexación con revisión anual en función de las variaciones del índice de costo de la construcción, un interés del 10% por mora hasta el día del pago de aquellos esti-

¹³⁰ FRANCIA. Corte de Casación, Cámara Comercial, proveído: 73-12819 (publicada en boletín). 4 de noviembre de 1974. M.P.: M. Monguilan (Président). Tomada de: www.legifrance.gouv.org Página del Servicio Público de Difusión del Derecho-*Le service public de la diffusion du Droit* (20 de abril de 2014, 1:00 hrs.), Paris.

pendios, y la resolución de pleno derecho un mes después de una sola orden de pago sin efecto¹³¹. Así las cosas, la vendedora presentó demanda contra la sucesora por causa de muerte de la compradora, por rentas impagas y debidamente actualizadas. La razón de la decisión gravita en que una inadecuada valoración conjunta de las circunstancias que imperaron en la relación sustancial podría conducir a yerros, si no se observa que **la recuperación de las sumas adeudadas sucedió 12 años después y sin reproche de la acreedora**, no siendo posible excluirse la buena fe en la interpretación y aplicación de la cláusula resolutoria¹³².

En otro caso, la sociedad Société IDS presentó recurso de casación contra la sentencia proferida el 15 de septiembre de 1999 por la Corte de Apelaciones de París, Cámara Quinta de lo civil, Sección A, en la cual se absuelven de las pretensiones a la sociedad belga Lipe Rollway N.V., siendo resuelto desfavorablemente el 4 de diciembre de 2001¹³³. La causa de la apelación fue un contrato de agencia mercantil celebrado entre las partes litigiosas para la venta y distribución de rodamientos en Francia, siendo, según lo alegado por Société IDS, conferida la exclusividad consentida por Lipe Rollway N.V. mediante dos correspondencias del 3 de mayo de 1988 y el 5 de marzo de 1992.

¹³¹ FRANCIA. Corte de Casación, Primera Cámara Civil, proveído 96-21997 (no publicada en boletín). 16 de febrero de 1999. M.P.: M. Lemontey (Président). Tomada de: www.juricaf.org Página de *Juriscaf-Jurisprudence francophone des cours suprêmes* (14 de abril de 2014, 10:41 hrs.), París.

¹³² El texto original dice: “[...] *Attendu qu’en statuant ainsi, sans rechercher comme il était demandé, si l’ensemble des circonstances dans lesquelles Mlle Y... a poursuivi, contre sa mère, le recouvrement de sommes échues depuis plus de douze ans, sans protestation de la crédièntière qui avait, en outre, accepté deux augmentations successives du montant annuel des arrérages, n’excluait pas la bonne foi dans la mise en œuvre de la clause résolutoire, la cour d’appel a violé le texte susvisé; [...]*”. Trad.: “[...] Considerando que, fallando así, sin observar cómo fue demandado, si el conjunto de circunstancias en las cuales la Srta. Y... persiguió, contra su madre, la recuperación de sumas expiradas después de más de doce años, sin protesta de la acreedora que habiendo, en otro momento, aceptado dos aumentos sucesivos de monto anual de los atrasos, no excluye la buena fe en la aplicación de la cláusula resolutoria, la Corte de Apelación violó el texto citado; [...]”.

¹³³ FRANCIA. Corte de Casación, Cámara Comercial, proveído: 99-20776 (no publicada en boletín). 4 de diciembre de 2001. M.P.: M. Dumas (Président). Tomada de: www.legifrance.gouv.org Página del Servicio Público de Difusión del Derecho-*Le service public de la diffusion du Droit* (20 de abril de 2014, 0:57 hrs.), París.

Bajo una interpretación orientada por la prevalencia del principio de solidaridad, la Corte resolvió que el equilibrio del contrato sometido ante la jurisdicción consistía en la exclusividad pactada, de modo que “juzgar que el concedente, en ausencia de toda mención del contrato de concesión exclusiva, habría podido privar en su provecho al concesionario de su derecho en exclusividad compartida” implica desconocer los efectos contractuales como de ley para las partes y la buena fe al ejecutar el contenido contractual¹³⁴.

En adición, indicó que “[...] el concedente tiene la obligación de informar lealmente al concesionario las condiciones esenciales del contrato, y particularmente, las condiciones de exclusividad [...]”, teniendo en cuenta que los términos en que ésta fue concedida, en especial en lo que respecta a la terminación de la exclusividad compartida en caso de desaparición del segundo concesionario, distaba de ser clara. Así, “[...] esta ambigüedad caracteriza una falta del concedente a su deber de información y de lealtad, de modo que eludir la responsabilidad del concedente se derrota por sus propias constataciones [...]”.

1.1.2. SECCIÓN II. NATURALEZA.

§26. Habiendo comprendido que la teoría de los actos propios es un impedimento sustancial y procesal a la conducta contradictoria y atentatoria de la confianza de-

¹³⁴Indico que se trata de una interpretación sustentada en el principio de solidaridad, en la medida de propender por una ejecución de las obligaciones contractuales bajo un régimen junto, útil y equitativo. La solidaridad en materia contractual se fundamenta en la función social del contrato y en la búsqueda de un equilibrio razonable. Bernal Fandiño comenta que, por el primer pilar del solidarismo contractual, el intercambio de bienes y servicios se realiza bajo los dictados de la Autonomía Privada, en la medida de ejercer las facultades propias para generar su propia regulación siempre y cuando no ofenda el Orden Social, además de observar unos parámetros de equilibrio, armonía y cambio justo, por cuanto “[e]l contrato debe ser un mecanismo de cooperación [...]”. Por el segundo fundamento del solidarismo contractual, la conciliación de intereses jurídicos es la vía idónea para que la causa y el objeto contractuales sean satisfechas, observándose en el plano objetivo que “[s]i un elemento del acuerdo es demasiado desventajoso para una de las partes o excesivamente ventajoso para el otro, su interés en el contrato puede no ser real.” (BERNAL FANDIÑO, *El deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos*. 1º ed. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, 2013. pp. 57-59). En esa medida, el equilibrio del contrato se concreta en la conciliación de intereses sin que, en el reparto de cargas, haya una desmedida imposición que afecte el interés contractual.

positada por quien se ajustó a una situación primigenia, creadora, modificadora o extintiva de un derecho subjetivo o deber; esta figura jurídica encuentra un sólido y firme fundamento en el Principio General de la buena fe (subsección I), elevado a categoría constitucional en diversos ordenamientos jurídicos como el colombiano, puesto que pretende proteger el deber de coherencia en el tráfico jurídico. Y aunque tiene su origen en el brocardo del Derecho intermedio “*Venire contra factum proprium non valet*”, es un desarrollo jurídico que se presenta tanto en su enunciación como en su aplicación como regla de derecho y no como Principio General de Derecho desde la lógica formal, cuya aplicación sólo es posible atendiendo a su residualidad.

Cabe recordar que la teoría o doctrina de los actos propios no tiene una línea genealógica directa con la ley, sino que obedece a la actividad de los jurisconsultos romanos clásicos con autoridad para emitir juicios en casos de eventuales inequidades, a la intensa investigación y aplicación de los académicos de la Edad Media, y a la actividad judicial en los Estados nacionales ante la ausencia de precepto legal.

1.1.2.1. SUBSECCIÓN I. LA RELACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS CON EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE.

1.1.2.1.1. UNA APROXIMACIÓN A LA BUENA FE EN EL DERECHO PRIVADO.

§27. Desde su raigambre histórico, la teoría de los actos propios se muestra como un instrumento jurídico capaz de proteger la buena fe de quienes participan en una relación jurídica, aunque no exista ley que expresamente así la contemple. En el caso colombiano, la legislación no contiene de forma clara y manifiesta la prohibición de contrariar sus propias manifestaciones, aunque se ha dicho que es la ra-

zón de ser de algunos preceptos¹³⁵; con todo, no puede afirmarse que, en medio de situaciones concretas y previstas por voluntad del Legislador, tales enunciados normativos sirvan para sustentar la generalidad que implica la teoría de los actos propios, pues ello conllevaría a una realidad semejante a la romana (Ver §§11 y ss.). Es así como, por vía de interpretación judicial¹³⁶ y doctrinal¹³⁷, se da sustento a esta figura jurídica, dentro de la órbita del Derecho privado, en los preceptos contenidos por los artículos 1603 del Código civil¹³⁸ y 871 del Código de comercio¹³⁹, sin dejar a un lado que la normatividad prevista en el artículo 83 de la Constitución Política¹⁴⁰.

Ahora bien, la incorporación de los Principios Generales del Derecho como criterios hermenéuticos integradores para la solución de conflictos por ministerio de la ley, a finales del siglo XIX, podría dar un sustento adicional a la recepción de la teoría de los actos propios como derivación instrumental del Principio General de

¹³⁵ Dado que son casi iguales los Códigos civiles de Chile y Colombia, el profesor Corral Talciani señala que, v.gr. el régimen de esponsales está fundado en la teoría de los actos propios, más que en su consideración tradicional de obligación natural, por cuanto “[...] parece que iría contra la buena fe aquel que, a pesar de saber que no tiene obligación de contraer, paga la multa estipulada y luego pretende volver contra su propio acto y reclamar lo que pagó voluntariamente”. Sin embargo, creemos que, por disposición del Legislador, no puede afirmarse cosa distinta a que se trate de una obligación sin derecho a exigirlo en justo juicio, no siendo así posible proveer para el intérprete donde la ley no permite distinguir. Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán. *La doctrina de los actos propios en el Derecho de Familia chileno*. En: CORRAL TALCIANI, Hernán (edit.) Óp. Cit. p. 103-139.

¹³⁶ La Corte Constitucional ha vinculado desde siempre la teoría de los actos propios al Principio General de la buena fe, indicando que se pretende proteger la confianza legítima de quien se ha ajustado, de buena fe, a las consecuencias que se derivan de una primera conducta eficaz y relevante para el derecho. Cfr. T-472 de 1992, T-259 de 2000, T-366 de 2002 y T-793 de 2004, entre otras sentencias.

¹³⁷ Cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo J. *La Doctrina de los Actos Propios: esencia y requisitos para su aplicación*. En: Vniversitas, julio-diciembre de 2009, No. 119. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, pág. 189-222. p. 194

¹³⁸ “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.”.

¹³⁹ “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.”.

¹⁴⁰ “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”.

la buena fe. En ese sentido, el profesor Héctor Elías Hernández Velasco¹⁴¹ califica de favorable la interpretación jurídica de la Corte Suprema de Justicia dada a comienzos del siglo XX, a situaciones relevantes para el Derecho que fueron resueltas aplicando normas abstractas preexistentes, los Principios Generales del Derecho, aunado al libre reconocimiento que de éstos realiza el artículo 8º de la Ley 153 de 1887¹⁴², los cuales se caracterizan por aplicarse en diferentes grados y formas según los hechos presentados al operador jurídico. La “Corte de Oro”, aquellos magistrados que integraron la Corte Suprema de Justicia en 1935, reconocidos por sus desarrollos dogmáticos, quebró, según el profesor Hernández, el formalismo pétreo para dar paso al imperio de la realidad y la equidad contractual¹⁴³. Así, por vía extensiva puede afirmarse que, desde el reconocimiento legal y la aplicación judicial de la buena fe como Principio General del Derecho, la teoría de los actos propios gozaba de legitimidad y posibilidad para aplicarla en la realidad, desde pretéritas épocas.

§28. De otra parte y en busca de una definición u orientación conceptual sobre el principio de la buena fe, la Corte Constitucional ha dicho que se trata de una “[...] exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas [...]”, y de un criterio integrador de las normas jurídicas que integran el comportamiento, puesto que el intérprete deberá buscar el entendimiento de la ley, en sentido amplio, partiendo “[d]el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes” en una relación jurídica¹⁴⁴; su comprensión y entendimiento, por tanto, no se limita al origen del

¹⁴¹ HERNÁNDEZ VELASCO, Héctor Elías. *El abuso del Derecho en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (1935-2010)*. Bucaramanga: Ediciones UIS, 2011. 161 pág. ISBN: 978-958-8504-82-7. p. 25.

¹⁴² “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 del derecho”.

¹⁴³ HERNÁNDEZ VELASCO, Óp. Cit. p. 47.

¹⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA PLENA. Sentencia de constitucionalidad de diecinueve (19) de febrero de dos mil cuatro (2004). Manuel Alberto Restrepo Medina contra el artículo 51 (parcial)

vínculo que interesa a las partes, sino que su espectro irradia mucho más allá de su terminación¹⁴⁵.

Igualmente, señala que se trata de un componente axiológico sustentado en imperativos sociales, que orienta el sistema jurídico nacional y garantiza la relación del ciudadano con sus pares y la administración, pues se espera un trato veraz, honesto y creíble. Es una máxima de optimización que orienta los procedimientos de las entidades, con el objeto de construir relaciones basadas en la confianza, que permitan la materialización de las expectativas del ciudadano, más aún si éstas surgen bajo un marco de legalidad¹⁴⁶.

Mediante sentencia de tutela¹⁴⁷, acogiendo el precedente jurisprudencial recopilado en la sentencia C-068 de 1999, la Corte Constitucional recuerda que desde siempre ha sido considerada como Principio General de derecho, fundamental, ya que se observe un proceder ajustado a los parámetros de lealtad y rectitud en las relaciones jurídicas, o ya que se espere un comportamiento similar al desplegado con probidad, diligencia, dedicación y respeto por el derecho ajeno. Según este pronunciamiento, la buena fe puede entenderse activa y pasivamente, en el orden propuesto.

de la Ley 769 de 2002 “*por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones*” (C-131/04). M.P.: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Ref. Exp.: D-4599.

¹⁴⁵ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL-SALA PRIMERA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de veintitrés (23) de agosto de dos mil cuatro (2004). Mauricio Eduardo Forero Silva contra Fondo Nacional del Ahorro (T-793/04). M.P.: Dr. Jaime Araujo Rentería. Ref. Exp.: T-816848.

¹⁴⁶ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SEXTA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de treinta y uno (31) de julio de dos mil trece (2013). Jesús Alfonso León Moreno contra Colpensiones (T-508-13). M.P.: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Ref. Exp.: T-3835100. En el mismo sentido: CORTE CONSTITUCIONAL-SALA PLENA. Sentencia de unificación de jurisprudencia de diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y ocho (1998). Ana Victoria García de Bernal contra Salud COLMENA (SU-039-98). M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara. Ref. Exp.: T-140006.

¹⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de cuatro (04) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999). Alberto Rebollo Bravo contra BANCAFE (antes Banco Cafetero) (T-295/99). M.P.: Dr. Fabio Morón Díaz. Ref. Exp.: T-190164.

§29. Vale la pena poner de presente que la profesora Mariana Bernal Fandiño diferencia la buena fe en cuanto obrar y aquello que reviste el Principio General de derecho. Para ella, apoyándose en la jurisprudencia del Consejo de Estado, lisa-mente la buena fe se emplea para la precisión de supuestos de hecho según las circunstancias del caso concreto¹⁴⁸; como Principio General de derecho, es la apreciación de las personas que al realizar actos jurídicos encuentren su propósito en lo honesto y leal, tanto al ejercer el derecho como al cumplir con las obligaciones¹⁴⁹, norma jurídica completa, en cuya virtud todas las personas son llamadas a actuar de buena fe en sus relaciones jurídicas, ejerciendo los derechos y cumpliendo los deberes de esa manera¹⁵⁰. Como principio, “módulo necesitado de concreción” en palabras de Karl Larenz, se determina a través de un ejercicio hermenéutico ajustado a las exigencias generales vigentes en el momento al aplicar justicia¹⁵¹.

Sin embargo, independientemente de si se trate del Principio General de Derecho o del comportamiento concreto del individuo que se determina según las particularidades que ofrece, la buena fe tradicionalmente comprende una faz objetiva y otra de carácter subjetivo. En Alemania, Wächter dijo que la buena fe consiste en el estado mental de ignorancia sobre la afectación a un derecho ajeno, por cuanto se cree que su conducta se ajusta a lo ordenado por las normas jurídicas; mientras que Bruns apuntó que es la rectitud de la conducta del ser, el escrúpulo y la fran-

¹⁴⁸ Cfr. BERNAL FANDIÑO, Mariana. *El deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos*. 1º ed. Colección Laureata. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, 2013. 425 pp. p. 85.

¹⁴⁹ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Sentencia de 17 de abril de 1996. C.P.: Dr. Roberto Suárez Franco. Citado en: BERNAL FANDIÑO, Mariana. *La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato*. En: Vniversitas, enero-junio de 2010, No. 120. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana. pp. 254-269. p. 259.

¹⁵⁰ BERNAL FANDIÑO, Mariana. *El deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos*. 1º ed. Colección Laureata. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, 2013. 425 pp. p. 85.

¹⁵¹ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. En: *Revista de Derecho Privado*. T.1. Traducción de Jaime Santos Britz. Madrid, 1958. p. 142. Citado por: BERNAL FANDIÑO, Mariana. *La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato*. En: Vniversitas, enero-junio de 2010, No. 120. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana. pp. 254-269. p. 259.

queza de su comportamiento, por el cual se acuerdan las condiciones vigentes para quienes participan en el comercio jurídico¹⁵².

De hecho, la profesora Martha Lucía Neme Villarreal señala que estas perspectivas de la buena fe pueden diferenciarse si se atiende a un contraste diacrónico, del cual se puede concluir que la buena fe subjetiva, aunque con el paso del tiempo adquirió su propia identidad, tiene sus orígenes en la buena fe objetiva. Y es que cómo no habría de ser así, si los derechos personales, en el Derecho romano clásico, comportaban un amplio influjo de la “*fides bona*”, no sucediendo lo mismo en el caso de los derechos reales. La compraventa en este periodo histórico no suponía la tradición, en cuanto modo de adquirir el dominio, sino que obligaba únicamente a las partes a que se realizara esa efectiva transferencia del dominio, dado que se trataba de un negocio jurídico nacido bajo el Derecho honorario, el “*Ius gentium*”, según el cual, las partes se obligan al cumplimiento de las obligaciones, además del tenor literal del contrato, a aquello que iba más allá de lo allí escrito; luego, la posesión del comprador y su ejercicio mediante la usucapión, que suponen acreditar su buena fe supone una adaptación de la buena fe contractual a la problemática de la posesión, de manera que el deber de comportamiento probo y honesto que se exige en todo tiempo, mutó en la convicción de haber adquirido del legitimado para enajenar¹⁵³⁻¹⁵⁴.

§30. Teniendo en cuenta lo anterior, la buena fe subjetiva consiste en un estado de conciencia, de error o ignorancia sobre la legitimidad o legalidad del acto que vincula al individuo en derecho, aun cuando el daño antijurídico sea evidente a la razón del operador jurídico. Subyace así en el fuero interno de quien la invoca para escudarse en cuanto al propósito utilizado para la creación del nexo jurídico que

¹⁵² NEME VILLAREAL, Martha Lucía. *Buena fe Subjetiva y Objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos*. En: Revista de Derecho Privado. Julio de 2009. No. 17. Universidad Externado de Colombia. pp. 45-76. p. 47

¹⁵³ Habida cuenta que, en el Derecho romano, se consideraba que nadie transfiere un derecho más extenso del que tiene.

¹⁵⁴ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Óp. Cit. p. 48.

lo ata. Alejandro Borda dice, por su lado, que se trata de la creencia nacida de un error excusable, de que su conducta no va contra Derecho, englobando (i) la representación de no dañar un interés ajeno tutelado por el Derecho, y (ii) el error de una persona con la que otro sujeto, que se beneficia, se relaciona¹⁵⁵.

Es importante resaltar que no se predica la buena fe en su aspecto subjetivo respecto del contenido o de los efectos de la relación jurídica, pues, de resorte, le corresponde valorarlos al juzgador según las reglas y exigencias de comportamientos que supone la buena fe objetiva. Sin embargo, la buena fe subjetiva justifica la situación antijurídica que se imputa al sujeto agente y lo corrige, mejorándole su posición en la relación jurídica¹⁵⁶.

§31. En ese mismo sentido, la buena fe objetiva es el contenido ético en las obligaciones, implicando sujeción a un modelo objetivo de comportamiento, coherencia con el actuar del buen padre de familia, según lo indicado en el artículo 63 del Código civil¹⁵⁷. Es una “regla de conducta fundada en la honestidad, en la rectitud, en la lealtad y principalmente en la consideración del interés del otro visto como un miembro del conjunto social”¹⁵⁸. No es, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, un “[...] producto de un razonamiento lógico; no es tampoco un objeto del saber sino una cuestión de experiencia de la vida y de sentido práctico que impone

¹⁵⁵ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 59.

¹⁵⁶ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Óp. Cit. p. 49.

¹⁵⁷ “La ley distingue tres especies de culpa o descuido.// Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.// Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. **Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.**// El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.// Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que **un hombre juicioso** emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.// El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.” (Destacado fuera del texto original).

¹⁵⁸ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Óp. Cit. pp. 49-50.

considerar la *bona fides* como una realidad y no simplemente como una intención de legalidad y una creencia de legitimidad.”¹⁵⁹.

Destaca el profesor Borda que la buena fe lealtad consiste en la creencia y confianza del individuo en que se surtirán los efectos jurídicos esperados, tomando como fundamento otros casos particulares y semejantes, con fundamento en la observancia de la honradez en el comercio o en el tráfico, la creencia en la palabra empeñada (paráfrasis)¹⁶⁰. A pesar de ello, no consideramos que la buena fe objetiva consista en una creencia o representación –lo que implicaría este infortunado tratamiento– sobre la eficacia del negocio jurídico, por cuanto supone una malograda conclusión en los estadios de la teoría de la apariencia jurídica. La buena fe objetiva, según la profesora Neme Villarreal, “no supone la creencia o ignorancia que justifica un error [...] sino la aprobación de una conducta o proceder, según el parecer unánime de personas razonables y honradas con base en los usos sociales imperantes en una determinada circunstancia.”¹⁶¹. Así las cosas –y dado que nuestro disenso es parcial, porque es posible que se haya incurrido en un inadecuado uso lingüístico–, estamos convencidos que se trata de una regla de conducta que conduce a la confianza en el cumplimiento de las obligaciones que hacen parte de la relación jurídica, siendo posiblemente la interpretación más benéfica y ajustada.

Por otro lado, el Código de Bello, siguiendo la tradición romanista ínsita en el Código civil francés, reconoce la buena fe subjetiva, como el estado de la conciencia incurso en el error o en la ignorancia sobre una situación posesoria en las realidades natural y social¹⁶², incompatible con el error grave y el dolo, generando así

¹⁵⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia de primero (01) de diciembre de mil novecientos treinta y ocho (1938). M.P.: Dr. Hernán Salamanca. Citado en: NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Óp. Cit. p. 50.

¹⁶⁰ BORDA, Alejandro. Ibídem.

¹⁶¹ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Óp. Cit. p. 51.

¹⁶² El artículo 768 del Código civil colombiano dice: “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.” Así, en los

una protección en Derecho atemperada si se trata de un error de hecho o de una conducta calificada con culpa leve, teniendo por verdad la apariencia o divergencia de la realidad en la cual se sustenta quien la alega.

Tiene igual reconocimiento en la legislación civil colombiana la buena fe objetiva¹⁶³, en tanto deber de diligencia y cuidado que a las personas incumben observar frente a su propio interés jurídico y de las demás personas que participan en el tráfico jurídico y social, según las reglas imperantes en la sociedad y las específicas para cada una especialidades consecuentes de la división de trabajo, en adición a que sus efectos versan sobre el contenido y los alcances de la relación jurídica que vincula a los sujetos intervinientes en ella¹⁶⁴.

1.1.2.1.2. **LA BUENA FE CONTRACTUAL.**

§32. Hay que tener en cuenta la opinión de la profesora Bernal Fandiño, para quien resulta pertinente diferenciar la buena fe contractual, entendida como regla de interpretación de los contratos, mediante la cual se determinan las obligaciones de las partes siguiendo los criterios hermenéuticos contractuales establecidos en la ley; y la buena fe de los contratantes, que refiere la exigencia de comportamiento recto y probo. A pesar de este contraste, igualmente el actuar sobre la buena fe implica obrar coherentemente en el tráfico negocial¹⁶⁵.

La Corte Suprema de Justicia dijo de la buena fe aplicada a los contratos que configura un elemento axial en los negocios de confianza; un principio vertebral de convivencia social que vincula a las personas sin establecer discriminaciones positivas o negativas para su observancia, del cual se desprenden varias instituciones

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.”.

¹⁶³ El artículo 1603 del Código civil colombiano trae ese fundamento.

¹⁶⁴ NEME VILLARREAL, Óp. Cit. pp. 47, 50, 56 y 58.

¹⁶⁵ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 260.

jurídicas que premian ineludiblemente la conducta transparente, honorable, transparente y sincera; institución abstracta que debe ser acatada por ambas partes, sin ser dable afirmar que sólo una de ellas está obligada a actuar de esta forma¹⁶⁶, es decir, la buena fe en materia contractual tiene un carácter sinalagmático o bilateral¹⁶⁷.

No trae consigo una valoración parcial de las exigencias de rectitud y honestidad aplicada a las relaciones jurídicas convencionales, ni se valora en una sola etapa de todo el camino negocial, sino que, por el contrario, obliga el análisis de dichas exigencias en todo el “*iter contractus*”, durante todo el trayecto que recorran las partes en observancia de sus acuerdos. Plurifásica, su proyección comienza desde la etapa precontractual, atravesando la celebración del contrato, su ejecución y sus efectos ultraactivos una vez culmine la relación jurídica¹⁶⁸.

Según la profesora Neme Villarreal¹⁶⁹, el alcance del principio de la buena fe en materia contractual se destaca por su contenido: su carácter normativo-creador, consistente en la creación de preceptos tendentes a buscar la ejecución del negocio jurídico con lealtad, moralidad y honestidad; y su cualidad integradora de obligaciones en medio de la relación jurídica, por la cual se entiende que este principio genera los equilibrios necesarios en relaciones de igualdad mediate las correcciones y protecciones que, según el caso, deban realizarse. Esta última característica resulta evidente cuando, además de suplir los vacíos normativos contractuales, limita el alcance de toda disposición que la lesione, siendo la teoría de los actos propios una de esos controles jurídicos a la autonomía privada.

¹⁶⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia de dos (02) de agosto de dos mil uno (2001). Ref.: Exp. 6146. M.P.: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

¹⁶⁷ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. *El principio de Buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano*. En: *Revista de Derecho Privado*. No. 11. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2006. pp. 79-125. p. 87.

¹⁶⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia de dos (02) de agosto de dos mil uno (2001). Ref.: Exp. 6146. M.P.: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

¹⁶⁹ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. *Op. Cit.* p. 88.

Esto es posible en un sistema jurídico que reconoce la existencia y aplicación preferente de la buena fe, expresada desde la Norma Suprema hasta los contratos, en virtud de lo previsto en el artículo 1603 de la legislación civil patria, pasando por recientes disposiciones que regulan actividades de competencia entre partícipes del mercado económico, y administración y gobierno de sociedades comerciales, entre otras.

Dada su amplitud, la buena fe se manifiesta concretamente en medio una realidad social con el cumplimiento de los deberes de información, publicidad, diligencia, prohibición de abuso de posición dominante, responsabilidad por la idoneidad y calidad de bienes y servicios, entre otras reglas que constituyen valores concretos¹⁷⁰ a observar en todas las fases que integran el camino contractual, en el cual se ha de propender su observancia en todas sus etapas la protección de los intereses jurídicos de las partes mediante la búsqueda incesante de conservación de los efectos vinculantes del contrato y la privación de comportamientos desleales en desarrollo de la relación jurídica contractual; así, resulta importante el efecto integrador de la Buena fe en los contratos fundamentado en el mandato constitucional y legal¹⁷¹, toda vez que prevalece sobre la autonomía de los sujetos negociales en aquellos casos que atenten contra el orden público, las buenas costumbres o los intereses de una de las partes.

En efecto, del principio de la buena fe se derivan una serie de reglas que, sin adquirir un carácter taxativo, se muestran como mandatos silogísticos que ayudan a integrar el contrato y buscar su eficacia; además de determinar de una forma concreta –mas no definitiva– el alcance del mandato de optimización que es la buena

¹⁷⁰ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Óp. Cit. p. 84.

¹⁷¹ El artículo 1603 C.C. prescribe ineludiblemente una integración orgánica y sistemática del contrato, la cual no se limita a suplir las lagunas en torno a la interpretación y ejecución del contrato, ni a guardar la fidelidad estática al contrato, o buscar su reconstrucción, sino que se impone frente a estipulaciones leoninas o contrarias a la buena fe (Paráfrasis). NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Óp. Cit. p.89

fe, da lugar al desarrollo y aplicación de la prohibición de ir contra los actos propios¹⁷². La inobservancia de estas reglas puede dar lugar a la aplicación remedial de la *bona fides*, que tendría como efectos desde la privación de ventajas a quien actúa contra la lealtad y probidad que supone debe tenerse en el comportamiento durante en el curso negocial, como las sanciones de la ineficacia jurídica (inexistencia, invalidez e inoponibilidad), además de la responsabilidad civil contractual o extracontractual.

La falta de cumplimiento de los postulados de la buena fe en la relación jurídica es equivalente a incumplir con el contrato en sí mismo y da lugar, subsiguientemente, a las correspondientes sanciones negativas contempladas para esta clase de conductas¹⁷³; aplicándose en esa medida el Principio General de Buena fe sobre los acuerdos pactados de forma expresa por quienes participan en la relación jurídica, implicando tener por incorporadas las condiciones, obligaciones y derecho que, por ministerio de la ley, hacen parte de la naturaleza de cada negocio, cuando las estipulaciones hechas por las partes afecten el interés jurídico de uno de ellos. Ejemplo de lo anteriormente indicado son los efectos que producen las cláusulas

¹⁷² Sobre esta regla en particular, señala una serie de conductas que fueron materia litigiosa ante los Jueces de la República, resueltas empleando la teoría de los actos propios: “[...] [L]a conducta de una parte que entiende surtidos los requisitos para obligarse en una relación contractual la vincula, imposibilitándole defraudar la confianza generada en la contra parte al pretender posteriormente desconocer el contrato alegando la omisión de alguno de tales requisitos; la voluntad de renunciar a la exigencia de la prestación en los términos inicialmente convenidos, impide que posteriormente se pretenda pedir su cumplimiento en tales términos. [...] hace exigible la vinculación a la palabra empeñada, con independencia de la observancia de las formalidades, cuando la actuación precedente de una de las partes así lo ha admitido; [...] el comportamiento de una de las partes en la etapa precontractual la vincula, obligándole a preservar la confianza generada en la contraparte; [...] el retardo desleal en el ejercicio de un derecho vincula y, en cuanto tal, obliga a preservar la confianza justificada de la contraparte en que el titular no hará uso de tal derecho [...] la alteración unilateral de los términos contractuales causada por alguna de las partes; al igual que la conducta de una entidad financiera que remite a sus clientes una información errónea en la que dice reflejar el estado actual y real de las obligaciones que éstos poseen con dicha entidad, otorgando como consecuencia un paz y salvo, crea en el usuario una confianza cierta acerca del estado de las mismas, la cual no puede ser variada unilateralmente por el banco alegando error en la liquidación del crédito, una vez revisado pone en evidencia la existencia de saldos pendientes a cargo del deudor.” NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Óp. Cit. pp. 102-103.

¹⁷³ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Óp. Cit. p. 107.

leoninas, las cuales se entienden por no escritas en el caso del contrato de sociedad.

Como la teoría de los actos propios es una de esas reglas que se deriva de la buena fe aplicada a los contratos, la profesora Neme Villarreal afirma, con fundamento en la jurisprudencia, que “[...] se ha individuado que antes de decretar el resarcimiento, en algunos casos aquello que resulta procedente es impedir la lesión, de suerte que se proceda a negar efectos a los comportamientos contrarios a la buena fe: [...] han ordenado retrotraer la situación contractual según las condiciones inicialmente previstas por las partes¹⁷⁴”.

Por su parte, el profesor Jaime Alberto Arrubla Paucar resalta la importancia de la buena fe en las etapas precontractuales –sin desdeñar los estadios de ejecución, terminación y efectos ultraactivos del contrato–, al punto de señalar que el incumplimiento del deber de buena fe conlleva a la responsabilidad precontractual. Como concepto ético y de remota ascendencia filosófica y moral, se escinden unos deberes que buscan obligar a las partes a celebrar un negocio jurídico apuntando hacia la justicia contractual. Los siguientes son apenas algunos de estas cargas:

(a) Deber de información. Implica “[...] dar a conocer de forma clara los pormenores del negocio, las características y condiciones reales de los objetos materiales que servirán de soporte a las obligaciones futuras de las partes.”¹⁷⁵. Dado que no existe una variable general para determinar en qué medida este deber se entiende satisfecho, se atenderá a la naturaleza del negocio jurídico, a la calidad de las partes negociales y a los usos y prácticas mercantiles imperantes en el preciso momento en que se celebra el negocio jurídico, para analizar si en un caso con-

¹⁷⁴ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Óp. Cit. p. 111. El fundamento pretoriano indicado subyace en la sentencia T-793 de 2004. Igualmente, Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 7 de octubre de 2004, C.P.: Dra. Ligia López Díaz.

¹⁷⁵ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles. Teoría general del negocio mercantil*. T.I. 13° Ed. Actualizada. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A., 2012. p. 135.

creto este deber se ha cumplido. Los contratos de corretaje, por ejemplo, suponen a cargo del corredor el deber de informar todas las circunstancias que puedan influir en la celebración y ejecución del contrato¹⁷⁶.

(b) Deber de secreto. La observancia de este deber implica la abstención, a cargo de una o las dos partes, de divulgar información, datos o noticias que, en caso tal de ser reveladas al público, tienen la potencialidad de afectar negativamente el interés jurídico de su co-contratante, en virtud de los acercamientos previos a la celebración del contrato¹⁷⁷. Ordoqui Castilla agrega que, si a consecuencia de las tratativas, una de las partes “[...] obtiene información reservada, o se conocen, por ejemplo, daños internos de una determinada empresa, o de la vida íntima de una persona, se considera implícito el deber de secreto.”¹⁷⁸.

(c) Deber de custodia. Para Arrubla Paucar, consiste en la obligación de conservar, custodiar y devolver todo bien que haya sido confiado por una de las partes a su co-contratante, así sea que no concluyan los acercamientos preliminares en la celebración de un negocio jurídico¹⁷⁹.

(d) Deber de seriedad. Si el motivo de una de las partes no obedece precisamente a la generación de efectos jurídicos en el marco de una convención, sino a la satisfacción de la curiosidad indiscreta que culmina con la pérdida de recursos económicos, esfuerzos y tiempo a quien sí manifestó y desea contratar, consecuentemente habrá responsabilidad para quien conculque este deber. Sin embargo, no significa que todas las personas están obligadas a permanecer en contactos previos a la celebración de un contrato definitivo, la imposibilidad fáctica y jurídica no suponen coerción para las personas; la libertad del individuo no puede ser

¹⁷⁶ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Óp. Cit. p. 136.

¹⁷⁷ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Ibídem.

¹⁷⁸ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Buena Fe en los Contratos*. 1º ed. Zaragoza: Editorial Reus S.A., 2011. p. 43.

¹⁷⁹ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Ibídem.

coartada por cuanto algunas situaciones justifican el abandono de las negociaciones.¹⁸⁰

Como ya se ha indicado, los deberes exigidos en la etapa precontractual, de resorte, irradian toda la etapa de ejecución del contrato, incluso su terminación. Sin embargo, quien no observe con diligencia y cuidado estas reglas de comportamiento solidario una vez ha sido creada la relación jurídica, deberá asumir las consecuencias jurídicas que se deriven del daño infligido con ocasión del incumplimiento de un deber de protección, como son los deberes derivados del Principio de Buena Fe aplicado a la realidad contractual, y ya no los efectos propios del incumplimiento de una prestación –en sentido estricto– contemplada en el contrato, sea principal o secundaria.

Esta exigibilidad de la responsabilidad civil contractual, la cual será analizada más adelante (Ver §198.), no obedece ya al individualismo hedonista ínsito en la filosofía liberal, la cual entronizaba la autonomía de la voluntad como elemento fundador de las relaciones jurídicas en ese entonces, caracterizadas por una presunta igualdad formal y material entre los contratantes. La obligación de reparar los daños y perjuicios causados a un individuo injustificadamente y contrario a Derecho en el marco de una relación contractual, sigue a la necesidad de proteger un “interés de protección”¹⁸¹ en un momento histórico marcado por la agresividad de las condiciones de existencia social, seriamente marcado por un relativismo que pareciera dar un “golpe de estado” al imperio de la lealtad, confianza, honradez y probidad en el cumplimiento de los deberes relacionales y en el ejercicio de las garantías originadas en el seno de la relación jurídica.

Como elemento fundante e integrador del ordenamiento contractual, no puede ser comprendida la generación de situaciones jurídicas, derechos y deberes sin tener

¹⁸⁰ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Óp. Cit. pp. 136-137.

¹⁸¹ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Óp. Cit. p. 415.

en cuenta las características del *bonus vir*, el cual sirve como punto de referencia para verificar el cumplimiento de las prestaciones pactadas en el texto del contrato, y aquellas que forman parte de la naturaleza del negocio. Justamente, el concepto del buen padre de familia es tan dúctil como la misma buena fe y sus reglas de aplicación, lo que le permite adaptarse, reconstruirse de continuo a la realidad social, a la causa y objeto negociales y a las circunstancias que gobiernan de hecho y de derecho la relación jurídica¹⁸².

El maestro Arturo Valencia Zea asegura que el contenido de la buena fe contractual se encuentra ligado a la conciencia de proceder con honradez ante las obligaciones que asume y con sumo respeto por el interés jurídico de la contraparte negocial, considerando como centro de su argumentación que la definición contenida en el artículo 768 del Código civil colombiano¹⁸³ resulta la más correcta; en todo caso, se trata de una conciencia que debe ser materializada por quienes participen en la relación jurídica, adecuando su comportamiento a un determinado patrón imperante en la sociedad¹⁸⁴.

Consideramos que la opinión del profesor Valencia Zea conduce a aceptar una amalgama indebida entre la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva, puesto que la norma citada refiere a un estado mental de parecer obrar conforme al Derecho, el cual resulta importante para invocar la posesión en las causas civiles, que resulta muy distinto de los deberes objetivos de comportamiento en el curso de las relaciones jurídicas, concretamente en el campo contractual, deberes que se sustentan históricamente como retoños de una idea abstracta ligada que denotaba una

¹⁸² NEME VILLARREAL, Martha Lucía. *La Buena fe en el Derecho Romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en material contractual*. 1º ed. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 155.

¹⁸³ Artículo 768. BUENA FE EN 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. [...]”

¹⁸⁴ VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho civil*. 9º ed. T. III. *De las obligaciones*. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A., 2004. pp. 140-141.

idea de lo justo para los intereses individuales de las partes y plausible por conductas específicas (Ver §34.).

Ahora bien: decir que la conciencia debe exteriorizarse u objetivarse por virtud propia, implica predicar una buena fe subjetiva cualificada, la cual acoge el error o estado de conciencia equivocado fruto de una diligencia y cuidado que hacen de esta situación mental como insuperable, el cual es, de hecho, el sustento de la teoría de la apariencia jurídica (Ver §§77. y ss.), muy disímil de una buena fe objetiva-pasiva que pretende proteger el comportamiento de quien, habiéndose comportado diligentemente en el plano negocial, espera de su contraparte similares manifestaciones, tomando como referente la figura del *bonus vir*.

Para el profesor uruguayo Ordoqui Castilla, el alcance de las normas jurídicas en materia contractual llega a épocas lejanas en comparación al tiempo de la elaboración de los proyectos de códigos civiles. Lo anterior, por cuanto la buena fe tiene una amplitud epistemológica y ajena a los avatares de los tiempos que, dado su carácter integrador e interpretativo, se concreta en la realidad socio-jurídica de un pueblo manifestada por sus costumbres, las cuales son empleadas para actualizar el sentido decimonónico de las normas jurídicas de Derecho privado, dando lugar a una interpretación actual y vigente que no le permite al ordenamiento jurídico privado –y en especial, el contractual– anquilosarse en una etapa histórica determinada, sino que, por el contrario, lo lleva a percibirse con mayor fuerza en las relaciones jurídicas del nuevo milenio¹⁸⁵.

Massimo Bianca dice que las referencias a la diligencia y cuidado, al buen padre de familia, a la honestidad y corrección en el actuar en el tráfico jurídico, con todo, no son suficientes para dar una adecuada definición de la buena fe aplicada a los contratos, de manera que ha sido necesario restringir su entendimiento en esta

¹⁸⁵ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. Óp. Cit. p. 23.

materia en términos de lealtad imperante entre las partes de una relación jurídica, y que se especifica como el respeto a la confianza recíproca depositada. Con todo, lo anterior no puede ser óbice para el desarrollo de nuevas concepciones sobre la buena fe en el Derecho de los contratos, y menos limitarlo en perjuicio de otras ramas jurídicas ni relaciones jurídicas concebidas y analizadas en seno de éstas, puesto que la buena fe es el fundamento basilar del ordenamiento jurídico¹⁸⁶.

Encierra la buena fe el principio de solidaridad contractual, el cual subyace en todo el camino negocial e implica la prohibición de la lealtad de comportamiento en la formación e interpretación del contrato¹⁸⁷, y una obligación de salvaguarda durante la ejecución del contrato y de la relación obligatoria, imponiendo la preservación de los intereses jurídicos de cada una de las partes, indistintamente de las estipulaciones contractuales realizadas; una obligación por la cual cada uno de los sujetos negociales se comprometen a “[...] salvaguardar la utilidad de la otra en los límites en que ello no comporte un sacrificio apreciable.”¹⁸⁸.

Bianca dice que el contenido de la buena fe no permite su determinación concreta en la realidad, puesto que hay una exigencia de diversos comportamientos que comprenden la cláusula general de la buena fe que, con todo, pueden ser susceptibles de una tipificación general. Entre estos tipos abstractos se comprenden los cambios de comportamientos admisibles para la salvaguardia de la utilidad de la contraparte, contrario al obstruccionismo u observancia irrestricta de las prestaciones que derivan del contrato y/o del reglamento; y el cumplimiento de los actos jurídicos o materiales necesarios para que el interés de las partes resulten aiosos ante cualquier eventualidad que menoscabe el objeto contractual, entre otras¹⁸⁹.

¹⁸⁶ BIANCA, Massimo. *Derecho civil*. T. III. *El contrato*. 2º ed. (Trad. por Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 525.

¹⁸⁷ BIANCA, Massimo. *Óp. Cit.* p. 526.

¹⁸⁸ BIANCA, Massimo. *Óp. Cit.* p. 527.

¹⁸⁹ BIANCA, Massimo. *Óp. Cit.* pp. 528-532.

Por último, la importancia de la buena fe puede ser resumida en las palabras del jurista Luis Claro Solar, quien señala lo siguiente:

“Hoy todos los contratos deben ser interpretados de buena fe; y por eso se comprenden en todo contrato las cosas que son de su naturaleza, que se entienden pertenecerle sin necesidad de una cláusula especial porque emanan de la naturaleza misma del contrato o porque la ley se las atribuye o la costumbre del lugar las considera comprendidas en él. Habiendo guardado silencio al respecto en el contrato que celebran, la ley supone que esta es la intención de las partes.”¹⁹⁰.

La buena fe impregna de vida y sentido a todas las normas jurídicas que regulan las relaciones jurídicas, tras pretender la concreción de una justicia contractual en contraposición al egoísmo y relativismo imperante en el siglo XXI, toda vez que, según Larenz, “[...] [U]na sociedad en la que triunfa el egoísmo, la deslealtad, el materialismo, la desconfianza, el relativismo, el consumismo [...] se sumerge en un estado de guerra latente donde en lugar de paz reina la discordia y la sociedad termina siendo perturbada en lo más profundo.”¹⁹¹.

1.1.2.1.3. **EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE, LIGADO DESDE SUS ORÍGENES A LOS DEBERES DE COMPORTAMIENTO.**

§33. Los comienzos de la buena están ligados al riguroso formalismo jurídico y el misticismo religioso imperantes en los primeros tiempos de Roma. Ese conjunto de solemnidades, según la profesora Neme Villareal, traducía en formas comprensibles los problemas fundamentales del Derecho, recurriendo así a los simbolismos y personificaciones para representar sus ideas ante todos; representaciones que correspondían a una concepción del Derecho entendido como “el conocimien-

¹⁹⁰ CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho civil Chileno y comparado*. T. X. *De las Obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1979. p. 497.

¹⁹¹ LARENZ, Karl. *Derecho civil. Parte General*. Madrid: s.e., 1975. p. 59. En: ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Op. Cit.* p. 22.

to de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y de lo injusto”¹⁹², de modo que no es comprensible para los antiguos romanos que una regla jurídica no sea al mismo tiempo religiosa¹⁹³.

En el Derecho arcaico romano, destacan las nociones de “*maiestas*”, “*terminus*” y “*fides*”, atributos de la divinidad suprema romana, de la cual proviene todo el sentido de la juridicidad, lo correcto y lo honesto; estos símbolos representaban, en ese orden, la jerarquía existente en el universo y aplicada a las relaciones humanas, determinada en este campo por el “*status*”, que incidía en la adquisición y ejercicio de derechos y obligaciones dentro de la “*civitas*”, en la estabilidad del orden social en un cierto espacio y tiempo y, en el equilibrio en las relaciones sociales cuando, en virtud de la jerarquía imperante en la sociedad, podría llevar a resultados contrarios al mismo orden social¹⁹⁴. Habida cuenta, unas de las manifestaciones de este orden jurídico-religioso en las relaciones humanas son el juramento¹⁹⁵, y los tratados internacionales o “*foedus*”¹⁹⁶ entre ciudades-estado, de los cuales derivaban derechos a favor de los ciudadanos extranjeros, antes de la creación del Derecho honorario, permitiéndoseles por esta vía participar de la “*fides*” que vinculaba a los ciudadanos romanos.

En suma, la “*fides*” era el agente regulador de la actividad pública y privada, por cuanto su función era preservar el orden jurídico-religioso imperante, pudiendo ser

¹⁹² D.1.1.10.2. Ulpiano. En: KRIEGEL, HERMANN y OSENBRÜGGEN, Óp. Cit. p. ____.

¹⁹³ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Óp. Cit. pp. 26-31.

¹⁹⁴ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Óp. Cit. pp. 32-33.

¹⁹⁵ El juramento era la “[...] solemne invocación de la divinidad, testigo y garante de la veracidad de aquello que se afirma o promete [...]”, quedando sometido a la divinidad en caso de no cumplir con lo prometido (NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Óp. Cit. p. 38.).

¹⁹⁶ El “*foedus*” es el compromiso recíproco entre los pueblos, una relación duradera que no se limita exclusivamente a una prestación con quienes participan en la relación, sino con las diversas generaciones que les siguen, por cuanto la pignoración de la mano derecha hacía parte del ceremonial. En caso que una de las partes afectara a los legatarios, habría un quebrantamiento a la “*fides*” y, en consecuencia, al derecho de gentes, por cuanto éstos eran considerados “santos y en cuanto tales deben ser respetados en su integridad personal, en su dignidad y libertad”. Creemos que este puede ser un antecedente al reconocimiento de inmunidad diplomática para quienes participan en las misiones diplomáticas y consulares. (NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Óp. Cit. p. 58.)

vista como la posición entre quienes se vinculan en torno a un interés¹⁹⁷. A su vez, era la determinadora de las justas atribuciones para cada cual, como bien podía ser igualmente como el vínculo jurídico¹⁹⁸ en sí mismo en cuyo seno se crean las obligaciones que las partes deben cumplir.

§34. Gracias al contacto del pueblo romano con otras agrupaciones sociales, se adoptaron elementos éticos jurídicos que permitieron una interpretación diferente de la “*fides*”, dado su acrecentamiento y desarrollo complejo; esto, teniendo en cuenta el desligamiento paulatino de los simbolismos incorporados en la celebración del negocio jurídico, imperando desde entonces la consideración de una convicción íntima de respeto estimada por la comunidad como valor fundante del ordenamiento jurídico interno y del Derecho de gentes, denominada en adelante “*bona fides*”¹⁹⁹.

Las nuevas exigencias de la sociedad romana, ya no vista como una sociedad eminentemente agrícola sino comercial, hacían que las formas del Derecho quiritaro fueran insuficientes para las nuevas manifestaciones jurídicas. Esta circunstan-

¹⁹⁷ En este caso, la “*fides*”, como potestad, tenía la capacidad de vincular a las partes en la misma forma como lo haría la “*maiestas*” frente a las relaciones de la naturaleza o de jerarquía. Era la posición preponderante de uno individuo que se vinculaba en una relación, que le confería poder sobre otro, ejerciéndose mediante la “*deditio in fidem*”, el “*venire in fidem*” y el “*imperium*”, no siendo, en todo caso, facultades ilimitadas sino restringidas por la conservación del individuo puesto bajo estas formas de potestad, e incluso su misma protección. Dicho sea de paso, que los sujetos poseedores del “*imperium*” ostentaban un poder indivisible y apoyado en el poder militar, que comprende adicionalmente la intervención del magistrado en la resolución de las controversias de los particulares (“*iurisdictio*”), y la “*coercitio*”, que eran las facultades para el uso de medidas coercitivas y sancionatorias sobre la persona y su patrimonio. Ahora bien, aunque sean facultades que pueden dimanar de él, las formas del ordenamiento jurídico romano, sustentado sobre la autoridad del pueblo de Roma, hacían que su autoridad se encontrara sujeta a la “*maiestas populi*”, razón por la cual se podía ejercer la “*provocatio ad populum*” (NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Óp. Cit. pp. 66, 75-77).

¹⁹⁸ El término “*fides*” se utilizó para referir la promesa de celebrar un contrato, ligado a la tradición de pignorar la mano derecha; así como el vínculo creado por la promesa, y aquellos presupuestos éticos del compromiso, como lo eran la veracidad en las declaraciones y constancia en el mantener los compromisos. Con todo, no se trata de una virtud estable por cuanto se trataba de una cualidad valorada según el caso, mas poco a poco conduce a una abstracción ética jurídica, intrínseca tras un proceso de abandono del formalismo hacia su concepción como valor reconocido socialmente (NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Óp. Cit. pp. 84-86).

¹⁹⁹ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Óp. Cit. p. 91.

cia obligó a la creación de un derecho que involucrara más cercanamente a los extranjeros, quienes tenían una participación primaria en la actividad social en virtud de los “*foedus*”, “*hospitium*” o “*amicitia*”, los cuales les permitía el ejercicio de ciertos derechos antes reservados para los “*cives*”. Ciertamente, resultó vetusto y ajeno a la realidad que sólo los ciudadanos romanos pudieran celebrar actos jurídicos y ser sujetos titulares de facultades o derechos en virtud de su condición de ciudadano.²⁰⁰.

Posteriormente, las relaciones entre extranjeros adquirieron esa tutela por medio de la “*fides*”, ligada al concepto de fidelidad, constancia y verdad en el plano de una relación igualitaria, una “[...] rigurosa obligación de constancia y de verdad, a principio sustancial y no meramente formal de comportamiento y de interpretación de los *verba*.”²⁰¹; en consecuencia, la eficacia de las relaciones jurídicas supeditadas al ritualismo de los “*verba sollemnia*”, fue sustituida por la voluntad de quienes realizan el negocio jurídico: “no son los juramentos garantía del hombre, sino el hombre garantía de los juramentos”²⁰². La “*bona fides*” adquirió una fuerza única que condujo al reconocimiento de los contratos consensuales: compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato; y, constituyó el un nuevo sustento tutelar empleado por el pretor frente a contratos que en otro tiempo no eran considerados digno de protección jurídica, como sucedía con el comodato, el depósito y la prenda, entre otros²⁰³. En uno y otro caso, el cumplimiento de las prestaciones derivadas de los acuerdos entre particulares fueron verificados según un modelo de conducta a seguir: el buen padre de familia, medida de toda diligencia y cuidado en el giro ordinario de los negocios²⁰⁴.

²⁰⁰ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Óp. Cit. p. 99.

²⁰¹ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Óp. Cit. pp. 103-104.

²⁰² NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Óp. Cit. p. 105.

²⁰³ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Óp. Cit. p. 113.

²⁰⁴ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Óp. Cit. pp. 115-117.

En ese orden de ideas, de forma paulatina fueron desarrollándose deberes que suponían un comportamiento diligente, recto y probo durante el desarrollo de las relaciones jurídicas creadas por las partes. Algunas de estas manifestaciones históricas y jurídicas en el seno del romano son: **(i)** El respeto a la fuerza vinculante de los contratos según el espíritu del negocio²⁰⁵; **(ii)** La protección de la conducta recta contra aquella desplegada con dolo o fraude, so pena de responsabilidad establecida mediante la *exceptio doli* y la *actio doli* en el ámbito del honorario, desbordando el alcance de la “*stipulatio doli*” del civil²⁰⁶; **(iii)** La transición hacia una interpretación contractual en cuyo espectro eran analizadas todas las conductas que, si bien no se enmarcaban dentro de los comportamientos dolosos, implicaban la ruptura de la “*fides bona*” por la trasgresión de un deber de honestidad y probidad que no corresponde a los modelos de la buena fe y del buen padre de familia, así como la consecuente graduación de la culpa como criterio para establecer la responsabilidad contractual²⁰⁷; **(iv)** La aplicación de una responsabilidad por el incumplimiento de la garantía de conservación de la cosa confiada en depósito²⁰⁸; **(v)** El establecimiento de la bilateralidad objetiva o sinalagmática de los contratos, sustentada sobre la reciprocidad en la fijación y requerimiento sobre la ejecución del negocio (“*exceptio non adimpleti contractus*”), y en el equilibrio de prestaciones contractuales gracias al desarrollo de la lesión enorme²⁰⁹; y **(v)** La introducción de obligaciones adicionales al texto del contrato, como la prohibición de ir contra los actos propios²¹⁰; entre otros.

Desde otro punto de vista que, con todo, desemboca en el ligamen de la buena fe con los deberes de cumplimiento y las relaciones jurídicas vistas en un sentido objetivo, el profesor chileno Luis Claro Solar indica que la protección de los intereses jurídicos derivados de un contrato celebrado entre las partes sobre la buena

²⁰⁵ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Óp. Cit. p. 163.

²⁰⁶ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Óp. Cit. pp. 175-179.

²⁰⁷ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Óp. Cit. pp. 189-193.

²⁰⁸ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Óp. Cit. pp. 194-195.

²⁰⁹ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Óp. Cit. p. 203.

²¹⁰ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Óp. Cit. pp. 237-240, 309-326.

fe, sólo era posible siempre que el vínculo jurídico no sea de aquellos sometidos a Derecho riguroso sino a la buena fe. Es decir, que no se tratara de un contrato *stricti iuris*, un contrato que comprendía únicamente lo estipulado expresamente, o lo que se halla establecido por las leyes sobre el asunto, sin interpretaciones extensivas; sino que fuera de aquellos llamados “contratos *bonæ fidei*”, aquellos que son por excelencia de carácter sinalagmático, y a su vez le permitían al juez apelar a la equidad como regla de derecho para verificar si el objeto de la demanda impulsada sobre las acciones de buena fe, debía ser satisfecho por el deudor de esa obligación²¹¹. Como ejemplo, dice lo siguiente:

“[...] En las acciones de buena fe, dice Gaius, las partes pueden estar obligadas la una respecto de la otra, *exadem causa*; el juez aprecia estas obligaciones; y haciendo una compensación, no condena al demandado sino al excedente de lo que él debe sobre lo que le es debido.”²¹².

La profesora Mariana Bernal Fandiño indica que la buena fe, desde el Derecho romano, está vinculada al respeto y cumplimiento de la palabra empeñada, siendo así una abstracción inherente a los Derechos honorario y civil que pretendía mantener un equilibrio y materializar la justicia para esa relación concreta²¹³. Señala que la buena fe, en un primer momento histórico, estaba relacionada con un método de juzgamiento que conllevaba la extensión del poder pretoriano en el procedimiento formulario, permitiéndole desentrañar el contenido de la fórmula y el contenido real del contrato. En un segundo momento, correspondiente al Derecho justiniano, la buena fe ya es tomada como cualidad inherente al negocio jurídico y principio rector de la conducta de las partes²¹⁴.

²¹¹ CLARO SOLAR, Luis. Óp. Cit. p. 496.

²¹² CLARO SOLAR, Luis. Ibídem.

²¹³ BERNAL FANDIÑO, Mariana. *El deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos*. 1º ed. Colección Laureata. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, 2013. pp. 86-87.

²¹⁴ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Ibídem.

Aceptamos parcialmente la posición de la profesora Bernal Fandiño, puesto que en el Derecho civil las relaciones contractuales estaban sujetas a los ritos y formalismos jurídico-religiosos que denotaban la intervención de la divinidad y de la buena fe en el negocio, colocándose las partes a la merced de los dioses; pero no es ahí en este derecho donde surgen las relaciones sobre la equidad que implicaban el cumplimiento más allá de lo pactado en el texto del contrato, por cuanto se trataba de un desarrollo propio del Derecho honorario, nacido de las nuevas exigencias sociales y económicas impulsadas por el contacto entre romanos y extranjeros.

Así mismo, observamos que, si bien el poder del pretor se entendía al desentrañamiento de la causa real del contrato, a más del objeto de la demanda en el procedimiento *per formula*, esto era posible porque el negocio jurídico celebrado era de aquellos considerados como “contratos de buena fe”, en los que llevaba incorporada en su naturaleza la buena fe; esto quiere decir que en estas relaciones jurídicas era de suyo la satisfacción del interés más allá de la letra del texto negocial, por ejemplo, la compraventa. No obstante, bajo el procedimiento de las acciones de la ley (“*legis actio*”) era posible que las partes se obligaran idénticamente si en el contrato se había estipulado la cláusula de buena fe, la cual surtía los mismos efectos que en la naturaleza de los negocios jurídicos bajo el procedimiento formulario.

§35. En la actualidad, la buena fe se erige como uno de los pilares de los ordenamientos jurídicos interno. Ello es corroborado con su recepción en los códigos de Derecho privado en nuestro país –Código civil²¹⁵ y Código de Comercio²¹⁶, principalmente–, en el Código civil francés²¹⁷, el Código civil alemán (BGB)²¹⁸, el Código

²¹⁵ Artículo 1603 C.C.

²¹⁶ Artículos 863 y 971 C. de Co.

²¹⁷ Artículo 1134. “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.// Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.// Elles doivent être exécutées de bonne foi.*” (Las convenciones legalmente formadas

civil español²¹⁹, el Código civil italiano²²⁰; y en el *Restatement (Second) of Contracts*²²¹ y el *Uniform Commercial Code*²²² de Estados Unidos²²³.

En el campo del Derecho internacional se han producido reconocimientos de las reglas de conducta como criterios para la solución de los conflictos. Bernal Fandiño indica que el sentido de la buena fe objetiva fue incorporado en los principios UNIDROIT²²⁴ y en la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías²²⁵. En adición, refiere el proyecto de armonización legislativa en seno del Derecho europeo de los contratos²²⁶.

En los principios UNIDROIT, la buena fe es una de sus ideas fundamentales, de modo que, en ausencia de normatividad expresa, las partes deben propender por un comportamiento ajustado en toda la duración del contrato, incluyendo las tratativas preliminares. Sin embargo, la observancia de las reglas de probidad y lealtad

tienen lugar de ley en aquello que fueron hechas.// Ellas no pueden ser revocadas más que por mutuo acuerdo o por las causas que la ley autorice. Ellas deberán ser ejecutadas de buena fe.)

²¹⁸ §242. “*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*” (“El deudor está obligado a realizar la prestación según la buena fe conforme al uso común.”).

²¹⁹ Artículo 1258. “*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.*”.

²²⁰ Artículo 1375. “*Esecuzione di buona fede. Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede.*” (Ejecución de buena fe. El contrato debe ser ejecutado según la buena fe).

²²¹ §205 “*DUTY OF GOOD FAITH AND FAIR DEALING. Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement.*” (Deber de buena fe y trato justo. Todo contrato impone a cada parte un deber de buena fe y trato justo en su desempeño y aplicación.).

²²² §1-201 (2) “*‘Good faith’ except as otherwise provided in Article 5, means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing.*” (‘Buena fe’, salvo las excepciones establecidas en el artículo 5, significa honestidad, de hecho, y la observancia de los estándares comerciales razonables de lealtad negocial.).

²²³ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 88.

²²⁴ Artículo 1.7. “1) Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international.// 2) Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée”. Trad.: “Las partes están obligadas a cumplir con las exigencias de la buena fe en el comercio internacional.// 2) Ellas no podrán excluir esta obligación ni limitar su alcance.”.

²²⁵ Artículo 7.1. “En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.”.

²²⁶ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 89.

en el marco de estos principios, al momento de interpretar y resolver la controversia, se limita únicamente al comercio internacional, no pudiéndose aplicar los criterios nacionales que existan sobre la buena fe, ni ser tomados en consideración a no ser que sean generalmente aceptados dentro de los diversos sistemas jurídicos, siendo analizados según las condiciones especiales del comercio internacional.

1.1.2.1.4. LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS SE SUSTENTA EN LA BUENA FE OBJETIVA.

§36. Como se ha explicado, desde un punto de vista histórico, la buena fe está relacionada directamente con los deberes de comportamiento leal y honesto, y las exigencias conductuales de diligencia y cuidado, se debe concluir que la teoría de los actos propios, como derivación instrumental del Principio General de la buena fe, tiene su fundamento en la buena fe objetiva, no en el estado de ignorancia sobre una situación, como lo implica la buena fe subjetiva. Aunque parezca obvio, creemos pertinente realizar este contraste dado que, unas veces por el empleo inadecuado del lenguaje²²⁷ y otras más por la imprecisión imperante al comprender la prohibición de ir contra los actos propios, existen jurisprudencia y doctrinas²²⁸ que recorren por los yerros de la buena fe subjetiva cualificada, al punto de semejarlos con la teoría de la apariencia.

Para nosotros, la teoría de los actos propios no protege la apariencia en una situación jurídica nueva en virtud de otra anterior, sino que encamina su esfuerzo a proteger la confianza depositada en el comportamiento coherente que se presenta

²²⁷ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL-SALA CUARTA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de seis (06) de julio de dos mil doce (2012). Alberto Sandoval Martínez y Tatiana Rosa Peirano Arancibia contra el ISS (T-512-12). M.P.: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Ref. Exp.: T-3359779 y 3365548 (acumulados). En esa sentencia, la Corte, aunque se refiere a la teoría de los actos propios como un acto netamente ligado a la buena fe objetiva, al proteger la confianza que subyace en la seguridad de continuidad de las cosas y en la coherencia que ella supone, emplea una sinonimia que apriorísticamente sería adecuada, mas la dogmática de la figura torna desajustado proteger una expectativa.

²²⁸ Cfr. TUR FAÚNDEZ, María Nélica. *La prohibición de ir contra los actos propios y el retraso desleal*. 1º ed. Navarra: Aranzadi, 2011. pp. 26-28.

como un ideal hecho deber secundario en el devenir de las relaciones jurídicas de orden convencional. Por tanto, al formar parte de una idea abstracta correspondiente al hombre diligente, esto es que todas las personas se mantienen en su propio dicho y que habrán de actuar siguiendo y respetando los efectos que sus propias conductas han generado en la realidad, no puede concluirse que el sustrato fundacional de la teoría de los actos propios resida en la protección de las representaciones sobre la realidad.

Alejandro Borda, sustentado en Díez-Picazo, indica que resulta más conveniente acudir a la protección de las situaciones reales y evidentes a la razón y lo material, y no a las apariencias o ficciones que imperen en el fuero interno de las personas que actúan en función de un estado mental y nada más que sobre eso. Justamente, si una persona ha suscitado una confianza basada en una determinada y futura conducta –lo que no implica en ningún momento la generación de una apariencia por cuanto se mantiene el sentido objetivo de una conducta anterior–, no deberá defraudar esa confianza por cuanto le resulta imperativo actuar en coherencia al acto originario, no en la apariencia jurídica. La coherencia que se predica como razón de ser de la teoría de los actos propios, se obtiene de verificar la contradicción entre ambas conductas aunque se tome como punto de referencia la conducta primaria; siendo así distinto la valoración aislada de las dos conductas requeridas para la aplicación de la teoría de los actos propios²²⁹.

La teoría de los actos propios, por otro lado, no busca salvar la antijuridicidad de una conducta desplegada sobre la creencia de actuar según el Derecho, porque, de entrada, la buena fe objetiva, que es el sustrato en el cual se sitúa el deber de coherencia, supone el conocimiento de la ley y no su desconocimiento²³⁰. De hecho, hablar de la prohibición de eximir la responsabilidad por la ignorancia de la

²²⁹ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 63-65.

²³⁰ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. *La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano: una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio*. En: Revista de Derecho Privado. No. 18. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2010. pp. 65-94. p. 77.

ley nos ubica estrictamente en el terreno de los deberes objetivos de comportamiento, que en este caso es el de conocer atentamente la norma jurídica²³¹. La prohibición de ir contra los actos propios, por lo tanto, nace de la licitud de las conductas que son valoradas en conjunto para determinar la contradicción que se requiere para su aplicación, mas no de la ilicitud de una de ellas, que justamente supone valorar las declaraciones o manifestaciones según la buena fe subjetiva, toda vez que se aplicará preferentemente otra figura jurídica que responda a la necesidad de sancionar aquel acto, o se recurrirá una institución que, distinta de la teoría de los actos propios, legitime el comportamiento ilícito a tal punto que excluya su antijuridicidad.

A su vez, la profesora Neme Villarreal es clara al indicar que se trata de una protección al deber de coherencia, comprendido dentro de la Buena fe objetiva –y no en el terreno de la Buena fe psicológica–, puesto que quien invoca la inadmisibilidad de la conducta contradictoria lo hará en función de ella, pues si bien el individuo ha realizado actos que se enmarcan dentro de la Buena fe pasiva –esto es, el esperar la misma diligencia y cuidado de las demás personas en la misma medida como él ha actuado– y se requiera de su lealtad, importa poco el estado que se haya representado el individuo o toda expectativa analizada de forma individual, siendo que el estudio de las conductas en el marco de la protección al deber de coherencia se realiza conjuntamente y no de forma aislada, ciñéndose de forma sencilla a un análisis del cumplimiento de los deberes que la buena fe impone. Por ese mismo sendero, es dable atacar a quienes indican que la buena fe cualificada –o, para otros, la teoría de la apariencia– es el sustrato que legitima la protección de la confianza legítima, de la siguiente manera:

“La presencia de la regla *venire contra factum proprium non valet* se manifiesta como fuertemente cargada de deberes de comportamiento para la parte que pretende hacer valer el comportamiento incoherente, pero su fuerza se evidencia en el respeto a la

²³¹ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Óp. Cit. p. 78.

confianza legítima adquirida por la contraparte; tal conformación de la regla puede llegar a generar la equívoca idea de que estamos en presencia de una buena fe subjetiva; en verdad, a nuestro juicio, se trata de una buena fe objetiva que en nada tiene que ver con la condición psicológica de mera creencia de la buena fe subjetiva, comoquiera que la buena fe de quien exige el respeto a dicha confianza se sustenta en hechos completamente objetivos, los propios actos de la contraparte que tienen la virtud de crear una confianza “legítima” en quien alega la regla, dado su carácter de manifestaciones externas, claras, acordes con la buena fe y suficientemente significativas en relación con la posibilidad real de generar una tal confianza.

“Así las cosas, esta regla en particular, antes que sustentarse en una buena [fe] subjetiva lo que pone de presente es que la buena fe objetiva se manifiesta algunas veces de manera activa, como cuando impone deberes a las partes, y otras de manera pasiva en cuanto tutela la confianza adquirida por una de las partes en que la contraparte ajustará su conducta a las reglas emanadas de la buena fe.”²³²

En consecuencia, es inadecuado tratar bajo un sincretismo la buena fe objetiva-pasiva y la buena fe cualificada –o exenta de culpa– porque, en materia de actos propios, quien busca la protección de la última siempre será con la vocación de resguardar los intereses propios y no de la contraparte, puesto que “[...] su finalidad no es otra que la de obtener un mayor grado de certeza de nuestra convicción de no estar lesionando derecho alguno con nuestro actuar²³³”, aunque se trate de un estado psicológico fundado ya no en el error sino en un hecho objetivo, en una situación idónea para fundar la confianza de cualquier persona y fuertemente respaldada por la realidad y sus hechos externos, pues, se reitera, no importa la actitud psicológica del agente, no interesa su creencia de estar obrando según el Derecho o en cumplimiento de un deber, sino que cumpla con las cargas que la Buena fe objetiva impone, y que lo haga efectivamente²³⁴.

²³² NEME VILLARREAL, Martha Lucía. *Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos*. En: *Revista de Derecho Privado Externado*. No. 17. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2009. pp. 45-76. p. 69.

²³³ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. *Óp. Cit.* p. 70.

²³⁴ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. *Óp. Cit.* Pg. 72.

§37. En esa medida, no puede compartirse la posición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia al resolver una casación interpuesta sobre una cesión de cuotas de una sociedad de responsabilidad limitada cuyos efectos eran simulados, pues apunta el campo de acción de la buena fe objetiva a la construcción de expectativas legítimas generadas por el comportamiento inicial del sujeto de derecho de quien se reclama la coherencia ínsita en la teoría de los actos propios²³⁵. Como ya se dijo, la pretensión de esta prohibición apunta a salvaguardar, en los casos en que sea posible, la coherencia fundada en una situación real y verificable en la realidad; no las probabilidades o posibilidades que surjan en torno a una situación abarcable desde la buena fe subjetiva –y buena fe subjetiva cualificada–, puesto que sólo se quedan en meras expectativas si no se concretan en la realidad natural y jurídica, a más de su falta de relevancia para el espectro de aplicación de la buena fe objetiva, la cual abarca únicamente el deber de comportamiento leal y probado ajustado a los parámetros sociales imperantes, sea activa o pasivamente.

Igual comentario merece la consideración hecha por la Corte Suprema de Justicia frente al recurso extraordinario de casación interpuesto por Saffón Salazar, Nora Lucía Sanín de Saffón y la sociedad Constructora Safinsa Ltda., contra la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, sobre la revisión de un crédito adquirido con Banco Comercial AV-Villas²³⁶. En ese pronunciamiento, dice lo siguiente:

“Empero, cumple resaltar que el objetivo último, no es, en verdad, salvar la contradicción del acto o impedir la incoherencia de un determinado comportamiento; el fin, esencial, por lo demás, es evitar que con ese cambio de actitud, con esa rectificación se genere un perjuicio a quien despertó alguna expectativa válida por la conducta

²³⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia de ocho (08) de noviembre de dos mil trece (2013). Ref.: Exp. 73001-3103-005-2006-00041-01. M.P.: Dr. Arturo Solarte Rodríguez. Puntos 5.1. y 5.2. de las consideraciones.

²³⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia de veinticuatro (24) de enero de dos mil once (2011). Ref.: Exp. 11001-3103-025-2001-00457-01. M.P.: Dr. Pedro Octavio Munar Cadena.

desplegada anteriormente, es, en otras palabras, dejar incólume la confianza fundada en ese antecedente.”²³⁷.

Recordemos que la protección de la coherencia, o mejor, la confianza en el comportamiento coherente del sujeto agente es la razón que dota de sentido a la teoría de los actos propios; la protección de una expectativa es lo mismo que decir que la protección de un estado mental en sí mismo que, aunque tenga ciertas manifestaciones externas, no deja de ser un asunto del fuero interno: una representación. Borda dice: “[...] la confianza no se deposita en una apariencia jurídica sino en la obligatoriedad de comportarse coherentemente.”²³⁸.

En ese sentido, la Corte Constitucional indicó que, en virtud de ser principio – calificación en la cual disentimos–, el desconocimiento de la teoría de los actos propios supone el menoscabo a la confianza razonable de que las estipulaciones acordadas se mantendrían durante todo el tiempo de la obligación²³⁹. Por el mismo sendero, la sentencia T-083 de 2003 es enfática al señalar que la seguridad de haber obtenido una posición jurídica definida por un acto que creó situaciones particulares y concretas a su favor, es el origen de la confianza que se protege por medio de la figura jurídica bajo estudio, no una convicción de apariencia de legalidad²⁴⁰.

²³⁷ Óp. Cit. Punto 5 de las Consideraciones de la Corte.

²³⁸ Cfr. BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 65. En ese mismo sentido: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-180A de 2010, T-248 de 2008,

²³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SEGUNDA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de veintitrés (23) de marzo de dos mil diez (2010). Manuel Antonio Castro Cuervo c. Fondo Nacional del Ahorro (T-221-10). M.P.: Dr. Mauricio González Cuervo. Ref. Exp.: T-2409418.

²⁴⁰ Punto 10 de las Consideraciones de la Corte. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de treinta y uno (31) de agosto de dos mil diez (2010). María Mercedes de Pombo y Luis Pombo Gaviria contra el Tribunal Superior de Bogotá-Sala Civil y el Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá. (T-672-10). M.P.: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Ref. Exp.: T-2395893.

1.1.2.2. SUBSECCIÓN II. LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS ES UNA REGLA DE DERECHO Y NO UN PRINCIPIO JURÍDICO.

§38. La Corte Constitucional inicialmente consideró la teoría de los actos propios como una doctrina sustentada en el Principio General de la buena fe²⁴¹. A partir de la sentencia T-295 de 1999 la Guardiania de la Constitución sostiene que esta figura jurídica es un “[...] principio constitucional, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto. [...]”, no variando su precedente sobre este punto específico. Ahora bien, creemos que el origen de esta aseveración, para nosotros, radica en que la misma Corporación, al referirse por primera vez sobre este tema, no la define directamente como principio ni como regla, sino que, en su lugar, optó por mencionarla por el brocardo “*venire contra factum proprium non valet*”.

Para determinar si la teoría de los actos propios es, en efecto, un Principio General del Derecho, o si, por el contrario, se trata de una regla de derecho, debe explorarse en qué consiste cada uno de estos y verificar si por sus características la prohibición de ir contra los actos propios puede ser tratada como una norma abstracta o una previsión jurídica dentro de la cual son subsumibles las situaciones que se adecúen a sus premisas.

Lo anterior, teniendo en cuenta la posición del jurista chileno Eduardo Gandulfo, quien asegura que la calidad técnica del Derecho puede verse afectada por vulgarismos jurídicos consistentes en el empleo de una institución, figura o tesis jurídica carente de contornos que la concreten, ya porque su aplicación carezca de motivación bajo razón suficiente, su interés sea difuso o dado su escaso desarrollo, y porque su aplicación se realiza sin sopesar las razones que contribuyen al orde-

²⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SEGUNDA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992). Jaime Felipe Fajardo contra Secretaría de Planeación de la Alcaldía Municipal de Popayán (T-475/92) M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Ref. Exp.: T-1917

namiento del Derecho²⁴². Como consecuencia, creemos que el empleo de una teoría jurídica sin las precisiones que permitan su correcta utilización en la solución de controversias puede conducir que la justicia sea un valor constitucional sujeto al azar generado por la parquedad de su estudio y por la falta de conceptualización e indagación sobre su naturaleza, de modo que, unas veces, el asunto de fondo sí tendrá el tratamiento adecuado, en tanto que en otras situaciones, no se cumple con el cometido de impartir justicia material. De hecho, el profesor argentino Marcelo J. López Mesa afirma lo siguiente:

“El caso es que, salvo excepciones honrosas, hasta aquí la doctrina se ha aplicado en Argentina sin mayor precisión y ha servido en ocasiones para hacer justicia y en otras, simplemente, para acallar al justiciable, sin entrar a analizar si se daban los presupuestos para la aplicación de la doctrina en el caso concreto y, en muchos casos, no concurriendo ellos. Escudo contra pretensiones indebidas, pero también —en ocasiones— artificio para acallar una pretensión juzgada molesta han sido los dos usos para los que ha servido la doctrina.”²⁴³.

1.1.2.2.1. ACERCA DE LOS PRINCIPIOS EN CUANTO MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN, Y DE LAS REGLAS COMO DETERMINACIONES.

§39. Los principios jurídicos son normas al igual que las reglas de derecho, puesto que ambas señalan un deber ser²⁴⁴. Sin embargo, son normas que deben ser materializadas en la mayor y mejor forma posible. Robert Alexy, autor de esta definición, dice que estos mandatos de optimización se caracterizan por ser cumplidos en diferente medida o grado, dependiendo de las circunstancias imperantes en la realidad material y jurídica²⁴⁵. En sentido contrario, las reglas pueden ser o no

²⁴² GANDULFO R., Eduardo. *La aplicación del principio “Venire contra factum proprium non valet”. Un caso de vulgarismo jurídico.* En: *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 32, No. 2. Mayo-Agosto. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005. pp. 363-374. 11 pp. p. 363-364.

²⁴³ LÓPEZ MESA, Marcelo J. *La Doctrina de los Actos Propios: esencia y requisitos para su aplicación.* En: *Vniversitas*, julio-diciembre de 2009, No. 119. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, pp. 189-222. p. 194.

²⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* s.e. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. 603 pp. ISBN: 84-259-0939-2. p. 83.

²⁴⁵ ALEXY, Robert. *Óp. Cit.* p. 86.

cumplidas, residiendo la observancia a las determinaciones jurídica y naturalmente posibles que contienen en la validez ínsita en ellas. No obstante, el modo de resolver situaciones en las que dos normas jurídicas aplicadas independientemente conducen a resultados incompatibles, esto es la discordancia entre dos juicios de deber ser, es el elemento en el cual subyace la diferenciación entre los principios y las reglas de derecho.

Las soluciones contradictorias a un mismo caso con fundamento en dos o más normas jurídicas dependen si se trata de un principio o de una regla. Cuando se trata de un mandato de optimización, la prevalencia de un principio sobre otro se sustenta en el peso que según las circunstancias fácticas y jurídicas predominen en la situación concreta. En cambio, el conflicto entre dos normas definitivas se resuelve mediante el establecimiento de una cláusula de excepción sin que se afecte, en principio, la validez de la norma, y, como “*ultima ratio*”, la declaratoria de invalidez de una de ellas aplicando reglas de interpretación (“*lex posteriori derogat legi priori*”, “*lex specialis derogat lex generali*”)²⁴⁶. En otras palabras: la aplicación de unas normas jurídicas sobre otras que contienen una solución adversa, se determina desde las dimensiones del peso²⁴⁷ y la validez en el caso de los principios y las reglas, respectivamente.

Dado que los principios ordenan que algo debe ser realizado según las posibilidades reales y jurídicas imperantes, no contienen así un mandato definitivo sino que prescriben una observancia apriorística y condicionada; e igualmente no determina cómo deberá concretarse la solución en una relación jurídica concreta, entre su razón y su opuesto, puesto que carecen de contenido de determinación frente a otros principios contrapuestos y las posibilidades fácticas²⁴⁸. De otro lado, las re-

²⁴⁶ Cfr. ALEXY, Robert. Óp. Cit. p. 88.

²⁴⁷ Alexy indica que la ponderación es la técnica que se aplica en caso de colisión de principios, dado que ningún principio tiene una relación de precedencia básica, sino condicionada a los casos concretos (Cfr. ALEXY, Robert. Óp. Cit. p. 96).

²⁴⁸ Cfr. ALEXY, Robert. Óp. Cit. p. 98.

glas, vistas como normas que ordenan una conducta concreta, si o si ven afectada su validez si hay una imposibilidad física y fáctica para el caso concreto, de modo que se requiere de una cláusula de exclusión que permita conservar la validez de éstas frente a situaciones en las cuales no sea posible aplicarse su solución normada, pudiéndose sustentar sobre un principio u otra regla, siempre que el sistema jurídico imperante no contemple la prohibición de excepciones a las reglas jurídicas que las limiten.

§40. Puesto que las reglas jurídicas admiten hasta donde sea posible la aplicación de una cláusula de exclusión, supone necesariamente un escenario de derrotabilidad de las normas de Derecho, es decir el imperio de un mandato definitivo sobre otras, en virtud de la existencia de una situación que impide la concreción en una realidad natural y jurídica determinada la consecuencia jurídica que impone otra norma del mismo carácter; idea que, si bien no es novedosa para el Derecho²⁴⁹, se concreta de acuerdo al carácter de la norma que fundamenta la excepción a la regla jurídica que le atribuyan las corrientes iusnaturalistas e iuspositivistas.

La aplicación de las cláusulas de excepción hace parte de la argumentación judicial, ayudando a atenuar las consecuencias jurídicas o excluyéndolas frente a una situación jurídica sometida ante los operadores jurídicos. No existe ningún inconveniente cuando existe una previsión normativa de orden legal que le indique al juez que en ciertas circunstancias el predicado contenido en la norma jurídica no puede ser aplicado; pero es problemático cuando existen excepciones implícitas, es decir, reglas que no tienen un sustento expreso dentro del ordenamiento jurídico, pero que, materializadas en un caso concreto, conducen al mismo resultado que una situación prevista por el Legislador²⁵⁰, pudiendo parecer que existe un riesgo de arbitrariedad atentatoria a la quintaescencia del Estado de Derecho, la

²⁴⁹ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*. En: BONO-RINO RAMÍREZ, Pablo Raúl (editor). *Teoría del Derecho y Decisión Judicial*. 1º ed. Madrid: Editorial Bubok, 2010. 440 pp. pp. 179-204.

²⁵⁰ GARCÍA AMADO. *Op. Cit.* p. 181.

democracia y los principios de igualdad, dado que los jueces gozarían de un amplio margen para abstenerse de aplicar una consecuencia prescrita en la ley frente a un caso que, a todas luces, es subsumible a la perfección.

En esa medida, habría que recordarse que la teoría de los actos propios no tiene un asidero explícito en la ley más que en el Principio General y constitucional de la buena fe, prescrito en los artículos 83 de la Constitución Política, 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, en lo que atañe al ordenamiento iusprivatista. Es decir, la teoría de los actos propios es, de hecho, una excepción implícita bajo los términos anteriormente indicados, al punto que su aplicación podría conducir a la arbitrariedad, justo como lo denuncian López Meza y Gandulfo²⁵¹.

Ahora bien, entender los límites de estas excepciones implícitas dependerá exclusivamente de si se opta por una hermenéutica iusnaturalista o iuspositivista. De acuerdo con el profesor García Amado, la derrotabilidad de las normas jurídicas es, para el caso de quienes optan por la primera forma de interpretar y concebir el Derecho y la realidad, la consecuencia de la primacía de la moral, una moral verdadera, sobre el Derecho cuando éste contiene previsiones injustas. En cambio, los iuspositivistas, celosos con aquellos elementos exógenos a la ciencia jurídica, por cuanto afectarían los pilares democráticos del orden social, sólo preferirán como cláusulas de excepción a aquellas que tengan un sustrato de convicción común a los ciudadanos, mucho más allá de la diversidad intrínseca en los grupos sociales, una idea imperante en la mayoría de éstos, si no en su totalidad; y sustentadas dentro de las reglas del sentido obvio, en lo reconocido como evidente a la razón de todos los que integran el grupo social receptor de las prescripciones que el Derecho dicta²⁵². Tan es así que si es poco evidente “[...] la necesidad de

²⁵¹ Cfr. LÓPEZ MEZA, Marcelo J. *Ibidem*; GANDULFO R., Eduardo. *Ibidem*.

²⁵² GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Óp. Cit.* pp. 183-184. En el caso de una interpretación iuspositivista, el autor trae como ejemplo: Está previsto como norma que “es lícito el aborto en un plazo de tres meses cuando por causa del embarazo corra grave peligro la vida de la madre.”. Una mujer aborta justamente por encontrar su vida en grave peligro como consecuencia del embarazo. Pero

excepción, por razón de la evidencia socialmente compartida de su fundamento, más problemático y más difícilmente legítimo será el hacer valer dicha excepción contra la norma”²⁵³.

Progresando sobre la teoría de los actos propios, ésta podría ser considerada como una excepción implícita a la solución prevista en las normas jurídicas desde ambas perspectivas, puesto que el reconocimiento del Principio General de la buena fe, aunque sea una conciencia que pertenezca a los pueblos de actuar con rectitud, tiene el carácter de mandato de optimización en Colombia tras su posibilidad de aplicación en virtud de la Ley 153 de 1887, y el reconocimiento que la Corte Suprema de Justicia, a comienzos del siglo XX, realizó sobre los Principios Generales del Derecho y de la aplicación de la buena fe a los casos que comportaban el abuso del derecho como problema jurídico sometido ante los jueces (Ver §27.). Y aunque no aparezca enunciada en un texto normativo, el mantenimiento de la coherencia en el tráfico negocial pertenece al ideario de los pueblos y de sus fundamentos, directamente ligado a la buena fe como mandato social con efectos ordenadores.

Con todo, Alexy considera que las cláusulas de excepción pueden fundarse sobre principios que enriquecen la argumentación sobre la inaplicación de la consecuencia jurídica prevista por la norma²⁵⁴. Aunque estos mandatos de optimización aplicados a favor de las cláusulas de excepción no tienen el mismo rango de un principio en sí, en todo caso las antinomias entre principios se resuelven determinan-

hay una circunstancia adicional consistente en que “todo aborto es una grave inmoralidad”. De esta forma, el juez falla que “no es lícito el aborto de la mujer”. En Colombia, así como en España, no existe una única posición con respecto al aborto, pues ciertos grupos sociales creen que es un derecho al cual la mujer tiene, mientras que otros se ocupan en defender la vida del que está por nacer, dado que contraría una moral de orden religioso, principalmente. Bajo ese marco, no podría sostenerse la validez de la excepción aplicada por el operador judicial al caso concreto (“todo aborto es una grave inmoralidad”), por cuanto estas deben subyacer en el consenso general, independientemente de las tendencias ideológicas, puesto que se trata de una idiosincrasia común a todos.

²⁵³ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Óp. Cit. p. 187.

²⁵⁴ ALEXY, Robert. Óp. Cit. pp. 98-101.

do el mayor peso de uno de éstos, pareciendo así que la teoría de los actos propios sería un principio tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional. Sin embargo, si en efecto reviste ese carácter predicado por la Guardiania de la Constitución, la prohibición de ir contra los actos propios tendría una aplicación ponderada en los casos concretos sin tener en cuenta una relación de precedencia básica, sujetándose, por el contrario, al peso que el operador judicial estime pertinente; pero, basta con verificar que, por ejemplo, en situaciones fácticas donde se evidencia la existencia de una nulidad, independientemente de tratarse de una nulidad relativa o absoluta, se torna inadmisibile la aplicación de la figura bajo comento, de modo que no puede aludirse una quintaescencia de materialización en formas real y jurídicamente posibles sino de una regla jurídica, ya que existe una excepción que impide su aplicación, teniendo en cuenta que las normas sólo pueden ser inaplicadas en virtud de otras que impidan su concreción, según los iuspositivistas²⁵⁵.

§41. A su vez, la teoría de los actos propios, al ser apenas una de varias excepciones sustentadas en el principio de la buena fe desde la óptica de la lógica formal, se opone, junto con otras reglas, a todas las declaraciones encausadas en el marco de la órbita del principio de la autonomía de la voluntad, cuando la relación jurídica lleva en sí misma la imposición de obligaciones o la titularidad de derechos en grado de exceso para una de las partes; así, en caso de hallarse dentro del respeto a los deberes objetivos de comportamiento, las determinaciones de los individuos sobre sus intereses relevantes para el Derecho serán protegidas²⁵⁶.

²⁵⁵ Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Óp. Cit. p. 203. De hecho, el régimen de las nulidades hace parte de las normas de orden público que, por expresa disposición legal, no puede ser derogada por el acuerdo de los particulares, ni se puede renunciar a ella. Así, si una letra de cambio fue suscrita por un inhábil y posteriormente invoca la nulidad, no podrá mantenerse la coherencia hacia un acto que ofende el derecho mismo por irrogar el orden público. Pero sería distinto si, aprovechándose de condición de inhábil, gira el título valor, creando una confianza legítima sobre el futuro pago de la obligación cambiaria y, posteriormente, pretende invocar como medio de defensa la nulidad del acto.

²⁵⁶ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. *El principio de Buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano*. En: *Revista de Derecho Privado*. No. 11. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2006. pp. 79-125. pp. 117-125.

Justamente, creemos que la construcción de una confianza legítima se funda en el derecho que tiene cada cual a autodeterminarse y a disponer de su patrimonio de manera prudente y respetuosa de las facultades ajenas. Al respecto, dice el profesor Gandulfo:

“[...] el Derecho en virtud de la autonomía individual, no protege de la propia tontería. Sin embargo, supone que todos los individuos somos agentes racionales –cuestión en que se fundamenta nuestra autonomía. Así, señala John Rawls que, como agentes racionales, una de nuestras características es construir planes de vida, tomando en cuenta *expectativas razonables*, respecto de necesidades y exigencias futuras hasta donde podamos preverlas. Es decir, actuamos racionalizando nuestra vida, en base a razones, cualquiera que éstas sean. Esto significa que en Derecho, se nos debe considerar como individuos capaces de dirigir nuestra propia vida, en alguna medida. ¿De dónde obtenemos esas expectativas que juegan, como razones? La respuesta de Rawls es apelando al contexto de los individuos: el juzgamiento para actuar, el individuo lo hace a partir de su posición actual en la sociedad y de las condiciones normales de una vida humana. Y aquí tenemos una buena base para que el principio no justifique demasiado –esto es, que no haga cosas que no queremos que haga–, ni muy poco –infrajustificación de casos–, en otras palabras, que no incluya cualquier caso y que no deje fuera casos que intuitiva y justificadamente necesiten de protección.”²⁵⁷.

Por eso, aunque en el marco del Estado Social de Derecho las expresiones de la libertad tienen una protección amplia, lo cierto es que ésta puede ser limitada mediante la prohibición clásica de derogación de normas imperativas o de orden público²⁵⁸, el mantenimiento de los deberes de solidaridad social y la búsqueda de la justicia social²⁵⁹, entre otras justificaciones sustentadas en el Principio General de la buena fe; mas no por ello se asevera, en consecuencia, que las disposiciones

²⁵⁷ GANDULFO R., Eduardo. Óp. Cit. p. 365.

²⁵⁸ Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA DE NEGOCIOS GENERALES. Sentencias de: 12 de diciembre de 1936. M.P.: Dr. Eduardo Zuleta Ángel; y 31 de mayo de 1938. M.P.: Dr. Juan Francisco Mujica. En: NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Óp. Cit. p. 118.

²⁵⁹ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL-SALA TERCERA DE REVISIÓN. Sentencia de veintitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993). Enrique Vela Jaramillo y otro c. Asociación de Diarios Colombianos –Asodiarios– (T-240/93). M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Ref. Exp.: T-9665.

de los particulares sobre sus intereses propios sean desconocidas de hecho y de derecho, puesto que al ser establecidas las condiciones jurídicas que regirán en lo sucesivo, las partes deben tener en consideración las reglas de la buena fe, actuando de forma honesta y sin dobleces²⁶⁰ de principio a fin, incluso frente a eventos no previstos al momento de celebrar el negocio jurídico; en esa medida el comportamiento diligente de quienes intervienen en la relación de derecho es el fundamento último de la eficacia del negocio jurídico.

Ahora bien, sí existe una colisión de principios jurídicos en los eventos donde las reglas de la buena fe corrigen las inequidades a las cuales pueden arribar las partes al determinar sus derechos y deberes en virtud de un contrato. No se discute que el Principio General de la buena fe presenta una solución distinta a la prevista por la autonomía de la voluntad, frente un caso concreto de inobservancia de los deberes de diligencia, cuidado y respeto por los derechos subjetivos de los intervinientes en la relación jurídica; tampoco se contiene que, en la situación planteada anteriormente, los juicios en sede de ponderación de principios determinen que la buena fe prevalezca sobre la autonomía de la voluntad. Pero, creemos, que resulta una estulticia suponer que la teoría de los actos propios es un mandato de optimización por cuanto se deriva del Principio General de la buena fe, ya que no necesariamente —y como en efecto sucede en este caso— un mecanismo excepcional de protección o de concreción de un principio a una realidad, como es la prohibición de ir contra los actos propios respecto de la buena fe, adquiere la misma naturaleza que tiene la norma que, dado su grado de abstracción, pretende imponerse.

Añade el profesor Hernán Corral Talciani:

²⁶⁰ Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de veintiuno (21) de mayo de dos mil dos (2002). Ref. Exp.: 7328. M.P.: Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno. Allí la Corte dio plena eficacia a la buena fe en las manifestaciones

“[...] lo cierto es que el Derecho no puede imponer una coherencia o consistencia absoluta sobre la conducta humana que, por su propia naturaleza, está sujeta a cambios y alteraciones a lo largo del tiempo. Es propio de la libertad de la persona humana poder cambiar de opinión o convicciones y contradecir sus palabras o hechos anteriores.

Establecer lo contrario de manera absoluta sería ahogar toda innovación y libre determinación.

Por eso la ineficacia del cambio o de la conducta incoherente debe ser siempre una regla excepcional, que tenga una justificación proporcionada para limitar de este modo la libertad de pensamiento y de autonomía. [...].”²⁶¹ (Destacado fuera del texto original).

§42. Concluye de forma similar el profesor Borda aunque por distinto camino, indicando que los Principios Generales del Derecho son aquellas normas jurídicas básicas en la organización social, revelando “[...] el sistema en que reposa la sociedad; [...]”. Por lo tanto, **(i)** no admiten excepciones, **(ii)** abarcan una generalidad de situaciones y **(iii)** son la base de una pirámide que no acepta una idea aún más amplia²⁶². No sucede igual con las reglas de derecho, consideradas como refranes jurídicos nacidos en el Derecho justiniano, concisos e inicialmente carentes de fuerza vinculante hasta que son incorporados en el ordenamiento jurídico por vía consuetudinaria, legal o jurisprudencial, estando en ese momento frente a una norma jurídica en sentido estricto²⁶³ que, en consecuencia, admite salvedades en su aplicación a un caso particular. Por lo tanto, “[...] la regla de derecho se encuentra por debajo del Principio General debido a que abarca una menor cantidad de situaciones y puede ser vulnerada lícitamente.”²⁶⁴.

²⁶¹ CORRAL TALCIANI, Hernán. *La doctrina de los actos propios en el Derecho de Familia chileno*. En: CORRAL TALCIANI, Hernán (edit.) Óp. Cit. p. 103.

²⁶² BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 55. Cuando dice que los principios abarcan una generalidad de situaciones, esto es así dado su grado de vaguedad al no describir concretamente una situación fáctica a la cual se debe circunscribir. De hecho, “[...] el Principio General es la expresión de una norma de justicia elemental.”

²⁶³ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 56.

²⁶⁴ Cfr. BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 57; En el mismo sentido: TUR FAÚNDEZ, María Nélida. Óp. Cit. p. 24.

Habida cuenta, creemos que no es de recibo la opinión de la profesora Inés Pardo de Carvalho, pues parece inadecuada al indicar que la teoría de los actos propios no constituye una regla de derecho, aunque no señale que esta figura jurídica es un principio. Si bien dice que, de aceptarse que la prohibición de ir contra los actos propios sea considerada como principio de Derecho, no sería posible encontrar “[...] en los ordenamientos jurídicos una serie de situaciones en que el legislador permite o aún protege una situación que se contradice con conductas propias pasadas.”²⁶⁵, no ofrece mayor explicación sobre su punto de vista más que indicar que una regla de derecho “[...] en si no tiene valor jurídico propio.”²⁶⁶.

Como se dijo atrás, no todas las reglas de derecho carecen de fuerza vinculante en la medida que la jurisprudencia, la legislación o la costumbre le reconozcan efectos jurídicos y las conviertan en normas jurídicas, según el profesor Borda; por lo tanto, si en el caso español el Tribunal Supremo determinó para su ordenamiento jurídico que es contrario a la buena fe ir en contra de sus propias manifestaciones, así como sucede en el Derecho colombiano gracias a la aplicación judicial por los Órganos jurisdiccionales de cierre de la prohibición de violar la confianza legítima mediante la incoherencia con su propio acto objetivamente analizada, no podría colegirse que se trata de una mera regla de derecho carente de fuerza vinculante.

1.1.2.3. SUBSECCIÓN III. OTRAS CARACTERÍSTICAS DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS.

§43. Habida cuenta, la prohibición de ir contra los actos propios tiene unas características adicionales a las mencionadas que deben ser observadas para su aplicación, a saber: **(i)** su residualidad y supletoriedad, y **(ii)** su ejercicio como acción o excepción dentro de una relación procesal, e incluso de manera oficiosa.

²⁶⁵ PARDO DE CARVALLO, Inés. Óp. Cit. p. 54.

²⁶⁶ PARDO DE CARVALLO, Inés. Ibídem.

1.1.2.3.1. LA RESIDUALIDAD Y SUPLETORIEDAD DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS.

§44. La teoría de los actos propios es de carácter residual por cuanto se limita a reglar las relaciones jurídicas en caso de no existir una norma de orden legal que alcance con sus efectos a una situación subsumible en las premisas de este fenómeno²⁶⁷, a tal punto que, aun si una previsión emanada del Legislador se justifica discursiva y hermenéuticamente en esta figura, tal no puede ser invocada por las partes para proteger el deber de coherencia por cuanto adquiere vida propia una vez ha sido insertada en el cuerpo legal²⁶⁸. Así mismo, la ley puede impedir la aplicación de esta figura cuando permite expresamente la contradicción conductual del individuo; v.gr., la revocación del testamento²⁶⁹, las donaciones revocables²⁷⁰, el pacto comisorio simple²⁷¹; la compraventa de bienes diferentes inmuebles, servidumbres y sucesión hereditarias, que no se reputa perfecta por la ausencia de escritura pública o privada mientras ésta no haya sido otorgada o no se principie la entrega de la cosa vendida²⁷²; la retractación en la celebración del con-

²⁶⁷ Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán. Óp. Cit. En: CORRAL TALCIANI, Hernán (edit.) Óp. Cit. p. 104.

²⁶⁸ Cfr. BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 90.

²⁶⁹ Artículo 1057 C.C. “*Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, sin embargo de que el testador exprese en el testamento la determinación de no revocarlas. Las cláusulas derogatorias de sus disposiciones futuras se tendrán por no escritas, aunque se confirmen por juramento.// Si en un testamento anterior se hubiere ordenado que no valga su revocación si no se hiciere con ciertas palabras o señales, se mirará esta disposición como no escrita.*”.

²⁷⁰ Artículo 1194 C.C. “*Donación revocable es aquella que el donante puede revocar a su arbitrio.// Donación por causa de muerte es lo mismo que donación revocable; y donación entre vivos, lo mismo que donación irrevocable.*”. Así mismo, son revocables las donaciones por disolución o nulidad del matrimonio, y siempre exista condición resolutoria expresa en el testamento o de origen legal (Arts. 1846-1848 C.C.).

²⁷¹ Artículo 1935 C.C. “*Por el pacto comisorio se estipula expresamente que, no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta.// Entiéndase siempre esta estipulación en el contrato de venta, y cuando se expresa, toma el nombre de pacto comisorio, y produce los efectos que van a indicarse.*”.

²⁷² Artículo 1858 C.C. “*Si los contratantes estipularen que la venta de otras que las enumeradas en el inciso 2o del artículo precedente, no se reputa perfecta hasta el otorgamiento de escritura pública o privada, podrá cualquiera de las partes retractarse mientras no se otorgue la escritura o no haya principiado la entrega de la cosa vendida.*”.

trato de compraventa con pérdida de las arras pactadas²⁷³; la revocación del mandato²⁷⁴ y la revocabilidad de la oferta²⁷⁵, entre otras situaciones previstas por el legislador patrio.

Dicho sea de paso que el profesor Hernán Corral Talciani contempla la posibilidad de aplicar la teoría de los actos propios en el Derecho de familia chileno en materias no legisladas, v.gr. cuando uno de los cónyuges presenta una petición de divorcio unilateral para dejar sin efecto una separación judicial convenida; en el caso del cónyuge que demanda el divorcio unilateral por cese de la convivencia y pretende reclamar en su beneficio el pago de la compensación económica por el menoscabo que produce el divorcio en sí mismo; la impugnación de la paternidad por el autor del reconocimiento de hijo extramatrimonial²⁷⁶; en caso de una impugnación de paternidad por el marido que consintió en la inscripción del hijo concebido durante la separación judicial; cuando la madre que reconoció su hijo presenta impugnación de su maternidad; y en caso que los herederos que aceptaron el reconocimiento de paternidad de su padre premuerto, pretendan repudiar la aceptación expresa o tácita este acto²⁷⁷.

²⁷³ Artículo 1859 C.C. “Si se vende con arras, esto es, dando una cosa en prenda de la celebración o ejecución del contrato, se entiende que cada uno de los contratantes podrá retractarse; el que ha dado las arras, perdiéndolas, y el que las ha recibido, restituyéndolas dobladas.”.

²⁷⁴ Artículo 2190 C.C. “La revocación del mandante puede ser expresa o tácita. La tácita es el encargo del negocio a distinta persona.// Si el primer mandato es general y el segundo especial, subsiste el mandato para los negocios no comprendidos en el segundo.”.

²⁷⁵ Artículo 857 C. de Dio. “La oferta pública sólo podrá revocarse, antes del vencimiento del término de la misma, por justa causa.// La revocación deberá ponerse en conocimiento del público en la misma forma en que se ha hecho la oferta o, en su defecto, en forma equivalente.// La revocación no producirá efectos con relación a la persona o personas que hayan cumplido ya las condiciones de oferta.”.

²⁷⁶ En el Derecho de familia colombiano, el reconocimiento de la filiación extramatrimonial es irrevocable, por cuanto el artículo 2º de la Ley 45 de 1936, modificado por el artículo 1º de la Ley 75 de 1968. En ese orden de ideas, la aplicación de la teoría de los actos propios sería inadecuada en este caso, además de inoficiosa.

²⁷⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán. Óp. Cit. En: CORRAL TALCIANI, Hernán (edit.) Óp. Cit. pp. 132-139.

§45. A su vez, la doctrina de los actos propios reviste un perfil supletorio, ya que “[...] procede cuando no existen otros instrumentos jurídicos que permiten proteger los intereses del tercero afectado [...]”²⁷⁸. En efecto, una misma situación litigiosa puede encontrar su solución en la figura bajo análisis o en otra que, incluso, traería una mejor subsunción; de modo que será utilizada la teoría de los actos propios en situaciones donde no se pueda aplicar otras instituciones con carácter preferente, puesto que, en nuestro sentir, se trata de una doctrina de origen jurisprudencial que debe ceder cuando se trata de aplicar otras con sustento legal.

Ahora bien, dice al respecto el profesor Borda que la estricta aplicación de la supletoriedad y residualidad reduciría en demasía el campo de acción de la teoría de los actos propios. Es pacífica la solución de preferir la solución prevista en el texto legal sobre la aplicación de la figura en estudio, pero existen situaciones donde la hermenéutica judicial determinaría si hay lugar a imponer la regla que prohíbe ir contra los actos propios u otra, dado que en un supuesto fáctico es difícil determinar qué figura jurídica opera con más precisión²⁷⁹.

Justamente en este punto consideramos necesario establecer diferencias con algunas figuras jurídicas que igualmente prevén su solución frente a situaciones contradictorias, aunque no se sustenten sobre la prohibición de ir contra los actos propios:

§46. **a) Respecto de la buena fe.** Se ha demostrado la relación entre el Principio General de la buena fe, en cuanto mandato de optimización, y la teoría de los actos propios, como regla jurídica que deriva de aquélla (Ver §§31-32, 35 y 42). La protección de la coherencia y la confianza se encuentran comprendidas en esta máxima de optimización que ordena el comportamiento ético-jurídico de probidad, honestidad y lealtad en los sujetos que participan en la relación jurídica, pues se

²⁷⁸ CORRAL TALCIANI, Hernán. Óp. Cit. En: CORRAL TALCIANI, Hernán (edit.) Óp. Cit. p. 104

²⁷⁹ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 106.

trata de unos deberes sinalagmáticos; mientras que la teoría de los actos propios protege el deber secundario de coherencia comprendido en las pretensiones de la buena fe²⁸⁰. Augusto Mario Morello dice que si la buena fe domina y dota de sentido toda la problemática del ir contra el acto propio, entonces se trata de una “cláusula abierta a hipótesis que –tal la conducta contradictoria– requiere aludir a la buena fe, pero en una versión que exhiba sus vías de desarrollo modernas y funcionales, como lo son sus notas más características, los deberes secundarios de coherencia con la responsabilidad.”²⁸¹.

b) Respecto del abuso del derecho. El abuso del derecho es, según el profesor Borda, el ejercicio del derecho más allá de los límites impuestos por la buena fe, aunque dentro de los extremos fijados por la propia ley²⁸². Se trata, al igual que la teoría de los actos propios, de una figura que tiene sus orígenes ontológicos en el Principio General de la buena fe.

c) Respecto de la propia torpeza. Desde el Derecho romano se ha establecido que nadie puede invocar la ineficacia de un negocio jurídico cuando ha participado en la gestación del hecho que altera su obligatoriedad (“*Nemo audire debet turpitudinem propriam allegans*”). Aunque se trate de una conducta contradictoria, en efecto se diferencia respecto de la teoría de los actos propios por cuanto la conducta que se pretende justificar para la solicitud de dejar sin efectos jurídicos un negocio es referida expresamente por el agente declarante, y aunque pretenda desconocerlo, está obligado a soportar los efectos del negocio ya que es responsable por la irregularidad que afecta aquella declaración jurídica de disposición

²⁸⁰ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 107.

²⁸¹ MORELLO, Augusto M. Óp. Cit. p. 67.

²⁸² Cfr. BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 108; HERNÁNDEZ VELASCO, Héctor Elías. *El abuso del Derecho en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (1935-2010)*. Bucaramanga: Ediciones UIS, 2011. 161 pág. ISBN: 978-958-8504-82-7; y TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*. T.I. 2º ed. Bogotá D.C.: Legis Ediciones, 2007. pp. 587-653.

patrimonial²⁸³. Sin embargo, merece especial atención el siguiente comentario del profesor Borda:

“[...] consideramos lícito que la parte afectada esgrima tanto la teoría de los actos propios como la regla de que nadie puede alegar su propia torpeza a fin de evitar la declaración de ineficacia de un primer acto. Y ello es así, porque si bien son figuras conceptualmente distintas, siempre existe la incertidumbre de poder probar la mala fe de la contraria, siendo en última instancia el juez el que deberá definir cuál de los fundamentos utilizará para desestimar el planteo (*iura novit curia*).”²⁸⁴.

d) Respecto de las declaraciones tácitas de voluntad. En primer lugar, el profesor Borda analiza si el silencio puede ser una circunstancia que puede acabar con la pérdida de un derecho o que puede originar una situación a favor de una de las partes. Al respecto dice que no debe ser considerado como elemento configurativo de la teoría de los actos propios dado que la extinción de un derecho sólo puede tener lugar en la medida que hayan sido agotados los plazos establecidos por la ley, además que el no ejercicio de un derecho, siempre que no se aproxime al tiempo de prescripción extintiva, no es castigado por la voluntad de Legislador; además, “[...] es distinto realizar una auténtica manifestación de voluntad que inferir de un silencio (es decir, una no expresión) una manifestación determinada. El silencio debe ser tomado con pinzas, máxime cuando lleva a la pérdida de importantísimos derechos²⁸⁵”, y “[...] la misma voluntad expresada ocasiona dificultades interpretativas; cuanto más si se pretende inferir de un silencio una determinada voluntad, cuanto más difícil aún si ese silencio es interpretado de tal manera que provoque la pérdida de un derecho²⁸⁶”.

En ese sentido, dice que el silencio es la única declaración tácita de voluntad. Ahora bien, en el caso que sean los actos concluyentes como subsumibles en

²⁸³ Cfr. BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 111.

²⁸⁴ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 112

²⁸⁵ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. Pg. 100.

²⁸⁶ BORDA, Alejandro. Ibídem.

aquellas, su eficacia residiría en que haya habido consentimiento, de modo que si el acto propio tuviera valor como declaración tácita, la fuerza intrínseca de la teoría de los actos propios sería contenida si se prueba la ausencia del consentimiento que se dedujo o que se trata de una voluntad viciada²⁸⁷. Añade el profesor Morllo, quien dice que la teoría de la declaración tácita de la voluntad tiene una construcción jurídica autónoma que permite explicar el efecto vinculante de la conducta²⁸⁸.

e) Respecto de la excepción de dolo (“exceptio doli”). En el Derecho romano nació esta figura como mecanismo procesal de defensa frente a pretensiones fundadas en un acto doloso, bien que el engaño se predique inicialmente o que sea sobreviniente. Como posteriormente la “*exceptio doli*” tuvo una aplicación ampliada hacia las situaciones contrarias a la buena fe, se generaron confusiones entre este medio de defensa judicial y la teoría de los actos propios. Aunque la doctrina tradicional, según la profesora Tur Faúndez, haya señalado la prohibición de ir contra sus propias conductas como un caso concreto de la aplicación de la “*exceptio doli generalis*”, cree insuficiente adoptar esta postura²⁸⁹.

Borda establece cuatro diferencias entre éstas: (i) la excepción de dolo es, en estricto sentido, un medio de defensa procesal que busca frenar los efectos de la acción, mientras que la teoría de los actos propios puede ser invocada ampliamente como acción, excepción, al descorrer el traslado de excepciones y en sede de reconvención; (ii) la excepción de dolo es, en principio, un referente histórico para el estudio del Derecho, y en pocos países tiene relevancia jurídica, v.gr. Alemania, mientras que la teoría de los actos propios trasciende las reseñas históricas sobre la evolución jurídica en las sociedades, pues adquiere identidad propia y fuerza propia desde que haya sido aplicada por la jurisprudencia; (iii) la “*exceptio doli*” se

²⁸⁷ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 111.

²⁸⁸ MORELLO, Augusto M. Óp. Cit. p. 61. En el mismo sentido: PARDO DE CARVALLO, Inés. Óp. Cit. pp. 58-59; TUR FAÚNDEZ, María Nélica. Óp. Cit. pp. 44-46.

²⁸⁹ TUR FAÚNDEZ, María Nélica. Óp. Cit. p. 51.

opone a toda pretensión elevada por quien ha obrado dolosamente en una relación jurídica, en tanto que la teoría de los actos propios considera dolosa en sí toda conducta desplegada en el marco de un proceso o no y contraria a la buena fe, por cuanto no se ajusta a las reglas de diligencia y cuidado que se deben observar en el marco de una relación jurídica; (iv) la “*exceptio doli*” no ha sido incorporada en el ordenamiento jurídico, mientras que la teoría de los actos propios sí²⁹⁰.

f) Respecto de la renuncia tácita. La renuncia tácita se apoya en la voluntad evidenciada por conductas determinadas en que se abandona un derecho subjetivo, distinto de la teoría de los actos propios, la cual supone el ejercicio de un derecho que se pretende impedir dada la contravención a la buena fe. Además, para que la figura bajo estudio tenga su fuerza en la relación jurídica, debe ser presentada judicialmente para que paralice el ejercicio del derecho invocado y, consecuentemente, se declare la inoponibilidad de la pretensión contradictoria mediante providencia judicial con efectos “*inter partes*”, salvo que el acto que se pretenda impedir sea nulo de nulidad absoluta; en cambio, la renuncia tácita requiere de un acto que importe una manifestación por la que se colija la abdicación del titular de una facultad jurídica a su condición de legitimado en la causa dentro del ámbito de un negocio jurídico que no adolezca de ningún vicio, adquiriendo efectos “*erga omnes*”²⁹¹.

Añade la profesora Tur Faúndez que la diferencia estriba en que “[...] mientras que en la renuncia los actos deben suponer una voluntad negocial, en los actos propios lo que se valora es que los actos revelen el sentido objetivo que éstos poseen (cualquiera que sea la voluntad que los haya impulsado).”²⁹².

²⁹⁰ Cfr. BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 112-114; MORELLO, Augusto M. Óp. Cit. pp. 62-63.

²⁹¹ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 120-123. Cfr. PARDO DE CARVALLO, Inés. Óp. Cit. p. 59.

²⁹² TUR FAÚNDEZ, María Nélica. Óp. Cit. p. 46.

g) Respecto del negocio jurídico. La profesora María Nélica Tur Faúndez dice que el negocio jurídico consiste en una “declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base a una declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos.”²⁹³. Con todo, la doctrina de los actos propios ha sido confundida con la fuerza vinculante del negocio jurídico (“*pacta sunt servanda*”), en la medida que las partes deben cumplir con lo pactado y se obligan hasta en lo no previsto, con tal que el objeto negocial sea satisfecho²⁹⁴. Es así como las partes deben ajustar su comportamiento a las reglas jurídicas que fijaron dentro del marco de la autonomía de la voluntad, de manera que no cumplir con lo pactado sería como ir contra los actos propios.

Alejandro Borda indica que sostener lo anterior es equivocado por cuanto la sanción que se impone al sujeto de derecho que se retira unilateralmente de un contrato subyace en la fuerza de “ley para las partes”²⁹⁵. Los incumplimientos contractuales tienen una acción especial para reclamar que se cumpla con el objeto negocial o su resolución, sin que importe mucho o poco las conductas contradictorias y atentatorias a la buena fe²⁹⁶. Añade la profesora Pardo de Carvallo que la fuerza vinculante del negocio jurídico “[...] obliga a no desentenderse del contrato sin que actúe también la contraparte, si no está cumplida la obligación u obligaciones creadas por la relación.”²⁹⁷.

²⁹³ TUR FAÚNDEZ, María Nélica. Óp. Cit. p. 42.

²⁹⁴ Artículo 1603 C.C. “*Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.*”.

²⁹⁵ Artículo 1602 C.C. “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.*”.

²⁹⁶ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 114-116.

²⁹⁷ PARDO DE CARVALLO, Inés. Óp. Cit. p. 58.

1.1.2.3.2. EL EJERCICIO DE LA PROHIBICIÓN DE IR CONTRA LOS ACTOS PROPIOS COMO ACCIÓN O EXCEPCIÓN DENTRO DE UNA RELACIÓN PROCESAL, E INCLUSO DE FORMA OFICIOSA.

§47. Un sector de la doctrina considera que el ejercicio de la teoría de los actos propios se limita como medio de defensa, excepción u oposición a los pedimentos del escrito introductorio, teniendo en cuenta que hermanan esta prohibición de contradicción conductual con la excepción de dolo²⁹⁸. Por ejemplo, el profesor Augusto Mario Morello cree que la teoría de los actos propios se trata de un simple medio de defensa sustancial, habilitado por el ejercicio contradictorio de una pretensión y una conducta vinculante anterior, ya que la causa para pedir es el fundamento de la demanda, debiendo ser considerada por el juez al momento de justificar su fallo y dictar sentencia; e incluso puede ser ejercitada como defensa luego de ejercitar la reconvencción en los casos que así proceda²⁹⁹.

Por su lado, Borda —a quien nos adherimos en este punto— señala que, aunque sea frecuente el ejercicio de la prohibición de ir contra los actos propios como un acto de defensa planteado al contestar la demanda o la reconvencción y desligado del listado de excepciones previas y las oponibles a pretensiones ejecutivas, no descarta ni veda el empleo de la figura en estudio como sustento de una pretensión al demandar o reconvenir, por cuanto se debe guardar la buena fe de quien ha confiado en la conducta que se pretermite, máxime si los límites temporales y espaciales son distintos de las actuaciones judiciales. Incluso puede ser que la doctrina de los actos propios sea empleada como argumento de prueba, medio que busca generar el convencimiento sobre la existencia de dos conductas procesales contradictorias en sí mismas, si bien no necesariamente suponga la contradicción al pedimento de la demanda. Justamente esta es la diferencia que existe entre la teoría de los actos propios y el *estoppel*, figura del Derecho procesal anglosajón que resguarda la apariencia jurídica (Ver §55).

²⁹⁸ Cfr. MORELLO, Augusto M. Óp. Cit. pp. 74-76.

²⁹⁹ MORELLO, Augusto M. Óp. Cit. p. 75.

En todo caso, es imprescindible que haya legitimación en la causa para invocar la teoría, toda vez que la teoría de los actos propios opera en un plano relacional que le confiere el título para demandar u oponer con fundamento en esta figura, máxime cuando sus efectos son “*inter partes*”³⁰⁰.

§48. Ahora bien, el planteamiento de la teoría de los actos propios como acción o excepción significa que el ejercicio de esta figura puede ser a petición de las partes que, en los planos sustancial y procesal, adquieren una identidad de sujetos, puesto que, como se dijo, la prohibición de ir contra los actos propios tiene un límite temporal y espacial determinado por la relación jurídica en la cual subyace una conducta relevante y generadora de confianza legítima. Con todo, ¿puede ser aplicada de manera oficiosa por el operador judicial?

En este punto, Borda y Morello comparten criterio al indicar que no existen impedimentos de orden legal ni resquebrajamiento a reglas de Derecho procesal con la aplicación “*ex officio*” de la teoría de los actos propios. De hecho, nuestro ordenamiento procesal civil contempla el deber en cabeza de los jueces de prevenir, corregir y sancionar los actos contrarios a la buena fe³⁰¹, así como observar, al momento de dictar sentencia, cualquier hecho que modifique o extinga el derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ya que se acredite su prueba por las partes o se invoque a más tardar en alegatos de conclusión, o cuando la ley lo permita³⁰².

³⁰⁰ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. pp. 131-133; MORELLO, Augusto M. Óp. Cit. pp. 75-76.

³⁰¹ Artículo 37.3 C.P.C. “*Son deberes del juez:// 3. Prevenir, remediar y sancionar por los medios que consagra este código, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad y probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que la tentativa de fraude procesal.*”.

³⁰² Artículo 305 C.P.C. “*La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.// No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.// Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.// **En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio,** ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido ale-*

En esa medida el juez puede aplicar la teoría de los actos propios con independencia de que las partes procesales no la hayan manifestado dentro de su argumentación, y en virtud de la regla “*iura novit curia*”, el operador judicial puede escoger su aplicación –en cuanto norma de derecho y derivada de la buena fe procesal– aun cuando las partes hayan alegado un fundamento jurídico disímil a la protección de la coherencia.

*gado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, **o que la ley permita considerarlo de oficio.***” (Destacado fuera del texto original).

1.1.3. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO I.

§49. Como se pudo ver hasta acá, la teoría de los actos propios responde como impedimento a toda pretensión que es inadmisibile, y por ende destinada al fracaso, dado que su ejercicio resulta objetivamente contradictorio y contrario a la buena fe, atribuyéndose esta imputación a la confianza originada con fundamento en una conducta jurídicamente relevante y eficaz, en el marco de una relación jurídica (paráfrasis)³⁰³. Se trata de una figura jurídica nacida en el Derecho intermedio, aunque existan referentes casuísticos en el Derecho romano antiguo, que busca infranqueablemente la protección del deber de coherencia, la cual es uno de los comportamientos que comprende el ideal del “*bonus vir*” que inspira la buena fe objetiva, y no la protección de la apariencia o de las manifestaciones del fuero interno que recorren por los caminos del error.

Desde un punto de vista ontológico, la teoría de los actos propios no encarna un principio, como lo sostiene la jurisprudencia constitucional colombiana, concretamente, dado que es una excepción en sí misma a la aplicación de una norma jurídica definitiva y admite salvedades a su aplicación. Además, que la teoría de los actos propios derive del Principio General de la buena fe no conduce, desde la lógica formal, a la adquisición de un carácter similar al del mandato de optimización que lo funda, puesto que, en refuerzo, es la buena fe el elemento axiológico que funda el ordenamiento jurídico en materia de relaciones jurídicas y no la prohibición de ir contra los actos propios.

Como regla jurídica, la teoría de los actos propios tiene una aplicación excepcional, en la medida que no puede resolverse un caso con fundamento en ella cuando existe una norma en el ordenamiento jurídico que contemple la sanción a una conducta contradictoria, sea que su sustrato teleológico se encuentre en la prohibición de ir contra los actos propios o no; y cuando no existan instrumentos jurídicos

³⁰³ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. Óp. Cit. p. 189. Citado en: PARDO DE CARVALLO, Inés. Óp. Cit. p. 61.

cos idóneos que permitan proteger los intereses de las partes. Esta figura puede ser invocada en ejercicio del derecho de acción, de excepción o de reconvención y su consecuente contestación, si bien es generalizado su empleo como medio de defensa general y sustancial, desligada a las excepciones previas y las propias del juicio ejecutivo, frente a las pretensiones contradictorias de una conducta anterior, relevante y eficaz. En uno u otro caso, el ejercicio de la acción o de la excepción apunta a que el juez declare, como consecuencia jurídica, la inadmisibilidad de una conducta contraria a la buena fe, dado que afecta la coherencia y la confianza en el marco de una relación jurídica.

1.2. CAPÍTULO II. DIFERENCIACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS QUE PROTEGEN EL DEBER DE COHERENCIA.

Hemos visto hasta el momento que la teoría de los actos propios, como regla de derecho que deriva del Principio General de la buena fe, busca la inadmisibilidad de una conducta ajustada al Derecho pero ilícita por significar objetivamente una contradicción respecto de una manifestación eficaz y relevante para el Derecho, sobre la cual se generó una confianza legítima y, por tanto, se justifica la observancia al deber de coherencia. Sin embargo, esta figura jurídica no es la única que tiene un desarrollo en el brocardo “*venire contra factum proprium non valet*”, puesto que en algunos ordenamientos jurídicos existen otras construcciones que responden a la debida protección del deber de coherencia. Es así como se realizará un breve estudio, en sede de Derecho comparado, del *estoppel* en el Derecho anglosajón (sección I), la *Verwirkung* o retraso desleal en el Derecho alemán y español (sección II), la teoría de la apariencia jurídica (sección III) y la teoría o principio de la confianza legítima (sección IV).

1.2.1. SECCIÓN I. EL *ESTOPPEL*.

§50. En el marco de la tradición jurídica del *Common law*, nació la figura jurídica del *estoppel*, que consiste en el impedimento opuesto a quien afirme o niegue la existencia de un hecho que, aunque puede ser cierto, entra en contradicción con una manifestación generadora de una apariencia, en virtud de una presunción “*iuris et de iure*”. La profesora Pardo de Carvallo indica que el impedimento se ejerce contra la acción legal impulsada por el acto propio de un hombre, con efecto netamente adjetivo, debiéndose invocar, por lo tanto, en el curso de un proceso y

según la pretensión y situación fáctica que impere en el caso concreto (paráfrasis)³⁰⁴.

Para el estudio de esta figura jurídica adjetiva, seguiremos el esquema utilizado por el profesor Alejandro Borda, indagando, en primera medida por el concepto (subsección I), sus características (subsección II), sus requisitos para su aplicación (subsección III, y su clasificación según los eventos concretos que se pretenden impedir (subsección IV)³⁰⁵.

1.2.1.1. SUBSECCIÓN I. DEL CONCEPTO DE *ESTOPPEL*.

§51. La primera definición dada sobre este impedimento pertenece a Lord Edward Coke, en el marco del caso *Duquesa de Kingston*³⁰⁶, la cual tradicionalmente ha sido considerada como la primera situación litigiosa que fue resuelta mediante sentencia con fundamento en el *estoppel*, “[...] el acto propio de un hombre o la aceptación impide o cierra su boca al alegar o invocar la verdad”³⁰⁷.

³⁰⁴ PARDO DE CARVALLO, Inés. Óp. Cit. p. 63.

³⁰⁵ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. pp. 25-40.

³⁰⁶ Este es el caso: Lady Chudleigh contrajo matrimonio con Lord A. J. Hervey el 4 de agosto de 1744 en la parroquia de Lainston, condado de Southampton. Ella presentó una impostura de matrimonio contra su esposo ante la Corte Consistorial del Obispo de Londres, quien el 10 de febrero de 1769 declaró por sentencia que Lady Chudleigh fue y es solterona, y libre de todo contrato matrimonial y esponsales con Lord Hervey. Luego, el 8 de marzo de ese año contrajo nupcias con Evelyn Pierrepont bajo licencia especial del Arzobispo de Canterbury, siendo, no obstante, acusada de bigamia posteriormente, por cuando –al parecer– se desposó con el Duque de Kingston estando aún vivo Lord Hervey. Constituido su juicio definitivo ante la Cámara de los Lores, Lady Chudleigh rechazó los cargos señalados por la Corte e indicó que ella fue declarada libre de todo matrimonio y esponsales, en virtud de sentencia de la Corte Consistorial con Lord Hervey, la cual es incuestionable, irreversible e inimpugnable, además de ser concluyente, no pudiendo ser recibida ninguna otra prueba en contra de su matrimonio vigente. Para la Corte, la sentencia proferida por una Corte Eclesiástica contra un matrimonio, en una apariencia de matrimonio, no es evidencia conclusiva con capacidad de parar al Consejo de la Corona de proveer sobre la acusación de poligamia. A su vez, admitir que la sentencia es concluyente contra la acusación que sustenta el juicio, es como legitimar la colusión y el fraude que, en efecto, se evitó.

³⁰⁷ BIGELOW, Melville Madison. *A treatise on the law of estoppel: and its application in practice*. 2º ed. Boston: Little, Brown and Company, 1876. (Libro digitalizado y tomado de: <https://archive.org/details/atreatiseonlwe04bigegoog>, Página web de Internet Archive, el 27 de junio de 2014, 13:59 hrs). p. 14.

El *estoppel* es una regla que busca impedir en Derecho que un sujeto afirme o infirme que un hecho determinado tuvo ocurrencia en la realidad, en virtud de haberse realizado un acto o una manifestación con efectos positivos o negativos; teniendo en cuenta que nadie puede contradecir lo dicho o hecho en el pasado por un sujeto que –sea que su proceder se enmarque dentro de la diligencia o no– ocasiona un perjuicio de orden patrimonial o personal a un tercero que se apoyó en las apariencias generadas por dicha manifestación (paráfrasis)³⁰⁸.

Se trata de una construcción jurisprudencial que forma parte de las “*rules of evidence*”, por las cuales “[...] una persona que ha establecido de alguna manera la verdad sobre algo, está vinculada, consciente o inconscientemente, a seguir en el proceso unas determinadas reglas de prueba. [...]”³⁰⁹; así, la apariencia que un individuo generó en un momento previo sobre un hecho que deriva inmediatamente de sus manifestaciones o actos, no puede ser alegada ni controvertida por los medios de prueba como falsa, por cuanto su contraparte parte de una creencia racional, siendo que éste se ha representado con fundamento en una base razonable la veracidad de la situación que se pretende desvirtuar en desmedro de su situación y en beneficio de quien la niega³¹⁰. Safontás señala que, como consecuencia de su aplicación, **(i)** se impide negar o probar un estado de hecho a favor de quien lo ha tomado como verdadero, **(ii)** sólo la alegación realizada contra la apariencia se entiende como inadmisibles por declaración judicial, y **(iii)** versará únicamente sobre una afirmación unívoca y clara que recaiga sobre un estado actual o pasado a favor de quien se ampara en esta regla de prueba³¹¹.

³⁰⁸ PUIG BRUTAU, José. *Estudios de derecho comparado. La doctrina de los actos propios*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1951. p. 104. En: BORDA, Alejandro. *Óp. Cit.* p. 25.

³⁰⁹ TUR FAÚNDEZ, María Nélida. *Óp. Cit.* p. 18.

³¹⁰ Cfr. TUR FAÚNDEZ, María Nélida. *Ibídem*; BORDA, Alejandro. *Óp. Cit.* p. 26; CORRAL TALCIANI, Hernán. *La raíz histórica del adagio “Venire contra factum proprium non valet”*. En: CORRAL TALCIANI, Hernán (edit.). *Óp. Cit.* p. 31; EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda. *Óp. Cit.* p. 76.

³¹¹ SAFONTÁS, Simón P. *Doctrina de los actos propios*. Jus, 1964-5, p. 33. En: BORDA, Alejandro. *Ibídem*.

Cabe resaltar que, a diferencia de algunos juristas que limitan el *estoppel* a manifestaciones eminentemente originadas durante el trámite judicial, Borda señala que, aunque tenga un carácter fuertemente ligado al proceso, las situaciones que sustentan este impedimento, pueden tener su origen mucho más allá de las relaciones procesales³¹². Bernal Fandiño refiere que, dada su naturaleza procesal, el *estoppel* no tiene eficacia general, por cuanto únicamente vincula a las partes que participan en el debate adjetivo³¹³.

§52. Más allá del *Common law*, la doctrina del *estoppel* ha sido aplicada en el campo del Derecho internacional público³¹⁴. Borda dice que continúa operando sobre las conductas de los Estados como sujetos de derecho internacional, sometiendo al mérito de la coherencia, univocidad y lealtad, ya sea que su manifes-

³¹² BORDA, Alejandro. *Ibidem*.

³¹³ BERNAL FANDIÑO, Mariana. *El deber de coherencia en los contratos y la regla del Venire contra factum proprium*. En: *International Law-Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Noviembre, 2008, no. 13. pp. 298-299.

³¹⁴ El profesor Marco Gerardo Monroy Cabra explica que “[...] una parte que puede alegar la nulidad o denunciar un tratado, no puede ejercer estos actos por hallarse inhabilitado por actos anteriores.”, y trae a colación la definición del maestro Basdevant, quien define el *estoppel* como “[...] la objeción perentoria que se opone a una parte en un proceso que ha asumido una posición que contraría la que anteriormente ha admitido expresa o tácitamente en la misma instancia.” (MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Derecho de los tratados*. 2º ed. Bogotá D.C.: Editorial Leyer, 1995. pp. 168-169). El maestro Enrique Gaviria Liévano realizó un análisis del diferendo marítimo entre Colombia y Nicaragua, resaltando que la pretensión de nulidad del Tratado Esguerra-Bárcenas, celebrado y observado por Nicaragua y Colombia por más de 70 años, resultaba inadmisibles con fundamento en el *estoppel*. Al respecto, indica: “[...] La circunstancia de que Nicaragua hubiera observado y aplicado el tratado de 1928 durante más de 50 años la inhibe jurídicamente para pedir su nulidad. Así lo consagra el derecho internacional en la figura del *Estoppel*, que proscribe la posibilidad de alegar nulidad cuando se prueba que durante algún tiempo se ha observado y aplicado el respectivo tratado, que es precisamente el caso de Nicaragua.” [...] Con todo, la jurisprudencia internacional recoge el *ius cogens* en las siguientes sentencias: competencia de la Comisión Europea del Rin (1927), *status* jurídico de Groenlandia oriental (1933), caso Losinger (1936), caso Nottebohm (1955) y el laudo arbitral sobre el canal del Beagle entre Argentina y Chile (1966). Los tres primeros fueron proferidos por la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional y el resto por la actual Corte Internacional de Justicia de Naciones Unidas. Resaltamos el fallo de 1966 porque es el más reciente y en el que la Corte dejó establecido que la falta de protestas argentinas durante los 34 años que siguieron a la conclusión del tratado constituyó aceptación o reconocimiento de la situación territorial que afectó las disposiciones de dicho instrumento. Repetimos que el argumento de Nicaragua para sustentar la nulidad del tratado de 1928 no encuentra respaldo en el derecho internacional positivo. Todo lo contrario, su actitud lo pone a espaldas del derecho de gentes y lo asimila a una violación flagrante de sus normas.” (GAVIRIA LIÉVANO, Enrique. *Derecho Internacional Público*. 6ª ed. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A., 2005. pp. 239 y 345).

tación, en el plano de la realidad, sea positiva o negativa³¹⁵. El *estoppel* forma parte de las prácticas jurídicas internacionales que posteriormente fueron legisladas en los tratados internacionales, siendo incorporada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del 23 de julio de 1969:

“El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte una norma de importancia fundamental de su derecho interno.”.

Adicional a lo anterior, en el campo del Derecho internacional privado, la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, del 11 de abril de 1980³¹⁶, contempla en materia de *estoppel* lo siguiente en su artículo 29:

“1) El contrato podrá modificarse o extinguirse por mero acuerdo entre las partes.

“2) Un contrato por escrito que contenga una estipulación que exija una modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito no podrá modificarse ni extinguirse por mutuo acuerdo de otra forma. No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá bastar esa estipulación en la medida que la otra parte se haya basado en tales actos.”³¹⁷.

³¹⁵ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 27. En el mismo sentido: BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 300.

³¹⁶ Esta convención hace parte del Derecho interno colombiano, en virtud de su aprobación mediante la Ley 518 de 1999 y su exequibilidad declarada en sentencia C-529 de 2000, M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell.

³¹⁷ Para la profesora Pardo de Carvallo, se trata de un reconocimiento expreso de la doctrina de los actos propios, aunque en Chile no forme parte de la legislación nacional, toda vez que existe una reserva sobre la Parte III de la Convención. (PARDO DE CARVALLO, Inés. Óp. Cit. p. 65.). Sin embargo, acogemos parcialmente la posición anterior, teniendo en cuenta que, si bien la sujeción a los actos propios en materia de compraventa internacional de mercaderías supone atenerse a un deber de diligencia y cuidado propio de la buena fe aplicada a las vicisitudes contractuales (Ver §§36-39), la práctica de sujeción a los actos propios está más estrechamente vinculada a la figura del *estoppel*, en virtud de la costumbre internacional, máxime cuando el artículo comentado refiere que la contraparte se basó en aquellas manifestaciones, sin determinar si su análisis se toma en su sentido objetivo o si, por el contrario, se refiere a una apariencia protegida; y si se tratare del esto-

A su vez, la Corte Internacional de Justicia ha tenido la oportunidad de aplicar esta doctrina para impedir las manifestaciones de los Estados contrarias a la buena fe internacional. Ese tribunal internacional resolvió de fondo, el 19 de noviembre de 1960, el caso concerniente al *Laudo arbitral rendido por el Rey de España, el 23 de diciembre de 1906*³¹⁸. La petición introductoria y la demanda presentadas por el gobierno de Honduras pretendió que la Corte declarara y juzgara que el gobierno de Nicaragua había incumplido con la observancia del laudo arbitral proferido por Su Majestad el Rey de España el 23 de diciembre de 1906, que la no ejecución del referido instrumento constituía una violación a una obligación internacional, y, en consecuencia, que tenía la obligación de ejecutarlo en su totalidad y en la forma allí prevista y en la cual indicare la Corte.

Por su parte, Nicaragua solicitó ante el alto tribunal que declarara infundadas las conclusiones y pretensiones del Estado demandante, por cuanto tenía la obligación de demostrar en la litis trabada que el Rey de España era competente para proferir el laudo arbitral sobre el cual se sustenta su pedimento, teniendo en cuenta lo pactado por ambos Estados en el Tratado Gámez-Bonilla del 7 de octubre de 1894. Y en sede de réplica, el gobierno de Honduras indicó que existía una presunción a favor de obligatoriedad del laudo, atendiendo a que se presentaron exteriormente apariencias de regularidad, y que la decisión arbitral fue realizada luego de que las partes tuvieran oportunidad de manifestar sus consideraciones pertinentes ante el árbitro, debiendo así Nicaragua asumir la carga probatoria de la nulidad del laudo.

ppel, la Convención, entonces, recoge el criterio jurisprudencial de la Corte Internacional de Justicia en los casos concernientes al *Laudo Arbitral rendido por el Rey de España el 23 de diciembre de 1906* y a *Actividades Militares y Paramilitares dentro y en contra de Nicaragua*, que se analizarán más adelante.

³¹⁸ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE – INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Affaire de la sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne le 23 décembre 1906 - Case concerning The arbitral award made by the King of Spain on 23 December 1906* (Honduras c. Nicaragua – Honduras vs. Nicaragua). Sentencia de fondo. 18 de noviembre de 1960. Reports 1960 – Recueil 1960. Publicada en Lista General No. 39.

Claro fue para la Corte que los árbitros nacionales nombrados con anterioridad tenían la potestad de interpretar el Tratado con total libertad, por cuanto fueron agotados las listas de los integrantes de los cuerpos diplomáticos base para la elección del Tribunal de Arbitramento; en ese sentido, las solemnidades prescritas por el Tratado Gámez-Bonilla fueron observadas debidamente³¹⁹. El tribunal, tuvo en cuenta que posteriormente, en el curso del proceso, Nicaragua reconoció la validez del laudo arbitral por sus declaraciones expresas y su comportamiento:

“El hecho que Nicaragua no haya emitido duda en cuanto a la validez del laudo que varios años después de haber tenido conocimiento de su texto completo confirma la conclusión a la cual la Corte llegó. La actitud de las autoridades de Nicaragua en el curso de este periodo fue conforme al artículo VII del tratado Gámez-Bonilla, después de lo cual la decisión arbitral en absoluto –y, en opinión de la Corte, se aplica igualmente a la decisión rendida por el rey de España en calidad de árbitro– «será considerada como un tratado perfecto, obligatorio y perpetuo entre las Altas Partes contratantes y no será susceptible de ningún recurso»³²⁰.

En otro asunto, mediante sentencia de 20 de febrero de 1969 el alto tribunal internacional se planteó como problema jurídico si la República Federal de Alemania estaba impedida para denegar, a cargo de los reinos de los Países Bajos y de Dinamarca, la aplicación del Artículo 6.2 de la Convención de Ginebra de 1958 sobre Plataforma Continental, tras invocar los países accionados la presunta violación de la apariencia jurídica generada por el Estado accionante, al haber ratificado el mencionado instrumento de Derecho internacional y haber asumido unilateralmente las obligaciones en él contenidas³²¹. Al resolver la Corte el problema jurídico,

³¹⁹ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE – INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Óp. Cit. pp. 17-19 en inglés y francés.

³²⁰ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE – INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Óp. Cit. p. 25 en inglés y francés.

³²¹ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE – INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Affaires du Plateau Continental de la Mer du Nord – North Sea Continental Shelf Cases*. (République Fédérale d'Allemagne c. Royaume de Danemark/ République Fédérale d'Allemagne c. Royaume des Pays-

consideró que no era posible presentar oposición mediante el *estoppel* si los actos generadores de la apariencia no son claros ni razonablemente concluyentes, que, en el caso concreto, implicaban la aceptación del régimen establecido en el artículo 6 de la Convención, concluyendo de la siguiente manera:

“32. En suma, aparece a la Corte que ninguno de los elementos invocados son decisivos; **todos son, en últimas, negativos o no concluyentes; todos son aptos de variadas interpretaciones o explicaciones.** Una cosa es deducir de las declaraciones de la República Federal que admite la concepción fundamental de los derechos del Estado riverero sobre la plataforma continental; y otra ver de esto una aceptación de las reglas de delimitación previstas por la Convención. Consideradas globalmente, las declaraciones de la República Federal podrían al menos justificar la vista de haber estado plenamente consciente de los efectos probables del principio de la equidistancia en el caso del Mar del Norte, la República Federal no se opuso expresamente al principio enunciado en el artículo 6º de la Convención. Pero una constatación también de carácter negativo no permite ciertamente la inferencia positiva de que la República Federal, sin ser parte en la Convención, aceptó el régimen del Artículo 6 de una manera que se obliga a ello.”³²². (Destacado fuera del texto).

Lo anterior significa que la aplicación del *estoppel* está ligada a la fuerza vinculante que supone un instrumento internacional perteneciente al “*Hard law*” en la forma prevista por la Convención de Viena de 1969 sobre el “Derecho de los Tratados”; esto es, al reconocimiento pretérito que de los términos convencionales haya aceptado y ratificado el Estado contra el cual se opone el impedimento, siendo de esta forma requisito que la apariencia sea generada por un hecho prístino, icástico y del cual se concluya con total razonabilidad una situación jurídica a favor de un Estado.

Bas – Federal Republic of Germany vs. Kingdom of Denmark/ Federal Republic of Germany vs. Kingdom of the Netherlands). Sentencia de fondo. 20 de febrero de 1969. Reports 1969 – Recueil 1969. Publicada en Lista General No. 51 y 52. p. 26 en inglés y francés, punto 27 de las consideraciones de la Corte.

³²² COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE – INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Óp. Cit. p. 27 en inglés y francés, punto 32 de las consideraciones de la Corte.

En el caso *Actividades Militares y Paramilitares dentro y en contra de Nicaragua*, la Corte indicó que si un Estado actúa de forma incompatible, a primera vista, con una regla reconocida, pero defiende su conducta apelando a las excepciones o justificaciones contenidas en aquella, y si la conducta es justificable sobre esa base, el alcance de esta conducta no tiende a menoscabar la regla que se pretende evitar sino que, antes bien, significa su aceptación³²³.

Y, por último, en el caso *Elettronica Sicula*, la Corte analizó la solicitud de aplicación del *estoppel* realizada por Estados Unidos respecto de la excepción de agotamiento de los recursos de Derecho interno contra la competencia de la Corte; puesto que, según el demandante, tras conocer la situación litigiosa entre las partes por vía diplomática mediante nota verbal, y ejercitar las vías internas que ofrece el Estado demandado por parte de dos personas jurídicas con nacionalidad del Estado accionante, éste, consciente de haber respetado la regla de agotamiento de vías internas, estuvo convencido de haber procedido de esa forma, al punto de indicarle a sus nacionales que contra el Estado italiano no existía acción directa, de manera que, de saberlo, habrían procedido en ese sentido, a su vez que ni en las instancias procesales ante el Alto tribunal internacional el Estado accionado dejó entender que se podía agotar la vía interna invocando el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación del 2 de febrero de 1948³²⁴.

³²³ COUR INTERNATIONAL DE JUSTICE – INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci - Case concerning Military and Paramilitary activities in and against Nicaragua*. (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique – Nicaragua vs. United States of America). Sentencia de fondo. 27 de junio de 1986. Reports 1986 – Recueil 1986. Publicada en Lista General No. 70. p. 88 de la sentencia, en inglés y francés. Punto 186 de las Consideraciones de la Corte.

³²⁴ COUR INTERNATIONAL DE JUSTICE – INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Affaire de L'Elettronica Sicula S.p.A. - Case concerning Elettronica Sicula S.p.A.* (États-Unis d'Amérique c. Italie – United States of America vs. Italy). Sentencia de fondo. 20 de julio de 1989. Reports 1989 – Recueil 1989. Publicada en Lista General No. 76. pp. 32-33 en inglés y francés. Punto 53 de las Consideraciones de la Corte.

La Corte determinó, siguiendo el precedente del caso *Interhandel*³²⁵, que no es fácil concluir del cambio de correspondencia diplomática un supuesto de hecho que desemboque en el agotamiento de los recursos de Derecho interno, y en consecuencia la aplicación del *estoppel*, previa invocación del Estado interesado; si bien no se basó en la eficacia de los medios discurridos por vía diplomática, la Corte encontró que las personas jurídicas con nacionalidad del Estado accionante sí agotaron las vías internas para buscar la reclamación de perjuicios irrogados, no existiendo soporte jurídico para la petición de Italia y, en consecuencia, asumiendo la competencia sobre el asunto³²⁶.

§53. El profesor Corral Talciani señala que el desarrollo del *estoppel* está marcado por tres etapas históricas largas e indefinidas, según la relación que guarde con una determinada modalidad de este impedimento, a saber: **(i) *estoppel by record***; **(ii) *estoppel by deed***; y **(iii) *estoppel by pais***³²⁷.

Melville Madison Bigelow, en su obra “*Tratado sobre la Ley del Estoppel: y su aplicación en la práctica*”, asegura que la existencia del *estoppel by record* data desde la existencia misma de la constitución de los tribunales en Inglaterra; la segunda, en las colecciones más tempranas del Derecho inglés, mientras que la tercera se remonta hacia 1772 aproximadamente. Aunque en un principio mostraron animadversión en su aplicación, los tribunales del *Common law* no han cesado de valerse de su doctrina. La fuerza del *estoppel*, según Bigelow, así como sus efectos apuntan a excluir a las partes y a quienes las coadyuven, de cualquier perturbación a

³²⁵ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE – INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Affaire de l'Interhandel – Interhandel Case*. (Suisse c. États-Unis d'Amérique – Switzerland vs. United States of America). Sentencia de excepciones preliminares. 21 de marzo de 1959. Reports 1959 – Recueil 1959. Publicada en Lista General No. 34.

³²⁶ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE – INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Affaire de L'Elettronica Sicula S.p.A. - Case concerning Elettronica Sicula S.p.A.* (États-Unis d'Amérique c. Italie – United States of America vs. Italy). Sentencia de fondo. 20 de julio de 1989. Reports 1989 – Recueil 1989. Publicada en Lista General No. 76. pp. 33-37 en inglés y francés. Puntos 56-63 de las Consideraciones de la Corte.

³²⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán. Óp. Cit. En: CORRAL TALCIANI, Hernán. Óp. Cit. pp. 31-33.

una materia que, en pretéritas oportunidades han admitido y adoptado en forma solemne. Tal admisión es indiscutible entre las partes, de manera que el *estoppel* es no una permisión de la ley, puesto que controvertir la verdad es excluido³²⁸.

Corral Talciani destaca que, si bien algunos juristas de la tradición del *Common law* afirman que el *estoppel* no guarda relación con la teoría de los actos propios, existe influencia del Derecho romano intermedio en el desarrollo del *estoppel*, indicando que autores como Bracton y Glanville tuvieron contacto con el *Mos italicus*, movimiento jurídico en el cual se acuñó el brocardo “*Venire contra factum proprium non valet*” (Ver §§16-19)³²⁹.

Por su lado, Borda destaca razones históricas e ideológicas para vincular el *estoppel* con el “*Venire contra factum proprium non valet*”. Como razones históricas, destaca que “*estoppel*” tiene la misma raíz semántica que “*estopa*”, guardando también relación con el proverbio hispánico “*no bastan estopas para tapar tantas bocas*” y con su análogo en la tradición británica “*stoppeth his mouth*”, que es el resultado que se pretende lograr con la aplicación de esta institución. Además, la expresión “*own act*” utilizada en la definición de Lord Coke traduce como “acto propio”, lo cual es consecuencia de la influencia del Derecho romano-canónico.

Como razones ideológicas, más allá de la adaptación a las tradiciones y usos sociales de los pueblos, tanto el *estoppel* como la teoría de los actos propios buscan impedir el ejercicio de una conducta contradictoria, pues entendieron el uso de ambas instituciones como un medio de defensa hermanado con la *exceptio doli*, la cual cumplía con castigar la mala fe de una de las partes³³⁰.

³²⁸ BIGELOW, Melville Madison. *Ibídem*.

³²⁹ CORRAL TALCIANI, Hernán. *Óp. Cit.* En: CORRAL TALCIANI, Hernán. *Óp. Cit.* p. 32.

³³⁰ BORDA, Alejandro. *Óp. Cit.* p. 28.

1.2.1.2. SUBSECCIÓN II. DE LAS CARACTERÍSTICAS DEL *ESTOPPEL*.

§54. La doctrina unánimemente afirma la existencia de cuatro características que distinguen al *estoppel*, como regla procesal de prueba, de otras manifestaciones derivadas del brocardo “*Venire contra factum proprium non valet*”, a saber: **(i)** protege la apariencia jurídica; **(ii)** es un medio de defensa; **(iii)** su eficacia procesal; y **(iv)** su reciprocidad.

1.2.1.2.1. EL *ESTOPPEL* PROTEGE LA APARIENCIA JURÍDICA.

§55. Pardo de Carvallo señala que el *estoppel* tiene su asidero en la idea de la apariencia jurídica despertada en un individuo con su conducta y que da lugar a una confianza que vulnera por su cambio de posición³³¹. Se busca impedir que, en el marco de una relación procesal, una parte modifique su posición cuando ha generado una apariencia a favor de otro, y sobre la cual subyace una confianza³³². La profesora Tur Faúndez recuerda que una persona está impedida, en el curso de un proceso, alegar o probar la falsedad de algo que ella misma representó, con sus palabras o con su conducta, como algo verdadero³³³.

Borda destaca que la apariencia jurídica consiste en generar en un sujeto de derecho una representación, no visto como un contrato de mandato sino como imagen de la realidad, una ficción originada en la mente del receptor y legitimado para emplear esta figura procesal. Luego, nace una creencia sobre la cual resulta inadmisibles modificar su posición jurídica precedente, por cuanto implica variar la representación que el sujeto tiene; y, es que tal variación le significa un beneficio indiscutible³³⁴.

³³¹ PARDO DE CARVALLO, Inés. Óp. Cit. p. 64.

³³² BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 29.

³³³ TUR FAÚNDEZ, María Nélida. *Ibidem*.

³³⁴ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. pp. 29-30.

1.2.1.2.2. EL ESTOPPEL ES UN MEDIO DE DEFENSA.

§56. El *estoppel*, como lo dice la profesora Pardo de Carvallo, provee un escudo y no una espada³³⁵. Es decir, no puede ser utilizado como fundamento jurídico de la demanda sino a partir del escrito de contestación de la demanda como un medio de defensa general, la que no se restringe a ser aplicada exclusivamente por el demandado, entendiéndose incluso que se refiera al empleo de una excepción de mérito; en sentido contrario, puede ser impedido de cualquier controversia de orden procesal el mismo accionado siempre que atente la creencia depositada en la apariencia jurídica que ha generado³³⁶.

En uno u otro caso, no se trata de una defensa oficiosa, sino de un medio aplicado a solicitud de parte. A diferencia de la teoría de los actos propios, el *estoppel* es un mecanismo que adquiere eficacia siempre que una de las partes advierta una afectación a su interés sustentado en la imagen que tiene de la realidad; en cambio, la teoría de los actos propios puede ser aplicada en virtud de la regla “*iura novit curia*” (Ver §48).

1.2.1.2.3. EL ESTOPPEL TIENE EFICACIA PROCESAL.

§57. Aunque las situaciones que dan origen al *estoppel* pueden tener un alcance incluso extraprocesal, su invocación sólo adquiere sentido propio dentro de los cauces del proceso que afecta a las partes. Es en el ámbito de la sustanciación del proceso, como dice el profesor Borda, que se debe invocar la protección de la apariencia jurídica por vía de defensa, y únicamente afecta a quienes participan en los extremos procesales. Sin embargo, es la contradicción en el ámbito del proceso la que debe alegarse oportunamente dentro de sus cauces, aunque los hechos que sustentan la representación sean espacial y temporalmente ajenos al procedimiento desplegado por petición de las partes.

³³⁵ PARDO DE CARVALLO, Inés. *Ibidem*.

³³⁶ BORDA, Alejandro. *Óp. Cit.* p. 31.

Borda califica de inapropiada las definiciones restrictivas del *estoppel*, por cuanto implican tomar como punto de partida que la situación aparente tuvo su origen dentro del proceso³³⁷. Sobre ese punto específico, encontramos razón en su comentario, por cuanto, incluso desde la óptica del Derecho internacional público, las apariencias sobre las que se fundan los Estados no necesariamente tienen origen en la relación adjetiva sometida ante la Jurisdicción internacional, v.gr. el caso concerniente al *Laudo arbitral proferido por el Rey de España el 23 de diciembre de 1906*, en la cual la Corte Internacional de Justicia impidió al Estado demandado invocar la nulidad de la decisión en la que participó y aceptó la competencia del Jefe de Estado español para proveer una solución de fondo a la controversia de delimitación de fronteras (Ver §52).

1.2.1.2.4. LA RECIPROCIDAD DEL ESTOPPEL.

§58. La reciprocidad de la doctrina del *estoppel* consiste en que puede ser invocada por el demandado al contestar la demanda y en ejercicio de la réplica, y por el demandante al referirse sobre las consideraciones empleadas por el accionado para defenderse procesalmente. Ambas partes en el proceso están legitimadas para su utilización desde el momento en que se trabe la litis, durante las alegaciones introductorias de la relación procesal o en los alegatos de conclusión. Borda resalta que el empleo del *estoppel* está vedado para quienes ostentan la calidad de terceros, puesto que, recordemos, es una figura eminentemente relacional que busca el impedimento en función de una apariencia jurídica que sólo vincula a las partes, y no a los terceros; en ese sentido, dado que la representación que sustenta el impedimento procesal afecta a quienes se sitúan en los extremos procesales, igualmente no puede ser propuesta por éstos contra aquéllos³³⁸.

³³⁷ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. pp. 30-31

³³⁸ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 32.

En el plano del Derecho internacional público, debemos tener en cuenta como ejemplos de la reciprocidad del *estoppel* el caso *Laudo arbitral proferido por el Rey de España el 23 de diciembre de 1906*, donde fue la parte demandante quien se amparó en este impedimento procesal contra las solicitudes del Estado accionado; y el concerniente a la *Plataforma Continental del Mar del Norte*, en el cual fueron los Estados demandados quienes interpusieron el *estoppel* contra las pretensiones dentro del escrito introductorio y de la demanda, si bien la Corte declaró desierta su invocación (Ver §52).

1.2.1.3. **SUBSECCIÓN III. DE LOS REQUISITOS O PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DEL *ESTOPPEL*.**

§59. El profesor Borda indica que, no obstante la jurisprudencia anglosajona no ha entrado en detalles acerca de los requisitos para la aplicación del *estoppel* en una situación concreta, se pueden colegir los siguientes presupuestos: **(i)** un sujeto de derecho vinculado en una relación sustancial o procesal debe dar por cierto un estado determinado de cosas; **(ii)** aquel estado de cosas debe ser claro, unívoco, sin dobleces ni ambigüedades, con total evidencia a la razón debe concluir a una interpretación y representación; **(iii)** el estado de cosas afirmado e interpretado no puede versar sobre asuntos delimitados a un tiempo futuro, sino que siempre guardarán relación con situaciones pretéritas o actuales; y **(iv)** el *estoppel* debe ser invocado por quien le reporta un beneficio personal o patrimonial sustentado en la apariencia jurídica, pero reversado por quien la generó³³⁹.

Creemos que este criterio es ajustado incluso al concepto del *estoppel* en el Derecho internacional que, como constructo consuetudinario, fue posteriormente regulado principalmente en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, explicada y aplicada en concreto por la Corte Internacional de Justicia (Ver §52), exigiéndose para ello que la apariencia generada por un sujeto de derecho inter-

³³⁹ BORDA, Alejandro. *Ibídem*.

nacional a favor de otro, por sus acciones u omisiones, debe ser prístina y razonable sobre una situación pasada o presente.

1.2.1.4. **SUBSECCIÓN IV. DE LA CLASIFICACIÓN DEL *ESTOPPEL*.**

§60. La doctrina es uniforme al indicar que, según la clase de afirmación que se busca impedir, así como su accesorio fundamento fáctico y jurídico, se debe invoca una modalidad específica de *estoppel*. Ahora bien, generalmente son reconocidas como sus principales singularidades el (i) *estoppel by record*; (ii) *estoppel by deed*; y (iii) *estoppel by fact in pais*.

1.2.1.4.1. **DEL *ESTOPPEL BY RECORD*.**

§61. Consiste en la imposibilidad de desvirtuar el contenido de una decisión judicial proferida en una causa por un pleito continuado en el tiempo entre las partes, fundándose en la actividad procesal de las partes y no en los efectos que derivan de la providencia, puesto que no puede entrar en contravía con sus propias manifestaciones quien colabora como sujeto procesal –o sucesor en los derechos litigiosos de uno de éstos– por medio de sus actuaciones adjetivas en la solución de un punto controversial que luego se decide en la sentencia³⁴⁰. Bigelow trae la siguiente definición para luego destacar la relación con el principio de la cosa juzgada³⁴¹:

“[...] Ninguno, si es parte, coadyuvante o tercero ajeno, estará patentado para disputar el hecho que los procedimientos recitados en el expediente muestran como acaecidos, o el momento en el cual se pretende haber tenido lugar, o que las partes que se

³⁴⁰ Cfr. BORDA, Alejandro. Óp. Cit. pp. 36-37. PARDO DE CARVALLO, Inés. Ibídem.

³⁴¹ D.1.5.25. Ulpiano. Libro I. Ad legem Iuliam et Papiam. “*Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus; quia res iudicata pro veritate accipitur.*”. En: KRIEGEL, HERMANN y OSENBRÜGGEN, Óp. Cit. p. 216. Al respecto, destaca Nattan Nisimblat la relación entre el *estoppel by record* con la *res iudicata*, según la cual, se remonta a las sentencias pronunciadas en los *judicium imperium continens*, tribunales en los cuales se facultaba al demandado a excepcionar contra el demandante que intentara ventilar nuevamente la acción impetrada en anterior oportunidad (NISIMBLAT, Nattan. *La cosa juzgada en la Jurisprudencia Constitucional colombiana y el Principio del Estoppel en el derecho anglosajón*. En: Universitas, enero-junio de 2009, No. 118. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana. p. 252).

mencionan como litigantes actual o progresivamente participaron en el caso, o la sentencia que fue proferida como allí se indica. [...]”³⁴².

1.2.1.4.2. **DEL ESTOPPEL BY DEED.**

§62. Consiste en la declaración hecha en un documento sellado o acto solemne, innegable por quien la emite. Se trata de una manifestación de voluntad que, dada su carga ritual, genera una apariencia sobre la veracidad de lo declarado, sin que sea posible confrontarla por cuanto ha asumido la responsabilidad sobre sus dichos y manifestaciones. Como consecuencia, la prueba en contrario no es puesta bajo consideración del juez y, en su lugar, obliga con efectos “*inter partes*” al reconocimiento y cumplimiento diligente de los deberes derivados de la declaración formal y de sus antecedentes³⁴³.

Dado que las mismas partes gestionan el mismo negocio por sí mismos y lo aceptan sobre esa base, a partir de ese entonces los hechos admitidos serán indiscutibles entre ellos; en ese orden de ideas, es la preclusión dirigida contra las partes competentes en un instrumento sellado y válido, y contra sus colaboradores, que resta fuerza y efecto sobre cualquier evidencia de una solemnidad inferior. Según lo dicho por Lord Mansfield, “no será permitido que se dispute su propio acto solemne.”³⁴⁴.

Sólo las partes en un acto o negocio jurídico solemne y aquellos que intervienen en calidad de colaboradores con éstos pueden ser atadas o tomar ventaja del *estoppel* creado por el instrumento³⁴⁵. Pero su invocación se supedita a las limitacio-

³⁴² BIGELOW, Melville Madison. Óp. Cit. p. 3.

³⁴³ Cfr. BORDA, Alejandro. Óp. Cit. pp. 37-38; PARDO DE CARVALLO, Inés. Ibídem; NISIMBLAT, Nattan. Óp. Cit. p. 250. Al respecto, Nisimblat señala que esta modalidad de *estoppel* guarda similitud con lo contenido en el artículo 1934 C.C., puesto que los actos viciados de nulidad no pueden ser confrontados mediante este impedimento.

³⁴⁴ BIGELOW, Melville Madison. Óp. Cit. pp. 267-268.

³⁴⁵ BIGELOW, Melville Madison. Óp. Cit. p. 269.

nes que suponen la regla: **(i)** El acto solemne debe ser válido en sí mismo³⁴⁶; **(ii)** en consecuencia, los hechos opuestos por este *estoppel* deben guardar relación con el acto solemne³⁴⁷; **(iii)** Si se trata de una manifestación unilateral de intención negocial activa elevada a escritura pública, sólo puede ser opuesto el *estoppel* contra la parte que realizó la manifestación y nunca contra quien la recibió³⁴⁸; **(iv)** A partir del caso Brown vs. Staples, se establece que no es admisible que se oponga el *estoppel* contra una de las partes con fundamento en otro instrumento solemne que contiene una declaración contradictoria, por cuanto sería tanto como negar la eficacia de la declaración o derecho que el documento contiene³⁴⁹; y **(v)** si la verdad aparece de cara a lo contenido en el instrumento, no es de recibo invocar el *estoppel*, por cuanto es deber de las partes observar el contenido del acto solemne de forma sistemática, incluso si la alegación de impedimento se sustenta sobre un instrumento que remite a otro para que sus términos puedan ser entendidos por el tenor de aquel, como se colige de Pargeter vs. Harris³⁵⁰.

1.2.1.4.3. DEL ESTOPPEL BY FACT IN PAIS.

§63. Bigelow define esta variedad como el reconocimiento irrefutable que surge a favor de un extremo procesal, quien de buena fe ha sido inducido sobre un beneficio por la acción voluntaria de la parte contra la cual se le alega el cambio de posición³⁵¹. Se trata de la modalidad de impedimento más cercana a la idea que sustenta la doctrina de los actos propios, que deriva de los actos ejecutados de manera notoria en un determinado espacio y tiempo³⁵². Es conocido como “*equitable estoppel*”, opuesto a las anteriores, las cuales son denominadas tradicionalmente “*legal estoppels*”³⁵³, y definido por Puig Brutau como la imposibilidad de negar pos-

³⁴⁶ BIGELOW, Melville Madison. Óp. Cit. p. 283.

³⁴⁷ BIGELOW, Melville Madison. Óp. Cit. p. 286.

³⁴⁸ BIGELOW, Melville Madison. Óp. Cit. p. 289.

³⁴⁹ BIGELOW, Melville Madison. Óp. Cit. p. 293.

³⁵⁰ BIGELOW, Melville Madison. Óp. Cit. pp. 293-294.

³⁵¹ BIGELOW, Melville Madison. Óp. Cit. p. 369.

³⁵² Cfr. TUR FAÚNDEZ, María Nélida. Ibídem. BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 33.

³⁵³ CORRAL TALCIANI, Hernán. Óp. Cit. En: CORRAL TALCIANI, Hernán (edit.). Óp. Cit. p. 32.

teriormente o discutir en juicio su legitimación en la causa o su derecho reconocido previamente (paráfrasis)³⁵⁴.

§64. Existen varios ejemplos, según el profesor Borda, de los cuales los más característicos son:

a) *Tenancy*. En virtud de esta modalidad, ninguna de las partes puede discutir el título jurídico de su contraparte por cuanto afecta la constitución de la relación jurídica en la cual ambas partes participaron. Se trata de una variedad que comprende a los arrendamientos y las relaciones de posesión³⁵⁵.

El origen de esta modalidad de *estoppel* está en el ejercicio de las acciones de asunción de uso y posesión, desde el caso Gibson vs. Kirk, en el Derecho inglés. Lo que se buscaba con esta variedad de impedimento, era similar en sus resultados al ejercicio de la acción de asunción, el cual era el reconocimiento, no de una renta, sino de una compensación día a día por el disfrute real de la cosa en calidad de tenedor o, inclusive, de poseedor. Pero para el mantenimiento de la acción de *assumpsit*, la relación entre propietario y tenedor debía ser establecida, y una vez consolidada, surge el *estoppel by pais*. Agrega Bigelow que el disfrute del bien por permisión es el fundamento de esa acción y, en consecuencia, el origen de la regla que consiste en que a un tenedor no le será permitido disputar el título del propietario³⁵⁶.

b) *Bailment*. El impedimento contra el depositario y a favor del depositante, según Borda, supone que la entrega de un bien mueble en un límite temporal cierto con fundamento en un acto o negocio jurídico, genera la obligación del depositario de custodiarlo y devolverlo a quien ha confiado su cuidado y bajo las indicaciones que

³⁵⁴ PUIG BRUTAU, José. Óp. Cit. p. 109. En: BORDA, Alejandro. Ibídem.

³⁵⁵ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 34. Cfr. NISIMBLAT, Nattan. Óp. Cit. p. 251.

³⁵⁶ BIGELOW, Melville Madison. Óp. Cit. p. 374.

éste ha impartido, sin que sea de recibo cuestionar el título de quien ha concedido su tenencia, toda vez que reconoció el derecho que éste tiene al participar en la celebración del contrato que legitima tal disposición patrimonial³⁵⁷.

c) Patents. Borda dice que en un contrato de concesión, es inadmisibile que el concesionario discuta la validez de la patente que le fue confiada, ni el concedente negar la existencia jurídica de esa misma patente, siendo que la celebración del contrato supone el reconocimiento de la titularidad del concedente como titular de la patente³⁵⁸.

Con fundamento en el caso *Kinsman vs. Parkhurst*, el cesionario de una patente, quien ha actuado en función de ella y ha recibido los beneficios de la venta o distribución de un artículo patentado, no está facultado para negar la validez de la patente dentro de un proceso impulsado por la acción presentada por el titular de la patente, la cual estuvo encaminada al reconocimiento de las prestaciones que deriven de su invento. La Corte que conoció de esa causa indicó que los demandados se encontraban impedidos para discutir la validez de la patente concedida por el demandante, por cuanto

“[...] [e]llos hicieron y vendieron esas máquinas en nombre del titular-demandante y por su cuenta; no tenían permitido rechazar el título del demandante ni retener los beneficios para su propio uso más que un agente que ha cobrado una deuda a favor de su superior puede insistir en mantener el dinero bajo una alegación de que la deuda no era justamente debida. La invalidez de la patente no convierte en ilegal la venta de las máquinas, tanto como rayar con la ilegalidad la obligación de los demandados de rendir cuentas. [...]”³⁵⁹

³⁵⁷ BORDA, Alejandro. *Ibídem*. Cfr. BIGELOW, Melville Madison. *Óp. Cit.* pp. 416-421.

³⁵⁸ BORDA, Alejandro. *Ibídem*.

³⁵⁹ BIGELOW, Melville Madison. *Óp. Cit.* p. 423.

d) *Estoppel by representation*. Con fundamento en Díez-Picazo, Borda señala que los actos ejecutados notoriamente en un espacio y tiempo ciertos pueden dar lugar a este *estoppel*, si se hace creer en la existencia de un estado determinado de cosas, capaz de inducir o determinar el pre-ordenamiento conductual de un sujeto de derecho, no pudiendo alegarse la inexistencia de ese estado por quien ha procedido con conductas o palabras a predeterminar a su contraparte³⁶⁰.

La representación que generó quien se encuentra impedido por *estoppel* puede nacer de las palabras o conductas que provengan de él, mas no necesariamente la imagen de la realidad que subyace en el fuero interno de quien la invoca se encaminen de entrada en los senderos del dolo y la falsedad³⁶¹.

Bigelow señala que el *estoppel by conduct* –como también es denominado– atañe a un extremo procesal y a quienes le coadyuven, quienes buscan desmentir una verdad subyacente en las representaciones hechas y sobre las cuales la contraparte ha actuado. Se funda sobre la doctrina de la *equity*, y consiste en que si una representación es hecha a favor de otro, quien, de hecho, procede de buena fe sobre las implicaciones que ella conlleva, deberá materializar y conservar la representación el que la generó, máxime si tenía conocimiento sobre su falsedad³⁶². La primera enunciación de esta variedad de *estoppel* tuvo lugar en Inglaterra, al decidir los Tribunales de la Corona sobre la causa *Pickard vs. Sears*, en la cual así se pronunció Lord Denman:

“[...] Pero la regla legal es clara, que donde uno, por sus palabras o conducta, voluntariamente causa en otro que crea en la existencia de cierto estado de cosas, y lo induce a actuar sobre esa creencia, tanto así que altera su propia posición previa, el primero concluyó luego de afirmar contra el último un estado diferente de cosas como

³⁶⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. Óp. Cit. p. 79. En: BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 35. Cfr. NISIMBLAT, Nattan. Óp. Cit. pp. 250-251.

³⁶¹ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. pp. 35-36.

³⁶² BIGELOW, Melville Madison. Óp. Cit. p. 473.

existente al mismo tiempo; y el demandante en este caso habría partido de su interés en la propiedad por entrega verbal o venta, sin ninguna de esas formalidades que proyecta obstáculos técnicos, en presente, y dando una clase de sanción a los procedimientos bajo ejecución, fue un hecho de tal naturaleza que la opinión del jurado debería, de conformidad con *Heane vs. Rogers*, y *Graves vs. Key*, haber sido tomada, si no había, de hecho, dejado de ser el propietario. Esa opinión, en caso afirmativo, habría decidido el segundo problema a favor del demandado³⁶³.

Igualmente destaca el caso *Welland Canal Company vs. Hathaway*, resuelto por la Corte Suprema de Nueva York en 1832, en el cual se determinó que el demandado estuvo impedido para desmentir que los demandantes eran una corporación, por un recibo en el cual constaba que él les dio una suma de dinero atendiendo a la razón social de la compañía, y por entrar en el contrato sobre el cual los demandantes presentaron su causa mediante demanda³⁶⁴.

1.2.2. SECCIÓN II. EL RETRASO DESLEAL (*VERWIRKUNG*).

§65. Para el estudio de ese efecto, creemos conveniente emplear los aportes generados en el seno de la doctrina alemana y española, destacando que la jurisprudencia alemana mencionó por primera vez la imposibilidad de ejercer un derecho cuando, por el paso del tiempo, se ha generado una confianza en un individuo, pero su ejercicio lícito atenta contra la buena fe. Así las cosas, para el estudio del retraso desleal en el ejercicio de los derechos subjetivos trataremos lo referente al concepto (Subsección I) y sus requisitos (Subsección II), con fundamento en la doctrina producida en Alemania y España, y en los pronunciamientos del Tribunal Supremo español y el Tribunal Supremo Federal alemán.

1.2.2.1. SUBSECCIÓN I. CONCEPTO.

§66. Paralelamente, en el Derecho alemán existe un efecto jurídico que, al igual que el *estoppel* y la teoría de los actos propios, deriva del brocardo “*Venire contra*

³⁶³ BIGELOW, Melville Madison. Óp. Cit. pp. 475-476.

³⁶⁴ BIGELOW, Melville Madison. Óp. Cit. p. 477.

factum proprium non valet", mediante la cual se pretende evitar el ejercicio de un derecho para normalizar una situación jurídica en concreto³⁶⁵: la "*Verwirkung*" o Retraso desleal, como se conoce en el Derecho español, que ha sido definida tradicionalmente por los profesores Enneccerus y Nipperdey, que se refieren a esta figura como un medio de defensa procesal, de la siguiente manera:

"[...] si uno espera para ejercitar sus derechos tanto tiempo que su silencio (no sin cumpla) despierta en la otra parte la confianza legítima de que el derecho ya no será ejercitado y, según los principios de la buena fe que imperan en el tráfico de la vida, el ejercicio posterior es considerado como desleal, cabe oponerse al mismo mediante excepción perentoria. [...] La decisión depende de las circunstancias del caso concreto y no es lícito en ningún caso desatender los *legítimos* intereses del acreedor."³⁶⁶

La doctrina de la "*Verwirkung*" consiste en la paralización del ejercicio de un derecho con el fin de ampliar y rectificar los plazos de prescripción, buscando sancionar la deslealtad del titular de un derecho ejercitado en una realidad concreta, que, habiendo asumido en lo pretérito una pasividad con respecto a su facultad, intenta sorprender posteriormente a su contraparte, así nunca lo haya pretendido³⁶⁷, ya que quien receptó el no ejercicio del derecho lo hizo sobre una base objetiva y dadas las circunstancias específicas que imperan en la relación jurídica³⁶⁸. Para Tur Faúndez, no es admisible que el deudor en una relación jurídica esté pendiente por un tiempo superior al que deba razonablemente emplear, de que el titular del derecho que es objeto del vínculo formule demanda en su contra, cuando existe

³⁶⁵ TUR FAÚNDEZ, María Nélica. Óp. Cit. p. 20.

³⁶⁶ ENNECCERUS-NIPPERDEY, Óp. Cit. p. 485.

³⁶⁷ Para la aplicación de la *Verwirkung* no se requiere que exista una manifestación de la voluntad del sujeto titular del derecho que se exige en juicio, por cuanto, de aceptarse que la voluntad es requisito *sine qua non* para dar vía libre al empleo de esta figura, no se hablaría propiamente de un retraso desleal. Se trataría, en sentido contrario, de la *renuncia tácita*, en la cual, según el profesor Borda, se requiere de una voluntad negocial y la posibilidad de que el renunciante pueda demostrar que no existió la declaración de voluntad que se le atribuye, dejando sin valor todo efecto extintivo en contra al ejercicio de su facultad; pero es la buena fe el sustento del retraso desleal (En: BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 43).

³⁶⁸ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 42.

un retraso abiertamente contrario a Derecho al momento de su presentación³⁶⁹. En el Derecho colombiano, el maestro Fernando Hinestrosa indica que la “*Verwirkung*” “[...] aparece adicionalmente como la pérdida de un derecho o una pretensión por el transcurso de determinado tiempo: “con la *Verwirkung* se declara inadmisibile el retraso desleal en el ejercicio de derechos frente al obligado”, o sea cuando la omisión en el ejercicio de derechos o de posiciones jurídicas es contraria a la buena fe.”³⁷⁰.

Tiene esta doctrina como punto de partida el ejercicio inoportuno de un derecho, en tanto actividad tardía en la realidad jurídica, siempre y cuando tal pasividad no supere los plazos de prescripción y de caducidad y genere una confianza con respecto a la inactividad del derecho en cabeza del extremo activo en la relación jurídica³⁷¹; y aunque las disposiciones legales legitimen el ejercicio de una facultad considerada relevante para el Derecho, acudir a éstas representa la conculcación de la buena fe, de la confianza de quien participa en el devenir del comercio jurídico, siendo así que no puede ser admitida una conducta que suponga la contravención a los deberes objetivos de comportamiento, dado que la inactividad de la parte activa de una relación en Derecho es la *causa prima* de la confianza sobre el no ejercicio de su potestad durante el tiempo.

Esto quiere decir que el ejercicio de la “*Verwirkung*” supone la demostración de un retraso en el tiempo que implique la vulneración del derecho legitimado por la confianza en el transcurrir del tiempo y la buena fe, bien pudiendo o no coincidir con

³⁶⁹ TUR FAÚNDEZ, María Nélica. Óp. Cit. p. 75.

³⁷⁰ HINESTROSA, Fernando. Óp. Cit. p. 883.

³⁷¹ Cfr. BORDA, Alejandro. Óp. Cit. pp. 42-43. TUR FAÚNDEZ, María Nélica. Óp. Cit. pp. 75-76. NADAL REIMAT, Juan Manuel. *Aplicación de la “Verwirkung” en la ejecución*. En: Lo Canyeret. Revista del Il-lustre Col·legi d’Advocats de Lleida, julio-septiembre de 2007, No. 55. Lleida: Il-Lustre Col·legi d’Advocats de Lleida. p. 12. Por su parte, Nadal Reimat indica que la aplicación de la *Verwirkung* puede tener lugar cuando el ejercicio del derecho de acción ante la Jurisdicción se realiza tras un periodo de tiempo muy prolongado en el cual se ha omitido la reclamación del derecho, aunque en circunstancias normales tal movilización del aparato judicial mediante la presentación de la demanda se encuentra dentro de los plazos que la ley señala so pena de caducidad o de prescripción.

los términos de prescripción o de caducidad, toda vez que el retraso desleal puede suscitarse por un lapso menor al exigido para aquellos. En ese sentido, la prudencia del juez al valorar las circunstancias determina qué término comporta un ejercicio retrasado de un derecho y contrario a la buena fe³⁷².

1.2.2.1.1. **LA “VERWIRKUNG” SE SUSTENTA EN EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE. POSICIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL EN ALEMANIA.**

§67. Son unánimes la jurisprudencia y la doctrina alemana al indicar que el retraso desleal tiene fundamento en el Principio General de la buena fe, puesto que toda prestación a cargo del deudor debe ser satisfecha sobre los usos del tráfico jurídico, referente hermenéutico para medir el cumplimiento de los deberes objetivos de comportamiento³⁷³, siendo dentro de este ámbito donde se analiza si un derecho puede decaer cuando su titular no lo ha hecho valer y, por el contrario, dio la impresión en su adversario que no ejercerá más su facultad³⁷⁴. En virtud de tal reconocimiento, los tribunales alemanes interpretaron esta cláusula general al punto de ver en ella el fundamento de la excepción de dolo del Derecho romano, adaptándola así a la realidad jurídica germana y convirtiéndola en un medio de defensa incorporado en el Código civil alemán³⁷⁵.

Ahora bien, aunque la primera providencia que aplicó la *Verwirkung* data del 20 de octubre de 1877, proferida por el *Reichsoberhandelsgericht*, el desarrollo del retraso desleal en la jurisprudencia alemana alcanzó una inusitada importancia con posterioridad a la finalización de la Gran Guerra, en los problemas jurídicos relacionados a la abrupta fluctuación del marco alemán como consecuencia de las medidas impuestas a la República de Weimar por el Tratado de Versalles, en 1919; en este escenario, la jurisprudencia del Tribunal del Reich, como lo recalca

³⁷² BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 47.

³⁷³ Código civil alemán (BGB). §242. “*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*” (“El deudor está obligado a realizar la prestación según la buena fe conforme al uso común.”).

³⁷⁴ CORRAL TALCIANI, Hernán. Óp. Cit. En: CORRAL TALCIANI, Hernán. Óp. Cit. p. 30.

³⁷⁵ Cfr. BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 296.

Borda, indicó que “[...] el derecho a revalorizar la deuda queda destruido cuando quien tenía derecho a dicho reajuste guardare silencio y dejare por mucho tiempo al deudor en la creencia de que no se pretendería tal valorización.”, aplicándose extensivamente a eventos donde el acreedor realizó una reserva, o cuando el deudor no cumplió con el pago de la obligación³⁷⁶.

Gustav Böhmer comentó la sentencia proferida el 5 de julio de 1923 por el Tribunal del Reich, en la cual se aplicó la *Verwirkung* –aunque no se indicó de forma expresa– contra quien elevó una pretensión fundada en un contrato de obra, de cobro de una cuantía que fue elevada dos meses luego de la celebración del negocio como consecuencia de la inestabilidad en la cotización del marco alemán, declarándose allí la ineficacia del pedimento de la parte actora. Böhmer indica que la aplicación de esta figura jurídica contribuyó a sobrellevar la variación intempestiva de la moneda de tal forma que, en aras a proteger la buena fe del deudor, se constituyó como obligación a cargo del acreedor informar el cambio de los precios del contrato con suficiente antelación a su contraparte negocial³⁷⁷.

Igualmente, se refirió a la decisión del Tribunal del Reich del 27 de enero de 1925, sobre un caso de revalorización de créditos como consecuencia de esta facultad conferida por el Estado alemán a los acreedores –pero ejercitada abusivamente. En esa oportunidad indicó este órgano judicial que el poder jurídico queda “[...] destruido cuando la persona con derecho a obtenerla (*verwirkt*), con su silencio (*Verschweigen*) deja durante mucho tiempo al deudor en la creencia de que ya no se ejercitará de revalorización, y éste desde entonces se hubiera acomodado a ello, con la creencia de que la cuestión ya estaba definitivamente resuelta.”³⁷⁸. Y comenta el jurista alemán que era imprescindible para el deudor en la relación

³⁷⁶ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 44.

³⁷⁷ BÖHMER, Gustav. *El derecho a través de la jurisprudencia, su aplicación y creación*. (Trad. Por José Puig Brutau). Barcelona: Editorial Bosch, 1958. p. 250. Libro citado en: EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda. Óp. Cit. p. 201.

³⁷⁸ BÖHMER, Gustav. Óp. Cit p. 251. Libro citado en: EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda. Óp. Cit. p. 202.

crediticia determinar más allá de toda certeza si la obligación que fue tomada a su cargo durante la época de depreciación de la moneda, sería revalorizada o no³⁷⁹.

Según la sentencia proferida el 13 de julio de 2004 por el Tribunal Supremo Federal de Alemania (BGH), la “*Verwirkung*” opera ante el derecho cuyo no ejercicio por parte de su titular ha sido prolongado y genera al deudor, en términos estrictamente objetivos, una confianza en que dicha potestad no ha de ser ejercitada; de manera que el ejercicio de este derecho subjetivo resulta violatorio de la buena fe, pues es en el comportamiento del reclamante que se generó una confianza efectiva y razonable, comparada con las circunstancias que rodean la relación. Por tanto, no es de recibo que el titular del derecho, en tales eventos, lo ejerza (paráfrasis)³⁸⁰.

Por el mismo sendero, la Cámara Quinta de lo civil del Tribunal Supremo Federal aplicó la “*Verwirkung*” frente a la posición jurídica adoptada en el marco de un proceso por la parte demandada, quien alegó la nulidad de un contrato de compraventa por la falta de cumplimiento del pleno de requisitos formales del negocio jurídico, luego de que transcurriera un periodo de tiempo muy prolongado, en el cual quien alega este argumento toleró esta situación. Allí el Tribunal estimó que, aunque es cuestionable aplicar el retraso desleal a eventos referentes a las objeciones del accionado frente a las pretensiones de la demanda, es contrario a la buena fe proceder luego de considerar como eficaz un negocio jurídico tras el paso luengo del tiempo, en específico si se generó una confianza en que no se ejercita-

³⁷⁹ EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda. *Ibidem*.

³⁸⁰ ALEMANIA. Tribunal Supremo Federal. Sala Décimo primera de lo civil. Sentencia de 13 de julio de 2004. Ref. Exp. XI ZR 12/03. Berlín. p. 10. El texto original de la sentencia dice: “*Ein Recht ist verwirkt, wenn sich der Schuldner wegen der Untätigkeit seines Gläubigers über einen gewissen Zeitraum hin bei objektiver Beurteilung darauf einrichten darf und eingerichtet hat, dieser werde sein Recht nicht mehr geltend machen, so daß die verspätete Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstößt; zu dem Zeitablauf müssen besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigen, der Berechtigte werde sein Recht nicht mehr geltend machen [...]*”.

ría el derecho a impugnar el contrato por vicios formales³⁸¹, no teniendo en cuenta su dicho por cuanto estaba impedido³⁸².

Para Werner Flume, el retraso desleal es la consecuencia jurídica que se deriva del predicado de la ley, en tanto efecto involuntario de una conducta omisiva desplegada en un plano relacional³⁸³. A su vez, no sólo tiene importancia operativa en los procesos que involucren derechos de crédito, sino también en los derechos

³⁸¹ ALEMANIA. Tribunal Supremo Federal. Sala Quinta de lo civil. Sentencia de 16 de julio de 2004. Ref. Exp. V ZR 222/03. Berlín. p. 1.

³⁸² ALEMANIA. Tribunal Supremo Federal. Óp. Cit. p. 8. Punto 3 de las consideraciones del Tribunal. Dijo el Tribunal: "[...] bb) Die besonderen Erfordernisse für einen ausnahmsweise nach § 242 BGB unschädlichen Formmangel liegen nicht ohne weiteres vor, wenn die Voraussetzungen der Verwirkung erfüllt sind. Zur Verwirkung reicht es aus, daß von einem Recht über einen längeren Zeitraum hinweg kein Gebrauch gemacht wurde und besondere auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten, die das Vertrauen rechtfertigen, das Recht werde nicht mehr geltend gemacht (BGHZ 105, 290, 298 m.w.N.). Die Begründung dieses Vertrauenstatbestandes setzt mithin nicht den Eintritt eines schlechthin untragbaren Ergebnisses und insbesondere keine besonders schwere Treupflichtverletzung voraus. Zwar kann letztere auch daran anknüpfen, daß ein Vertrag über längere Zeit als wirksam behandelt wurde, vergleichbar dem "Zeitmoment" der Verwirkung also eine Geltendmachung der Formnichtigkeit über einen längeren Zeitraum hinweg unterblieben ist. Allein die Mißachtung des hierdurch begründeten Vertrauens genügt aber noch nicht für die Annahme einer besonders schweren Treupflichtverletzung. Zu einem wegen Widersprüchlichkeit treuwidrigen Verhalten, zu dem als eigenständige Ausprägung auch die Verwirkung zählt (MünchKomm-BGB/Roth, 4. Aufl., Band 2a, § 242 Rdn. 256, 297), müssen vielmehr Umstände hinzukommen, die das Verhalten als im hohen Maße widersprüchlich erscheinen lassen (vgl. BGHZ 92, 164, 173; Senat, Urt. v. 14. Juni 1996, V ZR 85/95, aaO). So hat der Senat etwa die Widersprüchlichkeit eines Verhaltens nicht ausreichen lassen, die darin liegt, daß die begünstigte Partei die Wirksamkeit des Vertrages zunächst nicht bezweifelte, um sich dann aber im Lauf des Rechtsstreits doch auf Formnichtigkeit zu berufen (Senat, BGHZ 138, 339, 348).// cc) Diese Erwägungen liegen auch der von dem Berufungsgericht zitierten Entscheidung des Senats (Urt. v. 18. Mai 2001, V ZR 353/99, VIZ 2001, 499, 501 f.) zugrunde. Die Auffassung des Berufungsgerichts, in dieser Entscheidung habe der Senat eine Verwirkung des Nichtigkeitseinwandes bejaht, geht fehl. Grundlage für die Annahme eines nach § 242 BGB unschädlichen Formmangels war vielmehr ausdrücklich ein "in hohem Maße widersprüchliches und treuwidriges" Verhalten. Die Partei, die sich auf die Formnichtigkeit berief, hatte nicht nur über einen längeren Zeitraum, nämlich zwanzig Jahre, hinweg erhebliche Vorteile aus einem nichtigen Vertrag gezogen, sondern der formnichtige Vertragsschluß war aus Sicht beider Parteien auch zur Verwirklichung ihrer Ziele - der Umgehung der fehlenden Genehmigungsfähigkeit des Geschäfts nach der Rechtspraxis der DDR - erforderlich (vgl. auch Senat, BGHZ 124, 321, 324 f.).[...]" (ALEMANIA. Tribunal Supremo Federal. Óp. Cit. pp. 10-11).

³⁸³ FLUME, Werner, *El negocio jurídico*, Traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle, 4ª. ed., no modificada. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998. pp. 158-159. En: MORALES HERVIAS, Rómulo. *La inutilidad de la doctrina de los actos propios*. Tomado de: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9106#_ftn38. Página web de *Âmbito Jurídico – O seu portal jurídico na Internet*. (15 de mayo de 2014, 17:33 hrs).

potestativos, concretamente en las diversas modalidades de derecho de propiedad intelectual e industrial, como patentes y marcas, en el Derecho de la competencia³⁸⁴⁻³⁸⁵, y eventos procesales donde se alega la existencia de un defecto menor en un negocio jurídico, v.gr. un negocio carente de una autorización no concedida, acuerdos societarios sin observancia del régimen de quórum y mayorías exigidas estatutariamente. Sobre este respecto, indicó el jurista alemán:

“[...] Para esta clase de defectos, la Jurisprudencia ha aceptado que cuando las partes del negocio admiten su validez, en especial cuando hayan procedido conforme a la reglamentación negocial, puede ser contrario a la buena fe que una de ellas después no admita que valga el negocio e invoque su nulidad. Esto solamente rige, sin duda, cuando, al margen de la conducta de las partes, la imposición de la nulidad del negocio, conforme al sentido de la norma que la establezca, sea susceptible de *Verwirkung*.³⁸⁶”.

Por otro lado, destaca la doctrina que la idea del retraso desleal supera y va mucho más allá de la prescripción extintiva, pues, al tratarse de un efecto paralizador

³⁸⁴ FLUME, Werner. Óp. Cit. p. 161. En: MORALES HERVIAS, Rómulo. Ibídem.

³⁸⁵ Esta posición ha sido igualmente adoptada en España, teniendo en cuenta que el Tribunal Supremo español negó el recurso de casación interpuesto por la demandada en un proceso ordinario resuelto según el Derecho marcario, contra la sentencia proferida por la Audiencia Provincial de Madrid, que revocó el fallo de primera instancia, concediendo parcialmente las pretensiones de la cadena de restaurantes demandante. El recurso de la demandada se fundó en la obligatoriedad de aplicar la Directiva Comunitaria 89/104/CEE de diciembre 21 de 1988 y la doctrina de la interpretación conforme al Derecho común europeo, en virtud de su primacía sobre el Derecho interno de los Estados, teniendo en cuenta que alegó en la primera instancia la prescripción por tolerancia por vía directa, mediante la directiva, o indirecta, por medio de la interpretación conforme. El Tribunal indicó que: **(i)** la Directiva Comunitaria carece de efectos directos en las relaciones entre particulares, según reiterada jurisprudencia del órgano judicial; **(ii)** la doctrina de la interpretación conforme consiste en el privilegio que tiene la interpretación normativa al Derecho interno de cada Estado con el Derecho comunitario, de manera que éste último adquiere relevancia cuando la hermenéutica judicial le da cabida, dentro de las permisiones jurídicas de cada ordenamiento. De ese modo, si en el Derecho español se contemplaba la *Verwirkung*, no era posible pretender la procedencia de una figura propia de otro ordenamiento jurídico, puesto que la aplicación de prescripción por tolerancia, con fundamento la Directiva Comunitaria o en la interpretación conforme, sólo es posible siempre que no exista norma jurídica que prevea una solución similar a la pretendida en el Derecho común. (ESPAÑA. Tribunal Supremo – Sala Primera, de lo civil. STS 6768/2008. Resolución 1192/2008, recurso No. 2864/2003. Sentencia de 19 de diciembre de 2008. M.P.: Jesús Eugenio Corbal Fernández. Tomada de: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> Buscador de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial (12 de mayo de 2014, 23:06 hrs), Madrid.)

³⁸⁶ FLUME, Werner. Óp. Cit. pp. 162-163. En: MORALES HERVIAS, Rómulo. Ibídem.

de los derechos fundado sobre la buena fe, no basta el simple devenir temporal para afirmar su aplicación en una realidad concreta, sino que se requieren de otras medidas que, de concurrir, dan vía libre para que sea utilizada como razón jurídica en un caso³⁸⁷. Es, de hecho, por su íntima relación con el Principio General de la buena fe que la doctrina de la *Verwirkung* se ha expandido posteriormente a los ordenamientos jurídicos suizo, español, griego, portugués y belga, entre otros.

López Mesa indica con fundamento en la doctrina alemana y argentina, que el ejercicio tardío de un derecho, al tal punto que el adversario llega a pensar que tal prerrogativa reconocida por el ordenamiento va a ser realizada, constituye el nicho de la teoría o doctrina del retraso desleal, para cuya aplicación se requiere el transcurso del tiempo, la inactividad frente a una situación jurídica respecto de la cual hay un derecho a favor de una de las partes, la generación de una confianza legítima sobre el no ejercicio sucesivo y futuro de esa facultad jurídica, y la causación de un perjuicio³⁸⁸.

1.2.2.1.2. EL DESARROLLO JUDICIAL Y DOCTRINAL DE LA “VERWIRKUNG” EN ESPAÑA.

§68. En España, una de las primeras decisiones –cuando no, su sentencia arquimédica– que puso en práctica la doctrina del retraso desleal como *ratio decidendi* data del 21 de mayo de 1982, proferida por el Tribunal Supremo sobre un contrato de arrendamiento de obra. Allí, el contratista reclamó al dueño de la obra la suma adeudada por la obra realizada, respondiendo éste sobre la compensación en parte del importe de lo adeudado por la prestación de sus servicios como médico entre el 10 de enero de 1966 y el 25 de mayo de 1975. Trabada la litis, una vez se produjo la reclamación extrajudicial del contratista, el dueño de la obra exigió lo que le era debido por concepto de honorarios médicos, de los cuales habrían de descontarse a las sumas exigidas en la pretensión del contratista. En

³⁸⁷ PARDO DE CARVALLO, Inés. Óp. Cit. p. 63. BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 297. TUR FAÜNDEZ, María Nélida. Óp. Cit. p. 76.

³⁸⁸ LÓPEZ MESA, Marcelo J. *La Doctrina de los Actos Propios. Doctrina y Jurisprudencia*. 3º ed. Buenos Aires: Editorial B. de F., 2013. p. 355.

respuesta, éste afirmó que los honorarios médicos fueron condonados o renunciados y que, en virtud de ello, se dispensó al dueño de la obra los gastos generales de beneficio industrial y tráfico de empresas³⁸⁹.

Aunque el Tribunal Supremo español consideró con fundamento concomitante en la doctrina de los actos propios y el retraso desleal, María Nélida Tur Faúndez señala que la sentencia proferida en esa causa va a marcar la tendencia a seguir por la misma Corporación, caracterizándose por confundir el fundamento del retraso leal, unas veces adjudicado a la teoría de los actos propios, y otras más al abuso del derecho³⁹⁰.

No obstante, este tribunal, después de diferenciarla con la teoría de los actos propios, indicó que la aplicación de esta figura se hace posible a partir de unos presupuestos para apreciarla en cada caso concreto. Tur Faúndez considera, con fundamento en los pronunciamientos del órgano judicial de cierre español, que: **(i)** debe existir un periodo de tiempo prolongado inferior a los términos legales de prescripción y caducidad, determinado razonablemente por el operador judicial³⁹¹, y que diversamente oscilan entre 9 meses y 18 años según la jurisprudencia del Tribunal Supremo; **(ii)** no es suficiente que transcurra un largo periodo de tiempo³⁹², pues se precisa del carácter desleal en el ejercicio del derecho, visto de varias formas: **(a)** hay lugar a reconocer un ejercicio de un derecho tras un letargo malintencionado si existe un consentimiento tácito o renuncia tácita al ejercicio de

³⁸⁹ TUR FAÚNDEZ, María Nélida. *Ibidem*.

³⁹⁰ TUR FAÚNDEZ, María Nélida. *Óp. Cit.* p. 79.

³⁹¹ TUR FAÚNDEZ, María Nélida. *Óp. Cit.* pp. 79-80. La jurista hispana toma las sentencias del Tribunal Supremo proferidas el 2 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1081) y el 13 de julio de 1995 (RJ 1995, 5963). A pesar de su aplicación concomitante con la teoría de los actos propios, en una y otra providencia destacaron que el paso del tiempo generó la legítima confianza de que los titulares del derecho renunciaron a ejercer las acciones para reclamarlo, cuando más a la totalidad de la sustancialidad que implica tal facultad.

³⁹² En nuestra opinión, el simple no ejercicio del derecho de acción o de una facultad jurídica corresponde a una de las manifestaciones del derecho a la libertad, toda vez que cada cual dispone de sus derechos sin ofender las potestades reconocidas por el derecho. Aun así, el paso del tiempo se sanciona por las instituciones de la prescripción y caducidad.

la potestad reconocida por el Derecho en cabeza de su titular³⁹³; **(b)** habría sido dilucidada la deslealtad de un retraso en el ejercicio de una facultad jurídica si se realiza con toda intención de inferir daño a la contraparte y sin provecho alguno para quienes participan en la relación jurídica³⁹⁴.

§69. En 2011, este órgano judicial resolvió la casación interpuesta por los accionantes contra la sentencia de la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid, proferida el 18 de julio de 2008. En el escrito introductorio consta como pedimento, que se declare la responsabilidad civil extracontractual del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA), y sea condenada al pago de daños materiales por concepto de gastos procesales estimados en € 8.216,29, una cantidad sujeta a la discrecionalidad del juez *a quo* por concepto de daños morales y las costas procesales, con fundamento en los siguientes hechos: en 1984, los accionantes tomaron un crédito con el banco BBVA S.A. por la suma de € 138.232,78 (en esa época, correspondían a 23'000.000 de pesetas), en cuya garantía constituyeron hipoteca. Dado que el crédito resultó impago, la entidad financiera impulsó el cobro judicial de la obligación, librándose mandamiento de pago el 14 de febrero

³⁹³ Según Tur Faúndez, el ejercicio tardío de un derecho es revelador de una renuncia a tal facultad jurídica. Ello, con fundamento en las decisiones de fondo tomadas por el Tribunal Supremo español, el 5 de octubre de 2007 (RJ 2007, 6469), 19 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 152), en las cuales esta Corporación afirma que la tolerancia de una situación, manifestada en el no ejercicio de un derecho, traduce en un comportamiento tácito con efectos de renuncia. No obstante, la jurista no comparte el criterio del organismo judicial por cuanto la renuncia es suficiente para una situación sea resuelta con fundamento en ella para impedir el ejercicio del derecho, sin necesidad de realizar malabares hermenéuticos consistentes en acudir al retraso desleal para lograr la paralización del poder jurídico de quien obra contra la buena fe. En la sentencia de 22 de octubre de 2002 (RJ 2002, 8970), el Tribunal Supremo dijo que la conducta de una parte puede ser valorada como permisiva de la actuación de la otra parte, o clara e inequívoca de renuncia; en la providencia emanada del mismo órgano el 20 de julio de 2009 (RJ 2009, 6477), se rechazó el alegato del accionante en virtud de un acto concluyente que supone la configuración de un consentimiento tácito. (TUR FAÚNDEZ, María Nélida. Óp. Cit. pp. 81-83)

³⁹⁴ Como apunta Tur Faúndez, esta exigencia invocada como razón para no aplicar la figura del retraso desleal en el caso resuelto por el Tribunal Supremo por sentencia del 4 de julio de 1997 (RJ 1997, 5842), recuerda a uno de los requisitos *sine qua non* del abuso del derecho según un sector de la doctrina jurídica. En ese sentido, la decisión del Tribunal trató de encausar el problema del retraso desleal en la dogmática sobre el abuso del derecho. (TUR FAÚNDEZ, María Nélida. Óp. Cit. pp. 83-84). El profesor argentino Marcelo López Mesa dice que el retraso desleal se trata de una variedad del abuso de derecho, "[...] que deja tras sí la evidencia de un retraso desleal en el ejercicio de una atribución.". (LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Ibíd.*)

de 1985; en diciembre de esa anualidad, los accionantes acordaron la dación en pago de parte de la deuda sobre el inmueble hipotecado. Tiempo después, el 24 de marzo de 2003 prosiguió el juicio ejecutivo con el decreto de embargo y secuestro del salario de uno de los accionantes y otros bienes en cabeza de éstos, alegando dentro de dicho procedimiento la prescripción de la obligación por transcurrir 17 años desde la ejecución, la cual prosperó³⁹⁵.

Una vez admitida y descorrido el trámite legal del caso, tanto la primera instancia como la alzada denegaron el cuerpo petitorio de la demanda; y, en sede de casación, los demandantes invocaron la violación del artículo 7º del Código civil español por no avizorar la concurrencia de los presupuestos del retraso desleal como motivo para sustituir la sentencia proferida por el *ad quem*. Sobre este punto, el Tribunal indicó de forma abstracta la inadmisibilidad del ejercicio de un derecho con un retraso objetivamente desleal, y discernió esta figura con respecto a la prescripción extintiva, sobre la cual sostuvo que no se requiere de una conducta con carices de deslealtad ni chocante con la confianza legítima para declarar extinto un derecho por el paso del tiempo; y la distingue de la renuncia tácita, por cuanto ésta requiere una conducta que de forma clara dé lugar a interpretar inequívocamente que se ha abdicado al ejercicio de ese derecho³⁹⁶; más adelante

³⁹⁵ ESPAÑA. Tribunal Supremo – Sala Primera, de lo civil. STS 8584/2011. Resolución 872/2011, recurso No. 1830/2008. Sentencia de 12 de diciembre de 2011. M.P.: Encarnación Roca Trías. Tomada de: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> Buscador de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial (12 de mayo de 2014, 23:06 hrs), Madrid. pp. 2-3.

³⁹⁶ Creemos que la renuncia tácita, vista como un acto concluyente, constituye una manifestación voluntaria sobre la abdicación de una prerrogativa que reconoce y protege el Derecho. Así, además del arribo sin ambages a la conclusión que prefirió declinar de su facultad, es la aquiescencia del individuo la que dicta una disposición sobre el interés patrimonial que pretende abandonar. Esto, por cuanto el hecho que contribuye a la generación de la confianza legítima en el adversario puede o no estar fundamentada en un acto voluntario con matices fraudulentos o poco diligentes, según el caso; es decir, no necesariamente se requiere de la anuencia para generar la confianza legítima, en cambio la renuncia tácita, aunque acto concluyente, implica la mediación de los actos genuinos y exentos de todo vicio de consentimiento para que se despoje a un derecho subjetivo.

resaltando que no se requiere de dolo, sino incluso de un comportamiento negligente o poco cuidadoso para que concurra el retraso desleal³⁹⁷.

En concreto, y verificado que hubo una pretensión de reanudación del procedimiento ejecutivo, y que durante este lapso no hubo ninguna reclamación sobre el cobro del crédito que dio lugar a una confianza legítima, a más del daño objetivo infligido a los accionantes, ya que fueron puestos bajo medidas cautelares el salario y varios inmuebles, entre ellos la vivienda familiar³⁹⁸, es de recibo el cargo casacionista, sustituyendo así la providencia dictada por la segunda instancia³⁹⁹.

En 2013, fue resuelto adversamente por el Tribunal Supremo el recurso interpuesto contra la sentencia proferida por la Audiencia Provincial de Zaragoza, segunda instancia que confirmaba la condena impuesta por el juez *a quo*, con respecto del incumplimiento de unas obligaciones contractuales pactadas entre las partes el 10 de octubre de 2001 y 3 de enero de 2003, y compensar judicialmente sumas mutuamente adeudadas, sin condena en costa; entendiendo el fallador de alzada que hubo un retraso desleal en el ejercicio del derecho a exigir una cláusula penal⁴⁰⁰.

El recurrente en casación esgrimió tres motivos para sustituir la sentencia proferida por el juez *ad quem*, siendo la infracción de los artículos 7 y 1258 del Código civil español y la doctrina del retraso desleal el fundamento del tercer cargo contra la providencia, el cual para sustentarlo indicó que no podía predicarse la mala fe

³⁹⁷ ESPAÑA. Tribunal Supremo – Sala Primera, de lo civil. Óp. Cit. p. 4. Punto cuarto de los fundamentos de derecho.

³⁹⁸ No obstante esta afirmación del Tribunal Supremo, acto seguido considera que la causación de un perjuicio a cargo de los demandantes no es un presupuesto necesario para la aplicación de la “*Verwirkung*”, pues basta que la conducta sea contraria a las reglas objetivas de la buena fe, con fundamento en la Sentencia 423/2011, del 20 de junio de 2011.

³⁹⁹ ESPAÑA. Tribunal Supremo – Sala Primera, de lo civil. Óp. Cit. p. 5. Punto sexto de los fundamentos de derecho.

⁴⁰⁰ ESPAÑA. Tribunal Supremo – Sala Primera, de lo civil. STS 65069/2013. Resolución 477/2013, recurso No. 619/2011. Sentencia de 19 de diciembre de 2013. M.P.: Francisco Javier Orduña Moreno. Tomada de: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> Buscador de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial (12 de mayo de 2014, 23:06 hrs), Madrid.

de quien ejercita un derecho dentro de los términos establecidos legalmente, no avizorándose atisbos de retraso desleal en su comportamiento por “intentar reintegrarse ante la actitud incumplidora de la demandante y cuando el ánimo que le guía en la reclamación no es perjudicar a la contraparte sin propio beneficio, sino ejercitar su legítimo derecho”. Así, remata diciendo que la exigencia de una penalización contractualmente pactada, no exige siquiera que se asuma la carga de probar el perjuicio ocasionado⁴⁰¹.

Considerando preliminarmente que la buena fe contractual informa, integra y sirve de referente para la interpretación del negocio jurídico en todo el *iter contractus*, el Tribunal sostuvo la correcta aplicación por parte del juez de apelación, puesto que la consecuencia del retraso desleal se sustenta sobre un interés jurídicamente atendible, que es corroborado dentro del contexto de una pretensión ejercida según a la buena fe. Descendiendo al caso concreto, dijo que era inadmisibile la aplicación automática de la cláusula penal en la siguiente forma:

“[...] dicha ponderación resulta contraria a la aplicación meramente automática de la cláusula penal atendidos *el plano satisfactorio* que concurre en el cumplimiento de la obligación, aquí acreditado, dada la reserva observada respecto de la subsanación de meros efectos, así como los *inequívocos actos propios* en el sentido indicado: transcurso de cinco años para el ejercicio de la cláusula penal, devolución de cantidades a la constructora pertinente al retraso ahora reclamado, y ausencia de toda objeción al respecto en las Actas de recepción del edificio terminado”⁴⁰².

Ese mismo año el Tribunal Supremo dictó sentencia sobre la casación interpuesta sobre la causa impulsada por un socio de una persona jurídica comercial, la cual pidió en juicio el reconocimiento de los beneficios y dividendos desde 1987 correspondientes al 20% del capital social, privados o enajenados de facto. La so-

⁴⁰¹ ESPAÑA. Tribunal Supremo – Sala Primera, de lo civil. Óp. Cit. p. 4. Punto segundo de los fundamentos de derecho.

⁴⁰² ESPAÑA. Tribunal Supremo – Sala Primera, de lo civil. Ibídem.

ciedad demandada alegó que, aunque la acción más adecuada fuera la de responsabilidad civil extracontractual, el ejercicio de este derecho estaba prescrito por cuanto no hubo una acción que interrumpiera el término legal, no debiendo, en consecuencia, someterse a consideración “como tal el acto de conciliación iniciado por la parte actora”⁴⁰³. El pedimento, aunque denegado por el juez *a quo*, fue reconocido parcialmente por la Audiencia Provincial de Barcelona. Proferida la sentencia del juez *ad quem*, la sociedad demandada invocó como causal de casación la inaplicación de la doctrina del retraso desleal en el ejercicio de un derecho, con fundamento en el artículo 7º del Código civil español y el precedente jurisprudencial del Tribunal.

El Tribunal recordó que un derecho subjetivo o una pretensión no puede ser ejercitada si su titular no se ha preocupado por ello y, en su lugar, dio pie a que el adversario pueda esperar sobre fundamentos objetivos en que no será ejercido en el futuro ese derecho. A su vez, y con fundamento en el precedente jurisprudencial, recalcó que la conducta debe ser interpretada sin mayor esfuerzo como permisiva, o que clara e inequívocamente renuncia al derecho, no siendo el tiempo el factor primordial para optar por la aplicación de esta figura jurídica, ni mucho menos entender por vía de presunción que una persona se desentendió totalmente de su facultad. Así las cosas, la existencia de una querella de trámite impulsada por la parte demandante, que tuvo un desarrollo embarazoso durante 13 años y de igual forma sus subsecuentes actos de conciliación, no implicaba que se originara una interpretación al comportamiento del accionante como una permisiva o renuncia a un derecho⁴⁰⁴.

⁴⁰³ ESPAÑA. Tribunal Supremo – Sala Primera, de lo civil. STS 4673/2013. Resolución 532/2013, recurso No. 2008/2011. Sentencia de 19 de septiembre de 2013. M.P.: Rafael Saraza Jimena. Tomada de: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> Buscador de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial (12 de mayo de 2014, 23:06 hrs), Madrid. p. 3.

⁴⁰⁴ ESPAÑA. Tribunal Supremo – Sala Primera, de lo civil. Óp. Cit. p. 16.

En nuestro criterio, la solución dada al caso es ajustada por cuanto el trámite impulsado por querella en ese caso implicaba el ejercicio de un derecho que fue puesto bajo la tutela de ante las autoridades, quienes realizaron diligencias que no habían llegado aún a solución de continuidad; por lo cual, el transcurso del tiempo no dependía ni dependió del accionante sino de los avatares de la causa querellada, y mucho menos podría afirmarse que la confianza legítima se generó cuando hubo participación activa en audiencias de conciliación sobre los hechos y pretensiones que impulsaron el contencioso.

En 2014, el Tribunal Supremo rechazó mediante auto de 21 de enero el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 15 de enero de 2013, proferida por la Sección tercera de la Audiencia Provincial de Valladolid, por falta de rigor casacionista. Con todo, siendo que uno de los motivos para recurrir la providencia del juez *ad quem* fue la violación de la jurisprudencia sobre la teoría del retraso desleal, consideró que

“[...] obvia el recurrente, que la Audiencia Provincial ha valorado que el actor ha intentado, desde que tuvo conocimiento, recuperar la propiedad de la finca que es objeto del pleito, por lo que en ningún caso se ha considerado ni indiciariamente acreditado que en su conducta hubiera un retraso, capaz de generar un abuso de derecho. En definitiva, la configuración por la recurrente de su recurso proyectando la jurisprudencia citada sobre una base fáctica diversa a la constatada por la resolución recurrida tras la valoración probatoria, supone el interés casacional alegado resulta artificioso e inexistente, por lo que no puede ser objeto de admisión.”⁴⁰⁵.

Por otro lado, en aras a esclarecer si el retraso desleal se puede integrar con la teoría de los actos propios, Antoni Vaquer Aloy y Núria Cucurull Serra señalan que éstas instituciones derivadas el principio de la buena fe suponen, en el caso de la

⁴⁰⁵ ESPAÑA. Tribunal Supremo – Sala primera, de lo civil. ATS 213/2013. Resolución_____, recurso No. 571/2013. 21 de enero de 2014. M.P.: Ignacio Sancho Gargallo. Tomada de: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> Buscador de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial (12 de mayo de 2014, 23:06 hrs), Madrid. p. 2.

prohibición de ir contra los actos propios, que el titular de un derecho muta su comportamiento, modificando su conducta anterior de la cual se preveía su continuidad en el tiempo, sin que importe si pasa el tiempo de forma prolongada o no, como sí lo representa para el retraso desleal; pero bien puede aceptarse que el retraso desleal, de una u otra manera, implica una contradicción con una conducta anterior de no ejercer un derecho. Por lo anterior, en una misma situación jurídica pueden ser invocadas ambas de forma simultánea⁴⁰⁶.

§70. Es admisible preguntar qué efecto puede derivarse de la aplicación del retraso desleal a una situación concreta. Aunque en forma general esta figura es comúnmente empleada en el cauce de los procesos declarativos, en los procesos de cobro de una obligación clara, expresa y exigible se ha intentado determinar si la invocación de la excepción de ejercicio arbitrario del derecho tras un lánquido y prorrogado periodo de tiempo es de recibo para buscar la absolución al mandamiento de pago generado contra el deudor de la relación jurídica.

Tur Faúndez señala que la aplicación de la “*Verwirkung*” en un caso concreto conduce a la inviabilidad de la reclamación tardía del cumplimiento del derecho pretendido, independientemente de cual sea su origen. Mas su aplicación no obedece a una argumentación unificada sino, por el contrario, variada, valiéndose de esta figura como una renuncia tácita al ejercicio del mismo o como un consentimiento tácito a la conducta del sujeto pasivo de la relación jurídica; y, en otros eventos, por cuanto se trata de un evento posiblemente orientado por la doctrina del abuso del derecho cuando se haya ocasionado perjuicios⁴⁰⁷ (Ver §75.).

Vaquer Aloy y Cucurull Serra afirman que, ya que proceda o no este medio de defensa, habría una alteración a las condiciones imperantes en la realidad sustancial

⁴⁰⁶ VAQUER ALOY, Antoni, y CUCURULL SERRA, Núria. *¿Solvencia recuperada en buen momento? Aplicaciones jurisprudenciales de la Verwirkung en el juicio ejecutivo*. En: InDret – Revista para el análisis del derecho, febrero de 2005, No. 1, Barcelona. pp. 2-14. p. 4

⁴⁰⁷ TUR FAÚNDEZ, María Nélida. Óp. Cit. pp. 97-98.

de las partes, en lo que le atañe al Derecho⁴⁰⁸. Así, los efectos derivados de la aplicación del retraso desleal en el ejercicio de los derechos, en nuestro concepto, depende directamente de la concurrencia de sus requisitos según la situación específica, y concretamente si verdaderamente se genera una confianza legítima en el individuo que se vale de esta figura jurídica; puesto que en las oportunidades en las que se ha propuesto el retraso desleal por un extremo procesal dentro un cobro judicial, la inexistencia de un legítimo convencimiento sobre el no ejercicio de una facultad jurídica o su falta de prueba no permiten su aplicación dentro de una realidad específica; esto, según el caso en sí mismo. Como lo exponen los juristas españoles Vaquer Aloy y Cucurull Serra, cuando, por ejemplo, en el curso de un cobro coactivo impulsado por una entidad bancaria contra una persona natural, el demandado echa mano de la “*Verwirkung*”, no puede afirmarse la creación de una confianza legítima si el impago de la obligación fue total o parcial, conociendo así la existencia de una deuda vigente que, por demás, aún genera los intereses moratorios⁴⁰⁹.

Sin embargo, las sentencias proferidas por la Audiencia Provincial de Lérida muestran que, en relaciones procesales de ejecución entre una entidad financiera y el tomador de un crédito, si el demandante acciona tardíamente contra quien, en virtud del vínculo sustancial que legitima la causa adjetiva, está conminado a cumplir con el pago de la obligación que lo ata, pero violando la buena fe al proceder de forma desleal y tardía, conduce inexorablemente a la liberación del deudor de satisfacer el monto adeudado a la entidad bancaria⁴¹⁰.

Ahora bien, existe una tercera posibilidad, de corte ecléctico, consistente en proseguir con el mandamiento de pago por el capital adeudado por el extremo pasivo de la relación crediticia, no obstante se deniegan las pretensiones de satisfacer los

⁴⁰⁸ VAQUER ALOY, Antoni, y CUCURULL SERRA, Núria. Óp. Cit. p. 8.

⁴⁰⁹ VAQUER ALOY, Antoni, y CUCURULL SERRA, Núria. Óp. Cit. pp. 8-9.

⁴¹⁰ VAQUER ALOY, Antoni, y CUCURULL SERRA, Núria. Óp. Cit. pp. 9-10.

intereses de mora o parte de la deuda totalizada, en virtud del retraso desleal. La argumentación empleada por las Audiencias Provinciales de Lérida y de Lugo, según comentan Vaquer Aloy y Cucurull Serra, consiste en que, sabiendo ambas partes de la existencia de una deuda impaga, le corresponde al acreedor ejercer en las oportunidades y de buena fe las acciones respectivas para el cobro judicial de la obligación crediticia, so pena de crear una confianza legítima sobre el no ejercicio definitivo del derecho; a pesar de esto, el capital del crédito y los intereses convencionales, dada la eficacia del negocio jurídico, debe cobrarse, no sucediendo igual con los intereses moratorios, los cuales se generaron por un largo transcurso de tiempo relacionado con la confianza suscitada en el deudor⁴¹¹.

Con todo, creemos que la aplicación de la figura del retraso desleal debe tomarse con reservas, cuanto más su imposibilidad de aplicarse, en ordenamientos jurídicos que contemplan la prescripción y caducidad de los derechos y acciones, puesto que sólo la forma prevista por la ley, la cual es aplicada por el juez en la realidad concreta, sirve de fundamento para el cercenamiento o la adquisición de un derecho. López Mesa afirma que la aplicación de una doctrina pretoriana como la del retraso desleal, aun siendo interpretada estricta o restrictivamente, podría violentar el principio de reserva legal, puesto a nadie se le prohíbe lo que la ley no ha intentado, ni se autoriza donde la ley no lo ha facultado. Para él, su aceptación conduce a que “la seguridad tiemble y se manejen a voluntad los plazos descriptivos.”⁴¹².

Y añade:

“[...] nos parece que nunca pueden establecerse plazos virtuales e indefinidos, y por tanto inseguros por naturaleza, fuera de los cuales caduca o se pierde la acción.

⁴¹¹ VAQUER ALOY, Antoni, y CUCURULL SERRA, Núria. Óp. Cit. pp. 10-11.

⁴¹² LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. p. 367.

“Conjeturar un plazo de caducidad no previsto ni por el legislador ni por las partes y anteponerlo al plazo de prescripción específicamente establecido para el caso implica un atentado a los derechos constitucionales de los justiciables, especialmente, al principio de reserva contenido en el art. 19 de la Constitución nacional, que garantiza a los ciudadanos que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe.”⁴¹³.

Podría, según López Mesa, considerarse la posibilidad de utilizar la “*Verwirkung*” como medio para condicionar la estimación de una prestación accesorio, mas no contra la obligación principal, puesto que sería tanto como trabar con talanqueras innecesarias la correcta defensa de los intereses puestos bajo consideración del operador judicial, en un medio donde el mismo ordenamiento jurídico legitima y valida su ejercicio dentro de los plazos que la ley establece⁴¹⁴.

1.2.2.2. **SUBSECCIÓN II. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DEL RETRASO DESLEAL.**

§71. Tanto la doctrina alemana como española presentan una posición pacífica, fundamentalmente, en 3 presupuestos para la aplicación del retraso desleal, en una situación jurídica concreta, a saber: **(i)** El transcurso de un período significativo de tiempo; **(ii)** la omisión en el ejercicio del derecho subjetivo; y **(iii)** la generación de una confianza legítima sobre el no ejercicio de un derecho. Algunos tratadistas afirman, con fundamento en la jurisprudencia de cada nación, que se requiere un perjuicio ocasionado con el ejercicio desleal de la facultad jurídica, mientras que otros tantos aseguran que es escindible.

1.2.2.2.1. **EL TRANSCURSO DE UN PERÍODO SIGNIFICATIVO DE TIEMPO.**

§72. Son pacíficas la doctrina y la jurisprudencia al indicar que el periodo de tiempo requerido para la aplicación de la “*Verwirkung*” debe ser inferior al exigido legalmente para alegar la prescripción y/o caducidad, pues lo contrario no sería lógi-

⁴¹³ LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Ibíd.*

⁴¹⁴ LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Óp. Cit.* p. 368.

co ni permitiría la aplicación de la figura. Sin embargo, no existe una regla general que permita establecer a ciencia cierta qué periodo de tiempo debe transcurrir para la configuración de este requisito; al contrario, son las circunstancias valoradas por el juez las que determinan cuándo se configura este lapso. El juez, en su labor interpretativa e integradora, debe tener en cuenta una proporcionalidad con el plazo prescriptivo de la pretensión análoga y las circunstancias que permitan determinar si el ejercicio de un derecho resulta lesivo de la buena fe. Para un sector de la doctrina, es inversamente proporcional la relación entre la gravedad del atentado a la buena fe y el *quantum* del lapso transcurrido⁴¹⁵.

1.2.2.2.2. LA OMISIÓN EN EL EJERCICIO DEL DERECHO SUBJETIVO.

§73. Transcurrido un tiempo prolongado, si durante éste, el titular de un derecho o facultad no lo ha puesto en marcha de ninguna manera. Aunque la inactividad del derecho es una variable medible en términos objetivos, quien tiene en su cabeza dicha potestad debe estar en capacidad o en situación de poder ejercitarlo⁴¹⁶. Además, la omisión en el ejercicio del derecho subjetivo se produce prescindiendo de la causa generadora y del conocimiento vigente de quien realiza la pretensión contraria a la buena fe⁴¹⁷. Al respecto, Flume señala que la omisión en el ejercicio

⁴¹⁵ Cfr. BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 47; TUR FAÚNDEZ, María Nélida. Óp. Cit. p. 85; VAQUER ALOY, Antoni, y CUCURULL SERRA, Núria. Óp. Cit. p. 5.

⁴¹⁶ VAQUER ALOY, Antoni, y CUCURULL SERRA, Núria. Óp. Cit. pp. 5-6.

⁴¹⁷ LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. p. 359. En sentido contrario, López Mesa asegura que es inadecuado atribuir a la figura del retraso desleal un matiz relacionado exclusivamente con la buena fe objetiva, posición adoptada, según el jurista argentino, desde Díez-Picazo y quienes replican “ciegamente” sus enseñanzas. Así, dice: “Nos parece indudable que para la aplicación de la *Verwirkung* se exige, además del extremo de hecho material de la omisión del ejercicio del derecho durante un periodo prolongado, que el intento de ejercicio postrero del derecho aparezca subjetivamente como desleal o abusivo, por ende intolerable para el derecho, no siendo neutras las causas del retardo o de la inactividad.” [...] Nos parece una ocurrencia la objetividad absoluta al aplicar esta doctrina. No se han detenido a pensar quienes sostienen esa *boutade* (en francés significa ocurrencia) que en nuestros ordenamientos vigentes rigen instituciones como el caso fortuito o la fuerza mayor y que incluso se disponen dispensas especiales y temporarias de plazos prescriptivos [...]” (LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. pp. 360-361). Esta posición la estimamos inapropiada, puesto que el ejercicio de un derecho subjetivo no se verifica por las causas intrínsecas que alegue el titular de un derecho, sino con fundamento en el parangón realizado con la conducta del *bonus vir*, y si esta figura fuera una derivación del abuso del derecho, como lo pone de presente el tratadista argentino, se cumplen sus presupuestos sin que exista una justa causa medida en los cauces

de un derecho, en cuanto conducta jurídicamente relevante, adquiere su importancia para el Derecho cuando una norma establece para una situación prevista un efecto jurídico consecuente. El carácter decisivo de la omisión no obedece, entonces, a la contrariedad que pueda connotarse en el fuero interno de la contraparte en la relación jurídica; por el contrario, tal relevancia se justifica porque ambas conductas, vistas de forma objetiva, resultan contrarias a la buena fe, en especial el actual ejercicio de los derechos subjetivos.

No obstante, no se puede dejar a un lado que, en sí mismo, nadie está obligado a ejercer su derecho; esto no significa que el no ejercicio de un derecho subjetivo implique la violación de las reglas objetivas de comportamiento. Lo que, a pesar de todo, no da patente de corso para que la absoluta pasividad del individuo frente a sus facultades afecte posteriormente a su contraparte, luego de no haber contado éste con que el derecho se reclamaría⁴¹⁸. Y mucho menos quien ocupa el extremo activo en la relación jurídica está obligado a informar o aclarar al deudor si realizará los requerimientos para que su prestación sea satisfecha; pero si la incertidumbre que impera en la esfera personal del extremo pasivo puede imputarse a las omisiones del titular del derecho que han sido prolongadas durante el tiempo, será contraria a la buena fe la exigencia en juicio del acreedor.

1.2.2.2.3. LA GENERACIÓN DE UNA CONFIANZA LEGÍTIMA SOBRE EL NO EJERCICIO DE UN DERECHO.

§74. Creemos, con fundamento en la jurisprudencia española sobre esta materia, que la generación de la confianza legítima es el elemento más importante a considerar en la aplicación de la *Verwirkung*, puesto que cuando se ha invocado la infracción al artículo 7.1 del Código civil español y la doctrina del retraso desleal

objetivos. Además, creemos que alegar una de las causas extrañas –ya la fuerza mayor, ya el caso fortuito–, sería contradictorio, si resulta la *Verwirkung* una figura que valora el fuero interno. Lo cierto es que las causas extrañas son presupuestos para evitar la condena en perjuicios en materia de responsabilidad civil, con fundamentos en hechos objetivos, exógenos, en todo caso, a la aquiescencia del titular del derecho.

⁴¹⁸ FLUME, Werner. Óp. Cit. p. 160. En: MORALES HERVIAS, Rómulo. Ibídem.

como motivo en sede de casación, bien ha sido rechazado o estimado el recurso extraordinario por demostrarse la ausencia o existencia de una confianza legítima generada por el titular del derecho (Ver §70).

Tur Faúndez señala que la generación de la confianza legítima en el obligado dentro de la relación jurídica puede considerarse, según la práctica jurisprudencial, desde la existencia de un consentimiento tácito e, incluso, desde la renuncia tácita de derechos⁴¹⁹. Sin embargo, dice lo siguiente:

“[...] fuera de que el retraso en el ejercicio del derecho pueda ser considerado como un consentimiento tácito a la actuación del sujeto pasivo del mismo o como una renuncia tácita al ejercicio de dicho derecho por su titular, resulta difícil justificar por qué un retraso en el ejercicio del derecho ha de generar la confianza de que éste no se ejercitará. De entrada, ya suscita dudas apreciar cuándo se produce el retraso en el ejercicio del derecho, pues si nuestro ordenamiento jurídico permite que los derechos puedan ejercitarse libremente por su titular, cuando le parezca a éste oportuno, con el único límite de la prescripción (figura que pretende garantizar la seguridad jurídica), ¿por qué se considera ahora que su ejercicio, transcurrido cierto periodo de tiempo (que en cada caso particular varía), puede constituir un ejercicio retrasado? Y además, ¿por qué ese retraso tiene que generar en el obligado a cumplir la confianza de que el derecho ya no se ejercitará más por su titular? [...] Las sentencias analizadas sobre el tema hablan de la deslealtad en el retraso, de que éste se produzca con mala fe, ¿pero en este caso no debería probar el obligado esa mala fe? En otros supuestos se habla por la jurisprudencia de que ejercitar el derecho tardíamente genera perjuicios al sujeto pasivo del mismo, y se alude también al abuso del derecho.”⁴²⁰.

Vaquer Aloy y Cucurull Serra señalan que, aunque la generación de la confianza legítima va mucho más allá del simple transcurso del tiempo, permisión concedida por el titular del derecho, no existe una carga probatoria rigurosa con respecto a este requisito, puesto que podría limitar la aplicación de la “*Verwirkung*” en la

⁴¹⁹ TUR FAÚNDEZ, María Néida. Óp. Cit. p. 86.

⁴²⁰ TUR FAÚNDEZ, María Néida. Óp. Cit. pp. 87-88.

realidad jurídica⁴²¹. Sin embargo, cuando una entidad del sector financiero ejercita la acción de cobro de una obligación dineraria y el deudor se opone a las pretensiones de la demanda invocando el retraso desleal, el operador judicial entiende frustrada la defensa planteada por el accionado ya que no se genera la confianza legítima en una relación crediticia, de la cual quien adquirió la deuda conoce de su existencia y de la continua generación de intereses corrientes y moratorios a su cargo, en caso de impago de la obligación⁴²².

1.2.2.2.4. EL PERJUICIO INFLIGIDO AL DEMANDADO COMO EVENTUAL REQUISITO PARA APLICACIÓN DE LA “*VERWIRKUNG*”.

§75. No existe un consenso dentro de la doctrina y la jurisprudencia sobre el requisito de la existencia de un perjuicio causado por quien ejercita de forma desleal un derecho subjetivo, luego de generar una confianza legítima por el no ejercicio de su facultad jurídica a favor de su adversario, para que proceda su aplicación. En ese sentido, hay quienes afirman el carácter innecesario del perjuicio, haciéndolo con fundamento en que la buena fe es el elemento protector del retraso desleal. Por lo tanto, bajo esa concepción basta con la afectación de la confianza legítima para que sea procedente la aplicación de la figura jurídica, dado que se atenta contra los deberes objetivos de comportamiento que implican guardar una posición en buena fe. Una evidencia de esta institución es la sentencia del Tribunal Supremo, de diciembre 12 de 2011 (Ver §69.)⁴²³.

En sentido contrario, aquellos que aseguran que es necesario que se ocasione un perjuicio contra el adversario de la pretensión, indican que no es suficiente que el ejercicio de una prerrogativa jurídica lesione únicamente la buena fe en un plano meramente abstracto. Para este sector, la intolerabilidad del retraso desleal subyace en la generación de una afrenta a las atribuciones del deudor que puede ir

⁴²¹ VAQUER ALOY, Antoni, y CUCURULL SERRA, Núria. Óp. Cit. p. 6.

⁴²² VAQUER ALOY, Antoni, y CUCURULL SERRA, Núria. Óp. Cit. p. 7.

⁴²³ La muestra más reciente de esta posición puede encontrarse en la Sentencia 423/2011, del 20 de junio de 2011, proferida por el Tribunal Supremo español.

desde el incremento de la responsabilidad hasta el compromiso de su patrimonio; es decir, el perjuicio ocasionado puede ser también de carácter económico⁴²⁴.

Para Tur Faúndez, el precedente del Tribunal Supremo español frecuentemente subsume la doctrina del retraso desleal dentro del abuso del derecho, teniendo en cuenta que en este constructo jurídico se exige la causación injustificada de un perjuicio. Pero, se cuestiona si es adecuado encasillar el daño infligido a un tercero dentro de la relación juzgada según la “*Verwirkung*”, indicando como punto de partida que el sujeto obligado a satisfacer la prerrogativa en cabeza de su titular tiene, en efecto, una carga que debe asumir con toda diligencia y responsabilidad, o tiene el deber de soportar las consecuencias que se derivan de una relación jurídica, no constituyéndose de esta forma un daño antijurídico.

Y, con fundamento en otros autores españoles, afirma que la subsunción del retraso desleal en los cauces del abuso del derecho pueden concluir con la legitimación de una conducta ilícita frente a un acto en sí mismo ajustado al Derecho, dada la consideración del requisito de la causación del perjuicio irrogado al adversario de la relación jurídica o un tercero, inclusive. Con todo, en caso de que sea viable considerar el retraso desleal como una modalidad de abuso del derecho, resulta inconsecuente que ambas figuras sean tratadas de manera aislada en varias ocasiones; luego, podría “[...] estar beneficiando [...] lo antijurídico frente a lo que no lo es, o al deudor incumplidor frente al acreedor.”⁴²⁵.

§76. En resumen, si bien un sector de la jurisprudencia y la doctrina consideran que el retraso desleal es una manifestación propia de la doctrina del abuso del derecho, lo cierto es que su razón de ser apunta a la protección de la confianza legítima suscitada por el no ejercicio prolongado en el tiempo de un derecho subjetivo en cabeza del acreedor, ajustándose a los términos de prescripción y caduci-

⁴²⁴ VAQUER ALOY, Antoni, y CUCURULL SERRA, Núria. *Ibidem*.

⁴²⁵ TUR FAÚNDEZ, María Nélida. *Óp. Cit.* pp. 89-91.

dad, siendo éste quien posteriormente invoca su protección de forma desleal, dadas las circunstancias concretas del caso. Con todo, la aplicación de esta doctrina merece sus reparos en ordenamientos jurídicos donde operan las instituciones de la caducidad y prescripción, puesto que –creemos– que sólo en virtud de estos constructos jurídicos se pueden perder los derechos en situaciones de pasividad.

1.2.3. SECCIÓN III. LA TEORÍA DE LA APARIENCIA JURÍDICA.

§77. Esta figura, que busca garantizar una seguridad dinámica de un sujeto de derecho –en contrapartida de una seguridad estática–, contra el cual se le opone una representación que guarda coherencia con unos hechos objetivamente analizados acerca de una situación jurídica, a favor de un tercero que actuó de buena fe; será analizada buscando desentrañar en qué consiste la teoría o doctrina de la apariencia jurídica (Subsección I), cuáles son los fundamentos de esta figura (Subsección II), y qué requisitos deben cumplirse para su aplicación (Subsección III).

1.2.3.1. SUBSECCIÓN I. CONCEPTO DE LA TEORÍA O DOCTRINA DE LA APARIENCIA JURÍDICA.

1.2.3.1.1. ALGUNAS DEFINICIONES DADAS POR LA DOCTRINA INTERNACIONAL.

§78. No existe ninguna clase de inconveniente que repercuta en los derechos subjetivos de las personas cuando las apariencias guardan directa correspondencia con la realidad, lo cual viene siendo el ideal de las relaciones jurídicas que comúnmente se desarrollan. No obstante, existen eventos donde esa concomitancia es inexistente, en la medida que la titularidad de una facultad jurídica en cabeza de un individuo, respecto de otro, resulta falsa; una mera ilusión que puede concluir en la desprotección del interés jurídico de quien contrató con un titular aparente en un escenario jurídico sin bemoles. Así, lo que aparenta existir, lo que

siendo irreal se muestra como real, hace que entren en juego los intereses jurídicos de los individuos, sin que la ley pueda pasar por alto esta situación⁴²⁶.

Habida cuenta, Marcelo J. López Mesa dice que la teoría de la apariencia jurídica busca proteger la confianza suscitada por el titular aparente y la seguridad jurídica que supone la pervivencia del negocio jurídico en el tiempo y en cuanto a sus efectos, toda vez que quien contribuye a la creación de una situación de hecho originadora de una apariencia más que verosímil, debe asumir las consecuencias ello que acarrea (paráfrasis)⁴²⁷.

La apariencia jurídica es un constructo jurisprudencial que busca atemperar los efectos que se derivan de la observancia de la norma que prescribe que nadie puede transferir un derecho más extenso del que se tiene⁴²⁸, porque protege a quien celebró un contrato que, en estricto Derecho, sería declarado como ineficaz por nulidad o inoponibilidad, según el caso concreto; resolviendo así la relación del verdadero titular del derecho con el tercero que incurrió en un error invencible y común⁴²⁹, apelando así a la máxima “*error communis, facit ius*”.

§79. Parcamente, Francesco Messineo, señala acerca del derecho subjetivo, que puede existir un defecto de legitimación en el caso de las apariencias de titularidad de un derecho subjetivo frente a terceros que, no obstante, puede adquirir la misma eficacia en los actos celebrados por el verdadero titular del derecho. La relevancia de la apariencia es tal, que el tercero tiene la licencia para representarse la titularidad en un determinado sujeto, pero lleva de suyo que esta persona ajena a una relación jurídica, al asumir esa ilusión jurídica sobre la legitimación o titularidad de una facultad protegida por el Derecho, actúe conforme a la buena fe; de no

⁴²⁶ FALZEA, Angelo. Óp. Cit. p. 182.

⁴²⁷ LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. p. 298.

⁴²⁸ D.50.17.54. Ulpiano. *Libro XLVI. Ad Edictum*. “*Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*.”. En: KRIEGLER, HERMANN y OSENBRÜGGEN, Óp. Cit. p. 949.

⁴²⁹ LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. p. 299.

ser así, el tercero que actúe de mala fe no puede invocar en su propio beneficio esta quimera excepcionalmente protegida por el Derecho⁴³⁰.

En un comentario sobre la responsabilidad del representante aparente, Bianca señala –por vía de interpretación– que se presenta este fenómeno por el cual, sobre unas bases y circunstancias unívocas, un sujeto de derecho muestra un poder jurídico del cual carece en realidad⁴³¹. No se pretende suplir la ausencia de una legitimación efectiva, pues sigue siendo el titular de una apariencia o falsedad, si bien hay elementos objetivos que sustentan su situación jurídica; pero los riesgos que implica la disposición sobre derechos aparentes son asumidos por el tercero, en principio, quien puede ejercer la acción de responsabilidad civil extracontractual⁴³². Sin embargo, es tan factible la situación conducente al error en el tercero que éste debe ser protegido por el Derecho con distintas formas a la acción de responsabilidad.

El contrato celebrado por el titular aparente de un derecho tiene plena eficacia respecto del tercero, quien se representó⁴³³ la titularidad del derecho de aquel que en realidad no lo es. Entonces, se genera una confianza en el fuero interno del tercero después de haber realizado con diligencia todos los actos tendentes a la corroboración del objeto negocial y la legitimación para disponer en cabeza del titular aparente, aunque permanezca tal yerro con posterioridad a la verificación realizada y sea, por lo tanto, imposible conocer la verdadera situación jurídica⁴³⁴.

⁴³⁰ MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho civil y comercial*. Vol. II. (Trad. por Santiago Sentís Melendo, a la 8ª ed. corregida y ampliada "*Manuali di diritto civile e commerciale (dottrine generali)*"). México D.F.: Oxford University Press México, S.A. de C.V., 2003. p. 21.

⁴³¹ BIANCA, Massimo. Óp. Cit. p. 135.

⁴³² BIANCA, Massimo. Óp. Cit. p. 136.

⁴³³ El concepto de representación utilizado en este punto, no guarda relación con el contrato de mandato, sino que hace referencia a las manifestaciones mentales del individuo, según lo plantea por David Hume. Este término ha sido tratado anteriormente en los puntos §36 y §37, en los que se relaciona la representación a una correspondencia interna entre el hecho manifestado y el hecho significado.

⁴³⁴ BIANCA, Massimo. *Ibidem*.

§80. Angelo Falzea explica que la apariencia jurídica, desde la óptica del Derecho italiano, se justifica en la inexistencia de un título formal que legitime su creencia; en ese sentido, la protección que el Derecho otorga a su situación es posible, siempre que “*fattispecie*” se sustente objetivamente sobre la buena fe, aunque tal escenario jurídico es capaz de hacer caer en engaño a cualquier tercero⁴³⁵. La teoría de la apariencia pretende recuperar parcialmente una situación irregular, reconociendo los efectos jurídicos que obedecen causalmente a un comportamiento caracterizado por la buena fe ínsita en el tercero⁴³⁶. Para este jurista italiano,

“[...] es el apareamiento de lo irreal como irreal, dentro de un campo de experiencia pública, en virtud de relaciones socialmente reconocidas de significación no simbólica.”⁴³⁷.

Como explicación, la apariencia surge estructuralmente “[...] cuando un fenómeno hace que otro fenómeno, además de sí mismo, *aparezca*, y lo hace aparecer como real, aunque es irreal.”; es decir, un primer fenómeno materializado –o mejor, manifestado– da lugar a otro, no presente e indicado por alusión, sobre el cual recae la apariencia: se muestra como real, pero no es⁴³⁸. En ese sentido, no puede considerarse la aplicación de la teoría de la apariencia en eventos incapaces de significar algo más allá de su misma existencia.

No se trata la apariencia jurídica de una institución nacida eminentemente sobre el error. El error, como estado subjetivo, no es el fundamento de esta institución, sino la confianza suscitada en el contenido aportado por la experiencia de un sujeto de derecho medianamente diligente y cuidadoso, o de su entorno social; luego, el fundamento de la teoría de la apariencia jurídica, aunque proteja un estado mental, permanece sobre razones objetivas. A tal punto, que sólo las situaciones pal-

⁴³⁵ FALZEA, Angelo. *Ibídem*.

⁴³⁶ FALZEA, Angelo. *Óp. Cit.* p. 189.

⁴³⁷ FALZEA, Angelo. *Óp. Cit.* p. 186.

⁴³⁸ FALZEA, Angelo. *Óp. Cit.* p. 183.

marías que conducen a un razonamiento sobre la titularidad de un derecho, tienen la virtud de merecer la protección del Derecho, aunque haya discordancia subjetiva entre las representaciones mentadas y la realidad⁴³⁹.

La objetividad de la teoría de la apariencia, que no puede confundirse con la materialidad del acto, se hace patente al verificar “[...] la realidad de un hecho social humano y [...] de una relación de significación socialmente apreciable”⁴⁴⁰, sin importar la interpretación personal que cada sujeto realice sobre la situación jurídica en particular. Así, el significante material dará origen a un significado intangible que deberá ser valorado según la moral colectiva, las buenas costumbres y los usos sociales imperantes en el preciso momento en que se generó la relación aparente.

Falzea diferencia la apariencia jurídica del formalismo jurídico que se aplica en países como Alemania, donde se reconoce como el Principio General de Publicidad (*Publizitätsprinzip*), indicando que, aunque ambos surten los mismos efectos jurídicos de protección a terceros, la apariencia jurídica resulta el instrumento más adecuado con que cuenta el Derecho para salvaguardar los intereses de quienes confiaron en una situación de hecho manifestada como existente, no obstante sea en realidad inexistente; en tanto que las herramientas jurídicas con las cuales se hace valer el formalismo jurídico, aunque no tienen capacidad intrínseca de generar un nuevo fenómeno irreal, “[...] la ley exonera al sujeto de la determinación de la realidad jurídica declarada.”⁴⁴¹, siendo esta exoneración de carácter amplio, pudiendo ir desde la inscripción registral hasta actos jurídicos con eficacia y formalidad más intensa⁴⁴².

⁴³⁹ FALZEA, Angelo. Óp. Cit. p. 184.

⁴⁴⁰ FALZEA, Angelo. Óp. Cit. p. 185.

⁴⁴¹ FALZEA, Angelo. Óp. Cit. pp. 191-192.

⁴⁴² FALZEA, Angelo. Ibídem.

El profesor Falzea justifica la existencia de la apariencia en el ordenamiento jurídico italiano –y creemos que sucede en la misma medida en el Derecho interno colombiano– en la imposibilidad práctica de desentrañar la realidad jurídica. La realidad jurídica, dice el profesor italiano, resulta esquiva frente a las determinaciones que se pretendan hacer con grado de seguridad, puesto que se requieren exhaustivas investigaciones para arribar a la conclusión de la inexistencia de la situación jurídica representada; y añade que los casos tipificados en la ley como susceptibles de protección en virtud de una apariencia jurídica, presentan una dificultad superior⁴⁴³.

1.2.3.1.2. **LA TEORÍA DE LA APARIENCIA JURÍDICA, DEFINIDA POR LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA NACIONAL.**

§81. En el Derecho colombiano, los profesores Jorge Suescún Melo y Mariana Bernal Fandiño, entre otros juristas nacionales, han estudiado la apariencia jurídica como fuente de derechos subjetivos, doctrina que ha sido acogida en nuestro ordenamiento desde antaño por la Corte Suprema de Justicia, durante el periodo conocido como la “Corte de Oro”.

Suescún Melo comienza distinguiendo entre los derechos aparentes y las situaciones de hecho aparentes. Para él, importa que una situación de hecho aparente sea evidente, ostensible, manifiesta y visible, tomando de esta forma la apariencia jurídica desde un punto de vista meramente material; una vez verificada la existencia de estas características, una situación de hecho aparente *in se* puede generar directamente consecuencias jurídicas⁴⁴⁴ o, dada la existencia de ciertos signos,

⁴⁴³ FALZEA, Angelo. Óp. Cit. p. 193.

⁴⁴⁴ El profesor Suescún Melo considera la existencia de vicios redhibitorios en la cosa vendida en el contrato de compraventa como una situación de hecho aparente que produce por sí misma consecuencias jurídicas, así como la posesión y los títulos valores. Sin embargo, aunque en el caso de los vicios redhibitorios, *prima facie*, se trate de una obligación a cargo del vendedor, supone la exigencia para el comprador de encontrar los vicios que resultan evidentes, de manera que esta garantía sólo versa en tratándose de vicios ocultos; subsecuentemente, “[...] la mayor o menor facilidad con la cual puedan descubrirse los defectos de la cosa vendida es el criterio que la ley

puede desencadenar el nacimiento de un derecho subjetivo⁴⁴⁵⁻⁴⁴⁶. Estas presuntas facultades se manifiestan, según el jurista nacional, “[...] cuando un observador concluye equivocadamente que existen, basándose en el análisis errado de hechos visibles o perceptibles. [...] La apariencia, en consecuencia, envuelve una creencia equivocada que el Derecho toma en cuenta para ciertos efectos.”⁴⁴⁷.

Para Suescún Melo, las disposiciones previstas en los artículos 1634⁴⁴⁸, 1766 (bajo reserva de inventario de nuestra parte)⁴⁴⁹ y 2199⁴⁵⁰ del Código civil colombiano,

toma en consideración para precisar el alcance de la obligación de garantía del vendedor.” (SUESCÚN MELO, Jorge. *Estudio III. La apariencia como fuente de derechos*. En: SUESCÚN MELO, Jorge. *Derecho Privado. Estudios de Derecho civil y Comercial Contemporáneo*. 2º ed. T.I. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A., 2003. p. 93).

⁴⁴⁵ El ejercicio de un derecho subjetivo mediante actos materiales o alteraciones de una situación preexistente, según el profesor Suescún Melo, puede ser el hecho significativo para la generación de la apariencia de titularidad (SUESCÚN MELO, Jorge. *Óp. Cit.* p. 95.).

⁴⁴⁶ SUESCÚN MELO, Jorge. *Óp. Cit.* p. 92.

⁴⁴⁷ SUESCÚN MELO, Jorge. *Óp. Cit.* p. 96.

⁴⁴⁸ Artículo 1634. Persona a quien se paga. “Para que el pago sea válido, debe hacerse o al acreedor mismo (bajo cuyo nombre se entienden todos los que le hayan sucedido en el crédito aún a título singular), o a la persona que la ley o el juez autoricen a recibir por él, o a la persona diputada por el acreedor para el cobro.// El pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía.”.

⁴⁴⁹ Artículo 1766. Simulación. “Las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros.// Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero.”. Esta posición planteada por Suescún Melo, si bien es mencionada en este estudio, no la consideramos de recibo por cuanto la simulación y la apariencia jurídica constituyen dos fenómenos disímiles. La simulación es un fenómeno que sanciona la falta de causa o una causa inane, que, pretende proteger a un tercero con fundamento en la aparente titularidad del derecho subjetivo, conformada por un contrato simulado y por el comportamiento global de los sujetos que intervienen en el negocio jurídico (FALZEA, Ángel. *Óp. Cit.* p. 190). Ospina Fernández define la simulación como “[...] el concierto entre dos o más personas para fingir una convención ante el público, con el entendido de que esta no habrá de producir, en todo o en parte, los efectos aparentados; o disfrazar, también mediante una declaración pública, una convención realmente celebrada, con el ropaje de otro negocio diferente; o en camuflar a una de las partes verdaderas con la interposición de un tercero.” (OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo; y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. 7º ed. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A., 2014. p. 112). Esta figura presenta, según el jurista nacional, unas características propias: (i) la divergencia entre la voluntad y su declaración pública, (ii) la existencia de un concierto simulatorio, significando que “[...] presupone siempre la connivencia entre quienes han participado en ella.”; y (iii) el propósito de las partes de engañar a terceros (OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo; y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Óp. Cit.* pp. 114-115). La Corte Constitucional señaló lo siguiente: “En la doctrina se alude a ciertas condiciones que debe reunir la simulación; así el profesor De La Morandiere hace referencia a las siguientes: Primera. Las partes deben estar de acuerdo sobre el contrato que ellas celebran en

y el artículo 105 del Código de comercio⁴⁵¹, contienen consecuencias jurídicas como consecuencia de hechos que dieron lugar a una creencia habitual con res-

realidad: la simulación debe distinguirse del dolo por el cual uno de los contratantes busca perjudicar al otro, “ella debe distinguirse también de la convención ficticia presentada como real cuando las sedicentes partes no han concluido ningún acuerdo o no han entendido hacer nacer entre ellas obligación alguna”. Segunda. El acto secreto debe ser contemporáneo del acto aparente. La simulación debe ser distinguida del acto posterior que revoca o modifica un acto anterior realmente convenido. Tercera. El acto modificatorio es secreto: su existencia no debe ser revelada por el acto aparente, así la declaración de encargo, por la que una persona declara hacer una oferta por cuenta de otro sin dar a conocer inmediatamente el nombre de esta última, no contiene una verdadera simulación. El mismo autor señala que la simulación puede recaer sobre diversos elementos del contrato. Sobre el objeto: Se tratará a menudo de una simulación parcial, la más frecuente es aquella que recae sobre el monto exacto del precio de una venta. Sobre la causa: Ella tiene por fin ocultar la verdadera naturaleza del contrato. Por ejemplo, una donación será disfrazada bajo la apariencia de una venta; una deuda de juego será ocultada bajo un “negocio” como si se “tratara” del pago de una operación comercial. Sobre la persona de uno de los contratantes: Será el caso en que una donación se hace a una persona interpuesta que no es la verdaderamente gratificada.”, y más adelante, considerando directamente sobre el cargo, determinó la Corte lo siguiente: “[...] el hecho de que se celebren u otorguen las escrituras aludidas no puede llevar a presumir que con ellas se esté actuando en contra del Estado, de mala fe, o incluso buscando cometer un acto ilícito, pues puede que efectivamente ello sea así pero igualmente puede ser que la actuación de quienes concurren a la celebración de dichas escrituras esté determinada por motivaciones diferentes, enmarcadas dentro del ordenamiento jurídico y son estas las que precisamente han de presumirse.” (CORTE CONSTITUCIONAL–SALA PLENA. Sentencia de constitucionalidad de tres (03) de febrero de dos mil cuatro (2004). Rosember Emilio Rivadeneira Bermúdez contra el artículo 1766 del Código civil (C-071-04). M.P.: Dr. Álvaro Tafur Galvis. Ref. Exp.: D-4692). En cambio, la verificación de una situación que puede ser resuelta con fundamento en la teoría de la apariencia no requiere la existencia de un contubernio entre las partes, sino que la situación generadora de apariencia se suscita entre un individuo que se presenta como titular del derecho que se dispone dentro de una relación jurídica, a pesar de no serlo, facultad que posteriormente es reivindicada – en sentido general– por el verdadero titular del derecho, quien ejerce las acciones para impugnar los actos realizados por el aparente titular. En ese sentido, la inexistencia de una verdadera legitimación en la causa –por cuanto existe una legitimación aparente– da lugar a que entre el verdadero titular y quien se presente como titular aparente medie un vínculo general regido por los deberes generales de respeto por el derecho ajeno y de no causar daño a nadie, el cual, de mediar una causación de perjuicios, media el ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual. En cambio, quien confía en la apariencia suscitada por el titular aparente del derecho busca la conservación de los efectos jurídicos sobre los cuales se adecuó, su eficacia.

⁴⁵⁰ Artículo 2199. Expiración del mandato frente a terceros. “En general, todas las veces que el mandato expira por una causa ignorada del mandatario, lo que éste haya hecho en ejecución del mandato será válido, y dará derecho a terceros de buena fe, contra el mandante.// Quedará así mismo obligado el mandante, como si subsistiera el mandato, a lo que el mandatario, sabedor de la causa que lo haya hecho expirar, hubiere pactado con terceros de buena fe; pero tendrá derecho a que el mandatario le indemnice.// Cuando el hecho que ha dado causa a la expiración del mandato, hubiere sido notificado al público por periódicos o carteles, y en todos los casos en que no pareciera probable la ignorancia del tercero, podrá el juez en su prudencia, absolver al mandante.”.

⁴⁵¹ Artículo 105. Nulidad por objeto o causa ilícita en contrato de sociedad. “Los vicios del contrato de sociedad o el defecto de los requisitos de fondo indicados en el artículo 101 afectarán únicamente la relación contractual u obligación del asociado en quien concurren.// La incapacidad relativa y los vicios del consentimiento sólo producirán nulidad relativa del contrato; la incapacidad abso-

pecto a éstos; a tal punto que los terceros adquieren una protección especial del Derecho, puesto que la ley les permite observar lo inexistente como existente. Así las cosas, define la apariencia jurídica como:

“[...] una situación de hecho ostensible que puede generar en ciertos terceros la creencia legítima de que la situación ostensible es una situación real y que por lo tanto aquella produce los mismos efectos jurídicos que ésta.”⁴⁵².

La profesora Bernal Fandiño, tras acudir al método semántico para analizar la apariencia jurídica, la define como el cúmulo de situaciones fácticas que denotan claramente aquello que no corresponde a la realidad, y que constituyen como fundamentos de derechos subjetivos a favor de aquellos individuos que funden la disposición de su interés o se hayan adecuado en el tráfico jurídico con observancia de la apariencia, siempre y cuando hayan actuado según la buena fe⁴⁵³. Este estado de facto genera unos efectos jurídicos en virtud de la confianza depositada por un tercero, en la ficción de aquello que externamente se muestra como habitual, normal y ajustado a la realidad, afectando así un interés relevante caracterizado y correspondido por la sociedad como prevalente sobre la realidad imperante, al punto de someter el derecho subjetivo real y sus límites en función de la apariencia⁴⁵⁴. Y añade:

“[...] tanto los contratantes como los terceros otorgan confianza a la situación ostensible o aparente, en particular porque generalmente es la imagen de la realidad. Siendo ello así, se debe proteger la situación de las personas que adoptaron decisiones con base en lo que observaron externamente como ajustado a la realidad. **Sin embargo, la protección de esa confianza se encuentra limitada o excluida en aquellos ca-**

luta y la ilicitud del objeto o de la causa producirán nulidad absoluta.// Habrá objeto ilícito cuando las prestaciones a que se obliguen los asociados o la empresa, o la actividad social, sean contrarias a la ley o al orden público. Habrá causa ilícita cuando los móviles que induzcan a la celebración del contrato contraríen la ley o el orden público y sean comunes o conocidos por todos los socios.”.

⁴⁵² SUESCÚN MELO, Jorge. Óp. Cit. p. 100.

⁴⁵³ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. pp. 145-146.

⁴⁵⁴ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 147.

sos en los que el tercero haya actuado con culpa. En efecto, en cada caso se deberá analizar si el tercero obró con diligencia o no lo hizo, esto es, si en el error habría incurrido cualquier persona de la comunidad, aun si hubiera adoptado medidas encaminadas a verificar si la apariencia correspondía a la realidad o no.” (destacado fuera del texto)⁴⁵⁵.

El maestro Fernando Hinestrosa analizó la teoría de la apariencia desde la óptica del inciso segundo del artículo 1634 del Código civil colombiano, que refiere sobre los efectos del pago realizado a un acreedor aparente⁴⁵⁶, partiendo de la validez apriorística que supone todo pago realizado a quien es el verdadero acreedor de una obligación dentro de la relación jurídica; pero el pago realizado a quien estaba en posesión del crédito surte los mismos efectos como si hubiera sido realizado a quien verdaderamente ostentaba la titularidad sobre el derecho crediticio, si bien éste cuenta con acciones contra el titular aparente.

Para Hinestrosa, la legitimación extraordinaria en beneficio del deudor resulta de la apariencia de titularidad del crédito capaz de inducir a error, el genuino desconocimiento de la realidad y la disposición de efectos patrimoniales como consecuencia de la discordancia entre la realidad y la manifestación asimilada por el extremo pasivo de la relación jurídica. Se exige una ignorancia diligente o error excusable, junto con una manifestación de titularidad del crédito a favor del acreedor aparente; pero ambas condiciones precisan ser diáfanas para que las consecuencias de liberación de la obligación surtan con total legitimidad y validez⁴⁵⁷.

§82. La Corte Suprema de Justicia resolvió una acción de tutela contra sentencia judicial que buscaba la protección al debido proceso, por cuanto, según el accionante, la suscripción de unos títulos valores objeto de recaudo judicial no habían sido girados por quien era su verdadero representante legal, de manera que los

⁴⁵⁵ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 148.

⁴⁵⁶ HINESTROSA, Fernando. Óp. Cit. p. 593.

⁴⁵⁷ HINESTROSA, Fernando. Óp. Cit. p. 594.

actos desarrollados no obligan a la tutelante por falta de representación para obrar en su nombre⁴⁵⁸. Allí la Corporación denegó las pretensiones tutelares con fundamento en el inciso tercero del artículo 640 C. de Co.⁴⁵⁹, toda vez que el accionado generó una situación engañosa al acreedor de la obligación cambiaria consistente en que cualquiera de sus empleados estaba facultado para comprometer su responsabilidad y patrimonio, dado que el gerente general de la sociedad accionante no permanecía suficiente tiempo para atender el giro ordinario de los negocios de la persona jurídica que, en grado de verdad, representa.

Sobre la doctrina del “error común como fuente creadora de Derecho” –como igualmente se conoce la teoría de la apariencia jurídica–, la Corte indicó lo siguiente:

“[...] [su] teleología indudablemente se encamina a proteger la buena fe de los terceros, así como la seguridad en los negocios jurídicos, al tener como real o verdadero un derecho en principio inexistente.”⁴⁶⁰.

Y, más adelante rectifica su posición con fundamento en el Principio General de la buena fe, sobre la cual el demandado en el proceso ejecutivo y tutelante en el trámite que culminó con esta sentencia, estaba en la obligación de continuar la apariencia que generó por su negligencia y tolerancia en la situación, sin que le sea posible invocar la excepción de falta de representación⁴⁶¹.

⁴⁵⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia de ocho (08) de junio de dos mil nueve (2009). Ref.: Exp. 11001-0203-000-2009-00905-00. M.P.: Dr. César Julio Valencia Copete. Igualmente, esta sentencia está reseñada en: BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. pp. 153-154

⁴⁵⁹ Artículo 640, inciso 3º C. Co. Requisitos para el suscriptor de título en calidad de representante o mandatario. “[...] No obstante, quien haya dado lugar, con hechos positivos o con omisiones graves, a que se crea, conforme a los usos del comercio, que un tercero está autorizado para suscribir títulos en su nombre, no podrá oponer la excepción de falta de representación en el suscriptor.”

⁴⁶⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Óp. Cit. p. 8.

⁴⁶¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Óp. Cit. p. 12.

Sin embargo, esta no es la única decisión proferida aplicando la teoría de la apariencia jurídica. La Corte Suprema de Justicia tiene un amplio precedente sobre este punto de Derecho, siendo ejemplo la sentencia proferida el 20 de mayo de 1936, sobre una compraventa realizada por el cónyuge supérstite, quien cesó en su calidad de administrador de los bienes de la mujer fallecida, negocio jurídico contentivo de un presunto derecho de dominio que fue impugnado por el ejercicio de la acción reivindicatoria, luego de realizarse la partición de los bienes de la cónyuge⁴⁶².

Para la Corte, la protección de los terceros que creyeron en una apariencia comercial, resulta de la aplicación del Principio General de la buena fe sobre la regla *“nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet”*, siempre que se reúnan una buena fe exenta de culpa y un error generalizado, caracterizado por ser invencible, imprevisto y no impedido. Al respecto, complementa así:

“[...] Cuando el tercero que invoca la buena fe en su favor ha negociado directamente con el aparente titular del derecho, le será casi imposible a ese tercero poner de manifiesto su falta de culpa, puesto que una persona avisada, prudente y diligente toma referencias acerca del co-contratante y por consiguiente el que no ha obrado de esa manera incurre en uno de esos errores de conducta característicos de la culpa. Sería muy raro que mediando esas precauciones elementales no obtuviera el adquirente, en la debida oportunidad, las informaciones o al menos los indicios necesarios para evitar el error de hecho o de derecho determinante de la celebración del contrato con el titular aparente.”⁴⁶³.

⁴⁶² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de veinte (20) de mayo de mil novecientos treinta y seis (1936). G.J. XLIII, 48. M.P. Dr. Eduardo Zuleta Ángel. Documento en formato PDF tomado de: [http://190.24.134.121/webcsi/Documentos/Civil/Mujer/mujer/Providencias/SC%20\(20%2005%201936\).pdf](http://190.24.134.121/webcsi/Documentos/Civil/Mujer/mujer/Providencias/SC%20(20%2005%201936).pdf). Sitio web de la relatoría de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (31 de julio de 2014, 10:00 hrs.). Igualmente, esta sentencia está reseñada en: BERNAL FANDIÑO, Mariana. Ibídem.

⁴⁶³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA DE CASACIÓN CIVIL. Óp. Cit. p. 16.

La Corporación tuvo en cuenta que el proceder de la demandante, quien era la verdadera titular del derecho, fue negligente e imprudente por abrir la sucesión de la cónyuge fallecida luego de veinte años tras su deceso, sumado al juicio reivindicatorio del cual pretendía beneficiarse el cónyuge supérstite, titular aparente. Además, quedó demostrado que existió un error insuperable y que el demandado actuó de buena fe, puesto que las medidas de publicidad propias de un sistema registral de derechos y situaciones jurídicas caracterizado por su atomización, no mostraron la realidad del estado civil del titular aparente, ni la tradición del derecho de dominio sobre el inmueble bajo reivindicación.

§83. La Corte Constitucional también se ha referido a esta figura jurídica, si bien lo hace de forma indirecta. Lo hizo en 1997, a nuestra vista de manera reforzada, tomando la teoría de la apariencia como un elemento de la argumentación que tuteló los derechos a la vida y la salud de un individuo que había sido beneficiario del régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud con un anterior cotizante, que, luego de haber solicitado un tratamiento para una afección física, cambió de cotizante ante la misma entidad promotora de salud, solicitando se practicara el procedimiento autorizado pretéritamente, el cual fue negado⁴⁶⁴.

Allí la Corte indicó que, por el Principio General de la buena fe, la confianza que despiertan las relaciones jurídicas sirve como una de las causales de exoneración de responsabilidad para que el tratamiento médico pudiera ser practicado oportunamente. La buena fe se evidenció por cuanto el tutelante tuvo la conciencia de haber adquirido un derecho en virtud de un contrato de prestación de servicios de salud, de forma exenta de cualquier vicio. Con todo, creemos que la alusión a la apariencia jurídica no constituye más que “*obiter dicta*”, por cuanto, si bien podría referirse a la generación de un error legítimo sobre la diligencia con que el em-

⁴⁶⁴ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de diez (10) de febrero de mil novecientos noventa y siete (1997). Manuel Alfonso Márquez Reales contra Cafesalud EPS. (T-059/97). M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Ref. Exp.: T-109319. Esta sentencia aparece igualmente reseñada en: BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 155.

pleador cubría los rubros correspondientes a la seguridad social y con base en la prestación continua del servicio de salud por la empresa promotora de salud a favor del tutelante, el asunto fue resuelto con fundamento en el carácter bilateral de los contratos de prestación de servicios de salud y el principio de continuidad en el servicio.

En otra oportunidad, la Corte Constitucional tuteló los derechos al debido proceso y a la administración de justicia violentados por providencias judiciales que incurren en una vía de hecho por declarar la perención en un proceso ordinario de responsabilidad civil contractual, por la inasistencia de la representante legal suplente de la entidad demandante y tutelante que figuraba en el registro mercantil, si bien había sido revocada de su cargo por una decisión del órgano de dirección social no registrada en la Cámara de Comercio del lugar de domicilio social de la sociedad⁴⁶⁵.

En esa oportunidad resaltó la función del registro mercantil como medio de prueba idóneo para la aplicación de la teoría de la apariencia jurídica cuando así lo suponga. El carácter declarativo-formal –y en subsidio, constitutivo– que tiene el registro mercantil con respecto a la inscripción del representante legal, administrador o revisor fiscal, da lugar a una presunción de hecho con respecto a quien figure en este instrumento, pudiéndola desvirtuar *a priori* con la demostración de la ruptura del vínculo que el funcionario tiene con la sociedad civil o comercial. Sin embargo, es una formalidad probatoria que, además, cumple con una función de protección a los terceros en lo tocante a la eficacia de las relaciones jurídicas creadas con

⁴⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA QUINTA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de veintidós (22) de octubre de dos mil tres (2003). Sociedad Proveeduría Universal S.A. contra Tribunal Superior de Bogotá –Sala Civil–. (T-974/03). M.P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Ref. Exp.: T-579773. Esta sentencia aparece igualmente reseñada en: BERNAL FANDIÑO, Mariana. *Ibídem*.

quien figura en el registro mercantil como un administrador, representante legal o revisor fiscal⁴⁶⁶.

1.2.3.2. **SUBSECCIÓN II. FUNDAMENTOS DE LA DOCTRINA DE LA APARIENCIA JURÍDICA.**

§84. Suescún Melo destaca la responsabilidad civil como uno de los pilares de la teoría de la apariencia jurídica, así como la autonomía e independencia de esta figura. Para el jurista nacional, el régimen de responsabilidad civil fue inicialmente el fundamento de la teoría de la apariencia jurídica, apelando al concepto de la culpa, habiendo considerado que “[...] quienes deciden y actúan teniendo fe y confianza en un estado aparente, sufrirían perjuicio si los derechos que creyeron adquirir desaparecieran cuando se conozca la verdad.”⁴⁶⁷, luego de una conducta negligente achacable al titular verdadero del derecho subjetivo, o tendente a inducir intencionalmente a error a los terceros. La forma más adecuada, según Suescún Melo, para indemnizar el interés lesionado es la frustración del derecho del titular real y, en consecuencia, que los efectos jurídicos del acto aparente se surtan conforme se tenían previstos.

No obstante, la jurisprudencia francesa ha indicado que deviene en innecesario apoyarse en la responsabilidad civil para que los casos vistos bajo la teoría de la apariencia puedan ser resueltos a favor de los terceros contratantes. En esa medida, el comportamiento del titular real del derecho resulta insignificante –al punto de desecharla– para una interpretación donde adquiere más importancia la creencia de quien se guió por los hechos manifestados; es decir, no tiene en cuenta el concepto de culpa⁴⁶⁸. Así las cosas, la continuidad de los efectos jurídicos con ocasión a la apariencia jurídica obedece a que la ley se constituye como fundamento de que los terceros contratantes reciban los derechos que envuelven la re-

⁴⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA QUINTA DE REVISIÓN. Óp. Cit. Puntos 27 al 32 de las Consideraciones de la Corte.

⁴⁶⁷ SUESCÚN MELO, Jorge. Óp. Cit. p. 100.

⁴⁶⁸ SUESCÚN MELO, Jorge. Óp. Cit. p. 103.

lación aparente, y no porque intervengan en la relación los titulares real y aparente; y añade lo siguiente:

“[...] la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil atendería intereses individuales, pues la pérdida del derecho que se impone a su titular es un modo de indemnización del perjuicio causado por su culpa. En cambio, la autonomía de la *Teoría de la apariencia* —encaminada a ofrecer una “seguridad dinámica” en las relaciones jurídicas—, atiende una necesidad social, resolviendo en favor del interés general el conflicto entre dos concepciones de seguridad: la de quien posee y la de quien actúa.”⁴⁶⁹.

Marcelo J. López Mesa indica que el quiebre que supone ser la teoría de la apariencia jurídica a la regla —en nuestro concepto— que prohíbe transferir un derecho más extenso del que un individuo posee (Ver §79.), se fundamenta en la doctrina del error común o “*error communis, facit ius*”, aunque la Corte de Casación de Francia, según el jurista, ha sido el órgano judicial que más ha desarrollado esta argumentación, dándole un carácter creador de derechos a favor de los terceros contratantes que actúen de buena fe, como queda visto en “L’affaire de la Boussinière”, resuelto en 1897. Sin embargo, es claro cuando señala que la tendencia del precedente de la Corte de Casación apunta al reconocimiento de los efectos del negocio aparente con independencia de la buena o mala fe en el proceder del titular aparente⁴⁷⁰.

1.2.3.3. SUBSECCIÓN III. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD PARA LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA APARIENCIA JURÍDICA.

1.2.3.3.1. CONDICIONES NECESARIAS PARA LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA APARIENCIA JURÍDICA, DESDE LA DOCTRINA.

§85. Estructuralmente, la apariencia debe estar integrada por un hecho significativo y otro que comporte como significado. Situación manifestante, situación mani-

⁴⁶⁹ SUESCÚN MELO, Jorge. Óp. Cit. p. 103.

⁴⁷⁰ LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. pp. 304-305.

festada. En el primer fenómeno, cualquier acto puede constituirse como generador de una apariencia, pero únicamente adquieren relevancia aquellos hechos que tienen connotaciones jurídicas; en cambio, el hecho manifestado constituye “[...] una situación jurídica, que es normalmente la titularidad de un derecho subjetivo.”⁴⁷¹.

La existencia de una situación jurídica aparente como consecuencia de un hecho jurídico significativo, da lugar a una titularidad y legitimación igualmente aparentes, las cuales son conferidos al presunto titular, no porque tenga interés o mérito para validar la situación, sino en procura de garantizar y proteger el interés relevante del tercero de buena fe. De esta manera, tanto la titularidad como la legitimación aparentes son elementos que integran todo el constructo del hecho significador o manifestado⁴⁷². Explicado con respecto al acreedor aparente, dice así:

“[...] el efecto liberatorio del pago al acreedor aparente no se deriva de la legitimación de este para recibir el pago, sino de la legitimación del deudor de buena fe para pagar con efecto liberatorio a aquel que, por circunstancias unívocas, parece ser el verdadero acreedor; [...].”⁴⁷³.

La apariencia, con todo, tiene un carácter objetivo que, ligado con el fenómeno subjetivo del error, forman una unidad compleja. Ahora bien, Falzea señala que la objetividad que marca la apariencia se sustenta por la ley y las circunstancias concretas del caso, las cuales son preexistentes al tiempo del acto o negocio aparente e independientes de las apreciaciones del tercero que invoca la figura en su protección. El nexo de causalidad, a su vez, tiene un connotado carácter objetivo porque la norma jurídica y las reglas de la experiencia explican que un hecho significativo sea la causa prima de una consecuencia fáctica aparente; pero la buena fe como elemento de la apariencia, no obedece lógicamente a la relación entre los

⁴⁷¹ FALZEA, Angelo. *Ibídem*.

⁴⁷² FALZEA, Angelo. *Óp. Cit.* pp. 195-196.

⁴⁷³ FALZEA, Angelo. *Óp. Cit.* p. 196.

fenómeno manifestante y manifestado, pues se atiende al hecho que la buena fe está íntimamente ligada a lo subjetivo, rechazando de esta forma el concepto de la buena fe objetiva. Con todo, ello no impide que la apariencia pueda coexistir con elementos subjetivos, como el error y la buena fe, al punto de integrar una “*fattispecie*” general, más cuando el legislador italiano optó por “[...] no reconocer eficacia a la apariencia a menos que concorra la buena fe”, por cuanto es necesaria para la interpretación de las normas jurídicas⁴⁷⁴.

§86. Establece Suescún Melo dos elementos para la aplicación de la teoría de la apariencia a un supuesto fáctico que puede ser resuelto bajo ese argumento, no obstante que señala la dificultad en precisar estos requisitos dada la volatilidad que éstos representan conjuntamente con las circunstancias concretas del caso. Para este jurista, son imprescindibles la creación de una situación de hecho visible o perceptible **(i)**, generadora de una creencia equivocada **(ii)**⁴⁷⁵.

Al explicar el primer elemento, hace énfasis en que la *fattispecie* debe ser evidente, “[...] visible o notoria”, capaz de llamar la atención de cualquier persona que participe en el tráfico jurídico, sin que realice un mayor análisis de fondo y de forma, sin estructurar una investigación que culmine con un raciocinio laborioso, requiriéndose así un análisis crítico para destruir la apariencia, el cual demuestra finalmente la existencia de un error generalizado o común⁴⁷⁶. Y aclara al respecto:

“[...] el elemento material de la apariencia suele estar constituido por un conjunto de circunstancias y no por un solo hecho. Son generalmente numerosos hechos, los que se acumulan, se respaldan y aclaran unos con otros, y llevan al observador a la convicción durante el cual permanezca la situación de hecho, pues, mientras más se mantenga, habrá menos motivos para dudar de lo que ella refleja.”⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ FALZEA, Angelo. Óp. Cit. pp. 197-199.

⁴⁷⁵ SUESCÚN MELO, Jorge. Óp. Cit. p. 131.

⁴⁷⁶ SUESCÚN MELO, Jorge. Óp. Cit. pp. 131-132.

⁴⁷⁷ SUESCÚN MELO, Jorge. Óp. Cit. p. 132.

En cuanto al segundo elemento, esto es, uno de orden psicológico, o correspondiente a la generación de una creencia equivocada, explica el tratadista nacional que consiste en un estado de ignorancia opuesto a todo conocimiento de la situación de hecho, ausencia de conocimiento que es insuficiente para invocar la protección de la figura en comento, en la medida que se trate de una discordancia entre la realidad y lo mentado con carácter legítimo, común, determinado por las reglas de la experiencia, los usos comerciales y la *lex artis*, en el caso que se trate de un especialista⁴⁷⁸. En palabras del profesor Suescún Melo, la magnitud del error no se determina por los frecuentes yerros sobre este punto:

“[...] lo que más pesa no es que otros también se equivoquen, sino que el error sea invencible, es decir, que no pueda ser descubierto por nadie, así tomen todas las precauciones.”⁴⁷⁹.

§87. La profesora Bernal Fandiño destaca, en línea común, que se requiere de un elemento objetivo y otro subjetivo. Para ella, debe existir una situación de hecho objetiva capaz de generar una percepción errada de la realidad, y la buena fe del tercero que incurre en el error, quien no debe conocer por ninguna causa la verdadera situación.

En concreto, el fenómeno significativo, que rara vez se compone de un único hecho, debe ser conducente hacia una representación inequívoca, la cual no puede tener otra interpretación más admisible que aquella manifestada al tercero, por cuanto tal percepción prevalece sobre la realidad⁴⁸⁰. En cambio, el elemento psicológico está integrado por la buena fe del tercero, quien a más de no conocer la realidad, “[...] no debe haber tenido posibilidad razonable de conocerla.”⁴⁸¹, estan-

⁴⁷⁸ SUESCÚN MELO, Jorge. Óp. Cit. pp. 132-133.

⁴⁷⁹ SUESCÚN MELO, Jorge. Óp. Cit. p. 133.

⁴⁸⁰ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 149.

⁴⁸¹ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 150.

do así incurso en una situación donde el sujeto de derecho afectado por la apariencia actuó con suficiente diligencia y cuidado, de manera que persiste la discordancia entre lo manifestado y lo real: una discordancia que no se caracteriza por ser una simple ignorancia, no protegida por la teoría de la apariencia, sino que “[...] es necesario que el error cometido sea común, general o legítimo, [...]”.⁴⁸²

Igualmente plantea, con fundamento en la jurisprudencia francesa, que el comportamiento culposos no es un requisito esencial para la aplicación de la teoría de la apariencia –si bien puede concurrir con la teoría de la confianza legítima–, puesto que “[...] basta tener en cuenta la creencia legítima de quien confió en los hechos, para proteger su situación.”⁴⁸³. A su vez, es partidaria de una aplicación extensiva de la teoría de la apariencia jurídica, y no una restrictiva, por cuanto en el Derecho francés se le considera como principio no escrito –con todo, subsidiario– que pretende proteger la creencia errónea de los terceros, produciendo a favor de ellos los efectos jurídicos que implicaba esa manifestación. Además,

“[...] la teoría de la apariencia es una herramienta útil para el juez con el fin de que él pueda apreciar en el caso concreto si debe prevalecer la apariencia sobre la realidad, aun si el supuesto no ha sido previsto por el legislador, con lo que se protege la buena fe-creencia del sujeto engañado por una falsa realidad, particularmente si su actuación está exenta de culpa.”⁴⁸⁴.

§88. Por su parte, Marcelo J. López Mesa destaca la existencia de cuatro elementos a tener en cuenta, de los cuales dos corresponden a un aspecto objetivo de la doctrina en comento, y otros dos a una faz subjetiva; a saber: **(a)** Elemento objetivo: **(i)** la existencia de tres personas vinculadas en una situación jurídica; **(ii)** la apariencia suficiente; **(b)** Elemento subjetivo: **(i)** la existencia de buena fe en el

⁴⁸² BERNAL FANDIÑO, Mariana. *Ibídem*.

⁴⁸³ BERNAL FANDIÑO, Mariana. *Óp. Cit.* p. 151.

⁴⁸⁴ BERNAL FANDIÑO, Mariana. *Ibídem*.

tercero contratante; **(ii)** la reprochabilidad de la conducta del titular real del derecho adquirido por el tercero contratante⁴⁸⁵.

Del elemento objetivo, la existencia de tres personas vinculadas en una situación jurídica refiere al vínculo establecido entre el titular del derecho, el titular aparente y a un tercero contratante; todos en un conflicto de interés, particularmente trabado entre el tercero contratante y el verdadero titular del derecho, puesto que el beneficio contractual que invoca el tercero se opone a la idea de seguridad estática que mantendría incólume su prerrogativa a primera vista, de manera que sólo podría existir despojo del derecho siempre que exista su aquiescencia. Ahora bien, según el profesor López Mesa, se trata de una situación jurídica y no de una relación en Derecho, “[...] porque dos sujetos están vinculados en tal relación (titular aparente y tercero contratante), pero el otro (titular real o *verus domino*) se ha visto involucrado en una situación jurídica de la cual no ha sido propiamente parte.”⁴⁸⁶.

La apariencia suficiente, segundo elemento objetivo de la teoría de la apariencia y destacado por el profesor López Mesa, implica la existencia de una situación fáctica evidente y absolutamente idónea para generar un engaño a terceros sobre el verdadero estado de cosas. Además, el hecho debe ser inequívoco, sin dar lugar a las dudas ni a las ambigüedades del significado del hecho aparente, pues lo contrario daría lugar a la inadmisibilidad de la aplicación de la teoría en comento⁴⁸⁷.

En lo que respecta a la faz subjetiva de la teoría de la apariencia jurídica, la existencia de buena fe en el tercero contratante significa la actuación del individuo bajo un error justificante o excusable, definida como “[...] la irreprochable convicción

⁴⁸⁵ LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. pp. 305-312.

⁴⁸⁶ LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. p. 306.

⁴⁸⁷ LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. p. 307.

de estar obrando con arreglo a derecho.”⁴⁸⁸. Con fundamento en la jurisprudencia argentina, indica que la buena fe consiste en no haber conocido o haber estado en capacidad de conocer las verdaderas circunstancias que gobernaban la relación jurídica real, de modo que por su diligencia y cuidado resultó imposible descubrir el verdadero estado de cosas. Para el profesor López Mesa, la buena fe es la condición esencial para que funcione la teoría de la apariencia jurídica, engendrada sobre un error que no proviene de una falta al deber objetivo de cuidado⁴⁸⁹. En tanto que el segundo elemento subjetivo de la teoría de la apariencia jurídica, el cual corresponde a la reprochabilidad de la conducta del titular real del derecho adquirido por el tercero contratante, supone la imputación de una conducta por omisión o, en efecto, una omisión *in se*, que evidencia un comportamiento culpos⁴⁹⁰.

1.2.3.3.2. EFFECTOS DE LA TEORÍA DE LA APARIENCIA JURÍDICA.

§89. Suescún Melo destaca en cuatro puntos las consecuencias de la aplicación de la teoría de la apariencia jurídica, a saber: **(i)** Creación de derechos a favor del tercero; **(ii)** Oponibilidad del estado de cosas al titular verdadero del derecho; **(iii)** No genera nuevos derechos a favor del titular aparente; **(iv)** El titular aparente puede asumir la carga de la responsabilidad extracontractual por los daños y perjuicios causados al tercero contratante.

En primera medida, la teoría de la apariencia jurídica da vía libre a la creación de efectos jurídicos en beneficio de terceros que, en condiciones habituales, no serían reconocidos. Así, no permite la aplicación del régimen general de las ineficacias jurídicas, de manera que los actos o negocios jurídicos generados bajo estas circunstancias adquieren efectos en Derecho, corrección legal que se justifica en la creencia errónea del individuo que confió en una apariencia. Con todo, aclara el

⁴⁸⁸ LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. p. 308.

⁴⁸⁹ LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. p. 309.

⁴⁹⁰ LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. pp. 311-312.

jurista nacional que ello no implica en sí mismo la convalidación del negocio jurídico aparente, sino que “[...] las consecuencias que esperaban los terceros, vale decir, los derechos que creyeron adquirir se tornan verdaderos con fundamento en la apariencia.”; aunque estos efectos jurídicos son reconocidos por ministerio de la ley y no precisamente en virtud del hecho manifestado, dado que nadie puede transferir un derecho más extenso del que posee⁴⁹¹.

En segundo lugar, es consecuencia de lo anterior que los efectos jurídicos reconocidos *ope legis* sean oponibles al verdadero titular del derecho subjetivo, al sustituir el régimen jurídico general procedente al caso en concreto. Explica Suescún Melo que la oponibilidad de la apariencia creada puede conllevar a la limitación parcial o absoluta de su facultad jurídica. Igualmente, el supuesto mandante se ve obligado a cumplir los actos celebrados por el mandatario aparente, dejando expuesto su patrimonio directamente por las acciones del falso titular; siendo esta la razón básica del por qué estas causas eran ventiladas en el marco de la responsabilidad civil, escenario propicio para valorar la culpa en la generación de la apariencia, si bien actualmente se prescinde –según este tratadista– de valorar posibles negligencias, imprudencias o impericias eficaces a la hora de significar una ilusión ante terceros. Y con fundamento en la jurisprudencia de la Corte de Casación de Francia, en especial la sentencia del 11 de mayo de 1960, “[...] estos efectos especialísimos y aún terribles de la apariencia, sólo se presentan si el acto en que intervienen los terceros engañados es oneroso.”⁴⁹².

Tercero. Respecto del titular aparente del derecho, éste no puede valerse de las consecuencias jurídicas que se derivan de la aplicación de esta solución jurídica, por cuanto su proceder, según este tratadista, es generalmente calificado de mala fe, dado que conocía la verdad, la realidad del estado de cosas. En sus palabras:

⁴⁹¹ SUESCÚN MELO, Jorge. Óp. Cit. pp. 133-134.

⁴⁹² SUESCÚN MELO, Jorge. Óp. Cit. p. 136.

“[...] Quienes deben resultar protegidos son quienes actúan para adquirir derechos, no quienes buscan obtener beneficios de la situación existente sin realizar esfuerzo personal. Los propósitos de la teoría buscan no desestimular las iniciativas e invitar la acción y al dinamismo en los negocios. [...]”⁴⁹³.

Y por último, el hecho que el titular aparente no adquiera la titularidad del derecho subjetivo negociado o cualquier prerrogativa en función de la apariencia jurídica que beneficia exclusivamente al tercero contratante, como lo acabamos de indicar atrás, no significa que no asuma las consecuencias jurídicas que se derivan de esta situación; es decir, aunque no adquiera un poder jurídico, sí deberá soportar el deber que implica el reconocimiento del derecho subjetivo del tercero contratante, al punto de ser legitimado el ejercicio de las acciones de indemnización por la creación de una apariencia jurídica. Con todo, Suescún Melo critica que un sector de la doctrina francesa contemple la posibilidad del tercero contratante para ejercer la acción de responsabilidad civil, siendo que la aplicación de la teoría de la apariencia jurídica es suficiente para proteger su interés, no obstante que el verdadero legitimado para ejercerla sería quien fuera el verdadero titular del derecho subjetivo⁴⁹⁴.

§90. Bernal Fandiño señala que, dada la carencia de legitimación de los terceros para disponer sobre el derecho del verdadero titular, éstos ahora tienen la titularidad sobre una facultad jurídica conferida tras un negocio ineficaz⁴⁹⁵. Al mismo tiempo, estima que los terceros contratantes no pueden ser afectados por los negocios jurídicos que no agotaron los requisitos de publicidad previstos por el Derecho, citando como ejemplos de inoponibilidad en la legislación mercantil lo proveído en los artículos 117⁴⁹⁶ y 1335⁴⁹⁷ del Código de comercio, textos legales que

⁴⁹³ SUESCÚN MELO, Jorge. *Ibíd.*

⁴⁹⁴ SUESCÚN MELO, Jorge. *Óp. Cit.* p. 137.

⁴⁹⁵ BERNAL FANDIÑO, Mariana. *Óp. Cit.* pp. 152-153.

⁴⁹⁶ Artículo 117. Prueba de la existencia, cláusulas del contrato y representación de la sociedad. *“La existencia de la sociedad y las cláusulas del contrato se probarán con certificación de la cámara de comercio del domicilio principal, en la que constará el número, fecha y notaría de la escritura*

versan sobre la eficacia de los contratos de sociedad y de preposición con respecto a los terceros.

Por otro lado, la eficacia del negocio jurídico celebrado entre el titular aparente y el tercero de buena fe, según comenta la profesora Bernal Fandiño, se predica luego que la teoría de la apariencia sanee la invalidez consustancial al acto, y puede dar lugar a que el verdadero titular del derecho lo pierda efectivamente, no obstante que queda legitimado para exigir la reparación por el daño antijurídico infligido con ocasión de la conducta del titular aparente⁴⁹⁸.

§91. Marcelo J. López Mesa arriba, aunque lacónicamente, a las mismas conclusiones ya expuestas respecto a las consecuencias que derivan de la aplicación de la teoría de la apariencia, puesto que distingue los efectos *inter partes*, frente a terceros, y frente al titular real del derecho⁴⁹⁹. Adicionalmente, destaca con fundamento en la doctrina francesa, que la protección de los terceros contratantes frente a las ilusiones sobre la adquisición de derechos en cabeza de aparentes titulares “[...] persigue doble funcionalidad: por un lado, tutela la seguridad de las transacciones y por otro su rapidez.”⁵⁰⁰, puesto que, en primera medida, las relaciones jurídicas de Derecho privado generan, por naturaleza, una confianza legítima que funda una serie de actos dispositivos sobre el patrimonio con efectos presentes y futuros dentro del tráfico jurídico; suponiendo así que la mera participación en el

de constitución y de las reformas del contrato, si las hubiere; el certificado expresará, además, la fecha y el número de la providencia por la cual se le concedió permiso de funcionamiento y, en todo caso, la constancia de que la sociedad no se halla disuelta.// Para probar la representación de una sociedad bastará la certificación de la cámara respectiva, con indicación del nombre de los representantes, de las facultades conferidas a cada uno de ellos en el contrato y de las limitaciones acordadas a dichas facultades, en su caso.”

⁴⁹⁷ Artículo 1335. Facultades de los factores. “Los factores podrán celebrar o ejecutar todos los actos relacionados con el giro ordinario de los negocios del establecimiento que administren, incluyendo las enajenaciones y gravámenes de los elementos del establecimiento que estén comprendidos dentro de dicho giro, en cuanto el preponente no les limite expresamente dichas facultades; la limitación deberá inscribirse en el registro mercantil, para que sea oponible a terceros.”.

⁴⁹⁸ BERNAL FANDIÑO, Mariana. *Ibidem*.

⁴⁹⁹ LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Óp. Cit.* p. 314.

⁵⁰⁰ LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Óp. Cit.* p. 313.

comercio jurídico implica que los sujetos de derecho actúen con plena seguridad, toda vez que nadie verifica exhaustivamente las situaciones jurídicas de todos los individuos con quienes ha de contratar en este devenir, sino que confía en que lo manifestado corresponda a la realidad, si bien ello no implica una patente de corso para la imprudencia, pues cada persona debe mostrar un comportamiento según el parámetro del buen padre de familia⁵⁰¹.

En segunda medida, dado el ascendente flujo en el intercambio de bienes jurídicos y la velocidad con que se celebran negocios jurídicos, máxime actos dispositivos regulados por la ley mercantil, la teoría de la apariencia permite la conservación de los efectos que se deriven del negocio aparente desarrollado en esa dinámica, toda vez que resulta dispendioso llevar a cabo una profunda indagación sobre la vida, capacidad y disposición jurídica que tienen quienes voluntariamente crean, modifican o extinguen efectos jurídicos. En palabras del profesor López Mesa:

“[...] La mayoría de las veces, la rapidez puede ser afectada por la realización de comprobaciones pesadas y fastidiosas sobre el estado de los derechos y la calidad efectiva del cocontratante. La apariencia es entonces la marca explícita de lo que se admite por realidad. La estática deja entonces el sitio a la dinámica.”⁵⁰².

§92. En suma, consideramos la teoría de la apariencia como una figura que protege la confianza legítima de los terceros contratantes con respecto a la representación hecha por quien se presenta como titular de un derecho del que se dispone a favor de éstos, independientemente del dolo o la culpa que se pueda imputar al verdadero titular de aquella prerrogativa; puesto que el elemento relevante para la aplicación de este constructo jurídico es la apariencia jurídica, creada de tal forma que, aun con avezados estudios y diligentes indagatorias, conducen a la formación de una discordancia con la realidad jurídica.

⁵⁰¹ LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Ibídem*.

⁵⁰² LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Ibídem*.

Esta institución tiene un fundamento autónomo e independiente de la responsabilidad civil y distinto de la doctrina del error común, como lo enseña la doctrina italiana⁵⁰³, puesto que la continuidad de los efectos jurídicos de la relación jurídica aparente subsisten porque la ley protege los derechos que nacen de las apariencias jurídicas relacionales que se presentan, a lo sumo, como reales, no porque el individuo haya incurrido en un error legítimo o generalizado. Por consiguiente, tanto la buena fe exenta de culpa como el error común, legítimo o generalizado son apenas elementos subjetivos que se integran con otros de carácter objetivo (la apariencia jurídica compuesta por un significante y uno o varios significados, y su generación en el marco de una situación jurídica de tres personas: tercero contratante, titular aparente y titular real) para dar paso legítimo a la aplicación del constructo de la teoría de la apariencia.

Así mismo, dado que “[...] La apariencia es, ni más ni menos, un instrumento elástico, idóneo para penetrar en los campos donde el formalismo jurídico no ha tenido posibilidad de desarrollarse, y que apunta a proteger el interés de los terceros cada vez que estos no tengan una declaración formal en la cual apoyarse, pero hayan sido engañados, sin embargo, por una situación de hecho que ha manifestado como existente una realidad jurídica inexistente.”, consideramos que no es adecuado aplicar esta figura jurídica en situaciones donde existe un requisito de publicidad que bien puede brindar de eficacia al negocio jurídico, en tanto existencia de la relación jurídica y/u oponibilidad de la misma frente a terceros, en virtud del alcance del principio de publicidad (Ver §80.); de manera que la teoría de la apariencia se aplicaría en eventos donde, preferentemente, no medien declaraciones formales. En esa medida, no consideramos adecuada la consideración desarrollada por la Corte Constitucional en la sentencia T-974 de 2003 (Ver §83.), porque bastaría el agotamiento del requisito de publicidad para proteger a los terceros

⁵⁰³ FALZEA, Angelo. Óp. Cit. pp. 178, 179, 197-206.

negociantes con respecto a la realidad inmanente sobre los derechos que se dispongan en la relación jurídica.

1.2.4. SECCIÓN IV. LA TEORÍA O EL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA.

§93. Para el estudio de esta figura jurídica nacida a mediados del siglo XX, intentaremos abordar su origen (subsección I), sus principales características (subsección II), y los requisitos para su aplicación en el marco del Derecho colombiano (subsección III). A fin de lograr estas metas, utilizaremos la doctrina jurisprudencial que dimana de la Corte Constitucional y de la doctrina nacional y foránea, en específico, lo señalado por los profesores Mariana Bernal Fandiño y Marcelo J. López Mesa.

1.2.4.1. SUBSECCIÓN I. ORÍGENES DEL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA.

1.2.4.1.1. ORIGEN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS ALEMÁN Y COMUNITARIO EUROPEO.

§94. Angelo Falzea, al referirse a la teoría de la apariencia, señala que los desarrollos de la doctrina jurídica alemana sobre esta figura, en especial los aportes de la escuela pandectística, contribuyeron a una posterior construcción dogmática que culminó con la formulación del principio de la confianza legítima, luego de generar conceptos y principios que contribuyeran a proteger las expectativas de los particulares⁵⁰⁴.

Habida cuenta, la doctrina jurídica es uniforme cuando reconoce que el principio de confianza legítima tuvo una primera aplicación judicial con ocasión de la causa litigiosa conocida como “La viuda de Berlin”, mediante la sentencia proferida en

⁵⁰⁴ FALZEA, Angelo. Óp. Cit. pp. 177-178.

sede de apelación, el 25 de octubre de 1957, por el Tribunal Contencioso-Administrativo Federal de Alemania, cuyo contenido confirmó la parte resolutive de la sentencia dictada el 14 de noviembre de 1956 por el *a quo*, el Tribunal Contencioso-Administrativo de Berlín. Estos son los hechos que fueron objeto de discusión judicial tras la presentación de la demanda: la Administración federal alemana le informó a una viuda de un funcionario adscrito a la Consejería del Interior de Berlín, quien habitaba en el sector oriental de esta ciudad, acerca de la posibilidad de recibir una asignación pensional, siempre y cuando se mudara a Berlín Occidental; así procedió aquella cónyuge supérstite, adecuándose a dicha exigencia mediante la asunción de los gastos para realizar la mudanza, y por lo tanto comenzando a percibir dichos emolumentos. No obstante, la Administración realizó control de legalidad sobre los actos administrativos que concedían el beneficio pensional a aquella viuda, y, considerando que no cumplía con los requisitos señalados en la ley, unilateralmente procedió a revocarlo⁵⁰⁵.

Las instancias ordinarias accedieron al pedimento de nulidad del acto administrativo que revocaba el derecho pensional a su cargo y a favor de aquella viuda, por cuanto la accionante adecuó su conducta a la manifestación realizada por la Administración, de manera que se configuró una violación a la confianza legítima de quien reportaba ese beneficio. Como consecuencia, fue estimado el pedimento de restablecimiento del derecho, consistente en las declaraciones de no estar obligada la demandante a restituir las sumas de dinero por concepto de la pensión percibida y en la continuidad de su disfrute.

⁵⁰⁵ Cfr. BARBOZA RUSSIAN, Hernando H. *La Confianza Legítima y la Interpretación del Artículo 231 por la Sala Constitucional*. En: *Cuestiones Jurídicas* (Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta). Vol. VII, N. 1 (enero-junio). Maracaibo: Fondo Editorial Biblioteca URU, 2013. pp. 97-104. p. 98; BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 271; CORTÉS CAMPOS, Josefina. *Cambio regulatorio y seguridad jurídica, breves notas sobre el principio de confianza legítima*. En: *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*. s.v. Berkeley, CA: University of California, 2008. Documento en formato PDF, tomado de: www.escholarship.org/uc/item/3h66p191 Página web de University of California. p. 17.; LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. p. 332; MESA VALENCIA, Andrés Fernando. *El principio de la fe: el acto propio y la confianza legítima. Hacia una teoría del precedente administrativo en Colombia*. 1º ed. (Colección mejores trabajos de grado). Medellín: Imprenta Universidad de Antioquia, 2013. p. 31.

Bernal Fandiño destaca que el Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe ha decidido positiva o negativamente sobre casos donde se alegaba la afectación de las expectativas legítimas del particular, en virtud de la prevalencia del interés general o colectivo. Las cortes alemanas, por ejemplo, denegaron la protección a favor de un sujeto de derecho que realizó ciertos gastos para la apertura de varios salones de juego, por cuanto el *Bundestag* anunció la posibilidad de prohibir el uso de máquinas de azar, propias de tales establecimientos, de manera que, para las instancias ordinarias, no se configuraban las expectativas legítimas que se requieren para la aplicación de esta figura jurídica⁵⁰⁶.

§95. El impacto de la protección de las expectativas legítimas con fundamento en el principio de confianza legítima, alcanzó el ordenamiento comunitario europeo, prohibiendo las instancias judiciales esta figura jurídica para proteger los intereses de quienes participan en el mercado económico de la Unión Europea frente al cambio abrupto de las normas que regulan una actividad; por ejemplo, en el caso “*Algera c. Asamblea Común de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*”⁵⁰⁷.

En cuanto al cuerpo petitorio, en primera medida, en este caso fue solicitado por el extremo accionante que se declarara que las decisiones adoptadas por la demandada no se ajustan a Derecho, así como su anulación, con todas las consecuencias jurídicas que se deriven de estas declaraciones. Por su parte, el extremo pasivo indicó que las decisiones tomadas obedecen el precedente jurisprudencial del

⁵⁰⁶ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. pp. 271-272.

⁵⁰⁷ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea). *Algera vs. Common Assembly of the European Coal and Steel Community*. (Algera c. Asamblea Común de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero). Dineke Algera, Giacomo Cicconardi, Simone Couturaud, Ignazio Genuardi, Félicie Steichen c. Asamblea Común de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Sentencia de 12 de julio de 1957. Ref. Exp.: C-7/56, y los acumulados C-3/57 al C-7/57. Tomada de: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-7/56&language=es> Página oficial de InfoCuria-Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Tomada el 07/08/14, 12:27 hrs.). La sentencia se encuentra igualmente reseñada en: BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 273.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de manera que no pueden ser calificadas como contrarias a Derecho; así mismo, solicitó que se realizaran las respectivas declaraciones y condenas que se deriven de su defensa.

En segundo lugar, los demandantes pidieron al Tribunal la adjudicación de una indemnización por desalojo, la que comprende una porción calculada tomando como referente el párrafo séptimo del artículo 34 del Estatuto del Tribunal, o por analogía, y otra parte destinada a subsanar los daños patrimoniales y morales infligidos por las conductas antijurídicas de la Administración. Por su parte, el órgano demandado solicitó rechazar el escrito introductorio por inadmisibles y mal fundados, así como aplicar todas las consecuencias jurídicas que se deriven de su estimación, como son la condena en costas y expensas judiciales.

Las pretensiones de los demandantes y la contestación de la demanda se sustentan en los siguientes hechos: En el otoño de 1955 se emprendieron unas reformas en el Secretariado de la Asamblea Común de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, a fin de superar algunas insuficiencias en el funcionamiento de la entidad. En ese sentido, y dado que la elaboración de un estatuto para el personal adscrito a la Comunidad estaba llevando a buen término, así como la culminación de los contratos de trabajo con los agentes de la entidad habrían de expirar a diciembre 31 de 1955, la demandada optó por cohesionar las medidas de reorganización que estaban implementándose con la nueva contratación del personal.

El 25 de noviembre de ese año, el Bureau de la Asamblea Común adoptó como decisión aceptar el mentado reglamento (Reglamento de Administración Interno), cuyos artículos 12 y 13 distribuyen el personal en tres categorías, sus deberes y las asignaciones correspondientes a cada una dentro de cada categoría, además del número de empleados que se requerían para las categorías. Así mismo, indicó que adoptaba para la Secretaría del órgano comunitario unas definiciones de deberes para cada uno de los trece grados burocráticos; que acogía la escala de

asignaciones salariales fijadas por el Comité de Presidentes el 9 de mayo de 1955; y que el nuevo sistema de nominación y promoción de los empleados entraría en vigencia a partir de la fecha que el Presidente estimara conveniente, la cual sería informada de forma individual o por solicitud de los interesados. La demandante Algera fue clasificada como Grado 9A, escalafón 3 (Categoría II).

En la tarde del 12 de diciembre de 1955, el presidente de la Asamblea Común envió indicaciones al personal donde, con independencia de las diferencias en virtud de los empleos que cada adscrito tenía, la señora Algera, así como cada uno de los restantes demandantes, a partir del 1º de enero de 1956 sería beneficiaria del Estatuto del personal de la Comunidad, siendo así nominada al grado de asistente I y adoptando una antigüedad equivalente al tercer escalafón; teniendo en cuenta, no obstante, que las normas del contrato y las reglas provisionales, próximas a perder fuerza vinculante el 31 de diciembre de 1955, serían aplicadas al nuevo contrato.

Luego de la implementación total del Estatuto del Personal tras decisión del 25 de enero de 1956, y de la creación de la Comisión Delvaux, los accionantes recibieron una comunicación del Secretario del órgano demandado, en la cual informaban que serían reasignados a nuevas categorías y grados burocráticos distintos y con asignaciones salariales disímiles a las planteadas inicialmente por la Asamblea Común, si bien recibirían un beneficio compensatorio hasta el 30 de junio de 1958, y con la posibilidad de manifestar una posición contraria hasta antes del 10 de julio de 1956. Dado que los demandantes enviaron comunicación con contenido de disenso frente a la nueva situación jurídica, el 12 de julio de 1956 el Presidente de la Asamblea Común envió una correspondencia donde les indicaba la posibilidad de una contratación anual en calidad de miembro temporario, renovable por dos periodos; aceptación que deberían indicar antes del 20 de julio de ese año, bajo consideración de renunciar a los beneficios actuales que derivan del contrato y la consiguiente terminación del contrato, en caso que no acepten la

oferta realizada. Por último, la Secretaría General de la Asamblea Común realizó los cálculos de los salarios del mes de octubre, y aplicando las correcciones a los correspondientes a julio, agosto y septiembre de 1956, con fundamento en la decisión tomada antes del 31 de diciembre de 1955; operación aritmética que no fue aplicada a los demandantes⁵⁰⁸.

El Tribunal, habiendo examinado su jurisdicción y competencia, consideró que la carta enviada el 12 de julio de 1956 por el Presidente de la Asamblea Común a los demandantes constituye una decisión que puede ser discutida judicialmente, por cuanto el funcionario estaba facultado por el órgano para tomar decisiones concernientes a resolver y tomar medidas con respecto al problema de la reclasificación de los empleados de la Asamblea Común, con base en las propuestas desarrolladas por la Comisión Delvaux; así como la Comunicación No. 56/13, norma que no fue notificada a las partes, si bien ello no les impide el derecho a apelar por su derecho⁵⁰⁹.

Acto seguido, destaca que la solución al caso subyace en el Derecho administrativo, aplicando las tradiciones jurídicas de los Estados miembros de la Comunidad si no existe un tratado o instrumento comunitario que provea reglas jurídicas. Así las cosas, destaca que, con fundamento en las costumbres de los entonces seis Estados miembros (República Federal de Alemania, Francia, Bélgica, Italia, Países Bajos y Luxemburgo)⁵¹⁰, si el derecho subjetivo conferido por un acto adminis-

⁵⁰⁸ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Óp. Cit. pp. 42-49.

⁵⁰⁹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Óp. Cit. p. 54.

⁵¹⁰ Dicho sea de paso que la Comunidad Europea del Carbón y del Acero fue creada mediante el Tratado de París del 18 de abril de 1951, entrando en vigor el 23 de septiembre de 1952, y vinculando a los seis Estados Miembros mencionados. Este instrumento es el primer acercamiento regional para la conformación del bloque económico europeo, puesto que le siguieron los Tratados de Roma de 25 de marzo de 1957, por el cual fueron creadas la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica o Euratom, entre otros instrumentos, igualmente celebrados en primera medida por los seis Estados Miembros aunque posteriormente se hayan

trativo es susceptible de ser revocado unilateralmente por la Administración, no puede afirmarse entonces que se trate de un derecho adquirido; y una vez conferido el derecho subjetivo individual, se legitima la necesidad de salvaguardar una confianza en la estabilidad de la situación creada por el acto administrativo, la cual prevalece en ciertos casos sobre los intereses que tenga la Administración, cuando esté en capacidad de materializar la reversión de sus propias decisiones. En esa medida, destaca los desarrollos del Derecho interno de cada Estado que esté en capacidad de proteger la seguridad jurídica, sobresaliendo la figura de la “*Verwirkung*”⁵¹¹.

Analizando el acto administrativo del 12 de diciembre de 1955, el cual se constituye el fundamento jurídico y fáctico de los demandantes para reclamar la conservación de la situación jurídica laboral creada a favor de ellos, el Tribunal destaca que tal decisión adolece de nulidad en lo que atañe a la clasificación realizada a favor de los accionantes, dado que la Asamblea Común no sometió bajo consideración del Comité de Presidentes las medidas que habrían de tomarse al respecto, ni se contó con el consentimiento del último órgano para proceder en tal medida; en consecuencia, la Asamblea Común no estaba facultada para modificar la clasificación de los demandantes dentro de la estructura contemplada en el Estatuto del personal de la Comunidad. Allí subyace la ilegalidad de las Órdenes del 12 de diciembre de 1955, y sólo por este punto⁵¹².

El Tribunal consideró que, si bien las partes aceptaron someterse al ámbito del Estatuto del personal de la Comunidad bajo las condiciones propuestas mediante las órdenes del 12 de diciembre de 1955, lo esencial del caso es que esa declara-

adherido otros Estados, hasta el Tratado de Maastricht (MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Derecho Internacional Público*. 5ª ed. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A., 2002. p. 493.)

⁵¹¹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Óp. Cit. pp. 55-56.

⁵¹² TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Óp. Cit. p. 60.

ción de la Administración aseguraba en sí mismo una posición estable frente a la titularidad y ejercicio de una derecho subjetivo de orden laboral. Para el Tribunal,

“[...] sería poco equitativo permitir a la Asamblea irrespete el derecho al beneficio del Estatuto del personal el cual había querido aplicarle a los demandantes, en la forma de nombrarlos como funcionarios de carrera, simplemente porque se hicieron promesas ilegales a ellos, de las cuales no estaban facultados a hacer.”⁵¹³.

Puntualmente, el Tribunal recuerda que la Asamblea, dadas las circunstancias del caso, quiso darles una situación estable bajo las condiciones que los nuevos Estatutos les conferían, propuesta que fue aceptada por los demandantes, con independencia del contenido que tuviera el texto futuro⁵¹⁴. Con esta argumentación, el alto Tribunal comunitario declaró la nulidad de los actos administrativos proferidos el 12 de julio de 1956 y la Comunicación 56/13 de la Asamblea Común de la Comunidad; pero deniega las pretensiones de nulidad con respecto la aplicación del régimen de carrera contenido en el Estatuto del personal, por cuanto la aceptación de la propuesta hecha por la Asamblea Común implicaba someterse a condiciones desconocidas en ese momento, dado que el Estatuto no había sido aprobado ni había entrado en vigor.

En cuanto a las pretensiones de reconocimiento de daños y perjuicios materiales y morales, el Tribunal no accede a ninguna pretensión concerniente al perjuicio patrimonial, porque la declaración de nulidad de los actos administrativos impugnados no generaba la causación de un daño antijurídico; la revocación de la clasificación dentro del régimen de carrera anterior a los Estatutos del personal de la Comunidad era adecuados a Derecho, a más de ser una circunstancia conocida por los demandantes; y por cuanto no se probó el quantum del perjuicio por el re-

⁵¹³ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Óp. Cit. p. 62.

⁵¹⁴ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Óp. Cit. p. 63.

chazo de ofertas externas de trabajo⁵¹⁵. En cuanto al daño extrapatrimonial, sólo accedió a su indemnización, teniendo en cuenta que la entidad demandada les ofreció a los accionantes una apariencia de estabilidad y permanencia⁵¹⁶.

Con posterioridad a la decisión contenida en la sentencia atrás referida, el principio de confianza legítima fue alegado con mayor frecuencia al punto de encausarlo como argumento legitimador de la responsabilidad a cargo de la Comunidad europea. Gracias a esto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea contiene, en vista de lo anterior, una dogmática propia para la protección de las expectativas legítimas, valiéndose del principio de confianza legítima; no obstante, la interpretación de los requisitos para la procedencia de esta figura jurídica se realiza sobre las más estrictas consideraciones fácticas y probatorias, sobrepasando así el rigor hermenéutico del Derecho interno de cada Estado miembro⁵¹⁷.

§96. El principio de confianza legítima tiene una incorporación reciente en los diferentes ordenamientos jurídicos por vía jurisprudencial, siendo definida como la protección de las esperanzas que se fundan sobre las manifestaciones o comportamientos de la Administración, capaces de crear una situación específica y previa a favor de los administrados. Dado que el deber de actuar de buena fe a cargo de las autoridades administrativas⁵¹⁸, implica el respeto por las normas jurídicas y situaciones establecidas con anterioridad a favor de los ciudadanos que participan en la dinámica del Estado Social de Derecho, la confianza jurídica se presenta como una herramienta adecuada para mantener una situación jurídica reconocida

⁵¹⁵ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Óp. Cit. p. 66.

⁵¹⁶ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Óp. Cit. pp. 66-67.

⁵¹⁷ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 273.

⁵¹⁸ Este deber es de naturaleza constitucional, pues el artículo 83 de la Constitución Política prevé que *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”*.

o parida, inclusive, por un acto administrativo que se pretende posteriormente revocar⁵¹⁹.

Barboza Russian destaca que el principio de confianza legítima es un “[...] sistema de defensa en manos de los ciudadanos ante las actuaciones súbitas, impredecibles o sin cautelas suficientes de los distintos Poderes Públicos [...] con el objeto de proteger, en los casos que así lo merezca, la confianza depositada por aquellos en la estabilidad de la confianza de éstos, aun cuando la actuación generadora de dicha confianza fuera irregular.”⁵²⁰; la cual supone una “[...] situación de un sujeto dotado de una expectativa justificada de obtener de otro una prestación, una abstención o una declaración favorable a sus intereses, derivada de la conducta de este último, en el sentido de fomentar tal expectativa.”⁵²¹, que debe ser suficientemente objetiva, en cuanto razonable y sea evidente que no exista sombra de variación en la Administración con respecto a la situación generada; de manera que la sorpresa que implica la toma de una decisión revocatoria es el factor determinante en la violación de unas esperanzas fundadas y de una seguridad en la conservación de la situación que beneficia al administrado⁵²².

1.2.4.1.2. EL PRINCIPIO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA.

§97. Como principio, los fundamentos de la confianza legítima, para algunos autores, subyace en el principio de seguridad jurídica, que, a su vez, se constituye como uno de los pilares del Estado de Derecho. Ello no impide que la confianza legítima complemente al Principio General de la buena fe en el campo de las relacio-

⁵¹⁹ MESA VALENCIA, Andrés Fernando. Óp. Cit. p. 33.

⁵²⁰ COLMAN, Edward. *La protección de la Confianza Legítima en el Derecho Español y Venezolano: rasgos generales y aplicación a dos supuestos de la actividad administrativa*. Caracas: Funda-da, 2011. citado en: BARBOZA RUSSIAN, Hernando H. Óp. Cit. p. 99.

⁵²¹ RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. *El principio de confianza legítima o expectativa plausible en el derecho venezolano. En: El derecho venezolano a finales del Siglo XX: ponencias venezolanas al XV Congreso Internacional de Derecho Comparado, Bristol, Inglaterra*. Caracas, s.e. 1998. p. 311. Citado por: LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. p. 331.

⁵²² MESA VALENCIA, Andrés Fernando. Óp. Cit. p. 34.

nes de la Administración con los administrados, como lo sugiere Andrés Fernando Mesa Valencia. Para su argumentación, emplea la cita del profesor Luciano Parejo Alfonso⁵²³, quien considera la confianza legítima como una aplicación más extensa del Principio General de la buena fe, incluso una adaptación onomástica para referir un radio de alcance amplio y novedoso⁵²⁴. Así, el espectro de la figura bajo somero análisis se funda sobre la presunción de legalidad de los actos administrativos, pretendiendo superar “[...] el alcance hasta entonces acaparado monopolísticamente por la aplicación del Principio General de la buena fe en las relaciones de la administración con los ciudadanos, [...]”⁵²⁵; una presunción que legitima el cambio abrupto y evidente fácticamente por parte de la Administración en desmedro de la posición jurídica que beneficia al individuo, puesto que el individuo confía en la licitud de la conducta que le beneficia, tras ser inducido a confiar en la apariencia del ordenamiento jurídico y que éste, legítimo *in se*, tendría una vigencia razonable, de manera que da lugar a la generación de expectativas en torno a la manifestación de la Administración⁵²⁶.

En cuanto al comentario anterior, tendríamos que revisar si, en efecto, el principio de la confianza legítima se presenta como una mutación más maleable que el Principio General de la buena fe, o si, por el contrario, se hace innecesaria esta afirmación. En ese sentido, si las relaciones entre los particulares y la Administración se fundamentan en la confianza en que las actuaciones de las autoridades se ajustan al Derecho, no puede asegurarse que se trate de una figura jurídica que sobrepasa la buena fe, puesto que se la situación subyacente en la confianza legítima apenas comprende un evento que bien podría subsumirse posiblemente en el campo de la buena fe. La buena fe como figura omnímoda, se manifiesta por las reglas objetivas de conducta que se aplican según las circunstancias del caso, y

⁵²³ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho Administrativo*. Barcelona: Editorial Ariel, 2003. En: MESA VALENCIA, Andrés Fernando. Óp. Cit. p. 35.

⁵²⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano. Óp. Cit. p. 688. En: MESA VALENCIA, Andrés Fernando. Ibídem.

⁵²⁵ MESA VALENCIA, Andrés Fernando. Ibídem.

⁵²⁶ MESA VALENCIA, Andrés Fernando. Óp. Cit. p. 36.

atendiendo a la evolución social, comprendiendo así las relaciones entre los particulares con sus pares, y éstos con la Administración; el principio de la confianza legítima se aplica en un escenario generalmente marcado por las reglas del Derecho administrativo, puesto que la relación jurídica vincula a un particular en función de una manifestación de los entes administrativos, una noción realmente específica en comparación con la extensión que supone la *bona fides* como principio fundante del ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, la relación de la buena fe con la confianza legítima se configura sobre la confianza en la apariencia de legalidad que apriorísticamente supone un acto administrativo. Como se dijo en otro espacio, confiar en una apariencia supone una valoración del fuero interno, de una conciencia equivocada sobre una situación concreta que puede dar lugar a la generación de un derecho, el cual se comprende dentro de la buena fe subjetiva cualificada (Ver §§30, 88).

Tercero. Más adelante Mesa Valencia afirma con fundamento en Parejo Alfonso que la confianza legítima busca “[...] el *reequilibrio* que de forma general trata de arbitrar el principio en cuestión entre los valores de estabilidad y cambio. Tensión esta que de forma general ha encontrado traducción en el principio de seguridad jurídica, y ello frente a la justicia expresada en la legalidad concreta, esto es, el principio de legalidad.”⁵²⁷. Sí creemos que existe una tensión entre estos elementos axiológicos, pero aclaramos que la solución ofrecida por el principio de la confianza legítima no tiende a armonizar el conflicto entre la seguridad estática y la seguridad dinámica, tal como sucede con la teoría de la apariencia jurídica. Ello, por cuanto no pretende en el caso concreto la coexistencia de ambos elementos, presentes en los intereses general y particular⁵²⁸; por el contrario, de reunirse una expectativa legítima, ésta impera sobre la manifestación de la Administración, con

⁵²⁷ MESA VALENCIA, Andrés Fernando. Óp. Cit. p. 35.

⁵²⁸ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. pp. 275-276.

total independencia de que el individuo que se beneficia de la situación jurídica deba ajustarse a un plazo de adaptación a las nuevas circunstancias imperantes.

Por otro lado, Marcelo J. López Mesa señala que la seguridad jurídica, en ordenamientos jurídicos diversos al argentino como el francés, es considerada como el fundamento de la teoría de la confianza legítima⁵²⁹. Exigencia elemental comprendida, en últimas, dentro del Estado de Derecho, la seguridad jurídica le permite a los individuos fiarse en que las acciones por ellos desplegadas son lícitas, de manera que se derivan unas consecuencias jurídicas presentes y futuras sobre las cuales se desarrollan los proyectos de vida de quienes las esperan tras ajustarse a ellas⁵³⁰. Para López Mesa, el principio de confianza legítima sirve como contrapeso entre la posición del individuo que tiene una expectativa legítima y la actuación del Administración pública⁵³¹.

1.2.4.1.3. EL DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.

§98. La Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado en diferentes oportunidades en situaciones donde el principio de la confianza legítima fue empleado como la razón de la decisión. No obstante, la concepción que de esta figura jurídica se tiene, si bien no varía en cuanto a ser un mandato de optimización, no resulta uniforme en lo que respecta al sustento jurídico que la legitima y en lo que atañe a la delimitación de otras figuras jurídicas; por ejemplo, la teoría de los actos propios.

⁵²⁹ López Mesa retoma lo dicho por Fabrice Melleray: “[...] el principio de protección de la confianza legítima es una de las facetas de la seguridad jurídica que en sí misma es un componente del Estado de derecho. Esta construcción, como una muñeca rusa, comprende así tres niveles: el principio de la confianza legítima, su ‘fuente directa’ (la seguridad jurídica) y su ‘fundamento lejano’ (El Estado de derecho del que la seguridad jurídica es un ‘componente elemental’).” (MELLERAY, Fabrice. *La revanche d’Emmanuel Lévy? L’introduction du principe de protection de la confiance légitime en droit public français*. En: *Droit et société*. No. 56-57, 2004/1. p. 147. En: LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. p. 336.)

⁵³⁰ LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. p. 335.

⁵³¹ CALMES, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*. Paris: Dalloz, 2001. p. 9. En: LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. p. 337.

En 1995, la Corte revisó la situación de un grupo de comuneros ubicados ilegalmente en una localidad de Bogotá D.C., quienes, tras más de 30 años hasta que se profirió la sentencia, habitaron una propiedad cuyo titular era una entidad de la Administración; sin embargo, un decreto del Alcalde Mayor de esa ciudad ordenaba el desalojo de dicho inmueble, luego de que la Administración **(i)** no ejerciera las acciones de despojo en su momento debido, **(ii)** permitieron, en consecuencia, que los tuteantes se quedaran allí mientras ejecutaban un plan de reubicación en conjunto con el Concejo Distrital, y **(iii)** hiciera promesas de otorgarles viviendas para que habitaran en condiciones dignas, en el marco de un proyecto de vivienda de interés social que nunca se concluyó por irregularidades en el manejo de los recursos públicos⁵³².

Visto el conflicto entre la protección del espacio público como manifestación del interés general, y la protección de los derechos al trabajo y a la vivienda digna, entre otros, la Corte señaló que, con fundamento en la teoría de la confianza legítima –tal como allí lo indicó–, éstas prerrogativas en cabeza de la Administración y de los tutelantes, respectivamente, no son excluyentes en la situación concreta, pues quienes invocaron la protección tutelar “[...] creyeron que la administración del Distrito colaboraría en la solución paralela al desalojo, pasaron muchos años y la administración Distrital ni desalojó ni solucionó un problema que con sus omisiones contribuyó a crear.”⁵³³.

A pesar de la no definición esta figura jurídica por parte de la Corporación, y que ésta indique que la aplicación de la confianza legítima no desconoce el interés ge-

⁵³² CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995). Laura María Torres y otros c. Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. y otros (T-617-95). M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Ref. Exp.: T-78710, T-78659, T-76332 y T-77330. Esta sentencia es igualmente mencionada por: BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 275.

⁵³³ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Óp. Cit. Punto 13. de las consideraciones de la sentencia.

neral, ni constituye una medida de restitución o indemnización, sí hace énfasis en lo difícil que puede resultar la delimitación de los derechos en cabeza de los administrados frente a la Administración, los cuales pueden ser restringidos en función de los fines del Estado Social de Derecho, de tal manera que una de las manifestaciones de esta restricción a las prerrogativas ciudadanas es la imprescriptibilidad de los bienes públicos; en contraposición, la confianza legítima protege a los destinatarios de una decisión administrativa, del sacrificio patrimonial que puedan sufrir, el cual, comparado con la afectación que se inflige al interés general, resulta superior⁵³⁴.

En 1996, la Corte revisó el expediente correspondiente a la Asociación de Colmeneros y Puestos de Venta de Barranquilla contra la Empresa de Desarrollo Urbano de Barranquilla, en el cual se pretendía la protección de los derechos al trabajo, a la propiedad, a la posesión, a la vivienda y al debido proceso, por la exigencia de la demandada para que los tutelantes desalojen el Mercado Piloto de Barranquilla, para la realización de unas obras de canalización de los caños, 19 años después de la entrega de 208 colmenas para la venta en plaza de mercado –y no para la vivienda, como algunos comuneros las tomaron–. No obstante descartar la protección de los derechos a la vivienda, a la posesión y a la propiedad, la Corte señaló lo siguiente:

“En cuanto al derecho al trabajo: ya esta Corte ha dicho que cuando surge conflicto entre este derecho fundamental y la recuperación del espacio público prefiere éste. Pero, según se explicó, tiene ocurrencia la teoría de la confianza legítima, lo cual conlleva una política de reubicación de quienes vayan a ser desalojados, que bien puede acontecer paralela a la orden de desalojo, y, esto sería lo prudente. Pero la Corte no puede tomar concretas medidas a este respecto porque estaría presumiendo que sí va a haber una providencia que ordena el desalojo. Se dirá que existe la *za*, siendo ello así, cabe un llamado a prevención, para que en lo sucesivo no se desaloje sin respaldo jurídico válido y para que en los casos en que haya la confianza

⁵³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. *Ibídem*.

legítima explicada en el presente fallo, se hagan simultáneamente en formas autónomas las diligencias necesarias para la reubicación bien sea para vivienda o para puesto de venta en mercado público, según se concerte.” (Sic)⁵³⁵.

En 1997, guardando estrictamente la sombra de decisión de la sentencia T-617 de 1995, la Corte denegó la protección de los derechos invocados por los demandantes en tutela, por cuanto la entidad demandada actuó conforme al principio de confianza. En concreto,

“La resolución N° 63 AJ señala que en razón a que aún no se encuentra lista la plaza, la Alcaldía Local ubicará a los vendedores ambulantes en el inmueble de la calle 9 N° 11-27 desde el mismo momento en que se ordene la restitución del bien de uso público, con la salvedad de que el despacho solo permitirá el uso de ese lote para el ejercicio de la actividad de los vendedores ambulantes y/o estacionarios, que en conjunto conformarían la plaza de mercado, hasta el día en que se termine la construcción de dicha plaza, como se dijo anteriormente en el predio de la calle 9 N° 11-71 .

“La solución dada por la Alcaldía de la localidad de Santafé de Bogotá es concreta en el sentido de determinar cuál va a ser la ubicación temporal de los vendedores ambulantes bajo la condición de quedarse allí hasta tanto se termine de construir la plaza de mercado. La proposición establecida por la Alcaldía es razonable en tanto que garantiza las condiciones que permitirán a los vendedores ambulantes continuar con la fuente de trabajo.”⁵³⁶.

⁵³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de diecisiete (17) de septiembre de mil novecientos noventa y seis (1996). Asociación de Comuneros de Barranquilla c. Empresa de Desarrollo Urbano de Barranquilla (T-438-96). M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Ref. Exp.: T-99999. Punto del caso concreto, de las Consideraciones de la Corte.

⁵³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de veinticinco (25) de agosto de mil novecientos noventa y siete (1997). Luis Alfonso Guevara Cruz y otros c. Alcaldía Menor de la localidad de Santafé (Bogotá D.C.) (T-398-97). M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Ref. Exp.: T-128526, T-128744, T-128746, T-129718, T-132284. Punto 4º de las Consideraciones de la Corte. En ese mismo sentido: CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de doce (12) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999). Horacio Castañeda y otros c. Alcaldía Local de Usaquén y otros (T-499-99). M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Ref. Exp.: T-201499, T-201789, T-205858, T-207000, T-207628, T-208706, T-209153, T-280754 y T-209031. CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de dieciséis (16) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999). Carlos Julio Florián Núñez c. Alcaldía Menor de Santafé (Bogotá D.C.) (T-900-99). M.P.: Dr. Alejandro

En 1998, la Corte indicó dentro del análisis de la presunta inconstitucionalidad parcial del artículo 285 de la Ley 223 de 1995, que el principio de la confianza legítima –por primera vez mencionado de esa forma en la jurisprudencia constitucional– consiste en la protección otorgada al ciudadano frente a las arbitrariedades que en ciertas ocasiones implicaban las decisiones de la Administración. Explica que no se trata de una situación jurídica que conlleve la vulneración de un derecho adquirido, por cuanto el principio de irretroactividad de la ley y la cláusula del Estado Social de Derecho sirven de fundamento para proteger las facultades jurídicas adquiridas bajo el imperio de una ley anterior, tras el agotamiento de las exigencias presupuestas por la norma jurídica.

En sentido contrario, el principio de confianza legítima se aplica frente a una situación modificable por las autoridades, de manera que se trata de una expectativa jurídica; sin embargo, “[...] si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sen-

Martínez Caballero. Ref. Exp.: T-235235. En esta sentencia, la Corte indicó que la confianza legítima trata de *conciliar* el interés particular y el general, aunque no pudo ser aplicada por falta de prueba del accionante; no obstante, creemos que considerar la confianza legítima como elemento conciliador resulta contradictorio, dado que la solución jurídica empleada por las decisiones que utilizan esta argumentación concluyen en la adopción de un tiempo razonable para que los afectados puedan adaptarse a la nueva realidad jurídica, lo cual es consecuente con la prevalencia del interés general sobre el interés particular, como consecuencia de un juicio de ponderación y no de armonización. CORTE CONSTITUCIONAL-SALA QUINTA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de veinticuatro (24) de enero de dos mil (2000). Belarmina Monroy c. Alcaldía Menor de Santafé, Localidad Tercera (T-021-00). M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Ref. Exp.: T-246045. Punto III. de la sentencia, *in fine*. Allí la Corte siguió la doctrina sentada en la sentencia T-020 de 2000, en la cual se sentó que “[...] viene a constituirse en una derivación del principio de la buena fe, pues si la persona que desarrolla o ha desarrollado la actividad con un permiso otorgado por la respectiva autoridad, cumple debidamente con la normatividad impuesta, o actúa confiando en los precedentes sentados por la propia Administración, mal podría ser desalojada de la noche a la mañana, sin que se estudiara la posibilidad de reubicarla o de brindarle otras oportunidades para seguir laborando, menos todavía si en su caso no se ha seguido un trámite mínimo que le haya garantizado debido proceso y posibilidades ciertas de defensa.”, si bien la decisión tomada por la Corte fue la de ordenar a las autoridades administrativas la reubicación de la accionante en un espacio adecuado para su labor, si bien ya la actuación de la Administración ya estaba consumada. CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SEGUNDA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de veintiuno (21) de septiembre de dos mil (2000). Benjamín José Gutiérrez Rodríguez c. Secretaría de Gobierno Municipal de Medellín-Dirección de Administración de Espacio Público (T-1263-00). M.P.: Dr. Alfredo Beltrán Sierra. Ref. Exp.: T-346052.

sible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe [...], el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación.”⁵³⁷. Con todo, el principio de confianza legítima no es una limitación al ejercicio del Legislador – específicamente la facultad para derogar normas jurídicas– porque contempla la protección de expectativas, esto es, situaciones jurídicas revocables, y no de derechos adquiridos. Y concluye:

“[...] La protección de esa confianza legítima, y a diferencia de la garantía de los derechos adquiridos, no impide que el Legislador, por razones de interés general, modifique las regulaciones sobre un determinado asunto, por lo cual mal puede invocarse este principio para solicitar la inexequibilidad de una norma que se limitó a suprimir un beneficio de fomento. Y en el presente caso, esa doctrina tiene aún menor relevancia, por cuanto los inversionistas razonables no tenían por qué confiar en que el certificado de desarrollo turístico les sería otorgado obligatoriamente, -ya que tal determinación dependía discrecionalmente del CONPES-, ni tampoco tenían por qué suponer que la existencia de ese beneficio sería mantenida de manera durable, pues las estrategias de fomento suelen ser variables. Por ende, la supresión de ese certificado no desconoce la confianza legítima, por lo cual el cargo del actor no es de recibo.”⁵³⁸.

En 1999, la Corte en sede de unificación de jurisprudencia señaló que la confianza legítima, razón jurídica esgrimida de forma continua por los trabajadores ambulantes, debe aplicarse como “[...] mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones. Por lo tanto, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la

⁵³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA PLENA. Sentencia de constitucionalidad de nueve (09) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998). Marco Gerardo Monroy Cabra c. artículo 285 (parcial) de la Ley 223 de 1995 (C-478-98). M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Ref. Exp.: D-1945. Punto 14 de las consideraciones de la Corte.

⁵³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA PLENA. Ibídem.

actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse [...]”⁵³⁹, argumentación jurídica que no compartimos, por cuanto esta institución define el punto de conflicto entre el interés particular y el general⁵⁴⁰ (Ver §97.).

§99. En 2001, la Guardiania de la Constitución afirmó en sede de control de constitucionalidad al artículo 10 de la Ley 153 de 1887⁵⁴¹, que la actividad de los Jueces de la República se sustenta sobre el principio de confianza legítima⁵⁴². Esto quiere decir que la actividad judicial en Colombia va más allá de verificar la legalidad de los hechos que se presentan ante los jueces y de verificar la validez del silogismo judicial empleado para el caso concreto, puesto que deberá comprobarse la razonabilidad de la decisión y de la conducta estatal, en tanto manifestación de la Administración de justicia. Concretamente, afirma lo siguiente:

“En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, **ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias. En estos casos, la actuación posterior es contraria al principio de la buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación.** Esta garantía sólo adquiere su plena dimensión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos

⁵³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA PLENA. Sentencia de unificación de diecinueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999). Ana Mercedes Martínez de García y otros c. Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. y otros (SU-360-99). M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Ref. Exp.: T-168937 y acumulados. Punto 5. de las Consideraciones de la Corte.

⁵⁴⁰ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p 276.

⁵⁴¹ Ley 153 de 1887, Artículo 10. Artículo subrogado por el artículo 4. de la Ley 169 de 1896. “*Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.*”

⁵⁴² CORTE CONSTITUCIONAL-SALA PLENA. Sentencia de constitucionalidad de nueve (09) de agosto de dos mil uno (2001). Carlos Alberto Maya Restrepo contra Ley 169 de 1896, artículo 4º (C-836/01). M.P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Ref. Exp.: D-3374.

que, aunque tengan algún tipo de fundamento legal formal, sean irracionales, según la máxima latina *venire contra factum proprium non valet*. En efecto, si esta máxima se predica de la actividad del Estado en general, y se extiende también a las acciones de los particulares, donde –en principio- la autonomía privada prima sobre el deber de coherencia, no existe un principio de razón suficiente por el cual un comportamiento semejante no sea exigible también a la actividad judicial. El derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia. Esta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. **Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme.**” (Destacado fuera del texto original)⁵⁴³.

Al respecto, hay que precisar que la Corte Constitucional incurre en un sincretismo al confundir el principio de la confianza legítima y la teoría de los actos propios, lo cual constituye nuestra primera razón para disentir de la posición sentada por la doctrina constitucional. Una cosa resulta ser la protección que reciben los particulares frente a los cambios arbitrarios en las decisiones judiciales –en tanto carentes de una argumentación jurídica que no se ciñe al principio de razón suficiente–, por cuanto la población que recibe el Derecho conoce y prevé la continuidad de una posición jurisprudencial adoptada y consolidada; y otra muy distinta que, con fundamento en tan sólo un pilar del principio de confianza legítima como lo es el Principio General de la buena fe –y vista desde una faceta subjetiva–, se establezca una prohibición de realizar una conducta contradictoria con otra anterior si no existe una identidad de sujetos (Ver §144.), puesto que se pretende que, en una relación procesal que está a punto de ser resuelta con base en unos hechos y derechos determinados por las partes, se aplique la *ratio decidendi* de otra relación que no necesariamente vinculó a los mismos sujetos procesales.

⁵⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA PLENA. *Ibidem*.

Por otro lado, creemos que la argumentación de la Corte Constitucional es ligera cuando considera que la protección de las legítimas expectativas de los ciudadanos sólo adquiere alcance “[...] si el respeto al acto propio se aplica a las autoridades judiciales”, toda vez que la teoría de los actos propios no protege una expectativa sino el deber de coherencia valorado objetivamente en el plano de una relación jurídica con plena certeza de la creación, modificación o extinción de un derecho subjetivo. El principio de confianza legítima se encarga de proteger una expectativa razonable en el mantenimiento de una situación jurídica, que, aplicado al terreno de la actividad judicial, se traduce en la creencia que el Derecho seguirá siendo interpretado de una determinada manera por los jueces. Cada figura es independiente.

En última medida, creeríamos inadecuado, inclusive, la aplicación del principio de la confianza legítima en materia de precedente jurisprudencial, puesto que bastarían los principios de seguridad jurídica y de igualdad para decantar toda una argumentación que permita proteger el derecho de las partes procesales a ser tratadas como iguales ante la ley y recibir una sentencia como en otros casos se ha fallado. Para nosotros, creer en la interpretación continua del Derecho no es una expectativa, es una realidad sobre la cual los individuos que integran la sociedad toman sus propias decisiones y esperan que, ante ciertos hechos y derechos litigiosos, las controversias sean resueltas con fundamentos similares a los empleados en otros casos.

Dicho sea de paso, tampoco podemos compartir la consideración hecha por Marcelo J. López Mesa⁵⁴⁴ —de hecho, creemos que no trasciende más allá de la alabanza a la argumentación jurídica de la Corte, y que es inexplicable desde toda óptica interpretativa—, puesto que, en un intento por afirmar la aplicación de la teoría de los actos propios y en aras a apoyar la posición sentada por el profesor Isi-

⁵⁴⁴ LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. p. 205.

doro Eisner⁵⁴⁵ con fundamento en la sentencia anteriormente reseñada, la razón utilizada por la Corte Constitucional para justificar el respeto a la doctrina probable no fue la prohibición de ir contra los actos propios sino el principio de la confianza legítima. No es suficiente esfuerzo el que debe emplearse para concluir que se trata de la protección de las expectativas con fundamento en este principio y no de la teoría de los actos propios, por cuanto la argumentación del alto Tribunal de lo constitucional hace énfasis en el principio de seguridad jurídica –uno de los fundamentos del principio de confianza legítima–, que ligado a la buena fe, concluyen en la figura bajo estudio. Así dice la Corte de forma prístina:

“En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. [...]”⁵⁴⁶.

No obstante, aunque la defensa establecida por el profesor López Mesa pueda ser excusada por el yerro en que incurre la Corte Constitucional por emplear el brocardo “*Venire contra factum proprium non valet*” –el cual es frecuentemente utilizado para referirse a la teoría de los actos propios, y que, posiblemente, fue empleado para referirse en sentido amplio a la idea de no contradicción de una conducta primigenia que encierra el brocardo– y ligar la confianza legítima al deber de coherencia, podía concluirse que se trataba del principio bajo estudio, dado que comenta que la protección del deber secundario comprende también las expectativas de una interpretación continua y uniforme del Derecho. La teoría de los actos propios, como se dijo en otro espacio, no pretende proteger las expectativas legítimas, por cuanto éstas se fundan en un espectro eminentemente subjetivo y contrario a la esencia de la buena fe objetiva y del deber de coherencia (Ver §§36, 37.).

⁵⁴⁵ EISNER, Isidoro. *La doctrina de los propios actos compromete también al obrar del tribunal (Venire contra factum proprium non valet)*. L.L. t. 1987-C, p. 820. En: BORDA, Alejandro. *Óp. Cit.* p. 135.

⁵⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA PLENA. *Ibíd.*

§100. En tiempos recientes, la Corte ha indicado que la confianza legítima consiste en la producción de efectos jurídicos de las expectativas generadas por un sujeto de derecho con respecto a unas circunstancias; y con respecto a las autoridades públicas, se trata de una obligación de mantener una conducta consecuente y no contradictoria frente a los particulares, nacida de un acto administrativo, aunque sea ilegal, salvo que en el caso concreto el orden público deba prevalecer insoslayablemente⁵⁴⁷. Es una protección al interés de los particulares, plausible mediante las expectativas que se legitiman en la desidia de la Administración por realizar sus funciones, pues permitió, por sus acciones, omisiones o acciones por omisiones, sus interpretaciones jurídicas o por la expedición de normas de Derecho, la generación de una confianza. Además de enfatizar que se trata de una derivación del Principio General de la buena fe, en cuanto el individuo confía en que la regulación que opera en la situación concreta habrá de permanecer en el tiempo, recalca la Corte lo siguiente:

“La confianza legítima opera entonces para proteger al particular frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas respecto de una situación jurídica previamente existente. En tal sentido, el administrado no es titular de un derecho adquirido sino que simplemente tiene una mera expectativa en que una determinada si-

⁵⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA PLENA. Sentencia de constitucionalidad de dos (02) de junio de dos mil diez (2010). Roberto Junguito Bonnet c. Artículo 86 de la Ley 1328 de 2009 (C-432-10). M.P.: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Ref. Exp.: D-7946. Punto 7.4.1. de las Consideraciones de la Corte. Allí el alto Tribunal indicó, con respecto a la inconstitucionalidad por quebrantar el principio de confianza legítima: “[...] el principio constitucional de la confianza legítima le impide al legislador realizar cambios intempestivos, que desconozcan unas expectativas válidas que tenían los agentes del mercado; de allí que, si bien no resulta aceptable sostener que la legislación, en este caso económica, será permanente, si se impone la previsión de períodos de transición, a efectos de ajustar la administración de los empresarios a las nuevas realidades normativas. [...] [L]os cambios en la regulación de los seguros exequiales tuvieron lugar en el año 2003, mediante la expedición de la Ley 795, cuyo artículo 111 fue declarado exequible por la Corte en sentencia C-940 de ese mismo año. Quiere ello decir que los elementos agregados a la regulación del tema de los seguros exequiales, fueron simplemente un complemento de una regulación existente, y por ende, no se está ante ningún cambio imprevisto.”

tuación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente, y en consecuencia su situación jurídica puede ser modificada por la Administración. [...]”⁵⁴⁸.

En 2010, en sede de tutela, la Corte tuteló los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de una mujer que, tras percibir por un tiempo razonable la mesada pensional de su compañero permanente fallecido, reclamó a la aseguradora que debía cumplir con el pago de dicho emolumento, quien indicó que, dado que ella no figuraba en su base de datos como compañera permanente, procedió a girarle la mesada en calidad de representante legal del menor, quien sí figuraba como beneficiario⁵⁴⁹. Para ello, la Guardiana de la Constitución reforzó la protección de los derechos tutelados, los cuales ya habían sido concedidos por encontrarse la violación del derecho a la igualdad, sobre la confianza legítima. Sin realizar un desarrollo conceptual, destacó:

“[...] como se desprende ímpoluto de los medios probatorios, la mesada pensional se pagó hasta cuando el hijo de la demandante tuvo más de veintinueve años, pues éste nació en octubre de mil novecientos setenta y nueve (1979). En otras palabras, Seguros Bolívar, entidad encargada de pagar la sustitución pensional del señor Cuadros Estévez, ante la cual la accionante se encontraba en una situación de subordinación, canceló durante más de once años la referida mesada, después de que Rubén Darío Cuadros Bautista cumpliera la mayoría de edad. Un acto propio de la aseguradora en cuestión, que bien pudo crear en la actora la expectativa legítima y de buena fe, de que la pensión que se siguió pagando a su favor, le reconocía a ella la condición de justa acreedora del derecho a la sustitución pensional de su compañero fallecido.”⁵⁵⁰.

Nuevamente en materia de recuperación del espacio público, reiteró la Corte, con fundamento en las sentencias SU-360 de 1999, T-729 de 2006 y T-053 de 2008,

⁵⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA PLENA. *Ibídem*.

⁵⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA TERCERA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de quince (15) de febrero de dos mil diez (2010). María Luisa Bautista Díaz contra Seguros Bolívar S.A. (T-098-10). M.P.: Dr. Juan Carlos Henao Pérez. Ref. Exp.: T-2402276.

⁵⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA TERCERA DE REVISIÓN. *Óp. Cit.* Punto 3.8 de las consideraciones de la Corte.

que la confianza legítima impide a las autoridades públicas modificar inconsultamente las reglas que vinculan sus relaciones con los particulares⁵⁵¹. El nacimiento de las expectativas serias depende de una actuación anterior que pretende modificarse, las cuales se protegen con la adopción de medidas que les permitan a los particulares ajustarse a la nueva dinámica lo menos traumático posible. Continúa la Corte indicando que la aplicación del principio de la confianza legítima no supone el desconocimiento de los derechos adquiridos, porque su campo de aplicación contiene toda situación susceptible de alteración abrupta e intempestiva⁵⁵². Recordemos, al respecto, que los derechos adquiridos suponen un problema de vigencia de facultades jurídicas adquiridas válidamente en vigencia de una normatividad que posteriormente desaparece del ordenamiento jurídico.

La aplicación de la figura bajo somero estudio puede realizarse de forma concomitante con la teoría de los actos propios, sin que ello implique que ambas instituciones se confundan. En sentido contrario, lo dejó entrever la sentencia T-165 de 2010, cuando indicó que tanto la confianza legítima como la teoría de los actos propios son derivaciones del Principio General de la buena fe, afirmación que acogemos parcialmente, en la medida recordar que al principio de la confianza legítima también le sirve de sustento el principio de la seguridad jurídica, como se ha venido indicando.

Aunque lo discutible de esa sentencia es el sincretismo empleado para abordar ambas instituciones, pues no las diferencia en que una y otra subyacen sobre la buena fe objetiva y subjetiva en virtud de su objeto de protección⁵⁵³, en lo que respecta al principio de confianza legítima la Corte indicó:

⁵⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA CUARTA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de veinticuatro (24) de febrero de dos mil diez (2010). Luz Marina Vargas Castillo c. Municipio de Ibagué (Tolima) (T-135-10). M.P.: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Ref. Exp.: T-2430622. Punto 6.2 de las consideraciones de la Corte.

⁵⁵² CORTE CONSTITUCIONAL-SALA CUARTA DE REVISIÓN. *Ibídem*.

⁵⁵³ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA CUARTA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de ocho (08) de marzo de dos mil diez (2010). Benjamín Huertas Rodríguez c. Instituto de los Seguros Sociales,

“[...] [L]a confianza legítima pretende proteger al administrado frente a las modificaciones intempestivas que adopte la administración, que afecten situaciones respecto de las cuales, si bien el interesado no tiene consolidado un derecho adquirido, sí goza de razones objetivas para confiar en su durabilidad, de manera que las autoridades no pueden desconocer repentinamente la confianza que su acción u omisión había generado en los particulares, máxime cuando ello involucra el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Lo anterior, no significa que las autoridades administrativas se encuentren impedidas para adoptar medidas que modifiquen las expectativas de los individuos, como quiera que, no se trata de derechos adquiridos, sino que implica que para tomarlas se debe permitir la transición de los interesados de un escenario a otro y no puede hacerlo de manera sorpresiva e intempestiva.⁵⁵⁴⁻⁵⁵⁵

Seccional Cundinamarca (T-165-10). M.P.: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Ref. Exp.: T-2439742. Punto 6º de las consideraciones de la Corte. Allí se refirió a la teoría de los actos propios como una institución que “[...] supone el deber de conservar una coherencia en las actuaciones ejecutadas en el transcurso del tiempo, de tal forma que resulta contraria al principio mencionado, toda actividad de los operadores jurídicos que, no obstante ser lícita, vaya en contravía de comportamientos precedentes que hayan gozado de la entidad suficiente para generar en los interesados la expectativa de que, en adelante, aquéllos se comportarían en consonancia con la actuación original. Ello, por cuanto, la confianza del administrado no se genera por la convicción de la apariencia de legalidad de la actuación, sino por la seguridad de haber obtenido una posición jurídica definida a través de un acto que creó situaciones particulares y concretas a su favor. En efecto, la Corte ha estimado que, en desarrollo de este principio, se sanciona ‘*como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto*’.” La teoría de los actos propios protege la coherencia relacional que se evidencia objetivamente en comportamientos que pretenden ajustarse al parámetro del buen padre de familia, mientras que la confianza legítima busca proteger la expectativa seria con fundamento en las apariencias de legalidad de las manifestaciones de la Administración (Ver §§36-37.).

⁵⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA CUARTA DE REVISIÓN. *Ibidem*.

⁵⁵⁵ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL-SALA QUINTA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de treinta (30) de agosto de dos mil diez (2010). Gloria Rivera Hernández contra el Municipio de Cúcuta y otros (T-657-10). M.P.: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Rad. Exp.: T-2649337. Punto 5.3. de las consideraciones de la Corte. CORTE CONSTITUCIONAL-SALA OCTAVA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de catorce (14) de septiembre de dos mil diez (2010). Jesús Alirio Girón Grass c. Unión Temporal Medicol Salud (antes Fersalud) (T-744-10). M.P.: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Rad. Exp.: T-2280252. Allí la Corte explicó que el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud encuentra asidero sobre la confianza legítima, vista como aquel que “[...] propugna por la edificación de un ambiente de tranquilidad en las relaciones que construyen los asociados frente a las autoridades públicas o los particulares, de forma tal que puedan esperar, de buena fe, que sus actuaciones no sean variadas de manera escabrosa a menos de que prime un fin constitucionalmente legítimo.” (Acápites “El principio de continuidad”), y añade que las situaciones jurídicas o materiales tomadas de cierta forma en el pasado, no pueden ser tratadas en el futu-

§101. En 2011, la Corte indicó que el principio de confianza legítima es el fundamento jurídico de la teoría de los actos propios⁵⁵⁶, posición jurisprudencial que no puede ser compartida, por cuanto ya se ha afirmado que la teoría de los actos propios es una regla jurídica que deriva del Principio General de la buena fe, y que pretende proteger el deber secundario de coherencia, el cual es una manifestación clara de la buena fe objetiva, con identidad propia respecto del principio de la confianza jurídica⁵⁵⁷. No obstante, la razón de la decisión, la cual culminó con la concesión parcial de la protección iusfundamental del derecho a la educación, no versó sobre esta figura jurídica, dado que la accionante no cumplía con los requisitos para continuar con el proceso de inscripción al siguiente semestre universitario, de manera que esta situación le impedía la formación de una expectativa legítima, según el alto Tribunal.

En los casos que no suponen la recuperación del espacio público, la Corte Constitucional conjuga la aplicación del principio de la confianza legítima con la teoría de

ro de forma desigual, en que la situación no será más gravosa en el futuro respecto de las condiciones regulativas de una situación pretérita, si bien existe en cabeza del administrado una expectativa. CORTE CONSTITUCIONAL-SALA NOVENA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de veintiocho (28) de octubre de dos mil diez (2010). Andrea Camila Chaves Camacho c. Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior-ICETEX (T-845-10). M.P.: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Ref. Exp.: T-2677298. Puntos 8 al 10 de las consideraciones de la Corte. CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de diecisiete (17) de noviembre de dos mil diez (2010). Dorance Rodríguez Asprilla c. Compañía de Inversiones de la Flota Mercante (en liquidación obligatoria) (T-923-10). M.P.: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Ref. Exp.: T-2552482; entre otros pronunciamientos.

⁵⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA OCTAVA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de tres (03) de febrero de dos mil once (2011). Diana Marcela Aviles Chica c. Universidad Nacional de Colombia (Consejo Superior Universitario y Consejo Académico) (T-039-11). M.P.: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Ref. Exp.: T-2810875.

⁵⁵⁷ Así dijo la Corte: “Sobre la confianza legítima se ha dicho que ‘...pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades’.” Y la tesis del respeto al acto propio deriva del anterior principio en la medida en que, cuando los ciudadanos están vinculados por los actos de la administración, las situaciones generadas por estos actos no pueden ser revertidas de manera unilateral ni arbitraria en detrimento del administrado. En la T-073 de 2005 se dijo: ‘La Corte ha considerado con fundamento en la teoría del respeto al acto propio, que actos administrativos que reconocen un derecho subjetivo en cabeza de una determinada persona no pueden ser revocados, salvo con el consentimiento del titular del derecho subjetivo o por orden judicial.’”

los actos propios. Por ejemplo, el caso resuelto en la sentencia T-164 de 2012, la cual amparó los derechos fundamentales a la confianza legítima (sic), a la educación y a la vida digna⁵⁵⁸. Sin embargo, consideramos que el empleo de ambas figuras jurídicas en un mismo caso puede conllevar a que se desdibujen los límites que existen entre ambas figuras jurídicas, confundiéndose y cometiendo errores en su aplicación y en la verificación de la institución que realmente se aplica.

En contraste, tratándose de la ponderación del interés particular, representado generalmente en el derecho al trabajo y a la dignidad humana, frente al interés general, encabezado por el imperio del orden público, el principio de la confianza legítima es la razón jurídica empleada para facilitar la adaptación a las nuevas condiciones que imperan en la realidad jurídica. Ejemplo de lo anterior es la sentencia T-231 de 2014, la cual hace revisión a la acción de amparo presentada por un vendedor ambulante bumangués contra la Alcaldía Municipal de Bucaramanga, la Secretaría de Gobierno Municipal de Bucaramanga, el Departamento Administrativo – Defensoría del Espacio Público de Bucaramanga y la Inspección de Policía del Espacio Público de Bucaramanga⁵⁵⁹. Allí la Corte concedió la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la protección del principio de la confianza legítima, al trabajo y al mínimo vital del actor, con efectos *inter comunis* respecto de otros vendedores informales. La decisión, en cuanto al principio de la confianza legítima, recordó que su aplicación obedece a que quienes ocupan el espacio público “[...] creen equivocadamente contar con un derecho sobre este *“porque el Estado no solamente les ha permitido sino facilitado que ejecuten actos de ocupación, y han pasado muchos años en esta situación que la*

⁵⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA CUARTA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de cinco (05) de marzo de dos mil doce (2012). Sergio Humberto Franco Sarmiento y otros c. Departamento de Arauca y Universidad Cooperativa de Colombia, sede Arauca (T-164-12). M.P.: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Ref. Exp.: T-2234345.

⁵⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de nueve (09) de abril de dos mil catorce (2014). Hugo Sierra Rojas c. Alcaldía Municipal de Bucaramanga, la Secretaría de Gobierno Municipal de Bucaramanga, el Departamento Administrativo – Defensoría del Espacio Público de Bucaramanga y la Inspección de Policía del Espacio Público de Bucaramanga (T-231-14). M.P.: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Ref. Exp.: T-4135881.

Nación y el Municipio contribuyeron a crear”, razón por la cual la Corte ha considerado que “no es justo que esos ocupantes queden desamparados porque estamos en un Estado social de derecho”. El problema radica entonces, en la situación de vulnerabilidad a la que son expuestos quienes son desalojados por ocupar bienes de uso público, pese a que la Administración ha tolerado por años que residan o realicen sus actividades económicas en dichos lugares.” (destacado de la Corte)⁵⁶⁰. Para la Guardiania de la Constitución, la protección de la confianza legítima implica el establecimiento de medidas de recuperación y compensación, habiendo realizado previamente los respectivos estudios para analizar el impacto concomitante a las labores de rehabilitación del espacio público⁵⁶¹.

La Corte, además, afirma lo siguiente:

“[...] no quiere decir que las autoridades no puedan adelantar y desarrollar medidas que tiendan a la protección de la integridad de los bienes estatales, sino que tales medidas no pueden adelantarse y desarrollarse intempestivamente, de manera que se afecte la confianza que tienen los administrados en que su conducta no está desconociendo los límites legales y que como tal, pueden seguir desplegando sus actividades sin esperar restricción alguna por parte del Estado.”⁵⁶²
(Destacado de la Corte).

En consecuencia, podría afirmarse que el principio de la confianza legítima es una garantía que salvaguarda las expectativas legítimas de cualquier defraudación proveniente de la Administración pública, como consecuencia de un ejercicio de ponderación entre la estabilidad que supone la observancia del principio de legalidad, y el dinamismo que beneficia al individuo quien confía en que la manifesta-

⁵⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Óp. Cit. Punto 3.3.3. de las consideraciones de la Corte. La Corte sigue a la sentencia T-314 de 2012, T-729 de 2006, T-521 de 2004,

⁵⁶¹ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Óp. Cit. Punto 4.1.4. de las consideraciones de la Corte.

⁵⁶² CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Óp. Cit. Punto 3.3.3. de las consideraciones de la Corte.

ción de la voluntad de la Administración se ajusta al Derecho vigente. Ello, por cuanto es deber de las autoridades públicas adecuar sus conductas a los parámetros de la buena fe⁵⁶³.

1.2.4.2. **SUBSECCIÓN II. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA.**

§102. De acuerdo con la profesora Bernal Fandiño, el principio de confianza legítima se caracteriza básicamente por **(i)** tener una variedad de fundamentos axiológicos, comoquiera la argumentación empleada, por lo menos a nivel nacional, para justificar una decisión con base en esta razón jurídica estriba sobre los principios de seguridad jurídica, de buena fe, y el Estado Social de Derecho, lo cual queda evidenciado por el desarrollo de la doctrina constitucional; y **(ii)** buscar la protección de las expectativas legítimas que se representen los ciudadanos con respecto a la actividad del Estado⁵⁶⁴.

1.2.4.2.1. **LA PLURALIDAD DE FUNDAMENTOS AXIOLÓGICOS DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA.**

§103. El desarrollo de la Corte Constitucional ha sido prácticamente uniforme con respecto a los mandatos de optimización o elementos axiológicos que, más allá de la retórica jurídica, pretenden legitimar la solución jurídica de casos, apoyándose en esta figura. Así, de la doctrina sentada por el alto Tribunal, se desprende que los principios constitucionales de Seguridad Jurídica, Buena Fe y la cláusula del Estado Social de Derecho son los pilares del Principio de Confianza Legítima. No obstante, desde los Derechos alemán y comunitario europeo se hace énfasis en la prevalencia del principio de Seguridad Jurídica más que en la buena fe y en el Estado Social de Derecho.

⁵⁶³ SEGURA, Lorena del Pilar. *Alcance de la confianza legítima en el derecho privado colombiano*. En: *Cuadernos de la Maestría en Derecho*. Edición anual No. 3. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2013. pp. 289-345. p. 311.

⁵⁶⁴ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 276.

§104. El principio de seguridad jurídica consiste en un estado mental de ausencia de duda respaldado por manifestaciones objetivas dentro de la realidad social. En palabras de la profesora Bernal Fandiño, consiste en la certidumbre y efectividad en el orden jurídico, con la confianza, el debido proceso, con la legalidad de las normas que integran el ordenamiento jurídico, con las nociones de prescripción y caducidad (paráfrasis)⁵⁶⁵. La Corte Constitucional ha indicado que se trata de una situación estable y definida de acuerdo a las normas del Derecho, que se encuentra fundado en el valor constitucional de la justicia⁵⁶⁶.

Este principio corresponde a una exigencia social, consecuencia del Estado de Derecho, pues se pretende que las situaciones de los ciudadanos adquieran un mínimo de estabilidad para que cada quien pueda desarrollarse en la forma como, en su criterio, mejor le convenga, mediante la ejecución de proyectos profesionales o personales encaminados a enriquecer al individuo, sin que tales deseos íntimos del individuo puedan ser afectados por los trastornos que susciten las relaciones jurídicas y sociales preestablecidas⁵⁶⁷. Consiste, en últimas, en la protección del derecho subjetivo del individuo, en que las consecuencias jurídicas derivadas de las acciones u omisiones de un tercero son previsibles y en la confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas y en el orden jurídico en general⁵⁶⁸.

§105. En cuanto al Principio General de la buena fe, Bernal Fandiño afirma que el principio de confianza legítima se fundamenta sobre la buena fe objetiva, en la medida de verificar la defraudación de las expectativas legítimas de los ciudadanos, con respecto a la permanencia de las acciones, omisiones y comisiones por

⁵⁶⁵ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 277.

⁵⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA NOVENA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de dieciséis (16) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994). José Di Terlizzi Trujillo c. Concejo y Alcaldía Municipal de Chía (Cundinamarca) (T-284-94). M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Ref. Exp.: T-31499. Comentada en: BERNAL FANDIÑO, Mariana. *Ibídem*.

⁵⁶⁷ SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, Daniel. *El principio de confianza legítima en el derecho inglés: la evolución que continúa*. En: Revista Española de Derecho Administrativo. No. 114. Madrid: Editorial Civitas, 2002. pp. 233-262. Citado en: LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. p. 333.

⁵⁶⁸ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 278.

omisión propias de la Administración. No importa si el sujeto se representó equivocadamente una situación o si le fue presentada una apariencia jurídica, puesto que basta con determinar “[...] si un cambio intempestivo de comportamiento de la administración afectó unas expectativas, serias, reales o legítimas sobre la estabilidad de una situación determinada.”⁵⁶⁹.

Al respecto, cabe considerar que el principio de confianza legítima se aplica cuando las expectativas fundadas en un acto u omisión, lícito o no, defraudan un interés hipotético que, dadas sus especialísimas características, merece la protección del Derecho, permitiéndole adaptarse a las nuevas circunstancias que imperan tras el cambio no previsto de la Administración. Si se tratara de una institución fundada sobre la buena fe objetiva, bastaría con verificar que la jurisprudencia constitucional aplicada en los conflictos de espacio público tienen como base fáctica de ocupar un bien fiscal o uno de uso público, situación que es imposible subsumir bajo las reglas objetivas de conducta, por cuanto se trata de una actuación en desmedro de un interés colectivo. Ocupar el espacio público y utilizarlo para fines individuales no correspondería al comportamiento de un buen padre de familia, y mucho menos resulta diligente representarse un interés jurídico con fundamento en la explotación de un bien público, dado que éstos son imprescriptibles e inalienables.

El caso “*Viuda de Berlín*” evidencia la expectativa fundada en un acto administrativo de contenido concreto que, posteriormente, fue considerado ilegal; situación que se presenta nuevamente en el caso “*Algera c. Asamblea Común de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*”, en cuyas consideraciones el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas valoró cuándo es posible reversar un acto de la Administración viciado de ilegalidad (Ver §§95, 96.). En todas estas situaciones, confiar en una manifestación de la Administración, de la cual se presume la

⁵⁶⁹ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 279.

legalidad de sus actos, pero que resulta realmente contraria a Derecho, es tanto como creer en que se actúa conforme a las reglas del ordenamiento jurídico, lo cual constituye un estado de discordancia entre la realidad y lo manifestado que, indubitadamente, da por entendida la aplicación de una buena fe subjetiva. Y aunque la prueba de la confianza legítima implique valorar elementos objetivos, teniendo en cuenta que se trata de una buena fe subjetiva cualificada, tal ejercicio probatorio no supone convertir en objetivo lo que en esencia resulta subjetivo.

Con todo, Bernal Fandiño indica que la figura bajo comentario resulta una regla y no un principio, afirmación con la cual estamos de acuerdo por razones similares a las empleadas para asegurar que la teoría de los actos propios es una regla jurídica y no un principio (Ver §§38-42.). Y afirma que la confianza legítima “[...] ha sido construida con base en un Principio General y está relacionada, en materia contractual, con el principio de confianza, que también goza de generalidad. Por tanto, la confianza legítima resulta para nosotros una aplicación concreta y, en ese sentido, una regla, más que un principio, independientemente de las distintas calificaciones que la doctrina o la jurisprudencia utilicen ordinariamente.”⁵⁷⁰.

§106. El tercer fundamento lo constituye la Cláusula general del Estado Social de Derecho. Algunos autores refieren que el fundamento de la protección de las legítimas expectativas subyace la idea del Estado de Derecho, creación a la cual le corresponde el deber de mantener indemnes estas situaciones jurídicas. El principio de legalidad, uno de sus componentes, juega un papel trascendental la consolidación del deber de proteger la confianza suscitada en los ciudadanos. Así, el sometimiento de los servidores públicos al imperio de la ley permite colegir que las actuaciones arbitrarias o en exceso de poder; luego, la confianza de los administrados y su respeto prevalecen sobre las variaciones hermenéuticas jurídicas, en

⁵⁷⁰ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 280.

la forma de regular una situación de la realidad social o de resolverla, si no son suficientemente motivadas bajo principio de razón suficiente⁵⁷¹.

Segura sostiene que el Estado Social de Derecho, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, al incorporar los fundamentos del Estado de Derecho y del Estado de Bienestar, supone implementar derechos, garantías mínimas y procedimientos a favor de los individuos que participan en las relaciones sociales; y la adopción de las medidas necesarias para la materialización de una igualdad de condiciones entre ciudadanos, enmarcándose dentro del paradigma de la dignidad humana⁵⁷².

Bernal Fandiño indica que la confianza legítima tiene raíces en este paradigma, por cuanto el respeto de las autoridades a la confianza depositada por los administrados garantiza “[...] el respeto de su dignidad y limita el ejercicio de las facultades de la administración, de modo que se corrigen las inequidades y desigualdades que puedan presentarse en este tipo de relaciones jurídicas y sociales.”⁵⁷³. Los nuevos deberes que supone la adopción constitucional del Estado Social de Derecho, conlleva a que las competencias del Estado y del individuo resulten ponderadas, por cuanto las prerrogativas del sujeto de derecho tienen el mismo rango que el interés colectivo.

⁵⁷¹ Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidaría*. En: Revista de Derecho. Vol. 18. No. 2 junio-diciembre. Valdivia: s.e. 2005. p. 88. Citado en: LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. pp. 337-338. MELLERAY, Fabrice. Óp. Cit. p. 148. En: LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. pp. 336-337.

⁵⁷² SEGURA, Lorena del Pilar. Óp. Cit. p. 324. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL-SALA PRIMERA DE REVISIÓN. José Manuel Rodríguez c. Enrique Chartuny González, gerente de las Empresas Públicas de Cartagena (T-406-92). M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón. Ref. Exp.: T-778. Punto 2. de las consideraciones de la Corte.

⁵⁷³ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 281.

1.2.4.2.2. **LA EXPECTATIVA LEGÍTIMA COMO OBJETO DE PROTECCIÓN DEL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA.**

§107. Indubitadamente la expectativa legítima se constituye como el objeto de protección del principio de la confianza legítima. Como bien lo indica Lorena del Pilar Segura,

“Si como se ha dicho, se confía cuando se tiene la expectativa de que algo suceda o no suceda, la consecuencia lógica es que el objeto de protección sea precisamente esa expectativa, que se genera con una conducta o acto con la suficiente persuasión como para influir en el sujeto a movilizarse de conformidad con la situación que se pretende generar en tal sentido.”⁵⁷⁴.

Las expectativas, como continúa indicando Segura, pueden ser vistas como meras situaciones que carecen de amparo legal, por cuanto permanecen sujetas a una futura regulación, la cual beneficia a un individuo con la consolidación de un derecho subjetivo que se pretende por ley, pero se reduce a la posibilidad de alcanzar dicha situación; o como aquellas representaciones que, con mayor corporeidad, son capaces de generar una confianza en un individuo con fundamento en signos externos y objetivos⁵⁷⁵. En esa medida, afirma que las expectativas legítimas, dada la suficiencia de su fuerza jurídica, son protegidas por el Derecho, en oposición a las meras expectativas, las cuales, según Louis Josserand,

“[...] no constituyen derechos, ni eventuales siquiera; corresponden a situaciones de hecho más que a situaciones jurídicas [...] que se asemejan mucho a los ‘castillos en el aire’: [...] no autorizan a quienes son presa de ellas a realizar actos conservatorios;

⁵⁷⁴ SEGURA, Lorena del Pilar. Óp. Cit. p. 295.

⁵⁷⁵ Cfr. SEGURA, Lorena del Pilar. Óp. Cit. pp. 311-313; VIANA CLEVES, María José. *El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. Citado por: SEGURA, Lorena del Pilar. Ibídem.

no son transmisibles; y [...] pueden ser destruidas por un cambio de legislación sin que la ley que las disipe pueda ser tachada de retroactividad.”⁵⁷⁶.

Los derechos adquiridos no son objeto de protección de la Teoría de la Confianza Legítima, por cuanto el problema jurídico que busca ser resuelto por medio de aquéllas consiste en la garantía de una facultad que ingresó a la esfera patrimonial del individuo bajo el imperio de una ley que, posteriormente, es derogada por otra. Bernal Fandiño añade que “[...] las exigentes condiciones para la revocación de los actos administrativos de carácter concreto y particular hacen que los derechos adquiridos no puedan afectarse por actos jurídicos de la administración.”⁵⁷⁷. Tampoco la protección de la confianza legítima supone valorar unas meras expectativas, por cuanto éstas, al no tener relevancia para el Derecho, no tienen una tutela jurídica; esto, toda vez que la ley es clara al estatuir su carencia de protección⁵⁷⁸.

Segura continúa exponiendo que la valoración de las expectativas legítimas, indicando que éstas deben ser vistas desde su objetividad, es decir, si en el entendimiento de cualquier sujeto que participe en el tráfico social, es posible que se alcance un entendimiento como el logrado por quien invoca esta figura jurídica; y desde su validez, en la medida de que el sujeto pretenda esta protección ante una

⁵⁷⁶ JOSSERAND, Louis. *Derecho civil*. (Original: *Cours de droit civil positif français*) T. I. Vol. I. *Teorías Generales del Derecho y de los Derechos. Las personas*. 3º ed. Traducida por CUNCHILLOS Y MANTEROLA, Santiago. Buenos Aires: Bosch y Cía., 1950. Citado en: SEGURA, Lorena del Pilar. Óp. Cit. p. 312. La cita concreta del tratadista francés refiere a la distinción que surge necesario realizarse para determinar el alcance de la irretroactividad de la ley: “Para resolver la dificultad, se ha propuesto establecer una distinción entre *los derechos adquiridos* y *las simples expectativas*: una ley obraría sobre el pasado si tocase los intereses que, para sus representantes, constituyen derechos adquiridos en virtud de la ley precedente; pero podría, sin ser tachada de retroactividad, destruir simples esperanzas; tal sería la significación del artículo 2º [del Código civil francés] y así se resolvería el conflicto entre el *interés social*, que exige la ley nueva, que se supone mejor que la antigua, se aplique lo más pronto posible, y los *intereses particulares* que defendía precisamente aquella ley antigua y en favor de los cuales debe establecerse una transición.”.

⁵⁷⁷ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 284.

⁵⁷⁸ Ley 153 de 1887, Artículo 17. “Las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene.”. Esta argumentación es igualmente defendida por la profesora Bernal Fandiño (BERNAL FANDIÑO, Óp. Cit. p. 285.).

situación legítimamente posible de obtener y que se comporte según la buena fe y la legalidad⁵⁷⁹.

Por su lado, Bernal Fandiño arguye que, si no son los derechos adquiridos ni las meras expectativas objeto de protección de la teoría de la confianza legítima, entonces éste será constituido por una situación excepcional que, por sus características, conllevan a que sean tuteladas por el ordenamiento jurídico. Así, la expectativa legítima hace referencia a una representación, un ejercicio de intelección interno, que se funda en manifestaciones externas y objetivas, las cuales justifican según el Derecho la posición jurídica del sujeto que creyó en dicha esperanza. Dicho constructo mental es valorado por el juez de acuerdo con un criterio de normalidad, visto como aquello que el Derecho prescribe que debe ser y como aquel comportamiento que predomina en la sociedad. Bernal Fandiño recalca que “[...] la base de la confianza está dada por signos externos que induzcan a creer en la estabilidad y proyección en el futuro de una situación jurídica concreta, y para que esa confianza se proteja debe ser el fruto de una deducción razonable.”, y señala que, de acuerdo con el precedente constitucional, las expectativas legítimas tienen ese carácter en virtud de fundarse sobre una acción u omisión estatal que perdura en el tiempo, sin que importe si se trate de una regulación legal, una interpretación jurídica o un comportamiento activo o pasivo de la Administración pública⁵⁸⁰.

1.2.4.3. SUBSECCIÓN III. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA.

§108. La adecuada valoración de los requisitos para la aplicación de la teoría de la confianza legítima, permite una clara delimitación con respecto a otras instituciones que protegen el deber de coherencia, por ejemplo, la teoría de los actos propios. Bernal Fandiño destaca que, justamente, dada la falta de claridad en los li-

⁵⁷⁹ SEGURA, Lorena del Pilar. Óp. Cit. p. 313.

⁵⁸⁰ BERNAL FANDIÑO, Óp. Cit. pp. 286-287.

neamientos de la confianza legítima en la jurisprudencia de las Altas Cortes, es frecuente que la aplicación de la figura bajo comento sea sumamente lamentable.⁵⁸¹

§109. Bernal Fandiño muestra la disparidad de criterios en torno a los requisitos que deben concurrir para que la confianza legítima, en cuanto razón jurídica, pueda ser aplicada en un caso concreto. Toma en consideración lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-360 de 1999, en un primer momento podría indicarse que basta con que se demuestre **(i)** la necesidad de preservar el interés público de manera perentoria, **(ii)** una desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre la administración y los administrados; y **(iii)** que haya necesidad de adoptar medidas transitorias que permitan la adecuación del sujeto afectado a la nueva realidad jurídica. No obstante, señala igualmente que la Corte Suprema de Justicia contempla que la aplicación del principio de confianza legítima sólo es posible si se demuestra “[...] 1. la existencia de ‘un acto susceptible de infundir confianza y crear esperanzas fundadas’; 2. la presencia de ‘una situación preexistente generatriz de una expectativa verosímil, razonable y legítima basada en la confianza que inspira la autoridad con su conducta sobre su mantenimiento o estabilidad’; y 3. ‘una actuación de buena fe del sujeto’”⁵⁸².

Como si fuera poco, la doctrina, según la tratadista nacional, advierte la concurrencia de unos criterios para su procedencia, atendiendo a que, de manera general, la coherencia es el objeto de protección de la confianza legítima, prohibiendo la contradicción entre dos conductas. A ese fin, trae a colación la clasificación dada por el jurista español Jesús González Pérez y la jurista nacional María José Viana Cleves. Según el primer tratadista, debe **(i)** existir un acto concluyente imputable a la administración, con el cual se provoque la confianza en el administrado; **(ii)** generarse signos que orienten al administrado; **(iii)** existir un acto de la Admi-

⁵⁸¹ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 293.

⁵⁸² BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. pp. 289-290.

nistración que reconozca una situación jurídica determinada; y **(iv)** la existencia de una causa idónea para la generación de la confianza legítima⁵⁸³. En cambio, en la argumentación dada por Viana, la existencia de una relación jurídica, de una palabra dada con eficacia jurídica, que sea permanente y confirmada por actos posteriores y armónicos, y la identidad de los sujetos, son los presupuestos que deben reunirse para que la teoría de la confianza legítima proceda en la solución de un caso concreto⁵⁸⁴.

Bernal Fandiño, analizando el precedente constitucional aplicado en casos de recuperación del espacio público en contraposición con el derecho al trabajo, asegura que los supuestos bajo análisis judicial parten de la ilegalidad de la conducta de los administrados, esto es, la ocupación del espacio público. Esto, en su sentir, significa desvirtuar el fin y el sentido de la figura jurídica bajo análisis, puesto que “[...] obedece a la protección de unas expectativas legítimas, como en los casos en los que se prohíbe una actividad lícita que antes estaba permitida, y no a actuaciones ilegales o irregulares, en las que la mera tolerancia de la administración no le puede dar legitimidad a la conducta de los particulares.”⁵⁸⁵.

La anterior afirmación, creemos, restringe el alcance de una institución que se funda en una buena fe subjetiva cualificada, por cuanto la confianza nace a raíz de la creencia de que su actuación se ajusta al Derecho vigente; en consecuencia, aunque se requieren de manifestaciones externas y objetivas, son las representaciones de los sujetos que, implicando la demostración de una discordancia entre la realidad y lo manifestado en virtud de una posible presunción de legalidad sobre el acto de la Administración, se constituyen como objetos de protección de la confianza legítima (Ver §105.).

⁵⁸³ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El Principio General de la buena fe en el derecho administrativo*. 3º ed. Madrid: Editorial Civitas, 1999. pp. 55 y siguientes. Citado por: BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 290.

⁵⁸⁴ VIANA CLEVES, María José. Óp. Cit. pp. 174 y siguientes. Citado en: BERNAL FANDIÑO, Mariana. *Ibídem*. En el mismo sentido: MESA VALENCIA, Andrés Fernando. Óp. Cit. p. 41.

⁵⁸⁵ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 291.

§110. Para Marcelo J. López Mesa, son cinco los elementos que deben concurrir para la aplicación de la teoría de la confianza legítima, a saber: **(i)** la identidad de sujetos; **(ii)** la existencia de una relación jurídica entre los sujetos que permita el surgimiento de una confianza legítima, justificada o plausible y no culpable, ciega o torpe; **(iii)** el hecho generador de la confianza; **(iv)** un estado de conciencia subjetivo-objetivo, que es el estado de confianza legítima en el mantenimiento de la situación jurídica; y **(v)** un elemento causal o finalista⁵⁸⁶.

Sobre el primer punto, explica que, al menos, deben existir dos sujetos que se constituyen en los extremos de una relación, si bien aclara que se tratan de dos entidades jurídicas: el emisor y el destinatario de la conducta⁵⁸⁷. Un sujeto pasivo, en primera medida, quien “[...] pretende de otro la asunción de una conducta en determinado sentido.”, y que, generalmente, es asumido por un particular, lo cual no es óbice para que entidades de la misma estructura estatal tomen este lugar; y un sujeto activo, que es asumido por la Administración o uno de sus componentes. No obstante, algunos tratadistas hablan sobre la posibilidad que esta posición sea igualmente asumida por un particular.

En cuanto al segundo requisito, la existencia de una relación jurídica obedece a que la generación de la confianza legítima entre los sujetos no ocurre espontáneamente. De manera que se requiere un acercamiento previo entre ambos extremos para que pueda esgrimirse la conculcación de la confianza legítima⁵⁸⁸. Tratándose del tercer elemento, que corresponde al hecho generador de la confianza, explica López Mesa que puede ser una acción u omisión que reconoce una situación concreta sin que implique la adquisición de un derecho subjetivo, cuya estabilidad resulta afectada sorpresivamente; la conducta atribuible al sujeto pasivo

⁵⁸⁶ LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. pp. 343-349.

⁵⁸⁷ LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. p. 343.

⁵⁸⁸ LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. pp. 344.

puede ser el sentido hermenéutico dado a una norma jurídica, o atribución o negación de consecuencias en Derecho a una situación fáctica; el respeto a situaciones preexistentes; el respeto y observancia a los usos y costumbres sociales, entre otras manifestaciones⁵⁸⁹.

El cuarto elemento consiste, según el jurista argentino, en la existencia de un estado inicialmente subjetivo que, dado que no equivale una confianza ciega, tiene un componente objetivo. Este requisito, creemos, no es más que verificar la existencia de una buena fe subjetiva cualificada en el sujeto que pretende la protección jurídica de la confianza legítima. El estado de conciencia debe estar justificado para que sea tutelado, en la medida que verse sobre la estabilidad y previsibilidad del marco jurídico que impere en el momento. Dado que este estado de conciencia debe ser valorado objetivamente, no es posible que el sujeto activo de la relación jurídica pretenda invocar esta acción tras su falta de diligencia y vigilancia en lo que apenas resultan como esperanzas justificables ante el Derecho⁵⁹⁰.

El quinto –y último– elemento de la teoría de la confianza legítima, consiste en la existencia de un marco de legalidad que permita la subsunción de la situación de hecho dentro de sus términos. Para López Mesa, la confianza que se pretende contra la Administración no puede ser antijurídica o, al menos, absoluta y flagrantemente anómico; mas la aplicación en sentido estricto de este requisito llevaría a la imposibilidad de emplearse esta figura jurídica para la solución del conflicto, por lo que concluye atribuyendo el cumplimiento de esta condición con la verificación de ausencia de dolo que provoque el error administrativo o de su contraparte y, en su lugar, la existencia de buena fe en el sujeto activo⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. pp. 345-346.

⁵⁹⁰ LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. p. 347.

⁵⁹¹ LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. pp. 348-349.

La aplicación de la teoría de la confianza conlleva a que la situación jurídica que se pretende tutelar a favor del sujeto activo, sea conservada en el tiempo, aunque dependa, de acuerdo con el profesor López Mesa, si la pretensión del afectado sea de carácter innovativo o no innovativo⁵⁹². No obstante, recalca que si el sujeto pasivo de la relación de confianza legítima hace parte de la Administración, la pretensión será encaminada a buscar la nulidad del acto administrativo; si se trata de un sujeto particular, los objetivos que se pretenden son distintos porque no existe un acto por anular, por ejemplo, se pretenderá la abstención de actuar en una determinada forma⁵⁹³.

⁵⁹² LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. p. 350.

⁵⁹³ LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. p. 352.

1.2.5. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO II.

§111. El deber de coherencia no sólo se manifiesta a través de la teoría de los actos propios, vista como una regla de derecho que impide la contradicción objetivamente analizada entre dos conductas; en otros ordenamientos jurídicos, la idea de la protección de la coherencia subyace sobre las bases de la buena fe subjetiva, limitándola en algunos casos a un plano estrictamente procesal, ya como regla de prueba (como es el caso del *estoppel*) o como un medio de defensa (como sucede con el retraso desleal o *Verwirkung*). Otras figuras jurídicas que se encaminan al fin último de proteger la confianza del sujeto de derecho, tienen una connotación estrictamente sustancial y no la limita a una determinada actuación procesal, como sucede con la teoría de la apariencia jurídica y con el principio o –como nosotros consideramos– la teoría de la confianza legítima.

No obstante, la diferenciación que existe notoriamente entre cada una de éstas y la teoría de los actos propios subyace en la faceta de la buena fe que se busca proteger. Es plausible, en materia de *estoppel* que el aspecto subjetivo de la buena fe se pretende proteger, atendiendo a las realidades del caso en concreto, pues no se trata de una institución con unos requisitos generales sino que, según las circunstancias, se deben observar. Pero en materia de las teorías de la confianza legítima y de la apariencia, no parece tan claro afirmar si se fundamenta sobre la buena fe objetiva o subjetiva. Habida cuenta la exposición hecha en su momento, consideramos que tanto la apariencia jurídica como la confianza legítima buscan la preservación de un estado de conciencia calificado subyacente en el sujeto que invoca la protección del Derecho, mas atendiendo a las circunstancias que cada constructo ofrece; de hecho, cabe recordar lo dicho por el profesor Falzea, quien dijo que los desarrollos alemanes de la teoría de la apariencia jurídica sirvieron como fundamento para una construcción sistemática que culminó con la teoría de la confianza legítima (Ver §94.).

Pero, independientemente de una valoración sobre la mejor adecuación de una teoría sobre otra, los diversos ordenamientos jurídicos contemplan figuras jurídicas que protegen la coherencia, bien fundándose directamente en el Principio General de la buena fe, o acudiendo a ella como un elemento que, de forma conjunta con otras exigencias, integra una institución mayor, caso de las teorías de la confianza legítima y de la apariencia jurídica.

1.3. CONCLUSIONES DEL TÍTULO I.

§112. La teoría de los actos propios es una regla de derecho que apunta a la protección de la coherencia negocial, y que se fundamenta, al igual que otras instituciones jurídicas en otros ordenamientos jurídicos, en el brocardo “*Venire contra factum proprium non valet*”. No obstante, la prohibición de ir contra los propios actos tiene una connotación objetiva, en la medida que apunta a la protección de un deber secundario de conducta, de manera que tutela expectativas legítimas ni meras expectativas, sino situaciones consolidadas que –haciendo la salvedad– no significa una subsunción con la dogmática sobre los derechos adquiridos. La observancia de la buena fe objetiva en la teoría de los actos propios, como resulta natural, implica valorar las conductas de los sujetos sobre el comportamiento del buen padre de familia, el cual es un ideal que el Derecho premia y legitima.

A diferencia de la teoría de los actos propios, otras figuras se presentan como legitimadoras de situaciones subjetivas, como es el caso del *estoppel* y las teorías de la apariencia jurídica y de la confianza legítima. Pero la forma como se protegen estos estados de conciencia cualificados obedece a una teleología específica que, en algunos casos, tiene un concreto desarrollo para su procedencia. Sin embargo, esto no significa que deje de estar vinculada al Principio General de la buena fe, puesto que se tratan de manifestaciones jurídicas que buscan proteger el fuero interno del sujeto afectado aunque las representaciones que surjan en esta órbita tengan sustento en situaciones objetivas y externas.

Con todo, estas instituciones jurídicas –la teoría de los actos propios, el *estoppel*, la *Verwirkung*, la teoría de la apariencia y el principio de la confianza legítima– son creaciones jurisprudenciales que, al igual que en el Derecho romano aplicado por los pretores peregrinos, se aplican ante el rigor de la letra de la ley como una herramienta atenuante, y que pueden ser incorporadas al Derecho legislado de los Estados. Mas en tal situación, será la ley, aunque inspirada en la institución, el

punto de partida para la solución judicial y no las instituciones comentadas, dada la prevalencia de la ley sobre las otras fuentes de Derecho en –al menos– nuestro ordenamiento jurídico.

2. TÍTULO II. DEL DEBER DE COHERENCIA COMO HECHO GENERADOR DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL.

2.1. CAPÍTULO I. PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS.

El estudio de la teoría de los actos propios como figura orientada por un criterio objetivo del Principio General de la buena fe, supone, avizorando una adecuada aplicación para la solución de conflictos judiciales o una oportuna construcción del hecho generador de la responsabilidad civil contractual, que sean desentrañados los requisitos trazados por la doctrina y la jurisprudencia para que su aplicación contribuya a la prevalencia del Derecho y a la protección del interés del sujeto que se ampara en la violación del deber de coherencia, y concretamente, en la prohibición a cargo de su contraparte relacional de ir contra sus actos propios. No creemos que resulte trivial este ejercicio, puesto que, si resulta bien logrado, contribuye a la adecuada distribución de la carga probatoria del hecho generador del daño en la responsabilidad civil contractual.

La jurisprudencia nacional, en especial la constitucional, ha estudiado de manera lamentable la teoría de los actos propios, por cuanto su teorización se desdibuja respecto de otras instituciones como la confianza legítima (Ver §98). Con todo, el análisis que ofrece el Derecho de los jueces en Colombia puede servir como punto de partida para la confrontación, de acuerdo con la doctrina extranjera y patria, de las condiciones necesarias para la aplicación de la prohibición de ir contra los actos propios. Así las cosas, son tres requisitos básicos para que sea procedente la teoría de los actos propios en un caso concreto, a saber: la existencia de una primera conducta en el tiempo, capaz de crear, modificar o extinguir el objeto de una relación jurídica (Sección I), el ejercicio posterior de una facultad jurídica que, vista

objetivamente, supone una contradicción con la conducta primigenia, y la identidad de los sujetos que, naturalmente, integran una relación de Derecho (Sección III). No obstante, la doctrina ha propuesto otros requisitos que, consideramos, coadyuven en la verificación de los requisitos principales antes mencionados (Sección IV).

Para el estudio de estas condiciones, utilizaremos las decisiones arbitrales y judiciales nacionales⁵⁹⁴ y extranjeras, y lo que las doctrinas foránea –principalmente lo planteado por el profesor argentino Alejandro Borda⁵⁹⁵– y nacional proponen al respecto, como el fundamento para analizar el hecho generador de la responsabilidad civil contractual por la violación a la buena fe, y concretamente, al deber de coherencia.

2.1.1. SECCIÓN I. LA EXISTENCIA DE UNA CONDUCTA PRIMIGENIA, EFICAZ Y RELEVANTE, CREADORA, MODIFICADORA O EXTINTIVA DE UNA RELACIÓN JURÍDICA.

§113. La teoría de los actos propios protege la confianza del sujeto afectado por la contradicción conductual de su contraparte en una relación jurídica. Sin embargo, el origen del deber de coherencia no está en las manifestaciones subjetivas o expectativas que se encasillan dentro de las representaciones o animosidades propias del fuero interno del individuo que invoca la protección en virtud de esta figura⁵⁹⁶, pues, muy distinto a eso, radica en una manifestación objetiva o conducta

⁵⁹⁴ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de cuatro (04) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999). Alberto Rebollo Bravo contra BANCAFÉ (antes Banco Cafetero) (T-295/99). M.P.: Dr. Fabio Morón Díaz. Ref. Exp.: T-190164.

⁵⁹⁵ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. pp. 67-91.

⁵⁹⁶ Cfr. TUR FAÚNDEZ, María Nélica. Óp. Cit. pp. 26-28. Si bien señala que la doctrina de los actos propios se fundamenta con mayor viabilidad en el Principio General de la buena fe, no descarta que la protección de la apariencia jurídica sea otra de sus bases.

jurídica en sí misma. De hecho, la Corte Constitucional, en ciertas ocasiones, ha indicado acertadamente que

“[s]e debe entender como conducta, el acto o la serie de actos que revelan una determinada actitud de una persona, respecto de unos intereses vitales. Primera o anterior conducta que debe ser jurídicamente relevante, por lo tanto debe ser ejecutada dentro una relación jurídica; es decir, que repercuten en ella, suscite la confianza de un tercero o que revele una actitud, debiendo excluirse las conductas que no incidan o sean ajenas a dicha relación jurídica.

“La conducta vinculante o primera conducta, debe ser jurídicamente eficaz; es el comportamiento tenido dentro de una situación jurídica que afecta a una esfera de intereses y en donde el sujeto emisor de la conducta, como el que la percibe son los mismos. Pero además, hay una conducta posterior, temporalmente hablando, por lo tanto, el sujeto emite dos conductas: una primera o anterior y otra posterior, que es la contradictoria con aquella.”⁵⁹⁷.

En ese orden de ideas, para el análisis del comportamiento generador de la confianza legítima que se hará a continuación, se ubicarán las características que la Corte destaca reiteradamente, así como lo hace un gran sector de la doctrina jurídica; esto es, su anterioridad (Subsección I), su relevancia (Subsección II), y su eficacia (Subsección III)⁵⁹⁸.

⁵⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Óp. Cit. Punto 6 de las Consideraciones de la Corte. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL-SALA NOVENA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de diecisiete (17) de junio de dos mil cuatro (2004). Luz Myriam Becerra Leyva contra el Banco Granahorrar (T-608/04). M.P.: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Ref. Exp.: T-856416; CORTE CONSTITUCIONAL-SALA NOVENA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve (2009). Margarita María González Correa contra el Instituto de Seguro Social (T-099-09). M.P.: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Ref. Exp.: T-2060760; CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de treinta y uno (31) de agosto de dos mil diez (2010). María Mercedes de Pombo y Luis Pombo Gaviria contra el Tribunal Superior de Bogotá-Sala Civil y el Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá. (T-672-10). M.P.: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Ref. Exp.: T-2395893.

⁵⁹⁸ BERNAL FANDIÑO, Mariana. *La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato*. En: Universitas, enero-junio de 2010, No. 120. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana. Pg. 254-269.

2.1.1.1. **SUBSECCIÓN I. LA ANTERIORIDAD DE LA CONDUCTA JURÍDICA.**

§114. La eficacia de la doctrina de los actos propios se desprende de la comparación de dos conductas incoherentes en su contenido, y separadas por un periodo de tiempo que, a diferencia de otras instituciones, no se precisa de su prolongación temporal para la generación de una confianza en quien se ampara en el constructo jurídico; luego, la conducta que genera la confianza sobre una situación jurídica, por sustracción de materia, debe ser primaria para que la violación al deber de coherencia pueda ser imputada. En esa línea, señala la profesora Tur Faúndez que la anterioridad de la conducta jurídica, por su ubicación en el tiempo, es capaz de generar la confianza que, posteriormente, se trata de violentar⁵⁹⁹.

En una relación diacrónica, la producción de los efectos jurídicos que se pretenden desconocer con la violación del deber de coherencia, obedecen necesariamente a una manifestación o conducta que se constituye como su causa objetiva, con un origen pretérito o previo que sirve como antecedente de unas consecuencias que trascienden para el Derecho, por cuanto implican la disposición de un interés jurídicamente relevante, éste, sometido como objeto de una relación jurídica.

Bernal Fandiño asegura que, si bien la determinación del lapso entre una y otra conducta no puede determinarse con objetividad, al punto que éste puede ser mayor en unos casos y menor en otros, resulta ser durante ese periodo de tiempo donde se genera la confianza del sujeto que busca la tutela jurídica. El asunto, sin embargo, puede ser problemático si el tiempo es breve y opera una rectificación de su posición jurídica, que es, prácticamente, inmediata. La jurista nacional considera que la rectificación puede ser posible en el corto lapso, si no se ha consolidado una confianza legítima, al extremo que el individuo presuntamente afectado no se adecúe aún a la situación jurídica que se pretendió dejar con efectos en Derecho; muy al contrario de la posición adoptada por la jurisprudencia española,

⁵⁹⁹ TUR FAÚNDEZ, María Nélida. Óp. Cit. p. 40.

que acoge la posibilidad de rectificar su propia conducta si el individuo ha obrado de manera precipitada⁶⁰⁰.

Borda afirma que incluso las retractaciones inmediatas pueden caber en el ámbito de aplicación de la teoría de los actos propios, siempre y cuando se haya generado la confianza que posteriormente se vulnera o en la medida que el negocio jurídico haya sido concluido. No importa cuán extenso puede ser el tiempo entre la conducta primigenia y la subsecuente, que resulta violatoria del deber de coherencia, lo que trasciende es que la nueva situación jurídica tenga una entidad sólida para desencadenar la generación de la confianza legítima; de manera que una retractación inmediata puede ser la conculcación de este deber “[...] siempre que efectivamente se haya violado la buena fe de quien ha recibido tal acto o conducta. Distinta es la situación de las negociaciones precontractuales porque [...] la retractación de los contratos efectuada durante esas negociaciones, aun cuando haya nacido una creencia razonable y de buena fe de que el negocio sería cumplido, produce como única consecuencia el pago de una indemnización pero nunca podrá impedirse tal retractación.”⁶⁰¹.

En cambio, Borda opina distinto en cuanto a los actos simultáneos y contradictorios entre sí. Su opinión se condensa en el siguiente párrafo:

⁶⁰⁰ BERNAL FANDIÑO, Mariana. *El deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos*. 1º ed. Colección Laureata. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, 2013. p. 242.

⁶⁰¹ BORDA, Alejandro. *Óp. Cit.* p. 73. Creemos que el criterio del profesor argentino es adecuado, en lo que respecta al negocio jurídico de la oferta, puesto que, desde la óptica del Derecho privado colombiano, la oferta es revocable aun en condiciones que el aceptante haya prestado su consentimiento para la celebración del negocio que en la propuesta se publicita, a pesar que exista pena de indemnización en caso de una retractación una vez comunicada y aceptada la oferta. Así lo contemplan los artículos 845 y 846 del Código de Comercio. En el mismo sentido, Arrubla Paucar enseña que, a pesar de la contradictoria posición adoptada por el legislador mercantil en el artículo 846, una interpretación sistemática de la institución en la ley permite concluir que es admisible la revocación de la oferta, pero la indemnización de perjuicios sólo sería procedente si no media justa causa para que la propuesta haya sido dejada sin efecto (ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Óp. Cit.* pp. 95-96.).

“[...] [C]omo hemos dicho, para aplicar dicha teoría se requiere de la existencia de una conducta, que ella produzca una creencia determinada y que se pretenda volver contra esa conducta primera vulnerándose la buena fe nacida de tal creencia. Este desarrollo no puede darse en las conductas simultáneas debido a que ambas deben ser valoradas coetáneamente y se notará con facilidad la contradicción existente, por lo que no podrá alegarse creencia o confianza alguna.”⁶⁰².

2.1.1.2. **SUBSECCIÓN II. LA RELEVANCIA DE LA CONDUCTA JURÍDICA.**

§115. Consideramos que la relevancia de la conducta jurídica generadora de una confianza que se protege por medio de la teoría de los actos propios, se entiende desde la existencia de una relación jurídica en la cual se dispongan efectos jurídicos. En esa perspectiva, las partes se pronuncian seriamente sobre sus intereses, y a éstos les vinculan los efectos jurídicos de sus manifestaciones o conductas; de modo que la confianza legítima que pueda generarse en los terceros, los cuales resultan por sustracción de materia ajenos a la relación de Derecho existente, no puede ser analizada desde la óptica de esta figura jurídica.

Las conductas de los sujetos tienen como causa básica la disposición reflexiva y seria de un interés patrimonial o extrapatrimonial, en cuyas esferas personales está la titularidad que sobre éste puedan realizar, teniendo como consecuencia que la relación jurídica que los une sea alterada o la generación de una confianza legítima. Por tanto, todo comportamiento carente de seriedad no supone la relevancia que se requiere para la aplicación de la teoría de los actos propios, así como tampoco son relevantes, para estos efectos, las representaciones y demás manifestaciones encasilladas en la órbita del fuero interno de los sujetos.

Ahora bien, aunque la conducta desplegada por uno de los sujetos o ambos no muestran un propósito, intención o una mera opinión, por cuanto del referido comportamiento se deriva una confianza sobre una nueva situación actual –no sobre

⁶⁰² BORDA, Alejandro. *Ibídem*.

un propósito futuro—, debe aclararse que no se trata de un negocio jurídico vinculante en sí mismo, ya que la obligatoriedad de la conducta jurídica no sería protegida por la teoría de los actos propios, sino por la fuerza vinculante de los acuerdos⁶⁰³.

§116. En ese sentido, Alejandro Borda comenta que la conducta no guarda relación con las meras opiniones o expresiones de intenciones o deseos entre las partes, por cuanto éstas no obligan a quien las exprese —salvo que asuma un compromiso de cumplirlas— ni otra clase de manifestación que carezca de valor jurídico en sí mismo, o dada la inobservancia de una forma preestablecida en el ley⁶⁰⁴; al contrario, la existencia de una conducta jurídica relevante resulta plausible cuando los efectos que ésta contiene implican la afectación de un interés jurídicamente relevante, bien porque ha repercutido en la existencia de la relación jurídica misma, fue capaz de suscitar una confianza a favor del otro extremo del vínculo, o porque reveló una disposición de intereses propios⁶⁰⁵.

Bernal Fandiño indica, igualmente, que los comportamientos equívocos —o con sombra de duda— no son de recibo y, en consecuencia, no son idóneos para su valoración en el marco de la teoría de los actos propios. La manifestación de un propósito no es una determinación actual sobre una situación jurídica, no repercutiendo así en el Derecho⁶⁰⁶. Así mismo, trae el siguiente ejemplo:

“[...] en un contrato de comodato en el cual el dueño del bien ha manifestado que desearía deshacerse del objeto al fin del contrato, no iría contra sus propios actos por exigir que le devolvieran el bien en perfecto estado, como se había acordado inicial-

⁶⁰³ BRENES ARIAS, TATIANA. *La Doctrina de los Actos Propios ¿Modalidad de abuso procesal?* s.e. - s.a. Tomado de: www.brenesariasabogados.com/publicaciones/la-doctrina-de-los-actos-proprios.pdf Sitio web oficial del estudio jurídico costarricense Brenes Arias y Abogados (23 de julio de 2014, 14:07 hrs.). p. 59.

⁶⁰⁴ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 68.

⁶⁰⁵ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 70.

⁶⁰⁶ BERNAL FANDIÑO, Mariana. *Ibídem*.

mente, puesto que solamente expresó un deseo y podría cambiar de opinión al respecto.”⁶⁰⁷.

También en el Derecho colombiano, los juristas Juan Carlos Collazos Rivera y Lucas Fajardo Gutiérrez señalan que, en contraposición con las situaciones que carecen de entidad para el ordenamiento jurídico, la conducta primigenia, desde la perspectiva de la teoría de los actos propios, debe tener valor jurídico, por cuanto ha sido ejecutada en el marco de una situación jurídica y, además, que revele una determinada actitud o proceder, respecto de su contraparte⁶⁰⁸. El carácter vinculante de la conducta significa que, independientemente de si el sujeto de derecho quería vincularse o no por su propio acto, la conducta se desplegó en el ámbito de una relación jurídica, afectando intereses “y que induce a la contraparte a confiar en que dicha conducta constituye una definición frente a dicha situación jurídica.”⁶⁰⁹.

Tur Faúndez, con fundamento en la jurisprudencia española, señala que la acusación de un nuevo estado, en virtud de la trascendencia de la conducta o por cuanto implica crear convención, es el factor que permite calificar si un comportamiento es relevante o no, siempre que haya sido desplegada en el marco de una relación jurídica en la cual, quien actuó de esa forma sea parte; y no sea de aquellas que la ley no considera como trascendentales (opiniones, expresiones de deseo, meras expectativas, etc.)⁶¹⁰.

Sin embargo, la jurista muestra que el Tribunal Supremo español, en ciertas ocasiones, ha restringido la relevancia de la conducta generadora de la confianza en

⁶⁰⁷ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 243.

⁶⁰⁸ COLLAZOS RIVERA, Juan Camilo y FAJARDO GUTIÉRREZ, Lucas. *Prescripción en el contrato de seguro. ¿Tradición o modernismo? (Primera parte)* En: Revista Ibero Latinoamericana de Seguros. Sección Doctrinal. Enero-junio, No. 32. Bogotá D.C.: Asociación Colombiana de Derecho de Seguros –Acáldese–, 2010. pp. 73-102. p. 98.

⁶⁰⁹ COLLAZOS RIVERA, Juan Camilo y FAJARDO GUTIÉRREZ, Lucas. Óp. Cit. p. 99.

⁶¹⁰ Cfr. DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. Óp. Cit. p. 194. Citado por: TUR FAÚNDEZ, María Nélida. Óp. Cit. p. 36.

el sujeto afectado, al calificarlos como inequívocos y definitivos, pues con ellos se pretende “[...] crear, establecer y fijar o modificar una determinada relación jurídica, con lo que producen estado [...]”⁶¹¹; mientras que, en otras situaciones, ha afirmado que estos actos no son relevantes porque “[...] hayan de crear, establecer, fijar o modificar una relación jurídica, sino que el autor de los actos ha de tener conciencia de que cuando los realiza éstos tienen una determinada trascendencia en la relación jurídica de que se trate [...]”⁶¹²; y, en otra oportunidad, indicó que los actos propios son declaraciones de voluntad que crean, modifican o extinguen derechos, como si de un negocio jurídico se tratase⁶¹³.

§117. Para nosotros, la conducta o manifestación realizada por un sujeto vinculado en la relación jurídica, es capaz de suscitar la confianza de su contraparte, desde una perspectiva pasiva. Con esto no queremos indicar que se trate de una representación o de una producción intelectual del fuero interno de quien invoca la figura, sino en esperar o confiar, de acuerdo con el criterio del buen padre de familia, que la situación jurídica creada por el sujeto de derecho contra quien se opone la regla, se conservará en el tiempo y surtirá sus efectos naturales, puesto que si existe una exigencia de actuar conforme al parámetro del hombre diligente y cuidadoso, es de recibo que, igualmente, se espere que los demás miembros del cuerpo social se comporten en esa forma. Esto, teniendo en cuenta que todas las personas tienen el deber de actuar de forma coherente frente a los demás, y así mismo tienen derecho a esperar un comportamiento coherente que provenga de los demás sujetos, si lo que se confía se ajusta a los parámetros vigentes en la sociedad.

⁶¹¹ TUR FAÚNDEZ, María Nélica. Óp. Cit. p. 37.

⁶¹² TUR FAÚNDEZ, María Nélica. Ibídem. Igualmente hace énfasis en que esta posición adoptada en la sentencia de 24 de abril de 2001 (R.J. 2001, 3376), entre otras, acogen una posición subjetiva sobre la teoría de los actos propios, puesto que el análisis se hizo desde la buena fe subjetiva.

⁶¹³ TUR FAÚNDEZ, María Nélica. Ibídem. Esta afirmación se realiza con fundamento en la sentencia del Tribunal Supremo español de 6 de abril de 2006 (R.J. 2006, 6242).

En conclusión, la importancia de la conducta relevante para la aplicación de la teoría de los actos propios, consiste en la seriedad del comportamiento y en la fuerza o capacidad para producir una confianza legítima en el sujeto que, posteriormente, resulta afectado por la contradicción conductual de su contraparte. La seriedad del comportamiento no obedece a la seriedad de la conciencia del sujeto emisor, pues no se pretende valorar la buena fe subjetiva, pues parte de una concluyente disposición actual de un interés relevante para generar la nueva situación jurídica.

2.1.1.3. SUBSECCIÓN III. LA EFICACIA DE LA CONDUCTA PRIMIGENIA.

§118. Pareciera de bulto afirmar que la conducta generadora de la confianza del individuo se encausa en la licitud y la observancia de las normas jurídicas. En efecto, reiteramos, el espectro objetivo de la buena fe supone la debida diligencia a cargo de los sujetos de derecho, de manera que la obediencia al ordenamiento constituye, apenas, una de las manifestaciones que derivan del esmero admirable por que se produzcan efectos jurídicos a favor de ambos sujetos de la relación jurídica; en ese orden de ideas, si la conducta resulta antijurídica, en principio no podría aplicarse la teoría de los actos propios. De hecho, los aportes realizados por los glosadores y comentaristas a la construcción de la teoría de los actos propios son de tal entidad, puesto que previeron la posibilidad de ir contra los actos propios cuando la conducta que origina la confianza adolece de una nulidad o es *contra legem* (Ver §§16-18), lo cual ayuda a entender que la conducta jurídica debe ser encaminada en las normas que el ordenamiento jurídico prescriba.

El maestro Díez-Picazo señala que, si la conducta primaria tiene una entidad contraria al orden público, de modo que la exigencia de la coherencia a este comportamiento o manifestación supondría la violación del ordenamiento jurídico, entonces no se puede ir contra los actos propios; así como en ciertos casos en que el simple consenso no resulta suficiente para la manifestación produzca efectos jurí-

dicos⁶¹⁴. Borda, por su parte, asegura que si la conducta que genera la confianza es inválida o adolece de cualquier ineficacia que el ordenamiento jurídico, “[...] puede ser atacada o impugnada sin que ello importe una violación de la teoría de los actos propios [...]”⁶¹⁵, por cuanto la teoría de los actos propios busca la coherencia hacia un acto *secundum legem*.

El profesor Juan Manuel Dobson señala, con fundamento en la jurisprudencia argentina, que la regla que prohíbe ir contra los actos propios se torna inaplicable si la conducta afecta el orden público o violenta directamente las disposiciones legales vigentes; de manera el Derecho admite la contradicción con un comportamiento previo viciado de nulidad. Ello, por cuanto la valoración de la conducta jurídica en el ámbito de la teoría de los actos propios requiere que sea real y válido⁶¹⁶.

Alejandro Borda trae a colación el fenómeno de los actos claudicantes, los cuales resultan ineficaces tras el ejercicio de la impugnación por parte del sujeto emisor de la conducta, no obstante que el acto era, en principio, eficaz y dejó de serlo a causa del ataque a su ilicitud⁶¹⁷. Entre tanto, Tur Faúndez, al igual que la mayoría de juristas, reitera que no existe contradicción –bajo la óptica de los actos propios– que deba ser valorada y puesta bajo consideración en relación a la violación de la confianza legítima, si los comportamientos no resultan jurídicamente eficaces, por cuanto contrarían el Derecho, en especial si la actuación del individuo implica una nulidad absoluta⁶¹⁸; sin embargo, su argumentación se sustenta en el reconocimiento de la protección de la apariencia jurídica y de la admisibilidad de la buena fe subjetiva en este punto, pues dice:

⁶¹⁴ DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. Óp. Cit. p. 194. Citado por: BERNAL FANDIÑO, Mariana. *Ibídem*.

⁶¹⁵ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 69.

⁶¹⁶ DOBSON, Juan M. *El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1991. p. 279. *En*: COLLAZOS RIVERA, Juan Camilo y FAJARDO GUTIÉRREZ, Lucas. Óp. Cit. p. 100.

⁶¹⁷ BORDA, Alejandro. *Ibídem*.

⁶¹⁸ TUR FAÚNDEZ, María Nélica. *Ibídem*.

“En principio, este presupuesto no podría ser considerado como tal si entendemos que el fundamento de la doctrina de los actos propios es el principio de buena fe objetiva, y la confianza suscitada por la apariencia que genera la conducta. En efecto, el hecho de que la conducta original que suscitó la confianza en el sujeto sea ineficaz, no afecta a la apariencia que generó la conducta en cuestión. La pretensión contradictoria del sujeto defrauda la confianza que su conducta inicial suscitó, lo que es contrario a la buena fe. [...]”⁶¹⁹.

No podemos acoger esta argumentación, puesto que su análisis implica tomar la buena fe subjetiva como un caleidoscopio para analizar la eficacia de la conducta jurídica que despierta la confianza legítima. Hay que considerar que la teoría de los actos propios, si bien se fundamenta sobre la buena fe objetiva, no implica el desconocimiento de situaciones que pueden esperarse de los demás sujetos, de acuerdo a los parámetros de normalidad; en esa medida, se impone un deber de coherencia a todas las personas y contra todo sujeto de derecho, y se reconoce la posibilidad de que actúe según una buena fe objetiva pasiva, en la medida que la persona espere diligencia y cuidado de los demás integrantes del cuerpo social.

Por otro lado, basar la teoría de los actos propios en la buena fe objetiva no supone adoptar una posición pétrea acerca de la protección de la confianza sobre afirmaciones evidentes desde lo fáctico y probatorio. La posibilidad de inaplicar la figura en situaciones donde, apriorísticamente, se percibe la ineficacia de la conducta jurídica que despierta la confianza del sujeto, radica en que es de buena fe que el individuo observe con racionalidad y buen criterio las normas que integran el ordenamiento jurídico, y que no pretenda soslayar las normas de orden público; de manera que, es honroso quien obedece la norma jurídica en toda su dimensión.

⁶¹⁹ TUR FAÚNDEZ, María Nélica. *Ibidem*.

§119. Por su lado, Bernal Fandiño resalta que “[...] lo que debe entenderse por eficacia de la conducta en el contexto de la doctrina de los actos propios, corresponde hacer referencia a los debates que existen sobre la posibilidad de aplicar la doctrina objeto de nuestro estudio frente a una conducta viciada por error, dolo o violencia.”⁶²⁰. Esto, comoquiera que existen situaciones que, si bien resultan contrarias al Derecho, pueden ser consideradas como conductas con suficiente entidad de generar una confianza en el sujeto de derecho. No obstante, tales comportamientos no constituyen más que la excepción a la regla de que el origen de la confianza legítima, en el marco de la teoría de los actos propios, subyace en una conducta lícita.

Justamente, el error es uno de los temas donde se ha discutido si la aplicación de la doctrina de los actos propios procede en un caso donde éste tenga relevancia. Tur Fáundez señala que, de acuerdo con la jurisprudencia española, la figura bajo análisis no es de recibo si la conducta primigenia adolece de error, en tanto vicio del consentimiento.

Una primera sentencia del Tribunal Supremo español afirma que la compraventa hecha por el vendedor a favor del comprador no tiene fuerza generadora de confianza, si el acto del cual se pretende establecer el origen de la confianza del individuo adolece se produjo mediante error por parte de quien invoca la regla que prohíbe ir contra el acto propio⁶²¹. Esto, por cuanto “[...] [S]i los arts. 1300 y ss. del CC permiten a la persona que sufre un error dejar sin eficacia el contrato, no puede admitirse que la misma conducta (la de pretender dejar sin efecto el contrato viciado) sea considerada como contraria a los propios actos.”⁶²². Igualmente, en una segunda sentencia, el Tribunal Supremo señala que es de resorte que las conductas valoradas en el marco de la prohibición de ir contra los propios actos

⁶²⁰ BERNAL FANDIÑO, Mariana. *Ibidem*.

⁶²¹ TUR FAÚNDEZ, María Nélida. *Óp. Cit.* p. 38. La sentencia corresponde a la decisión del Tribunal Supremo español del 12 de marzo de 2008 (R.J. 2008, 1706).

⁶²² TUR FAÚNDEZ, María Nélida. *Óp. Cit.* p. 39.

sean lícitas, válidas y eficaces, pues el error que vicia de consentimiento, como sucedió en esa relación procesal, o “[...] el conocimiento viciado es notoriamente incompatible con la exigida ‘intención manifiesta’”⁶²³- Luego, tras señalar que la valoración del error no beneficia a la diferenciación del alcance de la doctrina del negocio jurídico y la figura bajo comento,

Concluye de la siguiente forma:

“[...] Si de lo que se trata es de proteger la confianza que la conducta ha podido suscitar, la protección ha de ser independiente de cualquier posible error sufrido. Sin embargo, si lo que se sanciona es una contravención de la buena fe, entendida en el sentido subjetivo, como intención leal, hay que admitir que no existe mala fe cuando de lo que se trata es de rectificar las consecuencias de la propia conducta y rectificar lo que equivocadamente se ha hecho.”⁶²⁴.

Quiere decir esto que, desde una faceta punitiva, si el individuo tiene la oportunidad de adecuarse nuevamente al ordenamiento jurídico, no obra contra la buena fe; pero igualmente, desde una faceta tutelar, es con fundamento en la buena fe objetiva que se debe proteger la confianza legítima del individuo. Por lo que, si por un lado es prescindible valorar el error en la conducta, y que, de otra mano, resulta ajustado rectificar donde sea posible las conductas del individuo si fueron cometidas bajo error, deviene en inane su valoración en el ámbito de la teoría de los actos propios. Esta conclusión es similar a la arribada por Díez-Picazo, toda vez que el fundamento de la figura en comento es la protección objetiva de la confianza suscitada mediante la conducta ejercitada⁶²⁵.

⁶²³ TUR FAÚNDEZ, María Nélida. *Ibíd.* La jurista española, con todo, hace referencia que tal manifestación constituye una referencia a las exigencias que son sustanciales a la dogmática del negocio y/o acto jurídico.

⁶²⁴ TUR FAÚNDEZ, María Nélida. *Óp. Cit.* p. 40.

⁶²⁵ Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Óp. Cit.* p. 200. Citado en: TUR FAÚNDEZ, María Nélida. *Ibíd.*

§120. Borda señala que el error, ya de derecho o de hecho, resulta irrelevante al momento de aplicar la teoría de los actos propios, por cuanto “[...] en verdad tal error no existe mientras no salga de la esfera interna de la persona; si se exterioriza dicho error el problema deberá ser resuelto por los principios relativos al dolo o a la condición.”⁶²⁶.

El profesor argentino señala que, aun en circunstancias donde se pretenda modificar el *statu quo* generado por la conducta afectada por el error, o cuando quien recibe los efectos de la confianza legítima conoce el estado de error en que se halla incurso el sujeto que manifiesta su voluntad, resulta prescindible la valoración del error; ya que, en el primer caso, si, efectivamente, se trata de una conducta viciada por la discordancia entre lo manifestado y la realidad, se aplicará el régimen de eficacia e ineficacia contemplado en la legislación iusprivatista nacional. Pero si se trata de una mera opinión, tampoco resulta relevante porque estas manifestaciones no obligan en Derecho. Ahora bien, en el caso de que el individuo que se beneficia de la protección de la confianza legítima y conoce el estado de error en su contraparte, el problema se resuelve permitiendo la contradicción, a fin de salvaguardar el interés de quien obró bajo estas circunstancias, de la mala fe que implicaría el ejercicio de la acción que corresponda a la exigibilidad del derecho que nace de la situación errónea⁶²⁷.

Borda remata señalando que, aunque el pago indebido hecho a una obligación por una persona a sabiendas de no ser el deudor y de manera voluntaria sea resuelto con fundamento en el principio del enriquecimiento sin justa causa y el pago de lo no debido, “[...] quien paga algo que no debe, lo hace sabiendo que nada adeuda; si este sujeto pretende más tarde la devolución de lo pagado indebidamente nos encontraríamos ante un típico caso de aplicación de la teoría de los actos propios”,

⁶²⁶ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 71.

⁶²⁷ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. pp. 71-72.

por cuanto de forma voluntaria dio a dicho pago un carácter liberador de las obligaciones a cargo de otro sujeto de derecho⁶²⁸.

§121. Bernal Fandiño, luego de valorar las posiciones doctrinales que admiten o no la aplicación de la doctrina de los actos propios en casos donde la conducta primaria está viciada, en tanto inexcusable o lo contrario, señala que resulta más adecuado verificar en la situación jurídica “[...] si la parte que cometió el error con su conducta posterior a la celebración del acto creó una confianza en el otro, de tal manera que, si contradice luego esa conducta, su actuación sería contraria a la buena fe”⁶²⁹. Para ella, es el contexto el que permite deducir si se aplica la prohibición de ir contra los actos propios, puesto que el deber de coherencia obedece a una valoración objetiva e independiente de las voliciones del sujeto de derecho⁶³⁰. Añadimos a esto que, si bien es importante la protección de la confianza legítima, no sería de recibo alegar la observancia de la buena fe desconociendo la vigencia de la ley y el orden público, el cual es otra implicación de actuar de buena fe.

§122. En suma, consideramos que para la aplicación de la figura en estudio, la conducta jurídica que se contrapone al comportamiento actual y contradictorio debe ser **(i)** anterior, en la medida de que la relación cronológica entre ambas conductas puede ser amplia o no; **(ii)** relevante, por cuanto los comportamientos capaces de generar una confianza legítima se suscitan en el ámbito de una relación jurídica y se caracterizan por su seriedad, no así las meras opiniones o expresiones desiderativas; y **(iii)** eficaz, puesto que la observancia de la buena fe objetiva implica la obediencia al Derecho, de manera que la producción de los efectos jurídicos se supedita a la existencia, validez y oponibilidad de la conducta, no implicando con ello que se aplique la teoría general del negocio y acto jurídico, pues obedece a otros fines, disímiles de la protección de la confianza y del deber de

⁶²⁸ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 72.

⁶²⁹ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 246.

⁶³⁰ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 245.

coherencia. Sin embargo, creemos que el análisis del error en relación a la figura bajo estudio debe ser realizado según los bemoles que tenga el caso concreto.

2.1.2. SECCIÓN II. EL EJERCICIO DE UNA FACULTAD O DERECHO SUBJETIVO EN CONTRADICCIÓN CON LA CONDUCTA PRIMARIA.

§123. El análisis de la teoría de los actos propios, como se ha dicho en reiteradas oportunidades, supone la valoración de dos conductas contradictorias entre sí⁶³¹, en el ámbito de una relación jurídica. En ese sentido, la violación de la confianza legítima generada por la conducta primaria de un sujeto de derecho, sólo alcanza a vislumbrarse si este comportamiento es contrastado con una subsiguiente manifestación que, aunque lícita, contraría el Principio General de la buena fe. Al respecto, ha indicado la Corte Constitucional sobre este requisito:

“La expresión pretensión contradictoria encierra distintos matices: por un lado, es la emisión de una nueva conducta o un nuevo acto, por otro lado, esta conducta importa ejercer una pretensión que en otro contexto es lícita, pero resulta inadmisibles por ser contradictoria con la primera. Pretensión, que es aquella conducta realizada con posterioridad a otra anterior y que está dirigida a tener de otro sujeto un comportamiento determinado. Lo fundamental de la primera conducta es la confianza que suscita en los demás, en tanto que lo esencial de la pretensión contradictoria, es el objeto perseguido.”⁶³².

Para el análisis de este requisito, se acude a los criterios establecidos por la doctrina (Subsección I) y en la casuística arbitral (Subsección II) y jurisprudencial (Subsección III), para demostrar que la contradicción conductual supone la valora-

⁶³¹ Cfr. BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 74.

⁶³² CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de cuatro (04) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999). Alberto Rebollo Bravo contra BANCAFÉ (antes Banco Cafetero) (T-295/99). M.P.: Dr. Fabio Morón Díaz. Ref. Exp.: T-190164. Punto 6 de las Consideraciones de la Corte.

ción de una conducta, manifestación o comportamiento que implique el ejercicio lícito de una prerrogativa reconocida por el ordenamiento jurídico.

2.1.2.1. SUBSECCIÓN I. LA PRETENSIÓN CONTRADICTORIA DESDE LA DOCTRINA JURÍDICA.

§124. El criterio basilar para el análisis de este requisito lo estudia el profesor Luis de Diez-Picazo, el cual ha sido reiterado recurrentemente por la doctrina jurídica especializada. Ejemplo de ello es la jurista española María Nélida Tur Faúndez⁶³³, quien, de forma lacónica, afirma que el ejercicio de un derecho subjetivo debe estar encaminado a la obtención de un subsecuente comportamiento o un resultado impuesto, a pesar de no guardar coherencia, en sentido objetivo, con la anterior conducta del sujeto. Al respecto, señala que el ejercicio de una pretensión contradictoria contiene un conflicto de intereses, en la medida que, sobre un mismo objeto, varias personas ocupan y mantienen posturas incompatibles; en todo caso, considera la jurista española que la contradicción debe conllevar a un resultado que merece la calificación de contrario a la buena fe⁶³⁴.

§125. Sin embargo, un criterio más amplio es desarrollado por el profesor Alejandro Borda⁶³⁵. Para él, la emisión de la conducta posterior resulta lícita si las circunstancias que rodean la generación de dicho comportamiento no implicaran la violación del deber de coherencia. Es decir, fuera de contexto, la conducta del sujeto es ajustada al Derecho si no existiera una primera conducta que la haga ilícita⁶³⁶; sin embargo, reiteramos que la valoración de la teoría de los actos propios no lleva en sí misma que el análisis de las conductas se realice aisladamente sino en conjunto. En esa medida, “[...] lo que debe destacarse de esta conducta poste-

⁶³³ DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. Óp. Cit. p. 232. Citado por: TUR FAÚNDEZ, María Nélida. Óp. Cit. p. 41.

⁶³⁴ TUR FAÚNDEZ, María Nélida. Óp. Cit. pp. 40-41.

⁶³⁵ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. pp. 74-77.

⁶³⁶ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 75.

rior es que importa ejercer una pretensión contradictoria respecto de la conducta vinculante.”⁶³⁷.

La pretensión violatoria del deber de coherencia no significa limitar la figura que se estudia a un ámbito meramente procesal, puesto que la tensión entre intereses jurídicos hace que, o la posición de un individuo frente a otro sea impuesta por la fuerza de la Jurisdicción o se obtenga de forma consensuada⁶³⁸. Luego, esta confrontación ha lugar dentro y fuera de un proceso judicial porque las controversias jurídicas pueden, en la actualidad, ser resueltas antes de recurrir a la Jurisdicción⁶³⁹. Los intereses contrapuestos pueden ser abordados desde una perspectiva doble: **(i)** hay un conflicto entre intereses en la esfera del individuo que recibió ambas conductas, y en la del sujeto que ejerce la conducta contradictoria en oposición al primer comportamiento generador de la confianza legítima; y **(ii)** los intereses contrapuestos en cabeza del sujeto emisor, quien realiza comportamientos de conformidad con una causa subjetiva, que está relacionada con el interés imperante. Así las cosas,

“[T]anto en una dimensión como en la otra hay que hacer prevalecer, en principio, la primera conducta y la confianza –e intereses consecuentes– suscitada por ella. Por ello, podemos afirmar que a pretensión contradictoria, teniendo como referencia un acto anterior, permite la defensa del sujeto que ha receptado ambas conductas, que ha confiado en la primera de ellas y que ha actuado consecuentemente con dicha confianza, salvo que la variación de la conducta esté justificada por las circunstancias del caso o haya intereses sociales prevalecientes, o hayan variado las condiciones que se daban al producirse la conducta vinculante. Esta protección dada al agente receptor de la conducta por la confianza que en ella ha depositado es, en pocas palabras, la aplicación concreta de la teoría de los actos propios.”⁶⁴⁰.

⁶³⁷ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 74. Cfr. MESA VALENCIA, Andrés Fernando. Óp. Cit. p. 74.

⁶³⁸ Cfr. COLLAZOS RIVERA, Juan Camilo y FAJARDO GUTIÉRREZ, Lucas. Óp. Cit. p. 101.

⁶³⁹ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. pp. 75 y 77.

⁶⁴⁰ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 76.

Ahora bien, resulta importante destacar que el ejercicio de la pretensión contradictoria está relacionado directamente con la titularidad de un derecho subjetivo, puesto que “[...] si tal derecho no existiera la pretensión debería ser rechazada pero con base en la inexistencia de fundamento real.”⁶⁴¹. La carencia de objeto litigioso referida por el jurista argentino nos permite concluir que la protección de una situación controversial sin que quien exige la satisfacción de una pretensión sea el titular del derecho subjetivo, puede lograrse con fundamento en la teoría de la apariencia jurídica (Ver §85.) o en el principio o teoría de la confianza legítima (Ver §108.), siempre que se cumplan sus requisitos.

Creemos adecuada esta solución para las problemáticas que atañen a la violación de la coherencia sin que exista un derecho subjetivo en cabeza de quien reivindica la confianza dentro de la relación jurídica constituida, por cuanto en el primer evento, la tutela de la situación aparente se fundamenta en la generación de una confianza frente a un hecho significado, que no guarda nexo con la real situación jurídica sobre la titularidad de un derecho en cabeza de un tercero ajeno a la relación jurídica, siempre que haya un convencimiento erróneo irresistible; además, la teoría de la apariencia jurídica es la excepción a la regla de Derecho “*Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*”, no así la teoría de los actos propios. En cuanto a la segunda figura, la protección que se aplica versa sobre las expectativas legítimas que tiene un individuo con fundamento en la manifestación realizada por la contraparte, acerca de una situación específica; ahora bien, sin que sea óbice el hecho de que éstas sean consideradas como expectativas calificadas –teniendo en cuenta la existencia de las meras expectativas, las cuales no reciben tutela jurídica–, estamos plenamente seguros de la ausencia de un derecho subjetivo consolidado.

⁶⁴¹ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 75.

§126. Continuando con la exposición del profesor Borda, el ejercicio del derecho subjetivo, el cual envuelve la pretensión, tiene relación con la faceta del poder que supone la existencia de la prerrogativa jurídica. Al respecto, el profesor argentino indica que la pretensión puede ser la constitución de un acto o de un poder de Derecho; sin embargo “[...] la palabra ‘acto’ configura un concepto más amplio que ‘poder’. La noción de poder equivale al ejercicio de un derecho o facultad, en tanto la de acto abarca el concepto de poder más la posibilidad de ejercer una acción careciendo de derecho subjetivo [...]. Por ello, [...] es que entendemos que en nuestro tema debe aplicarse sólo la idea de poder.”⁶⁴².

Dicho sea de paso, todo derecho subjetivo, de acuerdo con los profesores Valencia Zea y Ortiz Monsalve, es una facultad de la cual los sujetos son titulares y obedecen a la satisfacción de unas necesidades⁶⁴³. De ella debe distinguirse un aspecto interno (poder) y otro externo (deber). La faceta del poder implica tomar en consideración **(i)** la titularidad del derecho, **(ii)** el poder de gobierno o el ejercicio de exteriorizar el señorío sobre su querer; y **(iii)** la función o el contenido del derecho en sí mismo⁶⁴⁴.

En primera medida, la titularidad del poder jurídico guarda relación con las capacidades del individuo para gozar y ejercer de los derechos subjetivos, los cuales, le son reconocidos desde su existencia y hasta su fenecimiento⁶⁴⁵. Pero el gobierno

⁶⁴² BORDA, Alejandro. *Ibídem*.

⁶⁴³ VALENCIA ZEA, Arturo, y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho civil. Parte General y Personas*. 14^a ed. T. I. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A., 1997. p. 4.

⁶⁴⁴ VALENCIA ZEA, Arturo, y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Óp. Cit.* p. 232.

⁶⁴⁵ En el caso de las personas naturales, el artículo 90 del Código civil establece que “[L]a existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. [...]”, y más adelante, el artículo 94 señala que “[L]a existencia de las personas termina con la muerte.”, apreciándose conjuntamente estos cánones con el artículo 1503 *ejusdem*. En el caso de una sociedad comercial, la capacidad de la persona jurídica queda limitada al desarrollo del objeto social, y la titularidad de los derechos subjetivos, aunque no se supedita a si el acto de constitución de la sociedad –por el cual se principia la existencia de la persona jurídica– fue publicitado o no, su ejercicio sí se subordina a la publicidad de la constitución de la sociedad, acto de oponibilidad que se desarrolla mediante la inscripción de la sociedad en el registro mercantil, de conformidad con los artículos 112 y 116 C. Co.

sobre esta facultad es el punto de partida para el control de la vida del derecho mismo, bien que el sujeto pueda disponer directamente –lo cual es para el Derecho la regla general– o por interpuesta persona –cuando se trate de una persona jurídica o de un incapaz–; lo cierto es que ese “señorío del querer”, como lo refiere Savigny, “[...] nos aparece como un poder del individuo. En los límites de este poder reina la voluntad del individuo, y reina con el consentimiento de todos.”⁶⁴⁶. Segundo, en cuanto a la función del derecho subjetivo, la satisfacción de un interés concreto y jurídicamente relevante es la razón de ser para que un sujeto pueda ejercer los atributos que, como dueño y titular sobre esos derechos, tiene sobre esas facultades, si éstas son vistas como bienes intangibles, que engrosan su patrimonio⁶⁴⁷⁻⁶⁴⁸.

Tercero. El gobierno de los derechos subjetivos resulta más evidente en los derechos patrimoniales, pues en esta esfera, su ejercicio implica que **(i)** el titular del derecho adquiere la facultad que a bien le plazca, **(ii)** puede ejercer los actos conservativos de su derecho que considere pertinentes; **(iii)** lo administra y dispone autónomamente y con respeto del orden público, **(iv)** puede defenderlos en justo juicio mediante el ejercicio del derecho de acción o de excepción, según el caso; y **(v)** pueden ser transferidos incluso después de la muerte del titular, mediante testamento. Con un alcance dispositivo más limitado –cuando más, su imposibilidad de disposición–, los derechos que derivan de las relaciones familiares, y los extra-patrimoniales⁶⁴⁹.

⁶⁴⁶ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Citado en: VALENCIA ZEA, Arturo, y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Ibidem*.

⁶⁴⁷ VALENCIA ZEA, Arturo, y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Óp. Cit.* p. 234.

⁶⁴⁸ Esta afirmación implica que el individuo puede usar, abusar y gozar de sus derechos, sin afectar el legítimo interés de sus iguales, con fundamento en el artículo 669 del Código civil, aunque exegéticamente refiera a las cosas corporales (“*El dominio que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno.// La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad.*”).

⁶⁴⁹ VALENCIA ZEA, Arturo, y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Óp. Cit.* p. 233.

Con todo, como afirma el profesor Borda, sostener que la pretensión contradictoria no implica la valoración de un acto sino de la manifestación del poder jurídico, el cual es consustancial al derecho subjetivo, no conduce a una contradicción en la proposición de la teoría. En nuestra opinión, creemos que las conductas del individuo al cual, posteriormente, le es opuesta esta figura jurídica, resultan ser actos, vistos como ejercicios de la posibilidad de hacer⁶⁵⁰ y manifestaciones de la voluntad de un individuo, las cuales guardan relación con la titularidad de un derecho subjetivo. Justamente, que una facultad jurídica se encuentre dentro de la órbita patrimonial del individuo, permite resolver el problema de la legitimación en la causa para disponer de éste, en la medida que las acciones judiciales que se derivan del derecho subjetivo le pertenecen a quien ejerce su dominio.

§127. Bernal Fandiño, tras reiterar el desarrollo teórico del profesor Borda, analiza si el silencio puede ser tomado en cuenta como un comportamiento capaz de contrariar una primera conducta generadora de la confianza legítima⁶⁵¹. Para responder a este interrogante, la jurista señala que el silencio debe ser visto como ausencia de acción o de comportamiento, “[...] no simplemente como una ausencia de palabras, sino como una ausencia de actividad”⁶⁵², el cual, por sí mismo carece de valor. No obstante, a pesar de que nadie está en la obligación de manifestarse sobre su pasividad –contrario a quienes señalan que el sujeto está en el deber de manifestar y aclarar los efectos de su pasividad, a fin de no generarse la confianza legítima–,

“[...] puede generarse la necesidad de explicar una situación determinada, si existe una declaración precedente al silencio y de ese silencio se infiere una coherencia en el comportamiento a través del tiempo, que no podría contradecirse posteriormente sin vulnerar el Principio General de la buena fe.”.

⁶⁵⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. 22ª ed. Madrid: Espasa, 2001. Definición de “acto”.

⁶⁵¹ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. pp. 248-250.

⁶⁵² BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 248.

Destaca, a su vez, que la aplicación de la teoría de los actos propios puede conducir a una situación similar a la materialización de la prescripción extintiva en un caso concreto⁶⁵³; y puede ser un referente hermenéutico para quien resuelve una controversia de intereses jurídicos, puesto que, aunque el silencio no produce efectos jurídicos –por no equipararse a una declaración de voluntad–, puede llevar a consecuencias en Derecho, siempre que el caso concreto lo amerite. Sin embargo, no deja a un lado la posición tradicional de la doctrina, la cual sostiene que las declaraciones tácitas de la voluntad no corresponden a la esfera de la prohibición de ir contra los actos propios, porque “[...] en esta se prescinde del análisis de si existía o no una manifestación de la voluntad y simplemente se impone un efecto jurídico sancionando una conducta contradictoria por haber creado en otro una confianza legítima basada en un comportamiento anterior.”⁶⁵⁴.

§128. Vale la pena considerar que, sin acudir a la teoría de los vicios del consentimiento, la teoría de los actos propios sanciona la conducta dolosa del individuo que afecta la confianza legítima. Quien expone esta idea es la profesora Neme Villarreal, al tomar el Derecho romano como punto de partida para esta afirmación, señala que, aunque la conducta no fue desplegada con la intención de infligir un daño mediante un ardid predeterminado, la conducta contradictoria es calificada como dolosa, en la medida de ser un comportamiento contrario a la buena fe, dado que pretende desconocer el deber de corrección que supone el mantenimiento de la coherencia en la relación jurídica⁶⁵⁵.

Para la jurista, hay una complementación entre el dolo y la buena fe, en la medida que, desde una perspectiva diacrónica, el incumplimiento a la palabra empeñada o

⁶⁵³ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 250.

⁶⁵⁴ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Ibídem.

⁶⁵⁵ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. *La Buena fe en el Derecho Romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en material contractual*. 1º ed. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2010. pp. 311-313.

el quebrantamiento de una promesa son conductas dolosas, por cuanto menoscaban “[...] la confianza suscitada en la contraparte que ha adecuado su conducta a las expectativas a que dicha promesa diera lugar.”⁶⁵⁶. Tomar como dolosa una conducta que contraría la buena fe, concretamente la de ir contra los actos propios

⁶⁵⁶ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Óp. Cit. p. 313. Para esta afirmación, la jurista toma como fundamento de su argumentación los textos consignados en el D.44.4.2.3. (“Ulpiano. Libro LXXVI. Ad Edictum. *Item quaeritur, si quis pure stipulatus sit certam quantiatem, quia hoc actum sit, sed post stipulationem interpositam pactus sit, ne interim pecunia usque ad certum diem petatur, an noceat exceptio doli. Et quidem et de pacto convento excipi posse, nequaquam ambigendum est; sed et si hac quis exceptione uti velit, nihilominus poterit; dolo enim facere eum, qui contra pactum petat, negari non potest.*” Trad.: “Asimismo se pregunta, si perjudicará la excepción de dolo, si alguno hubiera estipulado puramente cierta cantidad, porque se contrató esto, pero después de interpuesta la estipulación se pactó, que interinamente no se pidiera la cantidad hasta cierto día. Y ciertamente que de ningún modo se ha de dudar que también se puede oponer excepción por el pacto convenido; pero si alguno quisiera utilizar esta excepción, esto no obstante podrá utilizarla; porque no se puede negar que obra con dolo el que pide contra lo pactado”. KRIEGEL, HERMANN y OSENBRÜGGEN, Óp. Cit. p. 494.), D.44.4.5.2. (Paulo. Libro LXXI. Ad Edictum. “*Si donavi alicui rem, nec tradidero, et ille, cui donavi non tradita possessione, in eo loco aedificaverit me sciente, et quum aedificaverit, nactus sin ego possessionem, et petat a me rem donatam, et ego excipiam, quod supra legitimum modum facta est, an de dolo replicandum est dolo enim feci, qui passus sum eum aedificare, et non reddo impensas.*” Trad.: “Si a alguien le doné una cosa, y no se la entregaré, y aquel, a quien se la doné sin haberle entregado la posesión, hubiere edificado en ese lugar sabiéndolo yo, y cuando él hubiere edificado adquiera yo la posesión, y me pidiera la cosa donada, y yo opusiera la excepción de que la donación fue hecha excediendo la cuantía legal, ¿se ha de oponer la réplica de dolo? Porque obré con dolo consintiendo que él edificara, y yo reintegrando los gastos.” KRIEGEL, HERMANN y OSENBRÜGGEN, Óp. Cit. p. 499.) y D.23.3.7.3. (Ulpiano. Libro XXXI. Ad Sabinum. “*Si res in dotem dentur, puto in bonis mariti fieri, accessionesque temporis marito ex persona mulieris concedendam; fiunt autem res mariti, si constante matrimonio in dotem dentur. Quid ergo, si ante matrimonium? Si quidem sic dedit mulier, ut statit eius fiant, efficiuntur; enimvero si hac conditione dedit, ut tunc efficiantur, quum nupserit, sine dubio dicemus, tunc fieri, quum nuptiæ non sequantur nuntio remisso, si quidem sic dedit mulier, ut statim viri res fiant, condicere eas debet misso nuntio; enimvero si sic dedit, ut secutis nuptiis incipiant esse, nuntio remisso statim eas vindicabit. Sed autem nuntium remissum si vindicabit, exceptio poterit nocere vindicanti aut doli, aut in factum; doti enim destinata non debebunt vindicari;*” Trad.: “Si se dieran en dote algunas cosas, opino que se hacen de los bienes del marido, y que se ha de conceder al marido por razón de la persona de su mujer la accesión del tiempo; pero las cosas se hacen del marido, si le dieran en dote durante el matrimonio. ¿Luego, qué se dirá, si antes del matrimonio? Si verdaderamente las dio la mujer de modo que al punto se hagan de él, se hacen; pero si las dio con esa condición, que se hagan entonces cuando ella se hubiere casado, sin duda diremos, que entonces se hacen de él, cuando se hubieren verificado las nupcias. Por lo cual, si acaso no se verificaren las nupcias, habiéndose enviado mensaje, si verdaderamente la mujer las dio de modo que al punto se hagan del marido las cosas, deberá reclamarlas por la condición después de enviado mensajero; pero si las dio de suerte que comiencen a serlo verificadas las nupcias, las reivindicará, desde luego habiendo remitido mensaje. Mas si las reivindicare antes de haber enviado mensaje, podrá perjudicar al que las reivindique o la excepción de dolo, o la del hecho; porque las cosas destinadas para la dote no deberán ser reivindicadas.”. KRIEGEL, HERMANN y OSENBRÜGGEN, Óp. Cit. pp. 127-128).

sin que medie una justa causa, tiene asidero en la violación de la lealtad y corrección que se opone a la contraparte de la relación jurídica.

En el mismo sentido, y para efectos de esta investigación, el carácter doloso de la pretensión contradictoria, desde la responsabilidad civil contractual, no corresponde al vicio del consentimiento predicable al momento de celebrar el negocio jurídico. En primera medida, el profesor Javier Tamayo Jaramillo señala, con fundamento en los desarrollos de la doctrina alemana acerca de la teoría de la representación, que, en el curso de una relación jurídica de orden contractual, “[...] no es necesario que el deudor contractual tenga la intención de causarle daño con su incumplimiento al acreedor para que haya dolo, sino que basta el incumplimiento deliberado del deudor, así no tenga la intención de dañar.”⁶⁵⁷.

Posteriormente, recuerda la diferencia entre el dolo en la formación del contrato y el relacionado con el incumplimiento del negocio, de la siguiente manera:

“En efecto, cuando, por ejemplo, el vendedor de una cosa conoce el vicio oculto que esta tiene e induce al comprador a celebrar el contrato, haciendo creer que la cosa se encuentra en buen estado, entonces se presenta el dolo en la formación del contrato, razón por la cual éste podrá ser impugnado por el comprador. En cambio, si en virtud de la ejecución de un contrato de transporte de mercancías, el transportador se apropia de estas últimas o las destruye en forma intencional, entonces el contrato seguirá siendo válido, pero habrá lugar a una responsabilidad contractual fundamentada en el incumplimiento doloso del transportador. Como se ve, pues, una cosa es el dolo en la formación del contrato, mientras que si ocurre lo segundo, es justamente la validez del contrato y su posterior incumplimiento doloso lo que da base a la acción indemnizatoria del acreedor.”⁶⁵⁸.

Entendemos que la conculcación del deber de coherencia, en tanto derivación y concreción del Principio General de la buena fe, no se suscita tras una determina-

⁶⁵⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. p. 219.

⁶⁵⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. p. 220.

ción del fuero interno del individuo sobre si quería vulnerar o no la confianza de su contraparte. Es que, el solo comportamiento que contraría cualquier deber secundario de conducta se entiende cometido de forma dolosa, dado que la observancia de la buena fe no admite ninguna clase de reservas ni excepciones a la hora de materializarla con los comportamientos que se realicen en desarrollo de los intereses propios y ajenos, atendiendo a la dinámica propia de cada sociedad. Más aún, en una relación contractual, la buena fe se presenta como elemento generador de obligaciones para las partes, en virtud del mandato que la ley impone a las partes de asumir las cargas pactadas y aquellas que no lo fueron pero que pertenecen a la naturaleza del negocio, y en suma, los sumos deberes de vivir honestamente, no causar daño a nadie y dar a cada cual lo suyo⁶⁵⁹.

2.1.2.2. SUBSECCIÓN II. EL DESARROLLO ARBITRAL SOBRE LA VALORACIÓN DE LA PRETENSIÓN CONTRADICTORIA.

§129. Dado que la justicia arbitral ha desarrollado la teoría de los actos propios de forma más extensa que la justicia ordinaria –creemos–, merece considerarse que la aplicación de la figura bajo comento ha sido posible tras la verificación de cada uno de sus elementos. Cada tribunal ha destacado que la apreciación de la conducta contradictoria supone, en principio, considerarla como lícita y ajustada al Derecho; de ahí que la precedencia de una conducta generadora de confianza legítima la torna en ilícita. No obstante, en ciertas providencias arbitrales se destaca la indebida aplicación de la figura bajo estudio, de manera que se concluye cuándo la conducta es lícita, interpretando la decisión en sentido negativo. En seguida, presentaremos nuestras consideraciones acerca este requisito, tomando como referente algunos laudos arbitrales que fueron reseñados y comentados an-

⁶⁵⁹ D.1.1.10.1. Ulpiano. *Libro I. Regularum*. “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.*” // §1. *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”. Trad: “Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho.” // §1. Los principios del derecho son estos: vivir honestamente, no hacer daño a nadie, dar a cada cual lo suyo.”. (KRIEDEL, HERMANN y OSENBRÜGGEN, Óp. Cit. p. 199).

teriormente (Ver §7), con el propósito de identificar la conducta que, para el caso concreto, se consideró contraria a la buena fe.

§130. En 2007, el Tribunal de arbitramento que resolvió la controversia suscitada entre Genser General Limitada y Laboratorios Smart S.A. (demandantes) y Camilo Bernal Pulido (demandado), al aplicar la teoría de los actos propios, verifica puntualmente la existencia de una pretensión contradictoria, la cual consistió en la presentación de la demanda que originó el trámite arbitral, mediante la cual se pretendió desconocer la transferencia de unas acciones acaecida seis años atrás al contencioso (Ver §7.). Así indicó el Tribunal:

“[...] no es una circunstancia insignificante para el presente proceso, que la misma persona que ha conferido poder a sus mandatarios judiciales para impugnar una transferencia de acciones, sea a la vez aquella que actuó como enajenante de las mismas y la real beneficiaria de la declaración de nulidad impetrada, como que sería la misma Señora Prieto la que recibiría de nuevo el paquete accionario que le garantizaría su mayoría en la sociedad, en caso de sacar adelante su pretensión de nulidad absoluta. De modo que más allá de la apariencia formal, en vez de ser juego de palabras, es un hecho cierto que el hilo conductor de toda esta discusión encuentra a la señora Sofía Prieto como protagonista central y beneficiaria real de la nulidad y que, en tal virtud, es inocultable que ella ha venido ahora contra sus propios actos, en actitud que la justicia no puede convalidar.”⁶⁶⁰.

Y posteriormente, señala en qué medida la conducta posterior, la cual, si bien es apriorísticamente lícita, se torna violatoria de la buena fe:

“Si bien las sociedades **una vez constituidas forman una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados** (art. 98 del C. de Comercio), en el presente asunto no puede perderse de vista que la señora Sofía Prieto era la repre-

⁶⁶⁰ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Laudo Arbitral. Veintiuno (21) de septiembre de dos mil siete (2007). Genser General Limitada y Laboratorios Smart S.A. en reestructuración contra Camilo Bernal Prieto. Presidente del Tribunal: Dr. Jaime Humberto Tobar Ordóñez. p. 27. Punto 2.1.3. de las consideraciones.

sentante legal de las sociedades Laboratorios Smart S.A. y Genser General Limitada y por lo tanto, administradora en los términos del artículo 22 de la Ley 222 de 1995, condición esta que le genera las facultades y responsabilidades que establece la ley.”⁶⁶¹ (Destacado fuera del texto).

§131. En el caso de Telefónica Móviles Colombia S.A. contra Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. (Ver §7.), el Tribunal de arbitramento que dirimió el diferendo denegó la aplicación de la teoría de los actos propios, la cual fue invocada como medio de defensa procesal. La invocación que el demandado hizo de esta figura jurídica –fundamentada en la inadmisibilidad de la exigencia de una remuneración diferente a cargos de acceso, por cuanto la demandante prestó su consentimiento para celebrar unos contratos de interconexión y su respectiva prórroga– no tuvo vocación de prosperidad, por cuanto

“[...] ante la entrada en vigencia de la Resolución 463, Telefónica podía válidamente exigir el pago de los cargos de acceso a las tarifas contempladas en dicha Resolución, bajo la misma modalidad que tenía pactada, si la ETB se acogía para otras de sus interconexiones, como en efecto lo hizo, a la mencionada norma, sin que tal conducta pueda calificarse como desconocer sus propios actos, pues sólo obedece al ejercicio de los derechos que le confiere la ley.”⁶⁶² (Destacado fuera del texto original).

§132. Por otro lado, el Tribunal de arbitramento que profirió laudo arbitral en la causa promovida por Beneficencia del Valle del Cauca E.I.C.E. contra La Previsora S.A. Compañía de Seguros (Ver §7.), denegó la excepción de prescripción invocada por la demandada en el trámite arbitral, aplicando para ello la teoría de los actos propios⁶⁶³. La buena fe es un presupuesto, según el Tribunal, que debe

⁶⁶¹ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Óp. Cit. Punto 2.1.4. de las Consideraciones del Tribunal de Arbitramento. p. 32.

⁶⁶² CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Laudo Arbitral. Siete (07) de noviembre de dos mil siete (2007). Telefónica Móviles Colombia S.A. contra Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. Presidente del Tribunal: Dr. Juan Carlos Henao Pérez. pp. 195 y 196. Punto 3.3.2.12.4 de las consideraciones.

⁶⁶³ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Laudo Arbitral. Cinco (05) de marzo de dos mil nueve (2009). Beneficencia del Valle del Cauca E.I.C.E.

acreditar quien invoca la oposición de prescripción extintiva, aunque la ley contemple por principio que la única condición necesaria para alegar esta defensa es el lapso en el cual no se ha ejercido ninguna conducta con respecto al interés jurídico⁶⁶⁴. Sin embargo, el cuerpo arbitral señaló lo siguiente:

“[...] no puede con éxito acudir al mecanismo de la prescripción, así formalmente e in abstracto haya transcurrido el término de ley pertinente, cuando el titular del derecho nominal haya actuado en contra de sus actos propios, amén que precedentes, de tanta significación que, de buena fe, el otro extremo de la relación negocial jamás pensó -o racionalmente pudo pensar- que su derecho de crédito pudiera verse en entredicho en función del decurso prescriptivo, fría y aisladamente aplicado, máxime si desplegó diversas conductas activas, de ningún modo indicativas de inercia, claudicación, dejación, abdicación o abandono.”⁶⁶⁵.

Como se colige en este caso, la conducta contradictoria es la invocación de la prescripción extintiva de la acción derivada del contrato de seguro, la cual se computó, según la demandada, desde la fecha en que la víctima de un daño y perjuicio causado por la convocante solicitó la reparación directa en sede contencioso-administrativa, de lo cual tuvo pleno conocimiento la aseguradora en el momento de efectuarse la notificación personal de la demanda. Para el Tribunal,

contra La Previsora S.A. Compañía de Seguros. Presidente del Tribunal: Dr. Carlos Esteban Jaramillo. Esta providencia es igualmente reseñada en: BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 247, y COLLAZOS RIVERA, Juan Camilo y FAJARDO GUTIÉRREZ, Lucas. *Prescripción en el contrato de seguro. ¿Tradición o modernismo? (Segunda parte)* En: Revista Ibero Latinoamericana de Seguros. Sección Doctrinal. Julio-diciembre, No. 33. Bogotá D.C.: Asociación Colombiana de Derecho de Seguros –Acolde–, 2010. pp. 13-44. p. 34.

⁶⁶⁴ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Óp. Cit. p. 26. “[...] la prescripción no es solamente transcurso del tiempo computable a punta de calendario y nada más, entre otras razones por cuanto de antaño se exige una conducta tan pasiva o complaciente, que no queda duda del abandono o desinterés producidos. Antes que eso es una institución que, hallando en verdad sólido fundamento racional en razones de orden público que apuntan a la necesidad de afianzar la paz social (G.J T. LXVIII p. 491), sin menoscabo de ello y en tanto reconoce por causa la inactividad consciente e imputable del acreedor que, teniendo la pretensión prescriptible a su disposición y en condiciones de ejecutarla, no la hace valer eficazmente y a tiempo, admite al igual que motivos de interrupción y suspensión, los llamados “...impedimentos ratione initii...” cuya presencia torna inadmisibile el ejercicio por el deudor de la facultad de oponer la prescripción extintiva”

⁶⁶⁵ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Óp. Cit. p. 28.

“[...] no se vislumbra motivo alguno atendible capaz de explicar por qué el 5 de febrero de 2002, faltando poco más de un mes para consumarse la alegada prescripción ordinaria según las cuentas de la excepcionante, nada explícito sobre el particular le hizo saber a la Empresa asegurada y muy por el contrario, se limitó a declararse en espera del resultado final del mencionado proceso, requiriendo ser informada de su desarrollo en lo sucesivo.”⁶⁶⁶.

Por lo cual, para el Tribunal, la invocación de la prescripción extintiva de la acción que deriva del contrato de seguro de responsabilidad civil, sustentada en los artículos 1081⁶⁶⁷ y 1131⁶⁶⁸ C. Co., aun cuando sea fundamentada en pleno Derecho, resulta contraria a la buena fe, si se observa que la aseguradora indicó antes del término que el cumplimiento de la obligación sería efectivo, habiéndose esperado al resultado del proceso contencioso-administrativo, al cual no participaría ni en calidad de coadyuvante.

Dicho sea de paso, el análisis de la teoría de los actos propios en conjunto con la prescripción extintiva de la acción derivativa del seguro no está exento de polémicas ni de críticas a su aplicación en desmedro de una figura que forma parte del orden público, como lo es la prescripción. En ese sentido, los juristas nacionales Juan Carlos Collazos Rivera y Lucas Fajardo Gutiérrez contrastan las posiciones tradicional, moderna y subjetiva con respecto a la aplicación de la prescripción

⁶⁶⁶ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Óp. Cit. p. 30.

⁶⁶⁷ Código de Comercio, artículo 1081. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. “La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.// La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.// La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.// Estos términos no pueden ser modificados por las partes.”.

⁶⁶⁸ Código de Comercio, artículo 1131. OCURRENCIA DEL SINIESTRO. *Modificado. Ley 45 de 1990, art. 86.* “En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial.”.

extintiva, teniendo como fundamento jurídico los laudos arbitrales de Distral S.A. (E.M.A.) General Electric Canada Inc. contra La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A.⁶⁶⁹, Alstom Brasil Ltda. Sucursal Colombia contra la Compañía Suramericana de Seguros S.A.⁶⁷⁰, y Beneficencia del Valle del Cauca

⁶⁶⁹ COLLAZOS RIVERA, Juan Camilo y FAJARDO GUTIÉRREZ, Lucas. Óp. Cit. pp. 16-24. En el caso del primer pronunciamiento, el Tribunal de arbitramento convocado para dirimir la controversia planteó como problema jurídico si tiene validez jurídica una comunicación proveniente de la aseguradora en la que informaba su compromiso de no alegar la prescripción extintiva contenida en el artículo 1081 C. Co., antes del cumplimiento del lapso exigido por la ley para el cercenamiento de la acción derivada del contrato de seguro. La solución al problema jurídico planteado por el Tribunal de arbitramento fue que dicha comunicación no tiene validez, dado que los términos de prescripción no habían llegado a su término. De hecho, la renuncia a la prescripción es posible siempre que se reúnan los requisitos que la ley establece para su procedencia, pero los términos de prescripción inacabados no dan lugar a disponer de un derecho que no ha ingresado a la esfera patrimonial del sujeto; ello, por cuanto los derechos son renunciables siempre que sean disponibles y no lesionen el orden público. (“[...] si la prescripción es un instituto de orden público; si las normas legales que establecen los términos de la prescripción tienen carácter imperativo y si el inciso final del artículo 1081 del Código de Comercio es, sin lugar a dudas, una norma prohibitiva, ha de llegarse a la inequívoca conclusión de que en el caso sub judice, La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A. no podía eficazmente, a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, renunciar en forma anticipada a la consolidación de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro celebrado entre ella y “Distral S.A.” (C.C., Art. 2514), porque para la fecha en que se produjo la manifestación de voluntad comunicación número AJ - 0449 (4 de diciembre de 1991), no se había consumado aún la prescripción ordinaria de dos años consagrada en el inciso 2o. del artículo 1081 del Código de Comercio, toda vez que como es un hecho aceptado por las partes, el término de tal prescripción inició su cómputo el día 11 de julio de 1990, fecha en que “Distral S.A.” admitió haber tenido conocimiento de la ocurrencia del siniestro.”). Como consideración previa, el Tribunal indicó que la prescripción, como institución que pertenece al orden público, contiene las prohibiciones de alterar los términos consignados en la ley y disponer sobre el cómputo de éstos.

⁶⁷⁰ COLLAZOS RIVERA, Juan Camilo y FAJARDO GUTIÉRREZ, Lucas. Óp. Cit. pp. 24-34. Los juristas se plantearon estos tres problemas jurídicos con relación a la prescripción, a saber: Si es eficaz o no la cláusula pactada dentro de un contrato de seguro, en la cual se establece que la cuantía de la pérdida sufrida por el asegurado sólo puede acreditarse por medio del informe del ajustador que ambas partes acordaron; si el informe de ajuste rendido para la reclamación es el sustento de la acción de reclamo; y si las actuaciones prejudiciales pueden interrumpir la prescripción extintiva de la acción. Para el Tribunal, el ejercicio de la acción derivada del seguro –y por contrapartida, el cómputo de la prescripción extintiva– es admisible desde la configuración del siniestro; es decir, no desde el hecho que origina el siniestro sino desde la pérdida que sufre el asegurado, puesto que el principio indemnizatorio de este contrato supone que la indemnización es posible si el asegurado acredita una pérdida. Por otro lado, la prescripción extintiva de la acción puede ser interrumpida por la realización de actuaciones extraprocesales a fin de obtener la indemnización, en la medida de existir un efectivo abandono del derecho, excepto si el titular no estaba en capacidad para ejercerlo; no obstante, los comentaristas señalan la inviabilidad de dicha hermenéutica porque, a la luz del artículo 2539 C.C., sólo se interrumpe la demanda natural y civilmente. Además, la reclamación de la indemnización debía estar fundamentada en el informe de ajuste pactado por las partes, sin la cual tampoco era posible acudir a la Jurisdicción; a juicio de Collazos y Fajardo, el Tribunal concluyó que “[...] es la reclamación y no el siniestro el hecho que da base a la acción legal contra la aseguradora, para efectos de reclamar la pretensión indemniza-

E.I.C.E. contra La Previsora S.A. Compañía de Seguros –anteriormente comentada–, respectivamente.

En cuando al laudo arbitral anteriormente referido, Collazos y Fajardo consideran que la aplicación de la teoría de los actos propios, al caso concreto, resulta inadecuada, como consecuencia de una ligera aplicación de esta figura y sin considerar la existencia de la conducta primigenia. Es que la comunicación enviada por la aseguradora no constituye un comportamiento unívoco, sino que admite tres interpretaciones distintas: que la aseguradora no alegará la prescripción; que cubrirá el monto de la indemnización sujetándose a una condición, cual es el resultado del proceso; y que lo anterior sólo sucederá si resultan condenados en sentencia ejecutoriada⁶⁷¹. Por otro lado, indican que no es posible que las partes dispongan sobre aspectos que la ley ha tratado como no disponibles, inmodificables y de obligatorio cumplimiento; por tanto, la renuncia a la prescripción antes de tiempo, como en este caso sucede, no puede ser vista como un acto lícito, dado que no pueden renunciar sobre un derecho que no ha ingresado al patrimonio personal⁶⁷². Y concluyen de la siguiente manera:

“En otros términos, no resulta admisible a la luz de la teoría de los actos propios que el tribunal haya desestimado la excepción de prescripción alegada por la aseguradora bajo el argumento de que existía una contradicción entre dicha alegación y la primera conducta desplegada por la aseguradora pues a través de la misma no se podía eficazmente renunciar tácitamente a la prescripción o asumir el compromiso tácito de no formularla ante una eventual acción legal interpuesta por el asegurado.

“La primera conducta tenida en cuenta por el tribunal para efectos de aplicar la teoría de los actos propios nació viciada de nulidad de absoluta por objeto ilícito al estar en

toria que nace del contrato de seguro. Esta posición no encuentra asidero alguno en la legislación colombiana, pues a la reclamación no se le otorga la calidad de requisito de procedibilidad como se entiende de la tesis del tribunal.”

⁶⁷¹ COLLAZOS RIVERA, Juan Camilo y FAJARDO GUTIÉRREZ, Lucas. Óp. Cit. p. 37.

⁶⁷² COLLAZOS RIVERA, Juan Camilo y FAJARDO GUTIÉRREZ, Lucas. Óp. Cit. p. 38.

contra de una disposición de orden público. [...].”⁶⁷³.

Estimamos que esta posición no es de recibo, por cuanto es clara la ley que la renuncia de la prescripción tiene validez únicamente cumplido el término legal, como lo señala el inciso primero del artículo 2514 C.C.⁶⁷⁴. Sólo se puede renunciar a la prescripción quien ganó la potestad de disponer sobre el derecho prescrito, teniendo en cuenta lo señalado por el artículo 2415 *ejusdem*⁶⁷⁵; por lo que no se comprende el hecho que la aseguradora haya dispuesto de un derecho del cual no poseía al tiempo de la comunicación, puesto que aún no había ingresado al patrimonio un poder jurídico sobre una obligación natural, sino que tal prestación estaba vigente y tenía el carácter de una obligación civil, aún en cabeza del convocante en ese laudo. Recuérdese que el sujeto de derecho está facultado para disponer del derecho que está en su peculio. Por tanto, la correcta aplicación de la teoría de los actos propios sería admisible si la renuncia a la prescripción tuviera un espacio posterior al cumplimiento del término legal; no obstante, por ninguna vía puede entenderse viable la aplicación de la figura bajo comento.

§133. En el laudo arbitral proferido sobre la controversia entre Multiphone S.A. (demandante) y Bellsouth Colombia S.A. (demandado), la conducta contradictoria requerida para la aplicación de la figura en análisis consistió en pretender la nulidad relativa de un contrato de adhesión, con efectos de terminación y transacción, ambos por adolecer de dolo. El Tribunal de arbitramento consideró de la siguiente manera:

“ [...] En este orden de ideas, estima el tribunal que el dolo, esto es, la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro y que aparece invocado por Mul-

⁶⁷³ COLLAZOS RIVERA, Juan Camilo y FAJARDO GUTIÉRREZ, Lucas. Óp. Cit. p. 39.

⁶⁷⁴ Código Civil. Artículo 2514. “La prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente, pero sólo después de cumplida.” [...].

⁶⁷⁵ Código civil colombiano. Artículo 2515. “No puede renunciar la prescripción sino el que puede enajenar.”.

tiphone, no está probado en el presente proceso. El cambio de modalidad contractual no estuvo precedido por maquinaciones tendientes a ocasionar un perjuicio a la sociedad convocante y antes, por el contrario, esa modificación respondió a un cambio en la política comercial de Bellsouth, en ningún momento contrario al ordenamiento jurídico. Aquí debe además recordarse que un contrato de adhesión o por adhesión no es per se e in se ilegal. De otra parte debe destacarse que no resulta convincente para este tribunal la afirmación del representante de Multiphone de que no sabía qué estaba firmando y que él no conocía las implicaciones legales y comerciales del cambio de tipo negocial.”⁶⁷⁶.

Más adelante, y en aras a reforzar su posición jurídica, el Tribunal de arbitramento afirmó lo siguiente:

“Respecto del ejercicio no tempestivo o inoportuno de un derecho que, como se dijo, es tratado por la doctrina como un supuesto contrario a la buena fe objetiva, podemos pensar que si la sociedad convocante hubiese tenido algún fundamento para impugnar la legalidad relativa del contrato por un efectivo y real vicio del consentimiento, llama particularmente la atención la perpetuación de relaciones comerciales entre las partes, superiores a tres años, bajo la modalidad del contrato de agencia comercial, después de haberse suscrito el tantas veces referido convenio 2471 de terminación y transacción del 13 de enero de 1999.

“En otras palabras, es verosímil concluir que para Bellsouth se creó la confianza y la certeza de la legalidad del convenio de terminación y transacción, de donde resulta discutible la actitud de la parte convocante de venire contra factum proprium muchos meses después, a pesar de haber mantenido, se repite, una relación comercial con la convocada agencia comercial que le reportó importantes utilidades; pues no concilia con la buena fe que uno de los contratantes actúe de forma tal que contraría su conducta precedente, desconociendo los actos o aseveraciones que haya realizado, los silencios u omisiones que hayan hecho creer que actuará de determinada manera, al punto que la contraparte haya adecuado su conducta contando con ello.”⁶⁷⁷.

⁶⁷⁶ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Laudo Arbitral. Diecisiete (17) de marzo de dos mil cuatro (2004). Multiphone S.A. contra Bellsouth Colombia S.A. Presidente del Tribunal: Dr. Gilberto Peña Castrillón.

⁶⁷⁷ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Ibídem.

La valoración de la conducta posterior en el caso concreto suponía verificar si, en efecto, el comportamiento de la demandada, al cambiar la modalidad de contratación a un contrato de adhesión, generaba un vicio del consentimiento al negocio jurídico impugnado. No obstante, como se indicó en otra oportunidad, resulta sin sentido aplicar la teoría de los actos propios si el problema jurídico consistía en determinar la validez del cambio contractual, toda vez que las características de subsidiariedad y residualidad del concepto en estudio no permiten que se sobreponga su aplicación sobre otras y mejores razones jurídicas, máxime si éstas se fundan en la ley (Ver §7.). De esta manera, no podemos compartir plenamente la argumentación empleada por el Tribunal de arbitramento para dilucidar el problema jurídico que motivó la demanda arbitral, ya que la razón de la decisión estriba en que el demandante no logró cumplir con la carga de la prueba, la nulidad deprecada no fue demostrada.

A pesar de lo anterior, podría rescatarse que la conducta jurídica que afectó la confianza legítima del convocado fue la impugnación del contrato de adhesión por nulidad relativa, en tanto viciado por dolo. Esta oposición, a la luz del Tribunal, no tiene sentido ni razón de ser, habiéndose comprobado que la relación jurídica existía con una anterioridad de más de 3 años al momento de suscribirse el contrato reprochado, y que continuó surtiendo efectos jurídicos el nexo jurídico con posterioridad a la celebración del negocio atacado. De hecho, creemos que la intención del demandante en trámite arbitral era el máximo aprovechamiento de un negocio jurídico al cual –presuntamente– le afectaba un vicio del consentimiento; pero, dado que hubo una continuidad en la prestación del servicio pactado, consideramos que debe entenderse saneado el contrato, con fundamento en los artículos

1752⁶⁷⁸ y 1754⁶⁷⁹ C.C. Por consiguiente, la aplicación de la teoría de los actos propios podría ser el argumento basilar del laudo proferido.

Con todo, insistimos, a pesar de la valía de este razonamiento, la solución al problema jurídico fue la denegación de las pretensiones, dado que el demandando no asumió debidamente la carga probatoria que le asistió al demandar la nulidad del contrato, con fundamento en el régimen probatorio, sus principios y reglas; luego, la teoría de los actos propios no es la *ratio decidendi* de la providencia, sino que forma parte de la argumentación que complementa el núcleo del laudo, aun en lo hipotético.

Por otro lado, el Tribunal recordó la validez de los contratos de adhesión que, en el presente caso, se constituiría como la conducta primigenia y generadora de la confianza legítima. Así lo indicó, en cuanto a la existencia de un consentimiento en torno al negocio jurídico:

“Pero el hecho de que el contrato sea de adhesión o por adhesión, es decir, en donde una de las partes está en imposibilidad o en incapacidad de discutir su contenido, no significa que no exista el consentimiento del adherente. Esta situación hubo de clarificarla la Corte Suprema de Justicia en destacada sentencia del año 1970: Para que un acto jurídico productivo de obligaciones constituya contrato, es suficiente que dos o más personas concurren a su formación, y poco importa que, al hacerlo, una de ellas se limite a aceptar las condiciones impuestas por la otra; aun así, aquella ha contribuido a la celebración del contrato, puesto que voluntariamente lo ha aceptado, habiendo podido no hacerlo. Es claro que si la adhesión de una parte a la voluntad de la otra basta para formar el contrato, todas las cláusulas del mismo se deben tener como queridas y aceptadas por el adherente (subraya el tribunal). Pero es claro que ese consentimiento del adherente que contribuye a crear la voluntad común del contrato debe estar exento de vicios. Es decir, el consentimiento debe expresarse o emitirse

⁶⁷⁸ Código civil colombiano. Artículo 1752. “La ratificación necesaria para sanear la nulidad cuando el vicio del contrato es susceptible de este remedio, puede ser expresa o tácita.”.

⁶⁷⁹ Código civil colombiano. Artículo 1754. “La ratificación tácita es la ejecución voluntaria de la obligación contratada.”.

sin error, fuerza o dolo. De ahí que se sostenga que la teoría de los vicios del consentimiento sirve, simultáneamente como mecanismo de control de los contratos por adhesión.”⁶⁸⁰.

§134. En el laudo arbitral de Delta Consultores de Riesgos Ltda. contra BBVA Seguros Ganadero Compañía de Seguros S.A. y BBVA Seguros Ganadero Compañía de Seguros de Vida S.A., el Tribunal de arbitramento destacó que era incoherente el cobro inicial de comisiones a título de cesantía mercantil por valor inferior al contemplado en un contrato de agencia comercial, y que, posteriormente, pidiera el reconocimiento pleno de dichos valores por el porcentaje pactado en el acuerdo de voluntades (Ver §7.)⁶⁸¹. En dicha decisión, se consideró ilícita la reclamación conforme al contrato —es decir, sobre una tasa equivalente al 5,45%—, puesto que hubo actos concluyentes sobre la eficacia del reconocimiento de prestaciones que equivalían a proporciones inferiores a las pactadas inicialmente. Esta conclusión se deriva del siguiente fragmento:

“[...] No resulta coherente, por decir lo menos, que a la luz de una cláusula que presuntamente regía de modo irrestricto entre las partes, por no ofrecer dificultades de interpretación, ni haber sido modificada en el curso de la ejecución del contrato, Delta presentara facturas por un valor inferior al que presuntamente tenía derecho según la demanda. Debe afirmarse que la conducta de los particulares en la ejecución de un contrato, las aceptaciones tácitas, los hechos inequívocos y otros gestos que trascienden al ámbito jurídico, tienen valor significativo en el derecho privado, en especial, cuando se trata de dilucidar la intención de las partes en un determinado contrato. No puede admitirse que tales verdaderas manifestaciones de voluntad se consideren inocuas o carentes de significación jurídica, cuando demuestran una intención clara que

⁶⁸⁰ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. *Ibídem*.

⁶⁸¹ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Laudo Arbitral. Veinticuatro (24) de octubre de dos mil dos (2002). Delta Consultores de Riesgos Ltda. contra BBVA Seguros Ganadero Compañía de Seguros S.A. (antes La Ganadera Compañía de Seguros S.A.) y BBVA Seguros Ganadero Compañía de Seguros de Vida S.A. (antes La Ganadera Compañía de Seguros de Vida S.A.) Presidente del Tribunal: Dr. Francisco Reyes Villamizar.

se exterioriza de modo contundente en conductas con relevancia para el mundo del derecho.⁶⁸²

§135. Tratándose del laudo arbitral Sociedad Proctor Ltda. contra la Caja de Compensación Familiar Campesina –Comcaja– (Ver §7.), el Tribunal de arbitramento tomó por ilícito que el demandado –en ejercicio de la reconvención– alegara que no le resultan vinculantes las modificaciones realizadas al contrato de adquisición de bienes inmuebles y de construcción de un colegio, so pretexto de la ausencia de un otrosí que contuvieran las variaciones contractuales que con posterioridad fueron exigidas por el demandante inicial, por cuanto la existencia de unos actos concluyentes e indicativos de que las reformas al acuerdo para introducir nuevas obligaciones correlativas no requerían del agotamiento de un formalidad para su eficacia⁶⁸³.

Lo anterior toma mayor fuerza cuando el Tribunal, luego de que el cuerpo arbitral verificara que la sociedad Proctor realizó las labores adicionales al contrato inicial –que son discutidas en el trámite arbitral– sin que la demandada objetara su realización ni las cuentas presentadas al respecto –por cuanto las aprobó–, y que quedara demostrado que era intención de las partes que el cumplimiento de las obligaciones fuera espontáneo, como se deduce del comportamiento de la demandante, señala lo siguiente:

“[...] Frente a la recepción de los trabajos adicionales y, de manera general respecto a las negociaciones y acuerdos con Proctor, Comcaja ha sostenido que unas y otros fueron desarrolladas por funcionarios cuyo proceder no comprometió a la entidad, quien, por ende, no es responsable al respecto. El tribunal no considera ajustada a derecho tal apreciación, amén de que, como arriba se estableció, ciertamente el re-

⁶⁸² CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Ibídem.

⁶⁸³ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Laudo Arbitral. Veintiuno (21) de enero de dos mil uno (2001). Proctor Ltda. contra Caja de Compensación Familiar Campesina-COMCAJA. Presidente del Tribunal: Dr. Nicolás Gamboa Morales.

presentante legal y el consejo directivo de la Convocada participaron en el proceso de ampliación y modificación del contrato.”⁶⁸⁴.

§136. La profesora Neme Villarreal recalca que, en el caso de Ocel S.A. contra La Nación – Ministerio de Comunicaciones, el Tribunal de arbitramento destacó que la Junta Directiva de la sociedad accionante autorizó la presentación de una demanda contra el organismo accionado, cuyas pretensiones buscaban el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión del 28 de marzo de 1994, como consecuencia de la promulgación y vigencia de la Ley 223 de 1995. Aunque la decisión fue ratificada el 6 de noviembre de 1996, hasta el 21 de abril de 1997 se presentó la demanda, transcurrido un año después de la autorización para ejercitar el derecho de acción, y de dos meses de haber sido modificado el contrato de concesión en el cual se previó la prórroga del negocio por un término igual a diez (10) años, se fijaron las nuevas condiciones económicas para la prórroga y se pactó el pago anticipado de la misma⁶⁸⁵.

El Tribunal consideró lo siguiente, teniendo en cuenta que la sociedad accionante no manifestó reparos, reservas u observaciones al suscribir el contrato adicional:

“[...] en ese momento, en el tiempo físico, las partes perdieron la oportunidad de hacer reclamaciones adicionales, por hechos o circunstancias ocurridos antes del 30 de enero de 1997, [pues] para casos como el que se analiza tanto la doctrina como la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado han aplicado la doctrina de los actos propios, que es una proyección del derecho fundamental a la igualdad. La firma de

⁶⁸⁴ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. *Ibidem*.

⁶⁸⁵ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Laudo Arbitral. Diez (10) de julio de dos mil (2000). Occidente y Caribe Celular S.A., Ocel S.A. contra La Nación-Ministerio de Comunicaciones. Presidente del Tribunal: Dr. Juan Carlos Esguerra Portocarrero. NEME VILLARREAL, Martha Lucía. *Venire contra factum proprium, prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe*. En: *Estudios de Derecho civil. Obligaciones y Contratos*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2003. pp. 11-56. pp. 48-49.

una adición al contrato es trascendental, y presupone la eficacia jurídica de la conducta vinculante.”⁶⁸⁶.

2.1.2.3. SUBSECCIÓN III. VALORACIÓN DE LA PRETENSIÓN CONTRADICTORIA DESDE LA JURISPRUDENCIA.

§137. La teoría de los actos propios ha sido considerada en contadas ocasiones por la Corte Suprema de Justicia, en comparación con la jurisprudencia constitucional, no obstante que, en ciertas oportunidades, su aplicación resulta controversial. En el caso particular de la Corte Constitucional, el empleo de la teoría de los actos propios conjuntamente con la teoría de la confianza legítima no permiten delimitar correctamente si, en el caso concreto, la solución se sustenta en una u otra figura.

2.1.2.3.1. LA VERIFICACIÓN DE LA PRETENSIÓN CONTRADICTORIA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

§138. El 8 de noviembre de 2013, la Corte Suprema de Justicia valoró y consideró que los derechos de acción y de defensa deben ser ejercidos de manera honesta y coherente con sus propios actos, de modo que están vedados las contradicciones injustificadas, inconsultas e intempestivas respecto de una posición jurídica anterior –aunque la nueva conducta puede ser lícita–, “[...] si con ello vulneran las expectativas legítimamente generadas en su contraparte o en los terceros, o los derechos de una y otros.”⁶⁸⁷. La Corte verificó que la presentación de una demanda impugnatoria por simulación y, subsidiariamente, por inexistencia, resulta contradictoria frente a la anuencia dada por los demandantes a la liquidación de sociedad conyugal y de herencia por trámite notarial, protocolizada en instrumento público, en especial con respecto a una cesión de cuotas de interés social, sobre la cual se había fijado que el valor de estos derechos figurara como un crédito a

⁶⁸⁶ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Óp. Cit. p. 49.

⁶⁸⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia de ocho (08) de noviembre de dos mil trece (2013). Ref.: Exp. 73001-3103-005-2006-00041-01. M.P.: Dr. Arturo Solarte Rodríguez. Punto 5.3 de las Consideraciones de la Corte.

favor del causante y a cargo de los adquirentes, y que el pago de estas acciones se realizara con los bienes que les correspondiera a cada uno de éstos en la referida liquidación. Y señala la Corte:

“5.5. Siendo ello así, como en efecto lo es, surge patente que los aquí demandantes Sandra Liliana y Ángel Tobías Sabogal Martínez, al momento de la liquidación de la sociedad conyugal constituida entre su padre y la señora Carmen Carreño de Sabogal y de la herencia de aquél, con la conducta que asumieron en el trámite notarial mediante el cual se verificaron dichas liquidaciones admitieron la realidad de la transferencia de cuotas sociales materia de la presente acción y, adicionalmente, consintieron en que el pago de las mismas se realizara en la forma atrás advertida.

“5.6. Esa postura de los aquí accionantes determina, por sí sola, el fracaso de las acciones por ellos ejercitadas en este asunto, pues no resulta admisible que luego de haber actuado en la forma que se dejó en precedencia descrita, pretendan, como lo reclamaron en la demanda inaugural del presente proceso, la ineficacia jurídica de la tantas veces mencionada cesión, ya sea como consecuencia de la simulación deprecada, absoluta o relativa, ora de la inexistencia a que se concretó la segunda súplica subsidiaria.”⁶⁸⁸.

§139. En 2011, la Corte consideró indebida la aplicación de la teoría de los actos propios realizada por el juez ad-quem, puesto que prefirió aplicarla sobre el derecho de rectificación de errores con posterioridad al pago realizado por un comerciante. Para el alto Tribunal, no se conculca la regla de ir contra los actos propios si el comerciante invoca el derecho que la Ley le confiere a rectificar los errores, omisiones, partidas duplicadas u otra clase de vicios de una cuenta que recibió y pagó efectivamente⁶⁸⁹. La Corte, refiriéndose a la razón de su decisión, concluye de la siguiente manera:

⁶⁸⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Óp. Cit. Puntos 5.5 y 5.6 de las Consideraciones de la Corte.

⁶⁸⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia de veinticuatro (24) de enero de dos mil once (2011). Ref.: Exp. 11001-3103-025-2001-00457-01. M.P.: Dr. Pedro Octavio Munar Cadena.

“[...] La prerrogativa legal que el deudor tenía para solicitar la revisión de la cuenta final o el desarrollo del crédito del que era deudor, no era otra que invocar el artículo 880 del C. de Co., cuyo texto, claro, por lo demás, establece: “*El comerciante, que al recibir una cuenta pague o dé finiquito, no perderá el derecho de solicitar la rectificación de los errores, omisiones, partidas duplicadas u otros vicios de la cuenta*”. Y, por elemental lógica, no otro camino podía recorrer para tales propósitos, ante la negativa de la demandada de avenirse a dicha revisión, sino el judicial.

“Por manera que a la demandante, comerciante como es, le bastaba denunciar su temor (ni siquiera se le exige que sea fundado) para deprecar, válidamente, la revisión de la cuenta con miras a establecer posibles errores, omisiones u otros vicios de ella. Y, claro, al negársele ese derecho no puede concluirse cosa diferente que el sentenciador equivocó su determinación.”⁶⁹⁰.

Para este fin, la Corte tuvo en cuenta la subsidiariedad y la residualidad de la figura bajo comentario para encontrar acertado el *error in iudicando* atacado por el casacionista, el cual consistió en aplicar la teoría de los actos propios sin tener en cuenta que era válido y legítimo que el demandado comerciante invocara la rectificación de la cuenta ya pagada. La supletoriedad de la prohibición de ir contra sus propios actos es una de las cualidades que permiten describirla como una regla relativa, no absoluta,

“[...] pues no opera de manera automática ni en todos los eventos, luego no es ilimitada; por ello, en las situaciones en que, hipotéticamente, hay incursión en los predios del acto propio, debe sobrevenir la confrontación del suceso en sí con la regulación normativa vigente para determinar la pertinente procedencia. Su vitalidad, entonces, se patentiza en la medida en que el asunto del que se trate no tenga una regulación legal general o especial ante la cual, por su naturaleza, el principio deba ceder. No siempre y de manera rotunda toda reclamación ulterior que pueda contrariar un comportamiento ya agotado debe ser concebida, necesariamente, como la trasgresión de la reseñada regla, pues, como ya se dijera, no son pocas las ocasiones en que la

⁶⁹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Óp. Cit. Punto 9. De las Consideraciones al Cargo cuarto de la demanda de casación.

misma ley considera el comportamiento precedente como irrelevante para los efectos de estructurar o encajar en el aludido principio.”⁶⁹¹.

Consideramos pertinente la casación de la sentencia del juez de segundo grado, pero teniendo en cuenta que la Ley le permite al comerciante rectificar la cuenta pagada si existen sospechas fundadas que lo impulsen a ejercer este derecho. Resulta difícil que, al menos idealmente, en un Estado de Derecho, la actividad judicial desconozca las garantías reconocidas a favor de los individuos *ope legem*, para la defensa de su interés patrimonial. Mal haría el juez en soslayar el tenor de la ley –el cual proveyó sobre una materia específica– y aplicar una figura cuyo origen radica en los desarrollos de la jurisprudencia, por cuanto la prerrogativa en el artículo 880 C. Co. tiene asidero en la Ley, que es considerada el fundamento de nuestro sistema jurídico, de acuerdo con el artículo 230 de la Constitución Política.

§140. En la sentencia de 9 de agosto de 2007, la Corte Suprema de Justicia recordó a modo de “*obiter dicta*” que la intención del legislador al expedir la Ley 4º de 1989, era la de proteger la coherencia entre los contratos de transporte y de seguro de transporte al momento de informar el valor del primer negocio jurídico y el valor asegurado en el caso del segundo contrato⁶⁹². Ambos negocios jurídicos fueron cohesionados por cuanto el afectado daba a conocer una información diversa al asegurador y al transportador, si bien se trataba de la misma mercadería, “[...] reflejo de que el remitente solía apartarse de las situaciones jurídicas en el inmediato pasado, sin más justificación que su propia determinación”⁶⁹³. En ese sentido, concluye lo siguiente:

⁶⁹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Óp. Cit. Punto 7. De las Consideraciones al Cargo cuarto de la demanda de casación.

⁶⁹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia de nueve (09) de agosto de dos mil siete (2007). Ref.: Exp. 08001310300420000025401. M.P.: Dr. Pedro Octavio Munar Cadena.

⁶⁹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Óp. Cit. Punto 6 de las Consideraciones de la Corte.

“Tales modificaciones del estatuto mercantil pretendieron avivar una de las características fundamentales de la contratación contemporánea, concretamente, la de la buena fe (**Bona fidei**), la que de suyo brota desconocida cuando el remitente declara, itérase, en relación con una misma mercancía y por época similar, dos cifras: una al momento de efectuar la remisión y otra distinta cuando se estipula el valor del riesgo asegurable. De manera, pues, que el legislador de 1989 habilitó de manera coherente y razonada la integración contractual, en cuanto que las declaraciones del contrato de transporte debían verse reflejadas en el contrato de seguro de transporte, pues aludían a los mismos bienes y valor de ella no podía ser diferente al momento de cuantificar el flete y a la hora de valorarse el riesgo, pues referían al mismo interés.

“Autorizar esa actitud contradictoria del interesado sería tanto como desdecir de la lealtad que se deben los contratantes, conducta que aparecería intrascendente o anidaría únicamente en la esfera de las partes intervinientes en el contrato de transporte, sino fuera porque trasciende al contrato de seguro, precisamente como consecuencia de la interrelación de esos convenios.”⁶⁹⁴.

§141. En 2012, la Corte empleó tanto la teoría de la apariencia como la teoría de los actos propios para fundamentar su argumentación jurídica, la cual terminó por quebrar la sentencia proferida por el juez *ad quem*. En lo tocante con la figura jurídica bajo análisis, la Corte rechazó la afirmación de la segunda instancia que desembocó en la prosperidad de la excepción de invalidez de los acuerdos verbales, por cuanto sostener que no hubo un documento firmado por el Director administrativo de la entidad demandada no es suficiente para desconocer la eficacia de las propias conductas en relación a la contraparte. De esta forma, asegura la Corte:

“Pretender desconocer que a través de los hechos, de los que dan fiel testimonio los documentos detallados, quien actuó fue la opositora, por el simple prurito de que algunos no fueron firmados por su Director Administrativo, traduce en ignorar la realidad que circuló las adiciones y modificaciones de diferentes maneras convenidas, ejecutadas y entregadas, sin que operara tal exigencia; máxime cuando por la complejidad,

⁶⁹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. *Ibidem*.

diversidad y gran cantidad de quehaceres sociales que legal y reglamentariamente ostenta una persona jurídica de esa índole, necesariamente ha de valerse de otros órganos internos de expresión en orden a exteriorizar su voluntad, con igual modo de eficacia como si lo hiciera quien estatutariamente ostenta su representación legal.

Pasar por encima de semejante realidad, como lo hizo el *ad-quem* en la sentencia impugnada, comporta abrir mayúsculos boquetes para que en presencia de casos similares los sujetos de derecho deshonren sus obligaciones y asuman con sus afines una conducta desleal, muy distante de los mandatos de corrección social exigidos, minando la credibilidad que naturalmente ha de existir en el mercado, donde la mayoría de productos y servicios que ofrece el empresario son comercializados a través de personas que no siempre ostentan el cargo de representante legal, en el entendido, entonces, que los consumidores, para seguridad jurídica suya, siempre tendrían que exigir que fuera éste el que tuviera al frente para negociar.”⁶⁹⁵.

Teniendo en cuenta que la Corte empleó dos figuras jurídicas para legitimar su decisión –esto es, la teoría de la apariencia y la teoría de los actos propios–, y en aras de establecer una diferenciación entre ambas instituciones, creemos que la posible contradicción conductual imputada al demandado y encontrada por el órgano de cierre jurisdiccional consistió en sostener la ineficacia de los acuerdos celebrados por sujetos de derecho carentes de facultades y prerrogativas que comprometían la posibilidad de obligar a la entidad demandada, no obstante su vinculación con la demandada. Esto, por cuanto la accionada permitió que personas diferentes a su representante legal pudieran generar obligaciones a su cargo.

Sin embargo, aunque según la teoría de la apariencia resulta importante la eficacia de las relaciones jurídicas entabladas entre los terceros que actúan bajo un error invencible y de buena fe con los acreedores aparentes en contraposición del legítimo ejercicio del derecho por el titular verdadero, a la teoría de los actos propios

⁶⁹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de veintiuno (21) de febrero de dos mil doce (2012). Ref. Exp.: 11001310304320040064901. M.P.: Dr. Fernando Giraldo Gutiérrez. Punto 4.f. de las Consideraciones de la Corte sobre el Cargo segundo de casación.

le interesa evitar la contradicción entre conductas o manifestaciones cuando se ha generado una confianza legítima en la contraparte; esto, por cuanto una cosa es que se garantice la eficacia del acto celebrado por quien carecía de facultad para obligar a la sociedad demandada, en virtud de las fuertes impresiones acerca de la capacidad para obrar en representación, y otra diferente –que es lo trascendental para la teoría de los actos propios– resulta ser la imposibilidad de la demandada para alegar la ineficacia de los acuerdos verbales suscritos por funcionarios diferentes a quien tiene la capacidad legal y estatutaria para obligarla, en virtud de actos anteriores que permiten concluir que tales sujetos de derecho podían obrar válidamente creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas.

Esta actuación es contraria a la buena fe, como quiera que el extremo pasivo de la relación procesal, en más de una oportunidad, y dado que es una persona jurídica responsable por los actos que realicen sus subalternos, celebró negocios que nunca fueron tachados de ineficaces, generando una confianza legítima sobre la obligatoriedad de los acuerdos celebrados por las partes del proceso. La contradicción versa en que la entidad demandada niega los efectos jurídicos que puede surtir el negocio jurídico pactado por intermedio de sus empleados con la contraparte procesal, tengan estos o no la capacidad para obligarla, pues nunca objetó sobre la validez del negocio sino que continuó celebrando negocios en esas condiciones.

2.1.2.3.2. LA PRETENSIÓN CONTRADICTORIA, SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

§142. En el caso de la sentencia T-060 de 2004, la Corte Constitucional consideró como conducta contradictoria el desconocimiento por parte de una entidad financiera de un documento Paz y Salvo respecto de un crédito adquirido por un usuario del sector financiero. Para la Corte,

“[D]e adelantarse una conducta como la descrita, es decir, que una entidad genera un documento por medio del cual se pueda deducir que ya ha asumido una posición jurídicamente definida, (como puede ser la expedición de un Paz y Salvo) y procede luego de manera unilateral y abusiva a revocar dicho acto, y a traicionar la confianza legítima depositada por la persona afectada con esta nueva decisión, viola los derechos fundamentales de su cliente, particularmente el derecho al debido proceso y desconoce principios jurídicos como la buena fe y la confianza legítima.”⁶⁹⁶.

En el caso, la tutelante había pagado una obligación hipotecaria a una entidad financiera, que, a su vez, había solicitado una verificación a la entidad tutelada para realizar el cobro de la acreencia. Desde esa perspectiva, la validez del pago realizado, de conformidad con el artículo 1634 del Código civil, reiterada con la expedición del documento Paz y Salvo, da suficiente fundamento para que cualquier sujeto entienda que la obligación ha sido extinguida (art. 1625 *ejusdem*). Por lo tanto, se contraría la buena fe por violentar el deber de coherencia, cuando la entidad financiera realiza el cobro de una obligación extinta.

⁶⁹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA OCTAVA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de veintinueve (29) de enero de dos mil cuatro (2004). Marleny Tobón de Ortiz contra Central de Inversiones S.A. –CISA y Promociones y Cobranzas Beta S.A. (T-060-04). M.P.: Dr. Álvaro Tafur Galvis. Ref. Exp.: T-789341. Punto 4. de las Consideraciones de la Corte. En el mismo sentido: CORTE CONSTITUCIONAL-SALA CUARTA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de seis (06) de febrero de dos mil tres (2003). Nelson Parra Jerez contra Banco Granahorrar (T-083-03). M.P.: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Ref. Exp.: T-657041; CORTE CONSTITUCIONAL-SALA CUARTA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de doce (12) de marzo de dos mil ocho (2008). Eleazar Falla López contra Fondo Nacional del Ahorro y Juzgado 21 Civil Municipal de Cali (Valle) (T-276-08). M.P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Ref. Exp.: T-1619256; CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SEGUNDA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de veintitrés (23) de marzo de dos mil diez (2010). Manuel Antonio Castro Cuervo (T-221-10). M.P.: Dr. Mauricio González Cuervo. Ref. Exp.: T-2409418; CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de treinta y uno (31) de agosto de dos mil diez (2010). María Mercedes de Pombo y Luis Pombo Gaviria contra el Tribunal Superior de Bogotá-Sala Civil y el Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá. (T-672-10). M.P.: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Ref. Exp.: T-2395893; CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de tres (03) de noviembre de dos mil diez (2010). Claudia Adriana Cárdenas Alvarado contra el Fondo Nacional del Ahorro (T-865-10). M.P.: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Ref. Exp.: T-2750726; CORTE CONSTITUCIONAL-SALA QUINTA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de seis (06) de octubre de dos mil once (2011). José Ignacio Pantoja contra el Fondo Nacional del Ahorro (T-754-11). M.P.: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Ref. Exp.: T-3086671.

En la sentencia T-604 de 2004, se consideró ilícito, en tanto contrario a la buena fe, que una entidad financiera, habiendo expedido un Paz y Salvo al deudor de una obligación hipotecaria, cobrara de nuevo dicha acreencia, con fundamento en que, al tiempo de la expedición de la certificación de pago, hubo un error de cálculo dentro del proceso de liquidación y aplicación del alivio financiero otorgado por la Ley 546 de 1999. Un análisis juicioso de la teoría de los actos propios concluyó en que la conducta contradictoria

“[...] se cumple en tanto que el Banco Granahorrar, mediante carta de fecha 13 de junio de 2003 dirigida al ex esposo de la accionante, le manifiesta que de conformidad con la revisión que hiciera la Superintendencia Bancaria al alivio financiero de la Ley 546 de 1999, aplicado a su crédito hipotecario, debió reversar la primera liquidación en razón a un error en la misma, y aplicar un alivio cuyo monto fue menor al inicial, lo cual dejaba un saldo pendiente por cancelar que para la fecha correspondía a \$1.580.454 pesos, el cual debía ser cancelado.

“Así, una de las consecuencias directas de la reversión del alivio financiero fue que el crédito hipotecario cancelado en su totalidad por la accionante, se “reactivara” generando con ello una deuda pendiente por cancelar. Otro efecto inmediato fue el cambio sustancial en la posición jurídica del Banco Granahorrar frente a la obligación hipotecaria de la accionante, conducta que justifica en una “necesidad objetiva” de adecuar el proceso de reliquidación a las observaciones planteadas por la Superintendencia Bancaria. Con esta medida el Banco Granahorrar impone a su cliente una carga económica que esta creía cancelada desde hacía varios años atrás. Así, no sólo desconoce sus propios actos, sino que altera sustancialmente la situación jurídica ya consolidada respecto de la obligación de la actora, con lo cual vulnera los derechos de su cliente y defrauda su buena fe.”⁶⁹⁷.

Como consecuencia de la acción de la entidad financiera, se generó un reporte negativo en las centrales financieras de riesgo a cargo de la tutelante, afectando

⁶⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA NOVENA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de diecisiete (17) de junio de dos mil cuatro (2004). Luz Myriam Becerra Leyva contra el Banco Granahorrar (T-608/04). M.P.: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Ref. Exp.: T-856416. Punto 5. de las Consideraciones de la Corte “Caso concreto”.

injustificadamente su derecho al habeas data. Con todo, la existencia de la pretensión contradictoria fue suficiente para que la Corte resolviera la imposibilidad de cobro de suma alguna de dinero relacionada con la obligación hipotecaria que se pretendió recaudar.

En la sentencia T-793 de 2004, la Corte resolvió, valiéndose de la teoría de los actos propios y del abuso de la posición dominante, que la modificación unilateral de un contrato de mutuo destinado a la adquisición de vivienda resulta violatorio de los derechos fundamentales, en la medida que el tutelante confió legítimamente en la continuidad de los términos inicialmente pactados no podían ser alterados por el mero ejercicio de la voluntad de una de las partes del negocio jurídico. Para el caso concreto, la Corte consideró al respecto de la conducta contradictoria que “[L]a sorpresiva alteración de los términos contractuales, en el entendido que las previsiones patrimoniales que le permiten al actor haber delimitado la forma de atender sus necesidades existenciales, se ve trastocada por la abrupta liquidación del crédito y, ante todo, por el aumento del plazo para la cancelación de éste.”⁶⁹⁸.

§143. Ahora bien, creemos que, aunque existen los anteriores desarrollos que permiten identificar plenamente la prohibición de ir contra los actos propios en una

⁶⁹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA PRIMERA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de veintitrés (23) de agosto de dos mil cuatro (2004). Mauricio Eduardo Forero Silva contra Fondo Nacional del Ahorro (T-793/04). M.P.: Dr. Jaime Araujo Rentería. Ref. Exp.: T-816848. Punto 5.2. de las Consideraciones de la Corte. Esta sentencia es reseñada posterior por la sentencia T-207 de 2006 (CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de dieciséis (16) de marzo de dos mil seis (2006). Joselín Ramírez Martínez contra el Banco Colmena S.A. (T-207-06). M.P.: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Ref. Exp.: T-1221238), pero adiciona que no contar con la aquiescencia del deudor para modificar los términos del contrato de mutuo celebrado entre una entidad financiera y un particular, puede conllevar a que se violente el derecho al debido proceso y quebrante los principios de confianza legítima y de la buena fe, por cuanto se abusa de la posición dominante. Esta consideración adicional nos parece innecesaria, por cuanto, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial, la problemática jurídica que atañe a los créditos adquiridos en el sector financiero, específicamente para la adquisición de vivienda, ha sido resuelta con fundamento en la teoría de los actos propios, aunado al abuso de la posición dominante. En el sector financiero, poco importa que una persona se represente una situación jurídica que le genere una expectativa legítima, toda vez que, por tratarse de un negocio jurídico de Derecho privado, existe disposición de un interés jurídico, bien que lo cree, lo modifique o lo extinga.

situación concreta, la Corte Constitucional ha utilizado esta figura jurídica en varias ocasiones conjuntamente con la teoría de la confianza legítima, de manera que la aplicación de dos figuras jurídicas a un mismo supuesto de hecho puede conducir a que se desdibujen sus límites, generando confusión en su dogmática⁶⁹⁹.

Bernal Fandiño advierte que la teoría de los actos propios ha sido aplicada en situaciones donde las entidades financieras modifican unilateralmente los términos de los créditos realizados a sus clientes sin que medie la autorización de éstos⁷⁰⁰; en nuestro caso, además de adherirnos a esta advertencia, creemos que, si bien estos casos efectivamente corresponden a violaciones a la buena fe, se resuelven aplicando la razón del abuso de la posición dominante. El abuso de la retórica jurídica en la justificación de una decisión judicial puede ser uno de los factores que conducen a que las fronteras entre instituciones jurídicas se desdibujen cuando son indiscriminadamente aplicadas a un mismo caso, aunque en otros se establezcan las diferencias entre diversas razones jurídicas; en ese sentido, utilizar innecesariamente la teoría de los actos propios en un escenario como el denunciado por la profesora Bernal Fandiño, contribuiría a que la razón del operador judicial, en vez de ser clara, resulte siendo parca, y deslegitime la parte resolutive de la providencia.

Así, Bernal Fandiño señala que en las decisiones contenidas en las sentencias T-626 de 2005 y T-212 de 2005, la Corte realiza una aplicación de la doctrina de los actos propios a realidades ajenas a su naturaleza y razón de ser. En la primera decisión, se consideró que la modificación de un crédito de vivienda por parte de una entidad financiera sin la anuencia del deudor violaba el principio de la buena fe, el debido proceso y el respeto a los actos propios. En el caso de la segunda decisión, la cual versó sobre un crédito a largo plazo, una modificación inconsulta del contrato por parte de los operadores del sector financiero, por el solo hecho de

⁶⁹⁹ Cfr. BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. pp. 293-294.

⁷⁰⁰ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 294.

la imposición, además de constituir una manifestación abusiva, atenta a la buena fe y al respeto por el acto propio⁷⁰¹.

Igualmente, en el caso de la sentencia T-295 de 1999, la Corte consideró que la modificación unilateral de una pensión de jubilación resulta violatoria de la teoría de los actos propios. La variación de dicha mesada, contenida en la Resolución 129 de 1995, según la Corte es inconstitucional, por cuanto afecta la buena fe, la protección a la dignidad y los derechos y los derechos adquiridos, los cuales sustentan la teoría de los actos propios en materia laboral. Por nuestra parte, si bien consideramos que la sistematización de la doctrina de los actos propios realizada en esta providencia resulta importante para su estudio, su aplicación podría ser inadecuada, puesto que el abuso de la posición dominante constituye un mejor fundamento jurídico para la tutela del derecho a la pensión de jubilación.

Con respecto al principio de confianza legítima, el desarrollo de la teoría de los actos propios por la jurisprudencia de la Corte Constitucional resulta infortunado en mayor medida, por cuanto confunde varias nociones que carecen de una naturaleza similar. Así, decisiones como las contenidas en las sentencias T-398 de 1998, T-693 de 2004 y T-850 de 2010, contienen fundamentos jurídicos donde, de consuno, la doctrina de los actos propios y la teoría de la confianza legítima se desdibujan, so pretexto de ser emanaciones de la buena fe. Al respecto, comenta lo siguiente la profesora Bernal Fandiño, lo cual consideramos más que pertinente en este punto:

“Nos parece acertado que, refiriéndose a problemas de coherencia en el comportamiento de las parte, se argumente la necesidad de respetar el Principio General de la buena fe, que, como hemos explicado, es fundamento del deber de coherencia. Sin embargo, consideramos que si en estas circunstancias se hace referencia adicionalmente al principio de confianza legítima, a los derechos adquiridos y a la regla *venire*

⁷⁰¹ BERNAL FANDIÑO, Mariana. *Ibíd.*

contra factum proprium o doctrina de los actos propios, sin distinguirlos, se desdibujan las fronteras de cada institución y ellas se confunden entre sí, con la consecuente pérdida de rigor y la generación de incertidumbre para los diferentes actores que intervienen en los procesos judiciales.”⁷⁰².

Y más adelante, señala:

“[...] La jurisprudencia no ha sido clara al respecto y es indispensable delimitar las nociones, pues de lo contrario, su falta de nitidez conduce a que los actos propios y la confianza legítima se vuelvan, entonces, simples *obiter dicta*, que solamente apoyan los verdaderos fundamentos de las decisiones reflejados en la *ratio decidendi* de las sentencias y pierdan utilidad.”⁷⁰³.

Incluso en tiempos recientes, la Corte persiste en utilizar la teoría de los actos propios junto con la teoría de la confianza legítima. En ese sentido, la decisión contenida en la sentencia T-158 de 2006 únicamente tomó ambas figuras jurídicas como dichos de paso para sustentar la confirmación de las sentencias proferidas por los jueces *a quo* y *ad quem*, tendente a denegar el pedimento en sede de tutela. Allí la Corte indicó lo siguiente:

“El principio de confianza legítima “...pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades.”

“A su turno, la tesis del respeto al acto propio deriva del anterior principio en la medida en que, cuando los ciudadanos están vinculados por los actos de la administración, las situaciones generadas por estos actos no pueden ser revertidas de manera unilateral ni arbitraria en detrimento del administrado. En la T-073 de 2005 se dijo: “La Corte ha considerado con fundamento en la teoría del respeto al acto propio, que actos administrativos que reconocen un derecho subjetivo en cabeza de una determinada

⁷⁰² BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 295.

⁷⁰³ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Ibídem.

*persona no pueden ser revocados, salvo con el consentimiento del titular del derecho subjetivo o por orden judicial.”*⁷⁰⁴.

En el caso de la sentencia T-899 de 2006, la Corte consideró que se violenta la confianza legítima cuando, respecto de un crédito de vivienda adquirido inicialmente en pesos, éste sea reliquidado sin la anuencia de la tutelante, convirtiéndola de forma amañada a UVR⁷⁰⁵. No obstante, la aplicación del precedente judicial en este punto permite concluir que la verdadera razón de fondo para la protección de la coherencia negocial es la doctrina de los actos propios y no la teoría de la confianza legítima, por cuanto las disposiciones de las partes implican la creación, modificación o extinción de un derecho subjetivo, lo cual no compone un escenario propicio para la generación de unas expectativas que deban ser protegidas dentro de la relación jurídica⁷⁰⁶.

⁷⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de dos (2) de marzo de dos mil seis (2006). Laureano Augusto Ramírez Gil contra CAPRECOM (T-158-06). M.P.: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Ref. Exp.: T-1217433. Punto 34 de las consideraciones de la Corte.

⁷⁰⁵ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA CUARTA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de tres (03) de noviembre de dos mil seis (2006). Luz Marina Bueno Mogollón contra el Banco Granahorrar (T-899-06). M.P.: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Ref. Exp.: T-1375087.

⁷⁰⁶ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL-SALA CUARTA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de treinta y uno (31) de mayo de dos mil doce (2012). Gloria Stella Muñoz Rodríguez contra Fondo Nacional de Ahorro (T-405-12). M.P.: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Ref. Exp.: T-3342002; CORTE CONSTITUCIONAL-SALA QUINTA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de veintiuno (21) de agosto de dos mil ocho (2008). Yudy Perea Garcés contra Fondo Nacional del Ahorro (T-823-08). M.P.: Dr. Mauricio González Cuervo. Ref. Exp.: T-1863978. En materia de derecho a la educación, están las siguientes sentencias: CORTE CONSTITUCIONAL-SALA NOVENA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de veintiocho (28) de junio de dos mil trece (2013). Duvier Enrique Montoya Arbeláez contra el Municipio de Carolina del Príncipe (T-375-13). M.P.: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Ref. Exp.: T-3796009; CORTE CONSTITUCIONAL-SALA CUARTA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de cinco (05) de marzo de dos mil doce (2012). Sergio Humberto Franco Sarmiento y otros contra Departamento de Arauca y la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Arauca (T-164-12). M.P.: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Ref. Exp.: T-3234345; CORTE CONSTITUCIONAL-SALA TERCERA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de veintidós (22) de septiembre de dos mil once (2011). Juan Carlos Suárez Carrillo en representación de los adolescentes Kevin Mauricio y Juan Sebastián Carrillo Ortega contra la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P. (T-699-11). M.P.: Dr. Juan Carlos Henao Pérez. Ref. Exp.: T-2749998; CORTE CONSTITUCIONAL-SALA NOVENA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de veintiocho (28) de octubre de dos mil diez (2010). Andrea Camila Chaves Camacho contra Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior -ICETEX (T-845-10). M.P.: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Ref. Exp.: T-2677298; CORTE CONSTITUCIONAL-SALA TERCERA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de seis (06) de septiembre de dos mil diez (2010). Acciones de tutela instauradas, separadamente, en representación de

Por otra parte, al igual que la profesora Bernal Fandiño⁷⁰⁷, creemos que la sentencia C-836 de 2001 es una muestra clara de la confusión entre la teoría de los actos propios y el principio o la teoría de la confianza legítima⁷⁰⁸. Allí, la Corte Constitucional sostuvo:

“En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias. En estos

los niños Kelly Johana Landazábal Pinto, Daniel Rodrigo Valdivieso Merino, María Fernanda Rey Rondón, Sandy Danitza Ramírez Rico, Diván Hernando Mantilla Rojas, Ángela María Vera Villamizar, Ximena Alejandra Chacón Rueda y Santiago Gracia Gómez, contra la Secretaría de Educación Distrital de Bucaramanga (T-698-10). M.P.: Dr. Juan Carlos Henao Pérez. Ref. Exp.: T-2634264, T-2634267, T-2634301, T-2634328, T-2644455, T-2661367, T-2661411 y T-2664579. En materia de pensiones, la falta de deslinde entre el principio de confianza legítima y la teoría de los actos propios puede evidenciarse en las siguientes sentencias: CORTE CONSTITUCIONAL-SALA CUARTA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de seis (06) de marzo de dos mil ocho (2008). Gabriel Darío Echeverri Ossa contra Instituto de los Seguros Sociales (T-248-08). M.P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Ref. Exp.: T-1606678; CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de trece (13) de abril de dos mil nueve (2009). Olga de Jesús Cardona Arias contra el Seguro Social, seccional Antioquia (T-268-09). M.P.: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Ref. Exp.: T-2121601; CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de diecisiete (17) de noviembre de dos mil diez (2010). Dorance Rodríguez Asprilla contra la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante (en liquidación obligatoria) (T-923-10). M.P.: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Ref. Exp.: T-2552482; CORTE CONSTITUCIONAL-SALA QUINTA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de veintiocho (28) de marzo de dos mil once (2011). Bernardo Antonio Castañeda Henao contra el Instituto de Seguro Social –ISS– (T-215-11). M.P.: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Ref. Exp.: T-2886459; CORTE CONSTITUCIONAL-SALA TERCERA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de quince (15) de marzo de dos mil doce (2012). María Cristina Jiménez Fernández contra el Instituto de Seguros Sociales –Seccional Valle del Cauca y vinculado el Municipio de Santiago de Cali y el Jefe del Grupo de Oficina de Seguridad Social (T-208-12). M.P.: Dr. Juan Carlos Henao Pérez. Ref. Exp.: T-3271303; CORTE CONSTITUCIONAL-SALA NOVENA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de dieciocho (18) de noviembre de dos mil doce (2012). Guillermina Téllez de Vásquez contra el Instituto de Seguros Sociales (T-722-12). M.P.: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Ref. Exp.: T-3363568; CORTE CONSTITUCIONAL-SALA QUINTA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de quince (15) de abril de dos mil trece (2013). Romelio Artemio Maigual Maigual contra la Alcaldía Municipal y la Secretaría de Bienestar Social de Pasto, el Ministerio de Salud y Protección Social y el Consorcio Prosperar (T-207-13). M.P.: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Ref. Exp.: T-3717271.

⁷⁰⁷ BERNAL FANDIÑO, Mariana. *Ibidem*.

⁷⁰⁸ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA PLENA. Sentencia de constitucionalidad de nueve (09) de agosto de dos mil uno (2001). Carlos Alberto Maya Restrepo contra Ley 169 de 1896, artículo 4º (C-836/01). M.P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Ref. Exp.: D-3374.

casos, la actuación posterior es contraria al principio de la buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación. Esta garantía sólo adquiere su plena dimensión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que, aunque tengan algún tipo de fundamento legal formal, sean irracionales, según la máxima latina *venire contra factum proprium non valet*. En efecto, si esta máxima se predica de la actividad del Estado en general, y se extiende también a las acciones de los particulares, donde – en principio- la autonomía privada prima sobre el deber de coherencia, no existe un principio de razón suficiente por el cual un comportamiento semejante no sea exigible también a la actividad judicial. El derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia. Esta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme”⁷⁰⁹.

De lo anterior, no compartimos la asimilación que hace el Alto Tribunal entre la teoría de los actos propios y el principio de la confianza legítima –como lo realizan algunos autores nacionales y extranjeros–, valiéndose para ello de la utilización de la premisa latina “*Venire contra factum proprium non valet*”, porque, al referirse a esta máxima, el sentido de la Corte es el de proteger las legítimas expectativas de los ciudadanos respecto a la uniformidad y permanencia de la doctrina contenida en las decisiones judiciales de la Corte Suprema de Justicia. El Alto Tribunal es claro cuando desentraña el deber de coherencia y lo liga a los principios de legalidad y seguridad jurídica, los cuales son fundamentos ontológicos de la teoría de la confianza legítima (Ver §§103-104.). Además, creemos que la aplicación de la teoría de los actos propios a las decisiones judiciales no tiene sentido, por cuanto la realidad socio-jurídica señala que el precedente judicial es el sustento de la obser-

⁷⁰⁹ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA PLENA. Óp. Cit. Punto 10. de las Consideraciones de la Corte.

vancia de las propias decisiones proferidas por los operadores jurídicos, la cual, a su vez, se sustenta sobre el principio de igualdad y exige que una carga argumentativa sea aplicada sobre casos concretos similares, salvo que, bajo principio de razón suficiente y siempre que la carga sea superior a la desatada por el órgano de cierre, el juez ordinario considere legítimo variar la hermenéutica casuística anteriormente consolidada.

2.1.3. SECCIÓN III. LA IDENTIDAD DE LOS SUJETOS VINCULADOS POR EL DEBER DE COHERENCIA.

§144. Tur Faúndez señala que el sujeto activo es quien es el titular del derecho subjetivo, y quien posteriormente realiza una conducta abiertamente opuesta a una manifestación anterior, o busca el reconocimiento de un interés jurídico en detrimento de la creación, modificación o extinción de una facultad; en tanto que el sujeto pasivo es quien sufre las consecuencias del ejercicio de la pretensión contradictoria. Con todo, sí es necesario que el sujeto activo que realiza la conducta vinculante sea el mismo individuo que ejerza la pretensión contradictoria⁷¹⁰. Y advierte lo siguiente:

“[...] las consecuencias de los actos propios sólo pueden alcanzar a quien los realiza cuando ejercita derechos propios, y no cuando ejercite derechos de otra persona a la que represente. De otro lado, es de aplicación la doctrina de los actos propios cuando la conducta vinculante es realizada por una persona y la pretensión contradictoria por su representante.”⁷¹¹.

§145. Por su parte, Alejandro Borda recalca que “[...] los sujetos que intervienen en ambas conductas –como emisor o como receptor– sean los mismos.”⁷¹². Tanto

⁷¹⁰ TUR FAÚNDEZ, María Nélica. Óp. Cit. p. 41. Cfr. MESA VALENCIA, Andrés Fernando. Óp. Cit. pp. 71-72.

⁷¹¹ TUR FAÚNDEZ, María Nélica. *Ibidem*.

⁷¹² BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 78.

el sujeto activo –quien observa una determinada conducta y posteriormente la contradice– como el sujeto pasivo –quien es el destinatario de los dos comportamientos– deben ser los mismos sujetos, que, por demás, son los mismos de una relación jurídica. Sin embargo, plantea si es posible aplicar esta figura jurídica en el caso de los herederos respecto de los actos del causante, y en el caso del mandante que contraría la conducta primigenia desatada por su mandatario⁷¹³.

En relación al primer caso, Borda considera insuficiente el argumento para impedir la contradicción entre los actos del causante y los de sus sucesores, en el sentido que la transmisión de derechos sucede al momento mismo de la muerte del *de cuius*, según el artículo 3415 del Código civil argentino⁷¹⁴ –y en nuestro caso, el artículo 1012 del Código civil⁷¹⁵–, por cuanto la aceptación de las asignaciones hereditarias pueden realizarse con beneficio de inventario, la cual se presume en ambos ordenamientos jurídicos. Incluso, señala el profesor argentino que, de acuerdo con Diez de Ribadeneyra, el heredero, al aceptar la asignación con beneficio de inventario, dispone y gobierna en proporción a “[...] la parte de la herencia que adquiera; además el heredero puede impugnar las enajenaciones hechas por el causante violando el orden público o en forma fraudulenta o dolosa.”⁷¹⁶.

Sin embargo, advierte que puede aplicarse la teoría de los actos propios, en el evento que el causante asumió el deber de escriturar la venta de un bien “[...] si éste había vendido la propiedad mediante celebración de boleto de compraventa,

⁷¹³ BORDA, Alejandro. *Ibídem*.

⁷¹⁴ Código civil argentino. Artículo 3415. “*Dada la posesión judicial de la herencia, tiene los mismos efectos que la posesión hereditaria de los descendientes o ascendientes, y se juzga que los herederos han sucedido inmediatamente al difunto, sin ningún intervalo de tiempo y con efecto retroactivo al día de la muerte del autor de la sucesión*”. Creemos que la lectura de este artículo debe ser analizado conjuntamente con el artículo 3282 *ejusdem*: “*La sucesión o el derecho hereditario, se abre tanto en las sucesiones legítimas como en las testamentarias, desde la muerte del autor de la sucesión, o por la presunción de muerte en los casos prescriptos por la ley.*”.

⁷¹⁵ Código civil colombiano. Artículo 1012. “*La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio, salvo los casos expresamente exceptuados.// La sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre, salvo las excepciones legales.*”.

⁷¹⁶ BORDA, Alejandro. *Op. Cit.* p. 79.

aun cuando el plazo dado para escriturar se encontrare vencido”⁷¹⁷ y sus herederos, en condición *in iure hereditatis*, pretenden desconocer dicho acto. En tratándose de un acto realizado *in iure proprium*, “[...] se ha impedido a ciertos herederos desconocer un boleto de compraventa firmado por el causante cuando los herederos ha efectuado actos que importaban reconocer ese boleto; también se ha resuelto que la manifestación efectuada por el causante en determinado sentido, reconocida por el heredero, importa que este asume una obligación que no puede más adelante desconocer.”, toda vez que realizó actos concluyentes tendentes a su reconocimiento o simplemente los reconoció expresamente⁷¹⁸.

Igual sucede cuando se trata de los herederos del sujeto pasivo de la relación jurídica. Borda considera que, aun con beneficio de inventario o no, los sucesores por causa de muerte del sujeto que confió legítimamente reciben la protección que implica la teoría de los actos propios, por cuanto es evidente que quien generó la confianza legítima “[...] debe guardar coherencia en su comportamiento a pesar de que haya muerto la persona que receptó su conducta.”⁷¹⁹. Además de lo anterior, consideramos adecuado este criterio por cuanto la doctrina en estudio, aunque proteja al sujeto pasivo de la relación, se presenta como impedimento para quien genera la confianza legítima; entonces, la argumentación al momento de invocarse se realiza a título de imputación contra el sujeto activo, quien en el caso de sobrevivir frente al sujeto pasivo, debe continuar manteniendo la coherencia relacional.

Por último sobre este punto, puede aplicarse la teoría de los actos propios frente a otra clase de sucesores⁷²⁰, pero advierte que, cuando se trata de un sucesor singular, no puede oponérsele la figura jurídica si incurre en una conducta contradictoria respecto de la efectuada por su antecesor, por cuanto únicamente se suce-

⁷¹⁷ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 80.

⁷¹⁸ BORDA, Alejandro. Ibídem.

⁷¹⁹ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 81.

⁷²⁰ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL-SALA CUARTA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de seis (06) de febrero de dos mil tres (2003). Nelson Parra Jerez contra Banco Granahorrar (T-083-03). M.P.: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Ref. Exp.: T-657041.

den las obligaciones respecto de la cosa, según el artículo 3266 del Código civil argentino⁷²¹ (paráfrasis)⁷²².

De otra mano, en el caso de la procuración o mandato con representación, Borda señala que no existen diferencias entre los actos ejecutados por el mandatario y los realizados por el mandante, por cuanto aquel actúa como si fuera su agenciado. El desconocimiento de los actos propios, tanto en el evento del representado frente a los actos realizados por su mandatario, como en el que un representante contraría las manifestaciones o declaraciones realizadas por su mandante, no es admisible porque se trata, de hecho, de un mismo sujeto. Sin embargo, el profesor argentino admite la posibilidad de ir contra los actos propios “[...] cuando el representante, que actúa como tal, pretende algo contrario a los actos efectuados en nombre propio [...] cuando se realiza una pretensión a nombre propio contraria a una conducta anterior efectuada como representante. En estas situaciones no se vulnera la teoría de los actos propios, toda vez que en realidad no son los mismos sujetos los que realizan los actos, y éste es un requisito imprescindible (identidad de sujetos) para que pueda ser aplicada la citada teoría.”⁷²³.

Ahora bien, a pesar de nuestra adhesión al criterio expuesto por Borda, no lo hacemos de forma total por cuanto el objeto del mandato, como negocio jurídico, sirve de límite específico para su ejecución a cargo del mandatario, según lo contemplan los artículos 2157⁷²⁴ y 2186⁷²⁵ del Código civil. Así, si las manifestaciones

⁷²¹ Código civil argentino. Artículo 3266. “Las obligaciones que comprenden al que ha transmitido una cosa, respecto a la misma cosa, pasan al sucesor universal y al sucesor particular; pero el sucesor particular no está obligado con su persona o bienes, por las obligaciones de su autor, por las cuales lo representa, sino con la cosa transmitida.”.

⁷²² BORDA, Alejandro. *Ibíd.*

⁷²³ BORDA, Alejandro. *Óp. Cit.* p. 83.

⁷²⁴ Código civil colombiano. Artículo 2157. “El mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen a obrar de otro modo.”.

⁷²⁵ Código civil colombiano. Artículo 2186. “El mandante cumplirá las obligaciones que a su nombre ha contraído el mandatario dentro de los límites del mandato.// Será, sin embargo, obligado el mandante si se hubiere ratificado expresa o tácitamente cualesquiera obligaciones contraídas a su nombre.”.

o declaraciones realizadas por el representante comprenden el objeto del encargo confiado por el mandante, es sobre éstas que recae la teoría de los actos propios, puesto que se trata de un mismo interés jurídico que, no obstante, es procurado; pero no puede aplicarse la figura jurídica en estudio frente a aquellas actividades que, no estando comprendidas dentro del mandato, fueron realizadas por el mandatario, de manera que responderá por dichos actos, ya que fueron éstos realizados en nombre propio.

§146. Para Bernal Fandiño, la teoría de los actos propios puede ser aplicada de forma excepcional en eventos donde no necesariamente los sujetos de la relación jurídica son los mismos que deben observar la coherencia negocial según la figura jurídica bajo estudio. La jurista nacional realiza esta afirmación tomando en consideración el concepto de los “centros de interés”, el cual es utilizado por la jurisprudencia española, para referir que, no obstante que los sujetos de derecho son físicamente distintos, éstos representan cada uno un interés, que es el mismo de los demás⁷²⁶. En esa medida, puede ser aplicada esta institución “[...] si un sujeto en una relación jurídica acepta que lo rige una determinada normatividad, pero en otra relación jurídica, frente a otra parte, invoca la no aplicabilidad de esas mismas disposiciones, aunque las circunstancias sean las mismas.”⁷²⁷, y cuando “[...] una parte en un proceso pide el cumplimiento de un contrato cuya nulidad haya afirmado en otro proceso, aunque la contraparte sea distinta.”⁷²⁸.

Según la jurista, otra problemática para la aplicación de la teoría de los actos propios tiene que ver con las personas jurídicas compuestas o sujetos colectivos, teniendo en cuenta que

⁷²⁶ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 252.

⁷²⁷ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 251.

⁷²⁸ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Ibídem.

“[...] como el órgano es distinto de las personas físicas que lo componen, es claro que estas solo actúan como integrantes del mismo cuando desempeñan las funciones que le son inherentes. En consecuencia, ni los actos del sujeto colectivo tienen el carácter de actos propios para las personas físicas que actúan como integrantes de sus órganos ni los actos que estas realizan por fuera de sus funciones respecto del sujeto colectivo se consideran como actos propios de este.”⁷²⁹.

Sin embargo, en el laudo arbitral proferido sobre la causa impulsada por Genser General Limitada y Laboratorios Smart S.A. en reestructuración contra Camilo Bernal Prieto (Ver §7.)⁷³⁰, el Tribunal de arbitramento valoró como contradictoria la conducta de una socia y representante legal de las demandantes, las cuales tuvieron que soportar la aplicación de la teoría de los actos propios, por cuanto

“[...] A pesar de ser representante legal de Laboratorios Smart, y no pudiendo ignorar la enajenación por ser parte de ella, no convocó a la Junta Directiva, no lo discutió en ninguna asamblea de accionistas ni en ningún otro foro, no impidió el registro de la operación en el libro de accionistas y emitió el título a favor del convocado Camilo Bernal.

“Por su parte, Genser General no puede alegar el desconocimiento de la operación, ya que solo tenía como socios a Camilo Bernal y a la señora Sofía Prieto, como se desprende del certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá de fecha 8 de marzo de 2006, [...], ambos copartícipes de la enajenación de las acciones y a su vez, representantes legales de la misma, amén de que siguió participando en asambleas posteriores de Laboratorios Smart S.A., en las que las determinaciones se adoptaron con base en las nuevas mayorías.

“Si bien las sociedades una vez constituidas forman una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (art. 98 del C. de Comercio), en el presente asunto no puede perderse de vista que la señora Sofía Prieto era la representante legal de las sociedades Laboratorios Smart S.A. y Genser General Limitada y por lo tan-

⁷²⁹ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 253.

⁷³⁰ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Laudo Arbitral. Veintiuno (21) de septiembre de dos mil siete (2007). Genser General Limitada y Laboratorios Smart S.A. en reestructuración contra Camilo Bernal Prieto. Presidente del Tribunal: Dr. Jaime Humberto Tobar Ordóñez.

to, administradora en los términos del artículo 22 de la Ley 222 de 1995, condición esta que le genera las facultades y responsabilidades que establece la ley.⁷³¹

Como corolario de lo anterior, creemos que la aplicación de la teoría de los actos propios, en tratándose de una voluntad compuesta como lo supone una persona jurídica, debe ser analizada juiciosamente según los parámetros del caso concreto para no incurrir en un exceso ritual manifiesto. Es conveniente que, en el caso de una persona jurídica, se verifique si las actuaciones desarrolladas por los individuos que tienen un interés en la persona moral corresponden al giro ordinario de los negocios de ésta y si tales declaraciones o manifestaciones fueron realizadas en función del referido interés, puesto que, de acuerdo con la decisión arbitral comentada, aunque los socios sean personas independientes entre sí y respecto de la sociedad, la actuación de la socia se realizó en función de su interés y su cargo en la sociedad, a más que el demandado era igualmente socio. Además, debemos recordar el antecedente histórico en el Derecho romano, acerca de anuencia de los copropietarios para la constitución de una servidumbre sobre un condominio sin que esté plenamente aprobada por todos los condueños (Ver §12.).

2.1.4. SECCIÓN IV. OTROS REQUISITOS CONCURRENTES EN LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS.

§147. Habiendo analizado los anteriores requisitos para la aplicación de la teoría de los actos propios de forma específica, por cuanto la doctrina y la jurisprudencia son unánimes al señalarlas como elementos básicos, consideramos que no es posible dejar a un lado el aporte que algunos sectores de la doctrina jurídica han realizado con el fin de construir una dogmática en torno a la prohibición de ir contra los actos propios. En esa línea, han presentado unos requisitos adicionales a los ya referidos en anteriores secciones, para que la regla de derecho bajo estudio

⁷³¹ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Óp. Cit. p. 2.1.4. de las consideraciones del Tribunal de arbitramento.

tenga una aplicación legítima y que no colinde con las violaciones al principio de legalidad; y para ello, tomaremos bajo consideración los aportes de los profesores Marcelo López Mesa (Subsección I) y Mario Castillo Freyre (Subsección II). Por último, estimamos pertinente analizar a la luz de la doctrina jurídica en qué eventos puede aplicarse la teoría de los actos propios y en qué otras situaciones no es admisible su observancia, atendiendo necesariamente a las reglas imperantes en el Derecho privado colombiano y a su carácter residual y subsidiario (Subsección III).

2.1.4.1. SUBSECCIÓN I. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS, SEGÚN MARCELO J. LÓPEZ MESA, DESDE EL DERECHO ARGENTINO.

§148. En Argentina, el profesor Marcelo J. López Mesa ha señalado la existencia de tres requisitos básicos para aplicar la teoría de los actos propios, a saber: **(i)** la existencia de una situación jurídica preexistente; **(ii)** la existencia de una conducta del sujeto, jurídicamente relevante y plenamente eficaz, que suscite en la otra parte una expectativa seria de comportamiento futuro; y **(iii)** la existencia de una pretensión contradictoria con esa conducta atribuible al mismo sujeto⁷³². No obstante, para el jurista resulta imperioso que se verifique la concurrencia de unos requisitos adicionales, a fin de determinar si la figura bajo estudio puede emplearse o no en un caso específico como razón jurídica de la decisión judicial. Las exigencias ontológicas propuestas por el jurista argentino, en ese sentido, actúan como un segundo filtro para la aplicación adecuada de la teoría de los actos propios, de manera que se hace improcedente fundar una decisión sobre esta figura jurídica si no se reúnen éstos elementos, por cuanto ello legitimaría una situación contraria al Derecho y al valor de la justicia.

⁷³² LÓPEZ MESA, Marcelo J. *La Doctrina de los Actos Propios: esencia y requisitos para su aplicación*. En: Vniversitas, julio-diciembre de 2009, No. 119. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, pp. 189-222. p. 198

De hecho, su planteamiento se justifica en la necesidad de fallar en justicia donde verdaderamente se configure una violación a la buena fe, por la inobservancia del deber de coherencia. Su preocupación, con respecto a la necesidad por aplicar adecuadamente esta figura, se evidencia en la siguiente afirmación:

“El caso es que, salvo excepciones honrosas, hasta aquí la doctrina se ha aplicado en Argentina sin mayor precisión y ha servido en ocasiones para hacer justicia y en otras, simplemente, para acallar al justiciable, sin entrar a analizar si se daban los presupuestos para la aplicación de la doctrina en el caso concreto y, en muchos casos, no concurriendo ellos. Escudo contra pretensiones indebidas, pero también –en ocasiones– artilugio para acallar una pretensión juzgada molesta han sido los dos usos para los que ha servido la doctrina”⁷³³.

Bajo esa óptica, resulta imperativo verificar si **(i)** los actos expresivos de la voluntad del supuesto sujeto voluble son inequívocos respecto de su alcance y de la intención de crear o modificar un derecho; **(ii)** la contradicción con el acto anterior resulta palmaria; **(iii)** la voluntad inicial no se encuentra viciada; **(iv)** la voluntad plasmada en el primer acto, que luego se pretende contradecir fue libre; **(v)** si existe una identidad de los sujetos que actúan y se vinculan en ambas conductas; y **(vi)** se puede predicar la juridicidad de la primera conducta⁷³⁴.

Para el estudio de estos requisitos adicionales, se analizarán en lo más relevante puesto que, en nuestro criterio, algunos de estas exigencias han sido abordadas anteriormente al momento de estudiar la conducta primigenia (Ver §113), la conducta o pretensión contradictoria (Ver §123) y la identidad de sujetos (Ver §144).

⁷³³ LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. p. 195.

⁷³⁴ LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. p. 198; LÓPEZ MESA, Marcelo J. *La Doctrina de los Actos Propios. Doctrina y Jurisprudencia*. 3º ed. Buenos Aires: Editorial B. de F., 2013. 367 pp. ISBN: 9789974708159. pp. 162-183.

2.1.4.1.1. LOS ACTOS EXPRESIVOS DE LA VOLUNTAD DEL SUPUESTO SUJETO VOLUBLE DEBEN SER INEQUÍVOCOS RESPECTO DE SU ALCANCE Y DE LA INTENCIÓN DE CREAR O MODIFICAR UN DERECHO.

§148. Para López Mesa, la conducta primaria debe ser, con fundamento en la jurisprudencia española, lo suficientemente sólida y consistente como para que pueda concluirse que de ella se desprende una declaración concluyente e inequívoca para crear, modificar o extinguir un derecho. Más allá de toda sombra de duda, las conductas primigenias son actos trascendentales o que causan una convención, definitorios de la situación jurídica del sujeto activo respecto del sujeto pasivo; al contrario, “[...] es inviable cuando la significación de los actos aparentemente contradictorios no es clara, patente o cristalina. No es cuestión de jugar a las adivinanzas.”⁷³⁵.

No obstante, las conductas primarias no se circunscriben únicamente a las manifestaciones o declaraciones de voluntad, sino que el silencio es una situación igualmente suficiente para que el sujeto activo se obligue a observar el deber de coherencia, si su voluntad se modifica en el tiempo y desconoce los efectos de su primera posición⁷³⁶. Esta tesis la sustenta con fundamento en la casuística judicial argentina y española, al señalar situaciones concretas de no ejercicio de un derecho en las cuales se ventila una declaración tácita de voluntad, como lo señala el artículo 918 del Código civil argentino⁷³⁷ y teniendo en cuenta el criterio del “silencio permeable”, concepto de la doctrina jurídica francesa, consistente en un “[...] silencio que deja filtrar la voluntad de quien lo guarda. En casos tales, la intención

⁷³⁵ LÓPEZ MESA, Marcelo. Óp. Cit. p. 166.

⁷³⁶ LÓPEZ MESA, Marcelo. *Ibidem*. LÓPEZ MESA, Marcelo J. *La Doctrina de los Actos Propios: esencia y requisitos para su aplicación*. En: *Vniversitas*, julio-diciembre de 2009, No. 119. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, pp. 189-222. p. 199

⁷³⁷ Código civil argentino. Artículo 918. “La expresión tácita de la voluntad resulta de aquellos actos, por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exija una expresión positiva, o cuando no haya una protesta o declaración expresa contraria.”.

es ciertamente muda, pero ella se transparenta merced a elementos exteriores.”⁷³⁸. A su vez, el jurista argentino añade lo siguiente:

“Quien luego de un plazo prolongado de inacción ante el incumplimiento de un contrato o ante la insatisfacción de un derecho suyo, cambia radicalmente de postura, está contrariando el Principio General de la buena fe y su derivación, la doctrina de los actos propios.”⁷³⁹.

Sobre este punto, es cierto que la conducta primigenia debe estar despojada de toda sombra de duda acerca del alcance jurídico que ésta pueda tener sobre los intereses de las partes. Ciertamente, la conducta jurídica importa si crea, modifica o extingue un derecho subjetivo, razón en la cual se sustenta la generación de una confianza legítima –no de una expectativa legítima– y el motivo por el cual se aplica la teoría de los actos propios. Sin embargo, no es de recibo afirmar que el silencio puede ser tomado en sí mismo como una situación generadora de confianza legítima, por cuanto es una situación de inactividad que, además de no vincular en Derecho por regla general, no resulta clara ni evidente en cuanto a la generación de una confianza legítima, toda vez que se trata de una situación de incertidumbre. Por otro lado, si el silencio es tomado como una declaración tácita de voluntad, éstas tienen un régimen especial que las valora jurídicamente (Ver §46).

2.1.4.1.2. LA CONTRADICCIÓN CON EL ACTO ANTERIOR DEBE SER PALMARIA.

§149. Según el profesor López Mesa, la contradicción entre las dos conductas debe ser palmaria, en la medida que “[...] no debe dejar lugar a dudas ni a segundas interpretaciones.”⁷⁴⁰. Nuevamente con fundamento en la doctrina jurisprudencial española, para la aplicación de la teoría de los actos propios se requiere de un

⁷³⁸ MOURY, Jacques. *L'acceptation de l'offre de contrat u de modification du lien contractuel peut-elle résulter du silence de l'une des parties?* Recueil Dalloz, t. 1994, sec. Jurisprudence, p. 69. En: LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. p. 168.

⁷³⁹ LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. p. 170.

⁷⁴⁰ LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. p. 172. Igualmente en: LÓPEZ MESA, Marcelo J. *La Doctrina de los Actos Propios: esencia y requisitos para su aplicación*. p. 201.

nexo de causalidad entre la conducta primaria y la conducta posterior y contradictoria, que se caracterice por su claridad, su eficiencia y su directa correspondencia entre ambas manifestaciones o declaraciones⁷⁴¹.

En nuestra opinión, este requisito guarda directa relación con la capacidad innata de la conducta primaria para generar la confianza legítima que se tutela con la teoría de los actos propios. Dado que la figura bajo análisis supone la valoración de dos conductas jurídicas en conjunto para determinar si es procedente en una situación concreta o no, ineludiblemente debe verificarse que entre ambas manifestaciones o declaraciones exista una relación lógica que permita dilucidar sin mayor esfuerzo la contradicción conductual del sujeto activo; ello, por cuanto la conducta anterior supone la generación de un efecto jurídico dado por las partes que, en circunstancias de total normalidad, se conservarían en el espacio y tiempo relevantes para el Derecho, pero el cambio injustificado de posición jurídica adquiere una significación trascendental por afectar directamente el interés del sujeto de derecho acerca de la continuidad de la situación fijada por las partes de la relación jurídica.

2.1.4.1.3. LA VOLUNTAD INICIAL NO DEBE HABER ESTADO VICIADA.

§150. La materialización de la doctrina de los actos propios como razón jurídica para una situación concreta supone que la conducta primigenia sea exenta de todo elemento que la convierta en ineficaz por estar viciada, apartándose Marcelo J. López Mesa para este propósito de la posición del maestro Luis Díez-Picazo, quien planteó que la protección de la confianza legítima se concreta indistintamente del elemento volitivo del sujeto activo⁷⁴²; y con apoyo en el profesor Fernando Fueyo Lanieri, quien señala que el acto propio debe ser válido, en la medida de no

⁷⁴¹ LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Ibídem*. Para este efecto, el jurista recurre a la sentencia del Tribunal Supremo español, Sala primera de lo civil, de 16 de febrero de 1988. M.P.: Señor Albácar López, *LL* (España), t. 1988-2, p. 188.

⁷⁴² Díez-Picazo Ponce de León, Luis. *Óp. Cit.* p. 209. Citado por: LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Óp. Cit.* p. 173.

ser una conducta cuya nulidad sea probada y declarada por los operadores judiciales⁷⁴³. En sentir del profesor López Mesa y con fundamento en la doctrina judicial española, la teoría de los actos propios no puede ser aplicada si el acto propio no está revestido de cierta solemnidad, no es expreso, es ambiguo y carece de delimitaciones en cuanto al rol del sujeto activo ni en cuanto al contenido del acto mismo; de manera que la carencia de estos elementos se traduce en la existencia de un error, ignorancia, conocimiento equivocado o un acto de mera tolerancia⁷⁴⁴.

En un escrito del jurista y académico para una publicación nacional, afirmó que no comparte un criterio totalmente objetivo, por cuanto el régimen de nulidades tiene fundamento legal en contrapartida con el origen pretoriano de la figura. Ahora bien, el vicio debe ser acreditado o justificado por la parte que lo alega y apreciado prudentemente por el operador judicial, pues lo contrario significaría “[...] una terrible dictadura del pasado en busca de evitar la desprotección de la confianza.”⁷⁴⁵.

Teniendo en cuenta que la argumentación del profesor López Mesa tiende a limitar completamente la aplicación de la teoría de los actos propios en materia de nulidad, si bien afirma adherirse “[...] a un criterio objetivista “crítico”, por llamarle de algún modo; es decir que no [es] partidario de la “manga ancha” para excusar lo inexcusable o para premiar la torpeza [...]”⁷⁴⁶, debemos hacer las siguientes precisiones sobre este punto, tomando como fundamento la posición de la profesora Mariana Bernal Fandiño⁷⁴⁷:

En primer lugar, pareciera ser que los actos jurídicos viciados de nulidad absoluta constituyen una excepción evidente a la aplicación de la teoría de los actos pro-

⁷⁴³ LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Ibídem*.

⁷⁴⁴ LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Óp. Cit.* p. 174.

⁷⁴⁵ LÓPEZ MESA, Marcelo J. *La Doctrina de los Actos Propios: esencia y requisitos para su aplicación*. En: Vniversitas, julio-diciembre de 2009, No. 119. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, pp. 189-222. pp. 204-205

⁷⁴⁶ LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Óp. Cit.* p. 204.

⁷⁴⁷ BERNAL FANDIÑO, Mariana. *Óp. Cit.* pp. 258-263.

pios y que, en consecuencia, el régimen jurídico de la ineficacia por nulidad se materializara de forma preferente por estar contemplado en la ley, en contraposición con el origen jurisprudencial de la figura. Sin embargo, las manifestaciones y declaraciones que revisten nulidades absolutas por objeto y causa ilícita resultan insubsistentes para el Derecho y, por tanto, llamadas a desaparecer del ordenamiento jurídico, de conformidad con el artículo 1742 del Código civil⁷⁴⁸; en cambio, tratándose de los actos que no cumplen con un requisito o formalidad para su valor en consideración de su naturaleza, el mismo texto legal señala que éstos pueden ser ratificados por las partes y excepcionalmente por la prescripción extraordinaria. Habida cuenta, al igual que Bernal Fandiño lo sostiene, es en virtud de la permisión legal referida anteriormente que puede afirmarse que la teoría de los actos propios puede aplicarse en casos de nulidad absoluta que deriven de eventos diferentes a la causa y objeto ilícitos, siempre que aquellos eventos sean saneados o ratificados por las partes, o en los cuales opere la prescripción extraordinaria⁷⁴⁹.

En segundo lugar, tratándose de un acto viciado de nulidad relativa, la ratificación de las partes constituye la conducta jurídica relevante para que proceda la aplicación de la teoría de los actos propios, pues los integrantes de la relación jurídica prestaron su consentimiento para que una manifestación o declaración surtiera sus efectos jurídicos. Sin embargo, para Bernal Fandiño, verificada la ratificación del acto viciado, ésta sería protegida por el régimen de la eficacia del negocio jurídico, tornando inviable que la doctrina bajo estudio sea concretada en un caso sujeto a esta vicisitud; de hecho, señala que no podría ser aplicada a actos viciados de nulidad por cuanto el objeto de la prohibición de ir contra el acto propio lo constituyen las conductas de los sujetos, no actos jurídicos propiamente, y por

⁷⁴⁸ Código civil colombiano. Artículo 1742. *“La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.”*

⁷⁴⁹ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. pp. 260-261.

cuanto es requisito para su procedencia la eficacia de la conducta primaria. A pesar de este reparo, señala lo siguiente la profesora Bernal Fandiño:

“[...] si la conducta posterior del sujeto ha creado en el otro una confianza fundada acerca de que posteriormente no se solicitará la declaración de invalidez del acto, pero, aprovechándose de las circunstancias que ya no le resultan favorables, decide impugnarlo, podría aplicarse la regla de *venire contra factum proprium*, pues lo que se analiza no es el acto como tal como primera conducta, sino el comportamiento posterior. El juez analizará el caso concreto, con el límite de si el acto era o no subsanable. Esta posibilidad puede resultar interesante para sancionar un comportamiento contrario a la buena fe, sin que se discuta si la conducta posterior al acto constituye o no ratificación, pues en materia de actos propios es irrelevante el tema de la voluntad. En efecto, solo debe tenerse en cuenta si hubo o no contradicción y si se creó o no una confianza legítima en el otro.”⁷⁵⁰.

2.1.4.1.4. **LA VOLUNTAD ORIGINAL, QUE SE PRETENDE CONTRADECIR LUEGO, DEBE HABER SIDO LIBRE.**

§151. Tomando como base de su argumentación en este punto el desarrollo casuístico del Tribunal Supremo español y los comentarios de los profesores argentinos Morello y Stiglitz, López Mesa sostiene que la conducta primaria debe ser exteriorizada tras un proceso interno libre y sin presiones, a pesar de las falencias del Código civil argentino en materia del acto anulable por fuerza o intimidación⁷⁵¹. En sentido contrario, el acto propio que haya sido exteriorizado bajo presión, violencia o intimidación puede ser lícitamente revocado⁷⁵².

⁷⁵⁰ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 262.

⁷⁵¹ En sentir del profesor López Mesa, las falencias se presentan en los siguientes artículos: Código civil argentino. Artículo 941. “La fuerza o la intimidación hacen anulable el acto, aunque se haya empleado por un tercero que no intervenga en él.”; Artículo 1046. “Los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados; y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase.”; y el Artículo 1051. “Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual; salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable.”.

⁷⁵² LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. pp. 174-176.

En nuestro sentir, si bien la motivación del jurista argentino consiste en tratar de forma especial lo tocante a la fuerza, en tanto vicio del consentimiento, en vista de las falencias que el sistema de Derecho civil positivo argentino contiene sobre este punto, creemos que la valoración especial de la conducta primaria viciada por una fuerza más allá del temor reverencial resulta redundante, si se tiene en cuenta que los efectos de la declaración o manifestación afectada por este vicio del consentimiento –así como el error o la fuerza– son anulados por nulidad relativa (Ver §150). En lo que respecta a la teoría de los actos propios, si el acto es convalidado por la voluntad de las partes, tal ratificación constituiría el acto propio que se protegería con la figura bajo estudio, haciendo la salvedad que podría suceder que el régimen de las ineficacias de los actos jurídicos tenga una aplicación preferente; pero, reiterando sobre lo dicho por los profesores Borda y Bernal Fandiño en sus respectivas oportunidades, sería procedente la aplicación de la teoría de los actos propios si la invocación de la nulidad relativa por fuerza al momento de realizar la declaración o manifestación jurídica, realizada por el sujeto activo, implica ser la solución a la incomodidad que le supone la conservación de una situación irregular consentida por él mismo con el paso del tiempo y de la cual ha obtenido un beneficio⁷⁵³.

2.1.4.1.5. **DEBE DARSE LA IDENTIDAD DE LOS SUJETOS QUE ACTÚAN Y SE VINCULAN EN AMBAS CONDUCTAS.**

§152. La identidad de sujetos consiste en la mismidad que caracteriza a quienes intervienen en una relación cuya coherencia se ve afectada por uno de ellos. López Mesa afirma que “[...] normalmente esta doctrina se aplicará a situaciones en las que ambos actos, la declaración de voluntad original –sea expresa o tácita– y el intento posterior de volver sobre ella se habrán producido con la intervención de los mismos sujeto de la relación jurídica.”⁷⁵⁴.

⁷⁵³ BERNAL FANDIÑO, Mariana. *Ibidem.*; BORDA, Alejandro. *Óp. Cit.* p. 85.

⁷⁵⁴ LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Óp. Cit.* p. 177.

No obstante, el jurista argentino considera que, en forma excepcional, el cumplimiento del requisito de la identidad de sujetos no necesariamente debe predicarse de ambos sujetos sino, en esencia, del sujeto activo que violenta la coherencia de las partes, atendiendo a que el eje de esta exigencia es la personalidad del sujeto de derecho que incurre en la afrenta a la buena fe. En ese sentido, considera que se aplica la teoría de los actos propios en eventos donde, por ejemplo, un demandante en una causa judicial alegó que la demandada estaba obligada a pagar una indemnización por incapacidad laboral total, lo cual fue plenamente probado y decretado por el juez, pero tres años más tarde presentó idénticas pretensiones contra una demandada que, al igual que la accionada en la primera relación, estaba dedicada al transporte público, y que fue defendida por el mismo apoderado de la primera relación procesal, quien advirtió en ejercicio del derecho de defensa tal duplicidad en el ejercicio de sus actos procesales y alegaciones. Al concluir sobre este caso, dice lo siguiente el profesor López Mesa:

“En este ejemplo, perfectamente puede funcionar la doctrina de los actos propios para impedir, a quien ha realizado dos alegaciones incompatibles entre sí en dos juicios distintos, el ejercicio de derechos que contrarían su anterior conducta y alegaciones. La falta de identidad del demandado de ambos procesos no puede impedir la aplicación de la doctrina, puesto que ello implicaría tanto como premiar la mala fe, suministrando a quien no obra de buena fe herramientas para engañar, manipular las formas republicanas, pudiendo esgrimir útilmente formalismos vanos para evitar que se le apliquen los remedios que el derecho ha estructurado para tratar casos como el suyo. Es así que el acto que uno de los contratantes realice con un tercero no pueda ser considerado un acto propio con eficacia respecto de quien no actuó en el primero, pero sí forma parte de la relación jurídica que se pretende afectar con la actuación voluble.”⁷⁵⁵.

En nuestro sentir, en efecto, sí hay que proteger la buena fe procesal cuando se presenta una situación similar a la narrada por el jurista argentino, pero no puede

⁷⁵⁵ LÓPEZ MESA, Marcelo. Óp. Cit. p. 178.

caerse en el error de creer que la teoría de los actos propios es el medio más idóneo para sancionar una conducta abusiva en el ejercicio del derecho. Al no tener en cuenta el concepto del “centro de interés”, por un lado desdibujó la existencia de una relación jurídica como límite espacial y temporal para la aplicación de esta doctrina bajo comentario y, por otro lado, delimitó en exceso la identidad del sujeto activo que afecta la confianza legítima, reduciéndola a su personalidad misma; de manera, pues, que un análisis juicioso de la situación únicamente podría dar como sujetos idénticos en ambas relaciones procesales tanto al demandante como al apoderado de las demandadas, sin considerar que representan el interés de dos personas jurídicas diferentes. Así, la argumentación esgrimida a favor de la aplicación de la teoría de los actos propios, so pretexto de dejar impune una situación *contra bona fides*, termina siendo tan folclórica como el ejercicio del derecho realizado por el demandante las referidas causas judiciales. El abuso del derecho es la figura protectora de la buena fe bajo la cual mejor se amolda el supuesto comentado por el jurista, específicamente el abuso del derecho a demandar.

2.1.4.1.6. LA JURIDICIDAD DE LA PRIMERA CONDUCTA.

§153. Para el profesor López Mesa, la juridicidad de la conducta primaria significa que “[...] si la primera conducta está prohibida por el ordenamiento jurídico, es decir, fuera antijurídica, o ilícita, o inmoral, no habría posibilidad de aplicar la doctrina de los actos propios, o sea, la doctrina de los actos propios no puede aplicarse a los supuestos contemplados en el art. 953 del Código Civil [argentino]⁷⁵⁶.”⁷⁵⁷. Esto quiere decir que la voluntad proveída por las partes sobre una situación contemplada expresamente por una norma jurídica como prohibida, no tiene, según el jurista argentino, la relevancia jurídica ni eficacia plena, de modo que no se cum-

⁷⁵⁶ Código civil argentino. Artículo 953. “El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto.”.

⁷⁵⁷ LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. p. 180.

ple con un requisito que imposibilita, luego, la aplicación de la teoría de los actos propios⁷⁵⁸.

Sin entrar a redundar en lo que ya es evidente a la razón, en nuestro Derecho privado no habría posibilidad de aplicar la teoría de los actos propios en los casos cuya conducta primigenia tenga un objeto ilícito⁷⁵⁹ o cuya causa sea contraria al ordenamiento jurídico⁷⁶⁰. No obstante, la nulidad absoluta pesa sobre esta clase de actos, considerados por la ley como insaneables, llamados al inevitable fracaso en el mundo jurídico. Por tal razón, no puede aplicarse la teoría de los actos propios en estos supuestos, puesto que no pueden ser convalidados por las partes ni, excepcionalmente, sobre ellos opera la prescripción extraordinaria para sanear el acto viciado (Ver §150).

⁷⁵⁸ LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. p. 181. En nuestro criterio, no precisamente el Ordenamiento los considera irrelevantes, por cuanto la estipulación de un régimen sancionatorio por sus ineficacias sustanciales es suficiente para determinar su importancia para el Derecho. La relevancia que se carece en este caso, entonces, se predica para la institución jurídica en estudio, puesto que le importa únicamente las conductas que han sido concebidas y paridas dentro de la licitud, si bien posteriormente se pretenda desconocerlas.

⁷⁵⁹ Código civil colombiano. Artículo 1502. *“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: / 1o.) que sea legalmente capaz.// 2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.// 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.// 4o.) que tenga una causa lícita.// La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.”* Artículo 1519. *“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.”* y Artículo 1523. *“Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.”* Por otro lado, creemos que la licitud del objeto radica en que sea física y moralmente posible, de conformidad con el artículo 1518 del Código civil colombiano.

⁷⁶⁰ Código civil colombiano. Artículo 1524. *“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 una causa ilícita.”*

2.1.4.2. SUBSECCIÓN II. LOS REQUISITOS DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS, DESDE LA PERSPECTIVA DE MARIO CASTILLO FREYRE Y RITA SABROSO MINAYA, EN EL DERECHO PERUANO.

§154. Tomando como punto de partida que la teoría de los actos propios constituye una regla de derecho y no un principio, los profesores peruanos Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya estudian pormenorizadamente su aplicación en los casos donde la conducta primaria adolece de una nulidad⁷⁶¹. En esta tarea, siguen la sombra académica del profesor López Mesa y Carlos Rogel Vide⁷⁶², no obstante que éstos sostienen que la doctrina de los actos propios es un Principio General del Derecho. Para los juristas peruanos, existen ocho eventos a los cuales, a la luz del ordenamiento jurídico civil peruano, no puede aplicarse la figura bajo estudio por estar viciados de nulidad, a saber: **(i)** el acto jurídico contrario al Orden Público o a las Buenas Costumbres; **(ii)** la falta de manifestación de voluntad del agente; **(iii)** el acto jurídico fue realizado por una persona absolutamente incapaz; **(iv)** el acto jurídico tiene un objeto física o moralmente imposible o indeterminable; **(v)** el acto fue realizado con una causa ilícita; **(vi)** el negocio jurídico adolece de simulación absoluta; **(vii)** el negocio jurídico que no reviste la forma prescrita por la ley en consideración a su naturaleza; y **(viii)** el acto jurídico considerado nulo por ministerio de la ley.

⁷⁶¹ CASTILLO FREYRE, Mario, y SABROSO MINAYA, Rita. *La Teoría de los Actos Propios y la Nulidad ¿Regla o principio de derecho?* En: Revista Jurídica de Perú. No. 94. Lima: Normas Legales, diciembre de 2008.

⁷⁶² LÓPEZ MESA, Marcelo J. y ROGEL VIDE, Carlos. *La doctrina de los actos propios. Doctrina y Jurisprudencia*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial Reus y Editorial IB de F, 2005.

2.1.4.2.1. **EL ACTO JURÍDICO CONTRARIO A LAS LEYES QUE INTERESAN AL ORDEN PÚBLICO O A LAS BUENAS COSTUMBRES.**

§155. La teoría de los actos propios no puede ser aplicada en aquellos casos que, observando el tenor del artículo V del Título Preliminar del Código civil peruano⁷⁶³, atenta contra el Orden Público o a las Buenas Costumbres protegidas por la ley⁷⁶⁴. Para explicar esta situación, los juristas peruanos afirman que el referido texto legal supedita la autonomía de la voluntad a la primacía de estos elementos rectores, so pena de ser declarados nulas las manifestaciones o declaraciones que no la obedezcan; en sentido contrario “[...] el ordenamiento jurídico reconoce la eficacia de la autonomía de la voluntad, a la que le permite crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, sólo si está enmarcada dentro del orden público.”, y cuya sanción es la nulidad absoluta del negocio jurídico⁷⁶⁵.

En el caso que una de las partes descubriera que el acto jurídico que lo vincula ofende estas concepciones basales, aplicar la teoría de los actos propios sería irrelevante, porque lo puesto en juego no es la confianza legítima del sujeto pasivo sino que se trata de un asunto de carácter imperativo e independiente del querer de las partes. En sentido contrario,

“[...] tendríamos que afirmar que en virtud de la supuesta –y negada por nosotros– aplicación de la Teoría de los Actos Propios, el juez tendría obligatoriamente que declarar infundada la demanda, en razón de que quien la interpuso, alguna vez sostuvo lo contrario de lo que sostiene ahora, a pesar de que el acto o contrato cuya nulidad se invoca, sea manifiestamente contrario al orden público o a las buenas costumbres, configurando el supuesto de nulidad establecido por el citado artículo V del Título Preliminar del Código Civil [peruano].”⁷⁶⁶.

⁷⁶³ Código civil peruano. Artículo V. “*Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.*”.

⁷⁶⁴ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. Óp. Cit. p. 3.

⁷⁶⁵ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. Ibídem.

⁷⁶⁶ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. Óp. Cit. p. 4.

En lo que a nuestro Ordenamiento jurídico respecta, baste para nosotros estar a lo dicho sobre las nulidades absolutas por objeto y causa ilícitas, previstas en los artículos 16⁷⁶⁷ y 1519⁷⁶⁸ y el inciso segundo del artículo 1524⁷⁶⁹ de nuestro Código civil. En este caso, como los acuerdos de las partes que no observen el Orden Público o las Buenas Costumbres constituyen conductas sancionables con la nulidad absoluta y, además, no pueden ser saneadas en virtud de la afrenta que éstas suponen en contra del ordenamiento mismo, de manera que se torna inviable considerar con fundamento en la teoría de los actos propios (Ver §150).

2.1.4.2.2. **EL ACTO JURÍDICO EN DONDE FALTE LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD DEL AGENTE.**

§156. En el Ordenamiento jurídico peruano, la falta de manifestación de voluntad del agente conduce a la nulidad del acto jurídico, de conformidad con el numeral primero del artículo 219 del Código civil peruano⁷⁷⁰. Para Castillo Freyre y Sabroso Minaya, la manifestación de voluntad es la conclusión misma del proceso formativo de la voluntad jurídica, consecuencia misma de la voluntad interna que ha sido exteriorizada; no obstante, cuando resulta imposible “[...] referir o imputar eficazmente dicha manifestación a su pretendido autor [...]”⁷⁷¹, dicha manifestación resulta nula.

Ambos juristas consideran que hay falta de manifestación de voluntad cuando **(i)** el sujeto a quien se le imputa la declaración carece de existencia jurídica; **(ii)** la

⁷⁶⁷ Código civil colombiano. Artículo 16. “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres.”.

⁷⁶⁸ Código civil colombiano. Artículo 1519 “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.”.

⁷⁶⁹ Código civil colombiano. Artículo 1524, inciso 2°. “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.”.

⁷⁷⁰ Código civil peruano. Artículo 219. “El acto jurídico es nulo: 1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.”.

⁷⁷¹ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. Óp. Cit. p. 5.

manifestación de la voluntad no ha sido materialmente efectuada por el sujeto al cual se le atribuye la misma, v.gr. en el supuesto donde la manifestación escrita fue falsificada; **(iii)** cuando la manifestación de voluntad carece de relevancia negocial, cuando **(a)** la manifestación no está orientada a crear, modificar o extinguir una reglamentación de intereses, **(b)** la manifestación no es seria, y **(c)** la manifestación dirigida a concluir un contrato no concuerde con la de su contraparte negocial; **(iv)** cuando sobre la voluntad del agente operó una presión física⁷⁷².

Para los juristas Castillo Freyre y Sabroso Minaya, si un heredero se percató de la falsedad de la firma del causante en un contrato celebrado por éste y ejecutado en el tiempo, es lícito invocar la nulidad por falta de manifestación de la voluntad del agente, “[...] a pesar de que aquél que sí celebró ese acto, invocara que el heredero estaría actuando contra la Teoría de los Actos Propios, al sostener hoy que dicho contrato era nulo, cuando antes sostuvo lo contrario.”⁷⁷³.

En el caso de nuestro ordenamiento jurídico, la teoría de los actos propios no se aplica a las manifestaciones que no son serias, por cuanto se busca proteger una relación cuyo objeto es la disposición de un interés jurídico, bien sea creando, modificando o extinguiendo efectos en Derecho (Ver §117), de manera que toda intención, expresión desiderativa o cualquier manifestación personal que carezca de seriedad resulta irrelevante para el Derecho, y por tanto, sobre éstas no se aplica la doctrina bajo análisis. El ordenamiento jurídico no sanciona tales conductas con la nulidad porque, de forma llana, desde su nacimiento no producen efectos jurídicos. Ahora bien, tratándose de las restantes situaciones previstas por los académicos peruanos, la nulidad relativa es la sanción que les incumbe aplicar cuando se afecta la voluntad del sujeto que actúa en determinada forma, teniendo en cuenta lo previsto en los artículos 1502, 1508, 1510 al 1515, y 1741 del Código civil.

⁷⁷² CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. *Ibídem*.

⁷⁷³ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. *Óp. Cit.* p. 6.

2.1.4.2.3. EL ACTO JURÍDICO PRACTICADO POR PERSONA ABSOLUTAMENTE INCAPAZ.

§157. La teoría de los actos propios, para Castillo Freyre y Sabroso Minaya, no puede ser aplicada cuando el acto realizado por el sujeto agente adolece de nulidad, en virtud de la incapacidad absoluta que pesa sobre el sujeto activo en la relación jurídica, con fundamento en el numeral segundo del artículo 219 del Código civil peruano⁷⁷⁴.

Sin entrar en mayores disquisiciones, la incapacidad absoluta del sujeto genera la nulidad absoluta del acto jurídico que realice en nombre propio. Sin embargo, “¿Qué pasaría si un incapaz absoluto celebra un contrato y, siendo incapaz, sostiene de palabra y en la ejecución del propio contrato, conductas que inequívocamente indiquen que dicho contrato era válido?”⁷⁷⁵. Para los juristas, de forma inevitable debe concluirse que no se puede vedar el comportamiento del sujeto agente cuando alega la nulidad del acto jurídico, en virtud de su incapacidad absoluta para ejercer el derecho subjetivo dispuesto. En otras palabras:

“Todo esto puede que sea cierto, es decir, puede que verdaderamente haya ocurrido un notorio y radical cambio de conducto en dicho comprador, pero en tanto y en cuanto ese cambio de conducta esté amparado en una norma expresa de la propia ley, no resulta aplicable la Teoría de los Actos Propios, sino la nulidad del contrato.”⁷⁷⁶.

Ahora bien, consideramos prudente estar a lo indicado en cuanto a las nulidades absolutas y su relación con la aplicación de los actos propios. Esto quiere decir que si la conducta que adolece de esta especie de ineficacia puede ser saneada, por cuanto su reproche es distinto a la causa u objeto ilícito, la teoría de los actos propios podría ser aplicada. Además, si la invocación de la nulidad resulta contra-

⁷⁷⁴ Código civil peruano. Artículo 219. “El acto jurídico es nulo: 2.- Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.”.

⁷⁷⁵ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. Óp. Cit. p. 7.

⁷⁷⁶ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. Óp. Cit. p. 8.

dictorio con la aquiescencia del sujeto agente para la continuidad de los efectos jurídicos señalados por la ley y las partes, y ha obtenido un lucro con fundamento en este negocio nulo, mal podría declararse la nulidad del acto jurídico ya que el acto fue ratificado por quien generó la confianza legítima y obliga en la misma medida que un acto lícito y válido (Ver §150).

2.1.4.2.4. **EL ACTO JURÍDICO NULO POR OBJETO FÍSICA O JURÍDICAMENTE IMPOSIBLE O INDETERMINABLE.**

§158. Castillo Freyre y Sabroso Minaya señalan que no puede aplicarse la teoría de los actos propios cuando el objeto no es física o moralmente posible, o cuando es indeterminable, según el numeral tercero del artículo 219 del Código civil peruano⁷⁷⁷.

Sin recurrir a explicaciones fatigantes sobre este punto, la imposibilidad para sanear este vicio jurídico hace que la nulidad absoluta tenga una aplicación por encima de teoría de los actos propios (Ver §150), teniendo en cuenta que “[...] la posibilidad de un acto se relaciona directamente con la capacidad de que el acto celebrado por las partes cumpla con la finalidad jurídica deseada por ellos”, y que se espera que, físicamente, el objeto pueda ser cumplido sin mayor aplicación de esfuerzos sobrehumanos o más allá del debido en una situación concreta, y que ambas partes estén en la condición de cumplir las reglas negociales pactadas⁷⁷⁸. En nuestro Derecho, la indeterminación del objeto negocial, así como pactar lo imposible física o moralmente, conduce a la ineficacia del negocio, puesto que la formación de un negocio jurídico obedece a la necesidad de satisfacer un interés jurídicamente relevante.

⁷⁷⁷ Código civil peruano. Artículo 219. “El acto jurídico es nulo: 3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.”.

⁷⁷⁸ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. Óp. Cit. p. 10. Sobre este punto, Castillo Freyre y Sabroso Minaya advierten que la imposibilidad física puede ser absoluta o relativa, y objetiva o subjetiva.

2.1.4.2.5. EL ACTO JURÍDICO NULO POR FIN ILÍCITO.

§159. La causa, para los profesores Castillo Freyre y Sabroso Minaya, “[...] se configura tomando en cuenta tanto su aspecto objetivo como su aspecto subjetivo, por lo que la licitud de la misma se producirá siempre que los dos aspectos de la causa resulten de conformidad con el ordenamiento jurídico.”⁷⁷⁹. En ese sentido, y con fundamento en el numeral cuarto del artículo 219 del Código civil peruano⁷⁸⁰, los actos cuya causa resulta contraria al Derecho son sancionados con la nulidad absoluta. En el caso colombiano, la nulidad absoluta aplicada a los actos cuya causa no respete el conjunto de normas jurídicas imperantes, no tienen posibilidad de sanearse, de manera que es improcedente la aplicación de la teoría de los actos propios, por las razones aludidas anteriormente (Ver §150).

2.1.4.2.6. EL ACTO JURÍDICO NULO POR ADOLECER DE SIMULACIÓN ABSOLUTA.

§160. En el Ordenamiento jurídico peruano, los actos jurídicos cuyo contenido es absolutamente simulado, es decir, “[...] cuando las partes, no teniendo intención alguna de quedar jurídicamente vinculadas, fingen celebrar un negocio [...]”⁷⁸¹ reciben la sanción de nulidad, conforme al numeral quinto del artículo 219 del Código civil peruano⁷⁸².

En el Derecho colombiano, el fenómeno de la simulación no conlleva la declaratoria de nulidad, teniendo en cuenta que **(i)** no pueden imponerse mediante analogía las sanciones a los negocios jurídicos celebrados de manera arcana; ello, por cuanto **(ii)** nuestro régimen no contempla la nulidad como mecanismo para castigar los negocios simulados, ya absoluta o relativamente. Esto no quiere decir que,

⁷⁷⁹ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. Óp. Cit. p. 12. La causa en su aspecto objetivo, de acuerdo con Castillo Freyre y Sabroso Minaya, es la finalidad típica del acuerdo, en su función jurídica o en su función económica y social, reconocida como relevante por el Derecho, para los fines de las partes. En cuanto a la causa en su aspecto subjetivo, es el motivo por cual los contratantes han decidido crear, modificar o extinguir una relación jurídica.

⁷⁸⁰ Código civil peruano. Artículo 219. “*El acto jurídico es nulo: 4.- Cuando su fin sea ilícito.*”.

⁷⁸¹ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. Óp. Cit. p. 14.

⁷⁸² Código civil peruano. Artículo 219. “*El acto jurídico es nulo: 5.- Cuando adolezca de simulación absoluta.*”.

por cuanto la simulación no pertenece al espectro del régimen de la ineficacia del acto jurídico por nulidad, sea admisible aplicar la teoría de los actos propios en una situación que involucre la necesidad de desenmascarar la verdadera realidad jurídica en el plano de una relación negocial.

Si una manifestación resulta simulada, la problemática que ello supone debe ser resuelta con fundamento en la institución de la simulación, fundamentada en los desarrollos jurisprudenciales y doctrinales, que pretende impugnar la causa aparente y, dar paso a los verdaderos motivos de las partes para celebrar el negocio. Como en reiteradas ocasiones se ha indicado, el carácter subsidiario de la teoría de los actos propios se manifiesta ante la imposibilidad de ser aplicada cuando existe una solución que se adecúa mejor a la situación litigiosa, razón por la cual la cesación de efectos de un negocio simulado tiene una valoración preferente sobre la verificación de los requisitos para materializar la prohibición de ir contra los actos propios en un caso concreto. Por otro lado, no se aplica la teoría de los actos propios en estos casos, por cuanto, si bien ambas figuras tienen relación con la buena fe, la protección de la coherencia negocial y conductual que supone la prohibición de ir contra los actos propios no implica salvaguardar las intelecciones individuales sino la prevalencia de los deberes objetivos de comportamiento. Son dos figuras jurídicas que responden a situaciones disímiles entre sí.

2.1.4.2.7. **EL ACTO JURÍDICO NULO POR NO REVESTIR LA FORMA PRESCRITA BAJO SANCIÓN DE NULIDAD.**

§161. Para explicar este requisito, los profesores Castillo Freyre y Sabroso Minaya colocan como ejemplo la donación realizada sin insinuación, de la cual, el donante se percata del conocimiento de la ausencia del requisito formal y alega la nulidad ante los jueces. En este caso, exponen los juristas que “[e]n la eventualidad de que el donatario alegara contra el donante la teoría de los actos propios, resulta evidente que dicha teoría no debería prosperar, en la medida de que jamás podrían hacerse prevalecer sus consideraciones, esbozadas a título de supuesto

principio del Derecho (que como ya hemos visto sólo se trata de una simple regla de derecho), en contra de una norma imperativa y de orden público, que exige un requisito formal ausente y que sanciona dicha ausencia con nulidad absoluta.”⁷⁸³. El anterior caso implica la inobservancia de una formalidad para la constitución del negocio, la cual es sancionada con la nulidad del acto, según la consideración que trae el numeral sexto del artículo 219 del Código civil peruano⁷⁸⁴.

En el caso colombiano, basta con considerar que la nulidad originada por la falta de la solemnidad prescrita por la ley para la formación del negocio jurídico es saneable por la ratificación de las partes y el respectivo cumplimiento de la solemnidad, y, en todo caso, por la prescripción extraordinaria. Así las cosas, tratándose de la teoría de los actos propios, debemos estar a la solución jurídica dada por la profesora Bernal Fandiño –y que ha sido varias veces replicada en este análisis– consistente en ver como acto propio la ratificación del acuerdo anulable y, en caso que no sea así, la invocación de la nulidad cuando resulta odioso para su interés aunque haya recibido un beneficio del negocio viciado (Ver §150).

2.1.4.2.8. **EL ACTO JURÍDICO NULO POR DECLARACIÓN DE LA LEY.**

§162. En el ordenamiento jurídico peruano, cuando el sentido de una ley especial determina que ciertos eventos carecen de rigor para su validez, aunque no estén contemplados en una norma general, se sanciona la nulidad que resulta de ello, tomando en cuenta el numeral séptimo del citado artículo de la referida obra jurídica⁷⁸⁵. En palabras de los profesores Castillo Freyre y Sabroso Minaya,

“A entender de Vidal Ramírez, se trata de una facultad o, más propiamente, potestad, que se reserva el legislador pero que tiene que ponerla de manifiesto en los textos legales. Sólo si el acto celebrado queda comprendido en la norma que ha previsto la nu-

⁷⁸³ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. Óp. Cit. p. 16.

⁷⁸⁴ Código civil peruano. Artículo 219. “*El acto jurídico es nulo: 6.- Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.*”.

⁷⁸⁵ Código civil peruano. Artículo 219. “*El acto jurídico es nulo: 7.- Cuando la ley lo declara nulo.*”.

lidad, se produce ésta. Desde luego, debe tratarse de una norma ya vigente en el momento de celebrarse el acto y no de una norma legal que se dicta para declararlo nulo. Se trata, pues, de una nulidad expresamente prevista.

“En ese sentido, tampoco podría prevalecer la aplicación de la Teoría de los Actos Propios en contra de una nulidad expresa y, por tanto, de orden público, establecida en la ley.”⁷⁸⁶.

Aunque más adelante considere como perteneciente a este grupo la denominada “nulidad de pleno derecho”, en el caso del Derecho colombiano, las demás nulidades que no están comprendidas en la lista del artículo 1741 de nuestro Código civil –salvo la nulidad de pleno derecho y aquellas consideradas como absolutas en las leyes especiales– son tomadas como nulidades relativas. En ese sentido, al admitir la ley la posibilidad de ratificar los actos nulos de nulidad relativa, es admisible la aplicación de la teoría de los actos propios en estos supuestos; sobre este punto reiteramos lo dicho en espacios recientes (Ver §150).

2.1.4.3. SUBSECCIÓN III. SITUACIONES JURÍDICAS DE APLICABILIDAD E INAPLICABILIDAD DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS.

§163. Abordados los requisitos adicionales planteados por algunos académicos con respecto a la aplicación de la teoría bajo estudio, la doctrina y la jurisprudencia han señalado ciertos eventos en los cuales procede la teoría de los actos propios, así como otros más en los que no es legítimo aplicarla. A continuación mencionaremos ciertas situaciones donde se admite y se veda tomar la prohibición de ir contra los actos propios como razón de la decisión judicial en un caso concreto.

⁷⁸⁶ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. Óp. Cit. p. 17.

2.1.4.3.1. **EVENTOS EN LOS QUE SE ADMITE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS.**

§164. En el Derecho argentino, de acuerdo con el profesor Alejandro Borda, la doctrina de los actos propios puede aplicarse en los siguientes eventos:

- ✓ Se debe devolver la seña pagada debidamente actualizada si el contrato es resuelto por excesiva onerosidad, por cuanto “[...] importa ir contra los propios actos no permitir que se reajuste la seña pagada, pretendiendo devolver el mismo valor nominal, cuando se ha buscado resolver el contrato debido al mayor fruto de la onerosidad sobreviniente.”⁷⁸⁷.
- ✓ Para el profesor Borda, “[...] si el deudor elige la cosa con que se dará cumplimiento a la obligación con anterioridad al momento mismo del cumplimiento y siempre que el deudor sea el que debe determinar la cosa con la que se cumplirá la obligación, y el acreedor se niega a recibir esa cosa, no puede luego pretender derechos sobre la cosa determinada por el deudor [...].”⁷⁸⁸.
- ✓ Resulta inadmisibles por ir contra los actos propios, ampararse en un defecto sobre la formalidad de un acto jurídico para no cumplir la obligación adquirida, si, independientemente de si obró con dolo o culpa, el sujeto activo hizo incurrir a su contraparte en error sobre la forma del acto (Paráfrasis)⁷⁸⁹.
- ✓ “Es ir contra los actos propios atacar de nulidad un contrato cuando le resulta incómodo o perjudicial si lo ha considerado válido por años y se ha beneficiado de él. No es posible invocar la nulidad de un contrato⁷⁹⁰ cuando ha dejado de be-

⁷⁸⁷ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 84.

⁷⁸⁸ BORDA, Alejandro. Ibídem.

⁷⁸⁹ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 85.

⁷⁹⁰ El régimen de nulidades en el Código civil argentino contenido en la Ley No. 340 de 1871 y sus reformas subsiguientes, redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield, se encuentra entre los artículos 1037 y 1059. Actualmente, la Ley 26.994 de 2014, el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación,

neficiarlo, porque ha de tenerse en cuenta que el contrato siempre es el mismo.”⁷⁹¹.

✓ Según Borda, si el hijo fue concebido mediante inseminación artificial heteróloga⁷⁹², no puede el padre impugnar su paternidad si prestó su consentimiento para la realización de dicho método de reproducción⁷⁹³. Sin embargo, dada la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, mediante la Ley 26.994, creemos que la aplicación de la teoría de los actos propios en esta clase de situaciones se torna inane, por cuanto su artículo 562 dispone que “[L]os nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560⁷⁹⁴ y 561⁷⁹⁵, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con indepen-

contempla las nulidades en el régimen de ineficacias de los actos jurídicos, entre los artículos 382 y 395.

⁷⁹¹ BORDA, Alejandro. *Ibídem*.

⁷⁹² Actualmente la legislación argentina contempla que el consentimiento explicitado puede ser revocado antes de la implantación del embrión en la mujer, según el artículo 7º de la Ley 26.862 de 2013 (“Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.”). A su vez, la ley 26.529 de 2009 contempla el régimen del consentimiento informado, el cual fue definido por su artículo 5º, de la siguiente manera: “Entiéndase por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.”.

⁷⁹³ BORDA, Alejandro. *Ibídem*.

⁷⁹⁴ Código Civil y Comercial de la Nación. Artículo 560. “El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las persona que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.”.

⁷⁹⁵ Código Civil y Comercial de la Nación. Artículo 561. “La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.”.

dencia de quién haya aportado los gametos.”. En lo que concierne a nuestro Derecho nacional, este supuesto podría ser analizado bajo la perspectiva de la teoría de los actos propios.

✓ Si en un contrato fue pactado el pago en cuotas periódicas, el deudor, quien inicialmente pretendió cancelarlas anticipadamente y ello fue rechazado por el acreedor, continuó pagando conforme a lo convenido y sin realizar ninguna clase de reserva, no puede buscar la indemnización de perjuicios “[...] con fundamento en el presunto derecho de cancelación anticipada. Ello es así porque: a) debió haber consignado de acuerdo con el artículo 757, inc. 1º, Código Civil⁷⁹⁶, y b) su falta de reservas en el pago suscitó en el acreedor una fundada confianza en el sentido de que su oposición a la cancelación anticipada había sido aceptado por el deudor.”⁷⁹⁷.

✓ “La empresa proveedora de materiales que durante dos años le efectuó a su cliente bonificaciones en los precios cuando sus compras mensuales superaban determinado monto, no puede suprimirlas sin avisar previamente que cambiaría su conducta. Ello es así porque tal cambio afectaba al cliente, quien tenía en cuenta las bonificaciones para determinar sus precios de venta.”⁷⁹⁸.

✓ Si vencido el término del derecho de uno o habitación, las partes de la relación real continúan cumpliendo las obligaciones de manera similar a las pactadas en el contrato inicial, no podrá reclamarse la indemnización de perjuicios ocasionados por la continuidad en el uso o la habitación por cuanto es ir en contra de los actos propios⁷⁹⁹.

⁷⁹⁶ Código civil argentino. Artículo 757. “La consignación puede tener lugar:// 1º Cuando el acreedor no quisiera recibir el pago ofrecido por deudor; [...]”.

⁷⁹⁷ BORDA, Alejandro. *Ibídem*.

⁷⁹⁸ BORDA, Alejandro. *Óp. Cit.* p. 86.

⁷⁹⁹ BORDA, Alejandro. *Ibídem*.

✓ “Quien ha reconocido su obligación de pagar una parte de un muro medianero al contestar la demanda, no puede al expresar agravios desconocer en forma absoluta el derecho del actor a reclamar el pago.”⁸⁰⁰.

✓ Quien tomó una pluralidad de seguros no puede demandar el pago del premio “[...] si ha suscitado con su conducta en una de las aseguradoras una confianza objetivamente fundada de que no se exigiría en virtud del artículo 67 de la ley [argentina] 17.418⁸⁰¹. ”⁸⁰².

✓ “No es admisible que la parte demandada reconozca frente a la compradora el carácter defectuoso de la obra y como tal absorba la reparación y luego pretenda en juicio que el resultado dañoso ha sido consecuencia de la actitud negligente de la parte actora.”⁸⁰³.

✓ “En un contrato de compraventa, la concesionaria –demandada por no haber entregado el automotor vendido– que al contestar la acción manifestó que el color del vehículo era diferente para la actora, no puede luego pretender fundar su incumplimiento en el hecho de que la fábrica terminal no entregó el automóvil del color solicitado.”⁸⁰⁴.

§165. Por su parte, Marcelo J. López Mesa señala algunos casos que la jurisprudencia ha resuelto con fundamento en la regla que prohíbe ir contra los actos propios, a saber:

⁸⁰⁰ BORDA, Alejandro. *Ibídem*.

⁸⁰¹ Ley 17.418 de 1967, Ley de Seguros. Artículo 67. “Quien asegura el mismo interés y el mismo riesgo con más de un asegurador, notificará sin dilación a cada uno de ellos los demás contratos celebrados, con indicación del asegurador y de la suma asegurada, bajo pena de caducidad, salvo pacto en contrario.”.

⁸⁰² BORDA, Alejandro. *Ibídem*.

⁸⁰³ BORDA, Alejandro. *Óp. Cit.* p. 87.

⁸⁰⁴ BORDA, Alejandro. *Ibídem*.

- ✓ Una vez trabada la litis, no puede retractarse el demandante si realiza una limitación del pedido de condena a la indemnización del daño moral, individualizándolos y enunciándolos en forma separada, puesto que importa una renuncia a la solidaridad que emana del artículo 1081 del Código civil argentino⁸⁰⁵⁻⁸⁰⁶.
- ✓ “Si en el contrato se estableció que el inmueble locado se recibía en perfectas condiciones de uso y dicho instrumento fue reconocido por el inquilino al absolver posiciones, no puede éste pretender contradecir tal afirmación sin alegar vicio alguno de su voluntad [...]”.⁸⁰⁷.
- ✓ “Si la actora funda el derecho que invoca para incoar la acción de amparo en el contrato en virtud del cual sostuvo haberse incorporado como inversionista de una de las partes contratantes, no puede pretender desconocer la cláusula relativa a la prórroga de jurisdicción, [...]”.⁸⁰⁸.
- ✓ “Si durante caso 50 años se toleró sin queja que los cuadros donados no permanecieran en constante exhibición en la sala del museo –cargo impuesto al beneficiario de la donación–, ello quiere decir que se consideró que no existía violación alguna del pacto. Ello así, la actitud asumida por los actuales sucesores colaterales que promueven la revocación de la donación por incumplimiento de cargo, los coloca en contradicción con su conducta anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz, [...]”.⁸⁰⁹.

⁸⁰⁵ Código civil argentino. Artículo 1081. “La obligación de reparar el daño causado por un delito pesa solidariamente sobre todos los que han participado en él como autores, consejeros o cómplices, aunque se trate de un hecho que no sea penado por el derecho criminal.”.

⁸⁰⁶ LÓPEZ MESA, Marcelo J. *La Doctrina de los Actos Propios. Doctrina y Jurisprudencia*. 3º ed. Buenos Aires: Editorial B. de F., 2013. p. 233.

⁸⁰⁷ LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Op. Cit.* p. 234.

⁸⁰⁸ LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Ibíd.*

⁸⁰⁹ LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Op. Cit.* pp. 234-235.

✓ “Quien consolida su deuda asume la aleatoriedad que ello implica, quedando vedado para aquél obviar las consecuencias perjudiciales del posterior sinceramiento cambiario. Ello implicaría ponerse en contradicción con sus propios actos [...]”.⁸¹⁰

§166. La profesora Neme Villarreal menciona con fundamento en los desarrollos de la justicia arbitral los siguientes supuestos fácticos de aplicación de la teoría de los actos propios en el caso colombiano:

✓ La exigibilidad de la palabra empeñada, con independencia de las formalidades que hubiere lugar, si el comportamiento precedente de una de las partes así lo haya dado a entender⁸¹¹.

✓ El comportamiento de una parte respecto de la otra durante la etapa precontractual, debiendo preservar la confianza generada en ella⁸¹².

✓ El retardo desleal en el ejercicio de un derecho obliga –y vincula– a una parte respecto de otra a respetar la confianza generada sobre el no uso del derecho⁸¹³.

✓ La prohibición de alteración unilateral de los términos contractuales causada por alguna de las partes⁸¹⁴.

⁸¹⁰ LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. p. 243.

⁸¹¹ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. *El principio de Buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano*. En: *Revista de Derecho Privado*. No. 11. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2006. p. 102. Cfr. CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Laudo Arbitral. Veintiuno (21) de enero de dos mil uno (2001). Proctor Ltda. contra Caja de Compensación Familiar Campesina-COMCAJA. Presidente del Tribunal: Dr. Nicolás Gamboa Morales.

⁸¹² NEME VILLARREAL, Martha Lucía. *Ibidem*.

⁸¹³ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. *Ibidem*. Cfr. CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ-CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Laudo Arbitral. Diez (10) de julio de dos mil (2000). Occidente y Caribe Celular S.A., Ocel S.A. contra La Nación-Ministerio de Comunicaciones. Presidente del Tribunal: Dr. Juan Carlos Esguerra Portocarrero.

✓ Si una entidad financiera remite a sus clientes una información errónea en la que dice reflejar el estado actual y real de las obligaciones, y se libra un paz y salvo, no puede posteriormente exigir extrajudicial y judicialmente el cobro de la deuda, así se ponga en evidencia el error en el cálculo aritmético⁸¹⁵.

✓ Si una de las partes realiza actos constitutivos de principio de ejecución de una obligación que reconoce como surgida a su cargo y a favor de su contraparte, su carácter vinculante le impide desconocer posteriormente tal obligación⁸¹⁶.

2.1.4.3.2. IMPOSIBILIDAD DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS.

§167. Para el profesor Borda, no existe contradicción conductual y, por tanto, no procede la aplicación de la teoría de los actos propios cuando, por ejemplo:

✓ La primera conducta no es válida⁸¹⁷.

✓ Se trate de una disposición testamentaria⁸¹⁸. En el caso colombiano, la previsión del artículo 3824 del Código civil argentino, está contemplada en el artículo 1270 del Código civil colombiano.

✓ Existiendo pacto comisorio, quien pidió el cumplimiento del contrato puede solicitar que el contrato se resuelva. En el caso colombiano, las mismas consecuencias se derivan de la observancia del artículo 1930 y 1936 del Código civil⁸¹⁹.

⁸¹⁴ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. *Ibídem*.

⁸¹⁵ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. *Óp. Cit.* p. 103.

⁸¹⁶ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. *Venire contra factum proprium, prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe. En: Estudios de Derecho civil. Obligaciones y Contratos.* Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2003. pp. 44-46.

⁸¹⁷ BORDA, Alejandro. *Óp. Cit.* p. 88.

⁸¹⁸ BORDA, Alejandro. *Óp. Cit.* p. 89.

⁸¹⁹ BORDA, Alejandro. *Ibídem*.

✓ El mandante determina revocar la labor confiada a su mandatario, en ejecución del contrato de mandato⁸²⁰. En el ordenamiento jurídico colombiano, lo señalado en el artículo 1970 del Código civil argentino está previsto en el ordinal tercero del artículo 2189 y 2190 del Código civil colombiano.

✓ Se trate de la oferta de celebrar un negocio jurídico realizada por un sujeto, siempre que los términos de su propuesta no hayan sido aceptados por su contraparte⁸²¹. En nuestro Derecho colombiano, a pesar que el artículo 846 del Código de comercio señala apriorísticamente que las ofertas son irrevocables, señala que en caso de revocarse deberá indemnizarse el perjuicio causado por el oferente al destinatario de la oferta.

✓ “Si se hubiere pagado una seña para asegurar un contrato o su cumplimiento, es lícito arrepentirse del contrato o incumplirlo perdiendo la seña [se refiere a las arras] depositada.”⁸²².

⁸²⁰ BORDA, Alejandro. *Ibídem*.

⁸²¹ BORDA, Alejandro. *Ibídem*.

⁸²² BORDA, Alejandro. *Ibídem*.

2.1.5. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO I.

§168. Analizados los requisitos para que la teoría de los actos propios pueda ser valorada por los operadores judiciales como razón jurídica de su decisión –y no necesariamente como “dicho de paso” de sus consideraciones, como en algunas ocasiones lo ha hecho la Corte Constitucional–, se observa que, por cuanto se trata de una regla de Derecho nacida de la actividad jurisprudencial, su aplicación no debe desconocer la ley ni el ordenamiento jurídico. En esa medida, cuando se refiere a la conducta primigenia, salvo excepciones que la misma ley permite, el comportamiento del sujeto activo deberá ser plenamente eficaz y que tenga significación para el Derecho, pues de nada serviría que se obligara a un individuo, mediante el uso del ordenamiento, a que observara un acto contrario al Orden público, a las Buenas Costumbres o cuyo objeto o causa sean ilícitas, o que se forzara “legítimamente” a observar una mera intención.

En segundo lugar, la conducta que contradice a una manifestación o declaración anterior deberá ser lícita apriorísticamente, pero atentatoria de la buena fe, en virtud de la confianza suscitada por el primer comportamiento del sujeto activo. Con todo, existen casos donde el ordenamiento jurídico permite la contradicción que pareciera ser protegida por la teoría de los actos propios –que a la larga, no creemos que se trate de una antinomia conductual–, por cuanto, en virtud de la aplicación residual y subsidiaria que tiene la figura jurídica bajo estudio, o se resuelven por otra figura jurídica, o es expresamente el Derecho positivo el que permite la variación de posición frente a un interés jurídico relevante.

En tercer lugar, la teoría de los actos propios requiere que, en principio, los sujetos que intervienen en el momento de generación de la conducta generadora de confianza sean los mismos que están presentes en la contradicción posterior, y que, de entrada, confirman que la concreción de la doctrina bajo estudio será siempre de carácter relacional; por excepción, en virtud de unos centros de interés, podrá permitirse que personas ausentes al tiempo de la conducta primaria, puedan ver

violentada la coherencia negocial con posterioridad, como sucede en el caso de los herederos del causante y la relación de representación entre mandante-mandatario. En todo caso, el concepto de “centro de interés” es predicable tanto para ambos sujetos intervinientes en la relación de posterior incoherencia negocial.

Así mismo, del análisis de los desarrollos de la justicia ordinaria y arbitral en nuestro país, se puede extraer que no existe una coincidencia con los supuestos fácticos que dieron origen a la aplicación de la teoría de los actos propios en el Derecho argentino.

En las veces que ha sido empleada para resolver un caso, la Corte Constitucional, en primer lugar, se ha bastado de ella para el estudio de situaciones relacionadas con créditos educativos y de vivienda con aplicación de la UVR, el reconocimiento de derechos laborales y los recobros de valores condonados previamente por una entidad financiera, entre otros; sin embargo, también ha sido analizada conjuntamente con la teoría de la confianza legítima y el abuso de la posición dominante, lo cual contribuye insanamente a que los linderos entre las figuras jurídicas referidas se desdibujen y genere una falta de certeza en la aplicación adecuada de la teoría de los actos propios o cualesquiera otros constructos.

En cuanto a la Corte Suprema de Justicia, sus pronunciamientos, en la mayoría de veces, acoge la prohibición de ir contra los actos propios como *obiter dicta*. El mayor desarrollo de esta figura lo realiza la justicia arbitral, en la medida que la ha aplicado correctamente en la mayoría de veces, y con frecuencia recurren a ella por el aprecio y valor dado a las reglas de la buena fe en los conflictos ventilados en esta sede, que, de resorte, son contractuales.

Con todo, creemos que los aportes realizados por nuestra doctrina y jurisprudencia en esta temática son timoratos en comparación con los planteamientos reali-

zados en otras latitudes, bien que sean ajustados a la esencia de la teoría en comentario, bien que sean inapropiados o descabellados.

Por último, parece que la doctrina jurídica quiere “deslumbrar” innecesariamente al suponer requisitos que se entienden valorados por los operadores judiciales al momento de verificar la contradicción objetiva entre las dos conductas. La enunciación de varios requisitos adicionales a la teoría de los actos propios resultan sobrecargando su dogmática, al punto de tornarla prácticamente inaplicable, máxime si la concepción que se tenga de esta regla es sumamente restrictiva. No creemos desechables estos requisitos, por cuanto se entienden incorporados en cada uno de los tres requisitos básicos reconocidos por la jurisprudencia y la doctrina, pero su análisis deberá desarrollarse dentro de los tópicos aceptados generalmente; de manera que no se presenten como un segundo filtro sino que, de entrada, y atendiendo a su residualidad y subsidiariedad, se determine aplicar o no esta regla jurídica atendiendo al cabal cumplimiento de estas exigencias.

2.2. CAPÍTULO II. DEL DEBER DE COHERENCIA COMO OBLIGACIÓN DE NO HACER Y EL ESTABLECIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL POR SU VIOLACIÓN.

La teoría de los actos propios requiere de unos elementos esenciales para que pueda ser aplicada en una situación jurídica concreta que implique la violación al deber de coherencia. No obstante, si la conculcación de la confianza legítima del sujeto pasivo con fundamento en esta figura jurídica, conlleva la causación de un daño antijurídico y de un perjuicio a su cargo, sea de índole patrimonial o extrapatrimonial, entonces el sujeto activo es civilmente responsable. El estudio que a continuación se realizará, determina si el deber de coherencia se convierte o no en una obligación de no hacer, según la clasificación tradicional de las prestaciones que asumen las partes dentro de una relación jurídica, ante la afectación injustificada del interés jurídico del sujeto pasivo (Sección I). Esto, teniendo en cuenta que la responsabilidad derivada por los hechos dañosos realizados durante y después de la ejecución de un contrato o, en general, de una convención, tienen como soporte jurídico el incumplimiento total, cumplimiento moroso o parcial de una obligación pactada dentro de la relación jurídica (Sección II), si bien se analizará si la forma para establecer la responsabilidad corresponde al esquema dogmático tradicional o si obedece a uno nuevo y diferente.

2.2.1. SECCIÓN I. EL DEBER DE COHERENCIA: OBLIGACIÓN CONTRACTUAL DE NO HACER.

§169. De forma ineludible, el campo de aplicación de la teoría de los actos propios lo constituye la relación jurídica (§1), vínculo que nace en consideración de un interés jurídicamente relevante, en función del cual se acuerdan unas prestaciones que, unas veces, corresponderán ser satisfechas únicamente por el deudor, en tanto otras situaciones suponen la reciprocidad de prestaciones entre los extremos

activo y pasivo. A pesar de que las partes pacten una prestación que constituye la razón de ser del negocio jurídico, la buena fe puede o no acordarse por quienes integran el ligamen jurídico, por cuanto sus alcances interpretativo e integrador permiten que el concepto de “lo bueno y lo justo” sirvan como referente hermenéutico y como elemento generador de deberes adicionales que amplían la posibilidad de un cumplimiento de la prestación, sin ceñirse en estricto Derecho a las reglas que expresamente los sujetos acordaron.

Pues bien, la teoría de los actos propios, como en reiteradas ocasiones lo hemos indicado, es una construcción jurídica que protege uno de esos deberes colaterales de la buena fe, que ayuda a garantizar la satisfacción del interés jurídicamente tutelado por el Derecho: protege, luego, el deber de coherencia. Actualmente, el sustento de esta derivación colateral subyace en el principio de solidaridad, además del Principio General de la buena fe; no obstante, las circunstancias sociales y jurídicas imperantes no permiten únicamente considerarlo como un deber moral o, en sentido jurídico, un deber general, puesto que la dinámica social supedita el elemento volitivo del individuo al momento de contratar, acudiéndose a preformas y a la masificación de los contratos tipo o por adhesión. De manera que un deber como el que pretendemos estudiar, de no ser tutelado oportunamente por la justicia, puede acarrear una pérdida patrimonial, por lo que se dice que, en últimas, el deber de coherencia sí tiene un alcance económico.

§170. Ahora bien, para el estudio del deber de coherencia y su evolución hacia una obligación, debemos indagar sobre el concepto de obligación en el Derecho privado y sus implicaciones jurídicas (Subsección I), seguido del análisis del principio de solidaridad, con fundamento en la doctrina, cohesionando su alcance con la denominada “*crisis del contrato*” (Subsección II), y por último, deberá analizarse las características que supone el deber de coherencia, no visto ya como un deber, sino como una obligación civil, tomando como punto de partida las clasificaciones que la doctrina ha realizado de las prestaciones dentro de la relación jurídica

(Subsección III). Este derrotero planteado será agotado utilizando los criterios de los profesores Mariana Bernal Fandiño y Fernando Hinestrosa, sin que ello sea óbice para fundar nuestra argumentación en otros prestigiosos juristas.

2.2.1.1. **SUBSECCIÓN I. SOBRE EL CONCEPTO DE OBLIGACIÓN EN EL DERECHO PRIVADO.**

2.2.1.1.1. **LA OBLIGACIÓN COMO RELACIÓN JURÍDICA.**

§171. Cuando hablamos de la obligación, nos referimos a una relación jurídica de carácter paritario, por cuanto está integrada por sujetos de derecho, acreedor y deudor, quienes están en posición de igualdad entre sí. La existencia de la relación obligatoria, por su mera existencia, indica que un sujeto de derecho titular de un interés que debe ser satisfecho a cargo de otro mediante el desarrollo de una actividad específica; luego, el concepto relacional de la obligación implica que el sujeto que debe realizar dicho comportamiento porque alguien lo exige, y justamente tal sujeto individual o colectivo está legitimado para requerir el cumplimiento de dicho comportamiento⁸²³.

El maestro Fernando Hinestrosa define la obligación como una relación entre un sujeto que tiene a su favor una acreencia, y otro que está conminado a satisfacerla mediante una prestación o un acto de disposición real, siendo así un vínculo jurídico que, de no ser satisfecho, puede ser reclamado el cumplimiento de dicha acreencia ante la jurisdicción. Para el jurista, “[...] la obligación exige la presencia de dos posiciones correlativas: el derecho, esperanza que se convierte en preten-

⁸²³ Cfr. HINESTROSA, Fernando. Óp. Cit. pp. 42-43. Baena Upegui, tomando como punto de partida los artículos 1494 y 1495 C.C. así como la definición que trae las *Instituta* de Justiniano, define la obligación como “[...] un vínculo jurídico, entre dos o más personas determinadas o determinables, por medio del cual una parte (una o más personas, el deudor, *debitor*) se encuentra en la necesidad de realizar una prestación (de dar o hacer alguna cosa), o de practicar una abstención (de no hacer alguna cosa), a favor de otra parte, el acreedor, *creditor*.” (BAENA UPEGUI, Mario. *De las obligaciones en Derecho civil y Comercial*. 3º ed. 1º reimpresión. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A., 2002. p. 18).

sión (*Forderungsrecht*) en caso de renuencia del sujeto pasivo, y la deuda, necesidad de aquel de orientar en cierto modo su conducta, que en tal eventualidad se traduce en su exposición a los poderes extraordinarios del acreedor para la satisfacción específica o genérica de su interés y para el resarcimiento del daño parecido con la violación de su derecho.”⁸²⁴, renuencia del deudor que implica un incumplimiento, el cual es prevenido moral y socialmente por los idearios que estos órdenes coactivos imponen, y sancionado mediante la aplicación del Derecho y su “vis”, su fuerza⁸²⁵.

Claro Solar afirma igualmente que la obligación es un vínculo jurídico cuyo objeto es la satisfacción de un crédito mediante la consecución de una prestación a cargo del deudor, haciendo que la posición del extremo pasivo de la relación jurídica justifique la exigencia a favor del acreedor⁸²⁶. Luego de afirmar que la existencia de una relación obligatoria no supone el acatamiento de unos deberes morales ni contiene la observancia de obligaciones imperfectas o naturales, sostiene que no necesariamente las obligaciones civiles deban contener estrictamente un interés pecuniario, por cuanto lo importante es la protección de todo interés o condición de vida jurídicamente relevante, además que el Código civil chileno –y nuestro Código civil– “[...] se limita a decir que los actos y declaraciones de voluntad recaen sobre un objeto lícito indicando que éste debe ser una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer; o un hecho que sea física y moralmente posible. No ha establecido, pues, el requisito de que este objeto, cosa o hecho, deba necesariamente ser apreciable en dinero. Esto ocurrirá por regla general; pero el interés moral es tan digno de confianza como el interés económico y nos inclinamos

⁸²⁴ HINESTROSA, Fernando. Óp. Cit. p. 43.

⁸²⁵ HINESTROSA, Fernando. Ibídem.

⁸²⁶ CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*. T. X. Vol. V. *De las Obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1979. pp. 4 y 5.

a admitir la doctrina de Ihering⁸²⁷, que en casos excepcionales puede el solo interés moral ser considerado en una obligación [...]”⁸²⁸.

En sentido contrario, los hermanos Henri, Léon y Louis Mazeaud abordan la temática sosteniendo que la obligación, si bien ha sido definida como el vínculo jurídico que fuerza al individuo a una prestación para con otro, denota el elemento pasivo del deudor; de manera que para el acreedor “[...] la obligación, el derecho personal, aparece como el mismo título que un derecho real, como un elemento de riqueza.”⁸²⁹. Por tanto, las relaciones obligatorias son, de resorte, relaciones pecuniarias, toda vez que el derecho personal es susceptible de ser avaluado en dinero⁸³⁰, máxime cuando “[...] Todos los días, a cada instante, celebramos *contratos*, es decir, actos de donde nacen obligaciones: los actos cotidianos de la vida corriente (compras de cualesquiera víveres, transportes, etc.) constituyen contratos. [...]”⁸³¹.

§172. El jurista alemán Andreas von Tuhr expone que la obligación, para el acreedor, representará siempre un crédito a su favor; en cambio, para el deudor siempre será una deuda. Esto implica que, en tanto crédito, se diferencia de cualquier relación real, por cuanto el ejercicio de los derechos reales se lleva a cabo de manera absoluta, contra cualquier sujeto que intente perturbar su interés sobre el bien; mientras que la relación obligatoria lleva en sí misma la exigibilidad de una prestación contra un sujeto individual o colectivo determinado⁸³². En ese sentido, una relación obligatoria difiere en esencia de una relación real en el caso de los

⁸²⁷ El profesor Claro Solar resume la posición del jurista alemán Rudolf von Ihering, la cual negaba que la obligación civil necesariamente comprendía un interés económico, admitiéndose así la posibilidad de un interés jurídicamente relevante, el cual comprende el interés moral del individuo (CLARO SOLAR, Luis. *Óp. Cit.* p. 8).

⁸²⁸ CLARO SOLAR, Luis. *Óp. Cit.* p. 14.

⁸²⁹ MAZEAUD, Henri, Léon y Louis. *Lecciones de Derecho civil. Parte Segunda*. Vol. I. 1º ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960. p. 8.

⁸³⁰ MAZEAUD, Henri, Léon y Louis. *Óp. Cit.* p. 12.

⁸³¹ MAZEAUD, Henri, Léon y Louis. *Óp. Cit.* p. 7.

⁸³² TUHR, Andreas von. *Tratado de las obligaciones*. s.e. Granada: Editorial Comares S.L., 2007. ISBN: 84-9836-164-8. pp. 1-2.

concursos de acreedores, puesto que “[...] los acreedores concursantes vienen equiparados entre sí y sufren una merma de sus derechos. Hay que hacer, sin embargo, una salvedad en cuanto a los grados y orden de preferencia de los créditos. [...] En cambio, todo aquel que ostenta un derecho real puede hacerlo valer íntegramente contra la masa, al igual que si fuese tercero cualquiera, ya sea mediante separación del objeto que le pertenece o cobrándose preferentemente de la cosa prendada o hipotecada.”⁸³³. Añade lo siguiente Von Tuhr:

“La palabra ‘obligación’ presenta dos acepciones diferentes:

“1.^a En un sentido estricto, se entiende por obligación un determinado crédito, por ejemplo, el que asiste al comprador sobre la cosa vendida o al arrendador respecto al alquiler pactado.

“2.^a En un sentido amplio, se designa con la palabra obligación la relación existente entre dos personas, cualquiera que sea al fundamento a que responda, y de la que nacen uno o varios créditos. Tales son, por ejemplo, las relaciones derivadas de un contrato, v.gr., de compraventa, de arrendamiento, de sociedad, entre las partes contratantes, y excepcionalmente, a favor de terceros. Más bien que de obligación debería hablarse, en esta acepción amplia, de ‘relación obligatoria’.”⁸³⁴.

Sin embargo, aunque la obligación encierre el cumplimiento de un deber a cargo del deudor, no toda exigencia implica la existencia de una relación obligatoria. Para Von Tuhr, **(i)** hay deberes cuya imposición se realiza en interés colectivo por la ley o la autoridad, los cuales no constituyen una obligación por cuanto no existe un

⁸³³ TUHR, Andreas von. Óp. Cit. p. 2. Por su parte, el profesor Emilio Betti señala que la diferenciación entre las relaciones jurídicas reales y personales está en que aquellas versan sobre problemas de atribuciones de bienes; en cambio, las relaciones personales implica “[...] resolver un problema de cooperación o de reparación en las hipótesis de responsabilidad aquiliana.”, y posteriormente sostiene que toda relación jurídica se encuentra fundada sobre la premisa del vínculo del deudor para legitimar el derecho del acreedor, mientras que la relación real, el sujeto pasivo es limitado en consideración del derecho del titular. (BETTI, Emilio. *Teoría general de las Obligaciones*. T.I. Traducido por: José Luis de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. pp. 3 y 10).

⁸³⁴ TUHR, Andreas von. *Ibídem*.

acreedor que las exija, salvo que se produzca un daño por su inobservancia; (ii) toda abstención de intromisión en la propiedad ajena y demás derechos reales, por no existir un acreedor determinado, salvo que el hecho vedado sea realizado y el titular del derecho real reclame una prestación indemnizatoria o restitutoria; no obstante que el hecho de que éste cuente con las acciones reales –y las posesorias en el caso concreto del poseedor–, hacen que sus pretensiones no constituyan una relación obligatoria, por cuanto “[e]l propietario, mediante ellas no reclama una prestación que haya de salir del patrimonio de la parte contraria, sino la sumisión ante el ejercicio ilimitado de su propiedad.”⁸³⁵; (iii) los deberes personales entre los cónyuges⁸³⁶ no generan una relación entre acreedor y deudor, por cuanto “[e]l fundamento moral sobre que descansan, inaprehensible para el Derecho, los separa radicalmente de ellas, así como también su contenido y las consecuencias jurídicas de su transgresión.”⁸³⁷.

En sentido contrario, la relación obligatoria contiene una prestación que puede ser reclamada por el acreedor y cumplida por el deudor; es un medio para conseguir el resultado esperado por el extremo activo de la relación jurídica, el cual puede tratarse de un acto o una omisión que debe observar el deudor⁸³⁸. Así, una prestación positiva puede ser personal, si “[...] la realiza el deudor poniendo a contribución sus energías físicas o morales. [...]”⁸³⁹; o real, si el deudor está compulsado a despojarse de un derecho real o de la posesión ejercida sobre un bien⁸⁴⁰. Respecto de las obligaciones negativas, se impone al extremo pasivo que prescinda de un

⁸³⁵ TUHR, Andreas von. Óp. Cit. p. 5.

⁸³⁶ Y dada la realidad social, podemos referirnos a los deberes personales de los compañeros permanentes y quienes se vinculan mediante una unión contractual solemne, en virtud de las consideraciones de la Corte Constitucional contenidas en la sentencia C-577 de 2011.

⁸³⁷ TUHR, Andreas von. Ibídem.

⁸³⁸ Cfr. CLARO SOLAR, Luis. Óp. Cit. p. 15. MAZEAUD, Henri, Léon y Louis. Óp. Cit. pp. 20-21.

⁸³⁹ TUHR, Andreas von. Óp. Cit. p. 27.

⁸⁴⁰ TUHR, Andreas von. Óp. Cit. p. 28. Para el jurista alemán, las obligaciones personales tienen como límite actual las posibilidades físicas y morales del deudor en la relación jurídica, mientras que las prestaciones reales “[...] que han de salir del patrimonio obligado, no se detienen normalmente ante la insolvencia del deudor.”, ya que poco interesa si el extremo pasivo de la relación obligatoria si es insolvente (TUHR, Andreas von. Ibídem.).

acto que, de realizarse, afectaría el interés jurídico del acreedor, si bien su materialización puede ser lícita de no ser por la existencia de la relación obligatoria que la veda⁸⁴¹. Sobre este punto, Von Tuhr señala lo siguiente:

“[...] Todas las obligaciones negativas coartan la libertad de movimientos del sujeto obligado, pero esta restricción es tan sólo relativa, pues no toca a las posibilidades físicas sino puramente al radio de licitud. Los negocios jurídicos que celebre contraviniendo a su deber, (verbigracia, los contratos que concluya infringiendo la prohibición de concurrencia o faltando a su obligación de no adquirir o enajenar el objeto) no adolecen de nulidad, si bien envuelven una infracción de deberes que obliga al deudor a indemnizar los perjuicios causados.”⁸⁴².

2.2.1.1.2. **LOS ELEMENTOS INTEGRADORES DE LA OBLIGACIÓN.**

§173. La relación obligatoria siempre supondrá la vinculación entre un acreedor y un deudor, en torno a una prestación con un contenido específico, el cual puede emanar de cualquiera de las fuentes de las obligaciones (ley, contrato, enriquecimiento sin justa causa, actos ilícitos)⁸⁴³.

Sin mayores elucubraciones con respecto a los sujetos que intervienen en la obligación, consideramos suficiente y claro el profesor Fernando Hinestroza cuando se refiere a esta materia de la siguiente manera:

“En la obligación, como en toda relación jurídica, se tiene la dualidad de sujetos: uno activo, otro pasivo, aquí uno acreedor, otro deudor. En su estado más simple, una sola persona como titular de los beneficios y una sola persona afectada por la necesidad que constituye el contenido del vínculo. Lo que no se opone a que varias relaciones obligatorias se reúnan desde un comienzo o se aglutinen luego, por razones varias y en forma tan intensa que se las pueda e incluso se las haya de mirar y aun tratar como si fueran una sola relación. Allí la coligación de unos y otros sujetos en torno de un interés, unitario o plural, pero tan similar o común que semeja una unidad, lleva a la

⁸⁴¹ TUHR, Andreas von. Óp. Cit. p. 28.

⁸⁴² TUHR, Andreas von. Óp. Cit. p. 29.

⁸⁴³ Cfr. HINESTROSA, Fernando. Óp. Cit. p. 58.

síntesis de las varias relaciones en un concepto global complejo, relación jurídica general, que prevalece sobre las relaciones singulares que la componen y a las cuales engloba en sí.”⁸⁴⁴.

§174. La prestación ha sido considerada como uno de los elementos que forman la obligación. Claro Solar la define como el acto que el extremo pasivo de la relación jurídica debe ejecutar en pro del interés del acreedor, por cuanto se ha colocado en la necesidad de dar, hacer, prestar una cosa o abstenerse de una actividad; así, resultaría inexacto afirmar que el objeto corresponda a cosas o servicios, por cuanto son de resorte de su contenido (paráfrasis)⁸⁴⁵. Por su parte, los hermanos Mazeaud hacen énfasis en el carácter pecuniario de la prestación, y por tanto, al referirse al objeto de la obligación, la definen así:

“El objeto de la obligación es la prestación debida por el deudor. Esa prestación consiste unas veces en un hecho positivo: pago de una suma de dinero, entrega de una cosa, ejecución de un trabajo; otras veces en un hecho negativo, por ejemplo, no volver a instalar un fondo de comercio similar al establecimiento vendido.

“Se advierte que si la prestación, objeto de la obligación, debe ser necesariamente estimable en dinero, tener un valor pecuniario, no siempre consiste en el abono de una suma de dinero.”⁸⁴⁶.

Llama la atención la posición del profesor italiano Emilio Betti, quien señala que la prestación es fruto de una relación de cooperación entre intereses. No obstante, estos vínculos serán **(i)** indebidos, si como consecuencia de la excesiva especialización del trabajo, se pretende que la contraparte deudora coopere a favor del acreedor **(a)** mediante el uso de fuerza⁸⁴⁷, **(b)** aprovechándose del estado de necesidad de la parte deudora⁸⁴⁸, o **(c)** pudiendo suceder que la relación de coope-

⁸⁴⁴ HINESTROSA, Fernando. Óp. Cit. p. 107.

⁸⁴⁵ CLARO SOLAR, Luis. Ibídem.

⁸⁴⁶ MAZEAUD, Henri, Léon y Louis. Óp. Cit. p. 9.

⁸⁴⁷ BETTI, Emilio. Óp. Cit. pp. 25-26.

⁸⁴⁸ BETTI, Emilio. Óp. Cit. pp. 27-29.

ración sea rehusada, bien contrariando al Derecho o porque éste lo permite⁸⁴⁹, o **(d)** subrogada⁸⁵⁰; o **(ii)** debidos, en la medida que, habiéndose distinguido “[...] un momento subjetivo, que se refiere a la conducta de cooperación requerida al deudor, y un momento objetivo que se refiere a la utilidad que la prestación es llamada a aportar al acreedor: utilidad de carácter típico y que, normalmente, coincide con la indicada conducta de cooperación.”⁸⁵¹, se conoce que la prestación debida por el deudor es **(a)** el desarrollo de una conducta⁸⁵², **(b)** el resultado de un obrar⁸⁵³ o **(c)** la asunción de una garantía por riesgos⁸⁵⁴.

Habida cuenta, en el marco de una relación de cooperación toda prestación deberá ser **(i)** lícita moral y jurídicamente, en la medida de no lesionar el orden público o las buenas costumbres, en oposición a si los sujetos de derecho particulares abusaron de la autonomía privada y no observaron el límite trazado por las normas jurídicas⁸⁵⁵; **(ii)** posible natural y jurídicamente, teniendo presente que el Derecho considera únicamente la posibilidad de la prestación desde que el deudor tenga un poder de hecho que legitime y fundamente el deber jurídico asumido convencional o legalmente⁸⁵⁶; y **(iii)** determinada o determinable⁸⁵⁷. Sin embargo,

⁸⁴⁹ BETTI, Emilio. Óp. Cit. pp. 29-32.

⁸⁵⁰ BETTI, Emilio. Óp. Cit. pp. 32-35.

⁸⁵¹ BETTI, Emilio. Óp. Cit. p. 37.

⁸⁵² Para el profesor italiano, el desarrollo de la actividad que se pretende será siempre a favor del interés del acreedor, con efecto útil (BETTI, Emilio. Óp. Cit. p. 39).

⁸⁵³ La conducta de cooperación esperada del deudor puede consistir en la puesta a disposición del acreedor de un resultado útil de una conducta ejecutada por el deudor (BETTI, Emilio. Óp. Cit. pp. 39-40).

⁸⁵⁴ En esta clase de prestaciones, la utilidad a favor del acreedor consiste en una garantía o seguridad prestada ante el riesgo de causarse un daño antijurídico. Se trata de una actividad de cooperación virtual, la cual es suficiente y adecuada para generar una confianza en el acreedor sobre la salvaguarda de su interés (BETTI, Emilio. Óp. Cit. pp. 40-43.).

⁸⁵⁵ BETTI, Emilio. Óp. Cit. pp. 46-47.

⁸⁵⁶ BETTI, Emilio. Óp. Cit. pp. 47-52. Según el jurista italiano, la imposibilidad en el cumplimiento de la prestación sólo puede ser objetiva o subjetiva, si en virtud de la naturaleza misma de la prestación o considerando “[...] las condiciones particulares del obligado, por un impedimento inserto en su persona o en la esfera interna de su economía individual.” (BETTI, Emilio. Óp. Cit. p. 49.). Esta imposibilidad tiene sentido cuando no está presente el poder de hecho que sustenta el deber, de manera que “[...] el precepto no tiene razón de establecerse más que cuando existe la posibilidad de hecho de observarlo o de no observarlo. Por otra parte, este nexo necesario entre el deber y el poder ayuda a explicar, también, el decaimiento del deber cuando sobrevenga, por causa no

las prestaciones deberán tener un carácter patrimonial aunque el interés jurídico del acreedor no necesariamente implique un aumento de su patrimonio, sino que, por el contrario, puede encerrar una causa moral o interés socialmente relevante que legitime la prestación del deudor⁸⁵⁸.

El maestro Fernando Hinestrosa señala que la prestación, en tanto objeto de la obligación, “[...] puede consistir tanto en un acto (positiva) como en una abstención (negativa), proyectable aquel en la entrega de un bien o en la atribución de un derecho real sobre él por tradición (dar, *dare rem*), o en un servicio (hacer). Igualmente, la prestación puede ser simple o compleja, esta porque prevenga varios actos o abstenciones o porque exija o prevenga la cooperación de varias personas.”⁸⁵⁹, teniendo en cuenta que, en el marco de una relación de colaboración ajena, el poder del acreedor le permite esperar el cumplimiento de la prestación a cargo del deudor; así, la tradición o la simple entrega de un bien, la realización o la abstención de un acto se convierten en la cosa debida en la relación jurídica⁸⁶⁰.

§175. Otro elemento de las obligaciones lo constituye el contenido de la prestación. Consiste en las características que califican el vínculo jurídico entre acreedor y deudor, así como el cumplimiento del deber asumido por éste último en pro del interés jurídico de aquel, teniendo en cuenta cuál es la fuente de la obligación. El jurista Fernando Hinestrosa se refiere al contenido prestacional de la relación obligatoria de la siguiente manera:

“[...] Dicho contenido, que en cierta medida es la proyección de los preceptos legales propios de cada fuente en general de las obligaciones y de la específica para el even-

imputable al deudor, una imposibilidad de cumplimiento. El Derecho, entonces, reconoce inimputable el incumplimiento siempre que sobrevenga una imposibilidad objetiva de la prestación.” (BETTI, Emilio. Óp. Cit. p. 48.).

⁸⁵⁷ BETTI, Emilio. Óp. Cit. p. 52.

⁸⁵⁸ BETTI, Emilio. Óp. Cit. pp. 52-67.

⁸⁵⁹ HINESTROSA, Fernando. Óp. Cit. pp. 57 y 108-110.

⁸⁶⁰ HINESTROSA, Fernando. Óp. Cit. p. 109.

to, concretados o alterados, según el caso, por las estipulaciones particulares en el negocio jurídico (arts. 1501 y 1603 C.C.; 871 C. Co.), o por la declaración o por la condena judiciales (arts. 307 a 308 y 334 C. de P.C.): son las circunstancias de modo, tiempo y lugar a las que está sujeta la prestación y, por ende, a las que se encuentra sometido el deudor, en especial en cuanto a su diligencia, esmero, idoneidad y prontitud (arts. 1603 y ss. C.C.), en últimas determinantes de la efectividad del cumplimiento y de la validez del pago (arts. 1626 a 1627 C.C.).⁸⁶¹.

2.2.1.1.3. ALGUNAS CLASIFICACIONES DE LAS OBLIGACIONES, EMPLEADAS POR LA DOCTRINA JURÍDICA.

§176. **Obligaciones positivas y negativas.** Según este criterio, el acreedor busca del deudor una acción o una omisión, bien que se pretenda la procuración de un derecho subjetivo o la prestación de un servicio, o la abstención de una actividad o ejercicio que, aunque lícito en diferentes condiciones, afectaría el interés jurídico del extremo activo de la relación obligatoria⁸⁶². Con esta clasificación, según el maestro Hinestrosa, se describe genéricamente la conducta que el acreedor pretende obtener del deudor a fin de satisfacer su interés jurídico; es decir, si se trata de una obligación de dar, hacer o no hacer, sin que ello implique que la prestación tenga un contenido exclusivo⁸⁶³.

§177 **Obligaciones de dar, hacer o no hacer.** Las obligaciones, según la clase de prestación debida por el deudor, podrán ser de **(i) dar**, en la medida que el ex-

⁸⁶¹ HINESTROSA, Fernando. Óp. Cit. pp. 111-112.

⁸⁶² Cfr. ENNECCERUS, Ludwig y NIPPERDEY, Hans-Carl. *Tratado de Derecho civil*. 39° Edición, 13° revisión en lengua castellana. T. II. Vol. 1º. Barcelona: BOSCH Casa Editorial, 1934. p. 4. Cabe destacar el criterio planteado por los juristas alemanes: "I. La prestación a que el crédito se dirige puede ser positiva o negativa, consistir en un hacer o en un omitir. El hacer comprende también el dar, el omitir abarca también el tolerar, pues tolerar significa omitir la protesta o el impedimento. El crédito a la omisión se dirige directamente a que el deudor omita el acto contrario y no sólo al interés pecuniario después de realizado el acto contrario. Asimismo la sentencia ha de establecer el propio omitir o tolerar. Pero, por lo general, cabe interponer una demanda cuando el deudor haya obrado en contra de su deber y sea de temer una repetición. Si existe el temor de que el deudor obrará en contra de su deber, habrá de considerarse admisible la demanda, conforme al §259 LPC, aun antes de que aquello ocurra, lo cual tiene especial importancia cuando se trata de omisiones de una sola vez, por ejemplo, no licitar en una subasta." (ENNECCERUS, Ludwig y NIPPERDEY, Hans-Carl. Óp. Cit. p. 18).

⁸⁶³ HINESTROSA, Fernando. Óp. Cit. p. 120.

tremo pasivo de la relación jurídica sea conminado a realizar **(a)** la tradición, transferencia o constitución de un derecho⁸⁶⁴; o **(b)** entregar una cosa, que “[...] consiste en ponerla a disposición del acreedor, sea que la entrega envuelva tradición, sea que se trate de entrega a título precario, o sea una restitución.”⁸⁶⁵. Con respecto a la obligación de entregar, el maestro Hinestrosa afirma que lo esencial es que la satisfacción del acreedor sólo puede predicarse si ha recibido el bien debido y su interés jurídico se potencia con la descripción del bien, “[...] la cual permite una conclusión tajante acerca de si ha habido o no cumplimiento, al comparar lo ocurrido con el patrón establecido.”⁸⁶⁶.

También las obligaciones podrán de **(ii)** *hacer* cuando, según el profesor Valencia Zea, consistan en una acción positiva o un simple servicio a favor del acreedor⁸⁶⁷, pudiendo ser tal actividad a cargo del deudor material o intelectual, y, en todo caso, considerada como un resultado en sí mismo o como un medio⁸⁶⁸, por ejemplo, un contrato de promesa, el cual encierra una obligación de hacer: celebrar un negocio jurídico en un futuro determinado por las partes, en observancia del artículo 1611 del Código civil colombiano⁸⁶⁹. Finalmente, la relación obligatoria podrá tener

⁸⁶⁴ El profesor Fernando Hinestrosa señala que, dado que nuestro ordenamiento jurídico contempla que la tradición es un modo de adquirir el dominio (Artículo 740 C.C.), y que se requiere conjuntamente de un verdadero título para que el derecho de dominio sea transferido de un sujeto de derecho a otro, “[...] hacer la tradición del derecho, transferirlo o constituirlo, [...] es, pues, el derecho prometido, y no la cosa, el objeto de dicha obligación, que, además “contiene la de entregar” materialmente el bien; [...].” (HINESTROSA, Fernando. Óp. Cit. p. 125).

⁸⁶⁵ HINESTROSA, Fernando. Óp. Cit. p. 128. Al respecto, el profesor Arturo Valencia Zea señala que la obligación de dar no debe equipararse a la obligación de entregar, puesto que “[...] si toda obligación de dar supone la de entregar la cosa (art. 1605), no toda obligación de entregar supone la de dar. Así, el arrendador se obliga a entregar una cosa al arrendatario; pero esta *entrega* no supone el *dar* ya que el arrendatario no adquiere la propiedad, ni derecho real alguno sobre la cosa arrendada.” (VALENCIA ZEA, Arturo. Óp. Cit. pp. 6-7).

⁸⁶⁶ HINESTROSA, Fernando. Óp. Cit. p. 129.

⁸⁶⁷ VALENCIA ZEA, Arturo. Óp. Cit. p. 7.

⁸⁶⁸ HINESTROSA, Fernando. Óp. Cit. p. 212.

⁸⁶⁹ Código civil colombiano. Artículo 1611. Subrogado por el art. 89, Ley 153 de 1887. “La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurren las circunstancias siguientes:// 1a.) Que la promesa conste por escrito.// 2a.) Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaren ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511, 1502 del Código Civil.// 3a.) Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato. //4a.) Que se determine de tal suerte el contrato,

por objeto una prestación que contenga (iii) un “no hacer”, una abstención a cargo del deudor. El jurista Fernando Hinestrosa comenta lo siguiente al respecto:

“[...] aquí el interés del acreedor consiste en que una determinada situación permanezca inalterada, y en que el deudor está obligado a no ejecutar durante el tiempo señalado y en un determinado territorio o en forma geográficamente absoluta una actividad propia, de suyo lícita y para él libre, de cuyo ejercicio prescinde o ha de prescindir en esos términos en obsequio del acreedor. Dejar de “emprender una actividad corporal o intelectual”, “algo determinado que de otra manera sería normal y lícito hacer”.⁸⁷⁰

que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.// Los términos de un contrato prometido, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado.”. Importa precisar que la promesa de contrato constituye un negocio preparatorio de otro futuro, el cual envuelve una obligación de hacer; aunque, por ejemplo, el contrato prometido sea una compraventa, no conlleva a la asunción de una obligación de dar, en el sentido de realizar la tradición del derecho real ni entregar materialmente el bien, sino únicamente la prestación de una actividad a favor del deudor. La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “[...] la promesa de contrato genera, como nota arquetípica, a la par que definitoria, la obligación de celebrar ulteriormente el contrato prometido (*facere*), no así la de constituir o transferir el derecho, deber de prestación que sólo aflorará cuando haya sido materia inequívoca del respectivo negocio jurídico. De ahí que, por sus mismas connotaciones funcionales, en particular por limitarse a comprometer la conducta futura de los contratantes, tal negocio preparatorio –o preliminar- no resulta eficaz, para traducirse en fuente o detonante del dominio, ya que, se repite, esa tipología de negocio jurídico preparatorio tan sólo origina una obligación de celebrar –*in futurum*- el contrato convenido (de hacer) y, en consecuencia, no puede –por definición- ser traslativo o constitutivo de derechos, puesto que no tiene “*relación con una cosa sino con la obligación de contratar*”, constituyéndose en “*antesala de un título traslativo como la compraventa*”, motivo por el cual no cabe reconocerle, entre sus aptitudes consustanciales, la de transferir el derecho de propiedad radicado en cabeza del promitente vendedor.”. Y más adelante sostiene: “[...] Así las cosas, es diáfano que en el *sub lite* no era atendible la demanda de pertenencia, puesto que, reitérase, la obligación de transferir el derecho de dominio, en sí, es ajena a la promesa de contrato de compraventa, ya que ésta apenas da lugar a la obligación de celebrar la venta prometida y no puede constituir, en consecuencia, “justo título” para hacerse al dominio del bien prometido, de donde ha de admitirse, como lo concluyó el Tribunal, que el hecho de la celebración de una promesa de compraventa invocada por la demandante, *per se*, a lo sumo –y sólo en determinadas circunstancias- facilitaría al promitente comprador que quedara como tenedor o poseedor de la cosa, pero, en manera alguna, como propietario de ella. [...]”. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia de ocho (08) de enero de dos mil dos (2002). Ref. Exp.: No. 6763. M.P.: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo).

⁸⁷⁰ HINESTROSA, Fernando. Óp. Cit. pp. 228-229. En el mismo sentido: “[...] consisten esencialmente en que el deudor se abstenga de realizar ciertos hechos, que sin la obligación le serían permitidos. Esto diferencia una prestación de no hacer de la mayor parte de obligaciones y deberes morales que cada cual tiene en forma universal, como no causar daño a otro.” (VALENCIA ZEA, Arturo. *Ibíd.*). Andreas Von Tuhr considera que están comprendidas dentro de las obligaciones de no hacer los actos o deberes de tolerancia, en tanto variante de una obligación negativa, “[...] cuando una persona viene obligada a omitir la resistencia u oposición a que, en términos generales de derecho, estaría autorizada, si esa obligación no se lo vedase”, y ciertos actos de permisión de

Cabe resaltar, con fundamento en el profesor Hineztrosa, que las obligaciones negativas no contienen los deberes generales de abstención, propios de los derechos absolutos, entre los cuales se encuentran los derechos reales y los inherentes a la personalidad; dado que la afectación del derecho absoluto de un individuo **(i)** aunque ilícita, no ataca ninguna obligación por cuanto no existe. Por tanto, **(ii)** “[...] la sanción civil consiste en la obligación de restablecimiento del estado precedente (*restitutio in integrum*), en cuanto ello sea posible, y de indemnizar los perjuicios de toda índole que haya causado [...]”⁸⁷¹, con fundamento en la dogmática de la responsabilidad civil extracontractual. Además, **(iii)** consideramos que los deberes generales de abstención encuentran sustento en el deber ciudadano de no lesionar el derecho ajeno por el ejercicio extralimitado, arbitrario o malintencionado de las facultades jurídicas propias (*neminem lædere*)⁸⁷².

Por el contrario, la obligación de no hacer implica una determinación e individualización del acto abstencionista en virtud de los términos y condiciones fijados a cargo del deudor. Igualmente, “[...] la obligación negativa versa sobre un acto lícito y libérrimo del obligado, en tanto que el deber general de abstención se predica de actos de suyo incorrectos y, en todo caso, lesivos de los derechos absolutos de los demás (o asimilados a tales en su tratamiento). Por lo cual, no cabría imaginar una obligación negativa consistente en la abstención de cometer uno de aquellos

invasiones en el propio derecho, como cuando “[...] el propietario puede obligarse a autorizar a una persona a que penetre en su casa con un determinado fin. La diferencia respecto al caso anterior está en que el acto de invasión en la esfera soberana del deudor, cuando haya sido autorizado por éste, no puede llevarse a cabo sin su intervención, sino previa la concesión del correspondiente permiso. Y como éste, concurriendo los requisitos contractuales, no puede negarse y sí, en caso necesario, imponerse por medio de una sentencia, en la permisión cabe perfectamente ver una modalidad de la tolerancia, y por tanto incluir los deberes permisivos, atendiendo a su naturaleza y fines, entre los de la primer categoría.” (TUHR, Andreas von. Óp. Cit. p. 30).

⁸⁷¹ HINESTROSA, Fernando. Óp. Cit. p. 230.

⁸⁷² D.1.1.10.1. Ulpiano. *Libro I. Regularum*. “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.*” §1. *Iuris præcepta sunt hæc: honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere*. Trad: “Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho.” §1. Los principios del derecho son estos: vivir honestamente, no hacer daño a nadie, dar a cada cual lo suyo.” (KRIEDEL, HERMANN y OSENBRÜGGEN, *Ibidem*.).

actos.”⁸⁷³. Así mismo, la exigibilidad de la obligación de no hacer se hace legítima desde el momento en que, lisamente, el deudor realiza la conducta que, en virtud de la relación obligatoria, está vedada, sin admitir la mora o un cumplimiento imperfecto. Finalmente,

“La prestación negativa es, en principio, indivisible: no puede fraccionarse ni cumplirse por partes. En lo que tiene que ver con la naturaleza del acto de ejecución de la prestación, ha de resaltarse que la abstención no es una conducta para la cual se demande capacidad o poder de disposición de parte del deudor, y no da lugar a la satisfacción del acreedor por un tercero o por conducto de un representante, para no hablar de la improcedencia del pago por consignación o de la compensación, y de la inercia como elemento del supuesto de hecho de la prescripción.”⁸⁷⁴.

§178. **Obligaciones principales y accesorias.** Según la forma como coexistan las prestaciones debidas al acreedor, las obligaciones podrán ser **(i) principales**, si la deuda puede subsistir por sí misma y sin depender de otra prestación o de determinaciones extrañas a la relación jurídica, por cuanto son propias de otra, según el artículo 1499 del Código civil colombiano. Así mismo, las obligaciones pueden ser **(ii) accesorias**, cuando, siguiendo el ya citado texto jurídico, la prestación busca asegurar el cumplimiento de una obligación principal y depende de ella. Sobre esta clase de obligaciones, el profesor Mario Baena Upegui dice lo siguiente:

“[...] La idea de contrato accesorio nos lleva por fuerza a la idea de garantía y caución ya que presupone la existencia de otra obligación principal. Caución es un término genérico y comprende todas las seguridades accesorias que se dan para la seguridad de otros derechos. Son reales la hipoteca, la prenda y el derecho de retención (dice ALESSANDRI que JOSSERAND, AUBRY ET RAU, afirman que el derecho de retención es personal, pero de una fisionomía especial porque puede oponerse a terceros. Dicen que al derecho legal de retención le falta la principal característica del derecho real: el derecho de persecución), y personales la fianza, la cláusula penal, o sea la pena civil

⁸⁷³ HINESTROSA, Fernando. *Ibídem*.

⁸⁷⁴ HINESTROSA, Fernando. *Óp. Cit.* p. 237.

(ORTEGA y TORRES). A esta enumeración de seguridades añadiríamos la anticresis y la solidaridad que es en verdad la que ofrece mayor seguridad, aunque se trate de una garantía principal y no accesorio (art. 65, 1568, 2458).⁸⁷⁵.

§179. **Obligaciones de medios y de resultados.** Según la naturaleza de la prestación exigida por el acreedor y el grado de satisfacción como consecuencia de su observancia o no, las obligaciones podrán ser **(i) de medio**, si el compromiso del deudor se encamina al despliegue de su máximo esfuerzo de su ciencia y prudencia en el asunto que debe satisfacer el interés del acreedor; o **(ii) de resultado**, si la acreencia a cargo del deudor corresponde en la consecución de un cierto y determinado fin, de modo que su no consecución conlleva al incumplimiento y subsiguiente establecimiento de la responsabilidad a cargo del deudor⁸⁷⁶. No obstante, puede suceder que las partes acuerden que las obligaciones de medio pactadas en el marco de la relación jurídica se conviertan en obligaciones de resultado, pero no significa que todas las obligaciones de resultado pueden mutar a otras de medio, puesto que existen supuestos específicos donde la Ley prohíbe tal intervención prestacional⁸⁷⁷.

Al respecto, el profesor Javier Tamayo Jaramillo recuerda el origen de esta clasificación en los aportes del jurista francés René Demogue, y señala que, si bien la obligación de medio implica que “[...] el deudor cumple su obligación aunque el acreedor no obtenga la finalidad exacta y precisa que buscaba al contratar, a condición de que el comportamiento del deudor al cumplir su obligación sea prudente y diligente; [...]”⁸⁷⁸, al deudor le corresponde cumplir con exigencias mínimas que permiten demostrar su diligencia y cuidado; es decir, “[...] aun en las obligaciones de medio existe un mínimo resultado, cual es el de realizar la conducta con la cual el deudor pretende lograr el beneficio mediato buscado por el acreedor. [...] Por

⁸⁷⁵ BAENA UPEGUI, Mario. Óp. Cit. p. 65.

⁸⁷⁶ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. p. 419.

⁸⁷⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. p. 420.

⁸⁷⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. p. 415.

tanto, la filosofía de la obligación de medio solo es aplicable cuando el deudor cumplió materialmente la gestión o la prestación a que se habría obligado, aunque, pese a ello, no haya alcanzado el objetivo mediato buscado por el acreedor al contratar.”⁸⁷⁹.

El profesor colombiano Álvaro Pérez Vives señala que las obligaciones de resultado implican que el deudor ejecute una prestación específica y determinada por las partes, de manera que el incumplimiento del deudor le resulta imputable si no se alcanza el fin que pretende satisfacer el interés del acreedor en el presente, pues la prestación y su contenido “[...] no se encamina a obtener un resultado ulterior”⁸⁸⁰. Añade que “[...] su inejecución constituye incumplimiento de ellas, haciendo incurso al deudor en culpa contractual, si se originaron en un vínculo de tal naturaleza.”⁸⁸¹. En cambio, si el extremo pasivo de la relación jurídica no se compromete a ejecutar un hecho cierto y determinado, sino que encamina su fuerza física y moral a prestar una diligencia y cuidado, estas obligaciones serán de medios, pues “[...] lo que éste se obligó a hacer, fue poner los medios adecuados para la consecución del fin, sin que en modo alguno quedara absolutamente obligado a obtener ese fin.”⁸⁸²; luego, no puede imputarse ninguna clase de responsabilidad al deudor si no se logra el fin esperado por el acreedor, en la medida que el deudor haya puesto todo el esfuerzo y cuidado a que estaba obligado (Paráfrasis)⁸⁸³.

⁸⁷⁹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Ibíd.*

⁸⁸⁰ PÉREZ VIVES, Álvaro. *Teoría General de las Obligaciones. Parte Segunda. Clasificación, efectos, transmisión y extinción de las obligaciones*. 2º ed. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A., 1955. p. 163.

⁸⁸¹ PÉREZ VIVES, Álvaro. *Óp. Cit.* p. 164.

⁸⁸² PÉREZ VIVES, Álvaro. *Óp. Cit.* p. 191.

⁸⁸³ PÉREZ VIVES, Álvaro. *Ibíd.*

2.2.1.2. **SUBSECCIÓN II. DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y SU RELACIÓN CON LA “*CRISIS DEL CONTRATO*”.**

§180. La clásica concepción de la Teoría General del Contrato se fundamenta en el principio de la autonomía privada y la igualdad entre las partes, normas abstractas influenciadas por las premisas políticas de la Revolución Francesa: libertad, igualdad y fraternidad. Los sujetos de derecho, quienes son pares entre sí en virtud de la igualdad ante la ley, tienen la capacidad para crear, modificar y extinguir los efectos jurídicos que impliquen la potenciación de sus intereses relevantes para el Derecho en la forma que sus fueros internos lo dictaran como más convenientes, sin que ello significara la inobservancia de aspectos que el mismo ordenamiento jurídico considerare inmutables e indisponibles por los particulares.

En esa medida, la formación del negocio jurídico está determinada por la idea del contrato social, constructo filosófico que implica la asociación de los individuos como medio adecuado para la consecución de un interés común, en el afán de superar un estado de naturaleza y de guerra entre los seres humanos. Quiere decir esto que la satisfacción del interés de un sujeto de derecho ya no implique la declaratoria de guerra a la esfera patrimonial y personal de su contrario, sino que se recurre a la generación de un consenso sobre la forma como se ejecutarán unas prestaciones orientadas a la búsqueda del máximo goce del acreedor, pero lo realizarán teniendo como punto de partida que cada sujeto y sus respectivos intereses tienen la misma jerarquía entre sí, lo cual justifica el desprendimiento individual de una parte de sus derechos para garantizar un estado de civilidad; es decir, quienes intervienen en la celebración de un contrato, por tratarse como iguales, se desprenderán de un interés propio para buscar la satisfacción de su contraparte negocial, siempre y cuando respeten los intereses que la ley concibe como innegociables por los particulares.

§181. A pesar de la floridez del discurso burgués de la Revolución Francesa, los desarrollos sociales y económicos mostraron que dicha retórica no era más que conceptos etéreos y ajenos a la realidad imperante, en la cual los abusos cometidos por quienes, siendo acreedores en la relación jurídica, ostentaban una posición dominante respecto de su contraparte débil. Estas arbitrariedades obedecen a la imposición de las condiciones que regularían los contratos, los cuales ya no son negociados ni fruto de un consenso entre las partes sino de la adhesión del deudor a las condiciones del acreedor, como consecuencia de los procesos industriales y tecnológicos masivos de la sociedad. La profesora Mariana Bernal Fandiño dice lo siguiente:

“[...] En efecto, el creciente capitalismo se vio reflejado, entre otros, en fenómenos como la industrialización y la producción en masa de bienes y servicios, que a su vez se potenció por la multiplicación de los consumidores en los grandes centros urbanos. Incluso en los lugares con menor densidad de población los medios masivos de comunicación extendieron la necesidad del consumo por parte de las personas, que antes desconocían la diversidad de productos disponibles en el mercado y sus propiedades particulares. En ese contexto, ante la imposibilidad de buscar consensos individuales, las empresas empezaron a imponer contratos tipo a sus clientes, lo que definitivamente cambió el concepto de contrato como un acuerdo de voluntades, en el que las partes negocian libremente sus condiciones.”⁸⁸⁴.

En tal sentido, la profesora Bernal Fandiño señala una *crisis* en la teoría clásica del Derecho contractual, dado que **(i)** los presupuestos ideales de libertad e igualdad entre las partes al momento de contratar no se cumplían en la realidad social, y **(ii)** los procesos de masificación de bienes y servicios contribuyeron a la formación de los contratos con sujetos anónimos, los cuales se vinculan como sujetos anónimos en busca de la satisfacción de intereses jurídicos⁸⁸⁵. Como consecuen-

⁸⁸⁴ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 47.

⁸⁸⁵ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. pp. 48-56. En lo que tiene que ver al anonimato de los sujetos que se adhieren a los contratos tipo de las empresas, puede ser igualmente explicado este

cia de las críticas surgidas a raíz del impersonalismo del contrato planteado por la teoría clásica contractual y el minimalismo del Estado ante la imposibilidad de intervención en eventos concretos de desconocimiento de los intereses jurídicos sometidos en la relación obligatoria –puesto que se suponía que las partes eran capaces y responsables por la autotutela de sus derechos individuales–, surge una corriente jurídica que concebía el contrato y su función en la sociedad desde un punto de vista basado en el principio de la solidaridad, denominado como el *solidarismo contractual*.

Los fundamentos de esta corriente jurídica los constituye **(i)** el entender el contrato como un mecanismo social de cooperación, puesto que la visión del contrato es la de un acuerdo de voluntades equitativo, justo y armonioso, encaminado a la satisfacción de intereses de ambas partes mediante la cooperación al realizar las prestaciones a que se obligaron los sujetos de la relación jurídica contractual⁸⁸⁶; y **(ii)** la búsqueda de un equilibrio razonable, disímil de las románticas aspiraciones de una igualdad real en el contrato, buscando la conciliación de los intereses observando los principios de proporcionalidad y coherencia⁸⁸⁷. En tal medida, estos pilares justifican y legitiman la aparición de nuevos deberes de comportamiento a cargo de los contratantes –y en general, de los sujetos de la relación obligatoria–, que hacen parte de un nuevo orden contractual, caracterizado además por el rol activo del juez y por una hermenéutica de los elementos de la relación jurídica contractual más dinámica; así, los deberes de cooperación, de lealtad y de coherencia son las manifestaciones comportamentales más importantes de la filosofía del *solidarismo contractual*⁸⁸⁸.

hecho como el paso de la contratación *intuitu personæ* a una contratación en función de la prestación que se ofrece.

⁸⁸⁶ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. pp. 56-58. La cooperación ha sido considerada por Emilio Betti como el fundamento de las relaciones obligatorias (BETTI, Emilio. Óp. Cit. pp. 1-22).

⁸⁸⁷ Según Bernal Fandiño, el principio de coherencia es distinto del deber de coherencia, puesto que su función es la imposición de la armonía de las cláusulas contractuales, evitando los desequilibrios (BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 59).

⁸⁸⁸ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. pp. 60-66.

Cabe resaltar que la perspectiva solidaria del contrato retoma el concepto de la buena fe sin ánimo de apropiación, sino que les da una nueva interpretación que dota de mayor fuerza vinculante. Por tal razón, se explica que, si bien ya existían figuras jurídicas que desarrollaban la observancia de la buena fe y la protección de la confianza legítima, el deber de coherencia desarrollado por esta doctrina alcanza a controlar la validez del negocio jurídico y proteger a los profesionales frente a cláusulas abusivas mediante las figuras de la “obligación esencial” y la “economía general del contrato”, como sucede en Francia⁸⁸⁹.

§182. La observancia de los deberes de solidaridad en todas las etapas del contrato puede ser justificada desde lo ético **(a)** y lo económico **(b)**, los cuales son vistos como comportamientos deseados para el fortalecimiento del interés jurídico de ambos extremos de la relación contractual –y obligatoria, en general–, o como conductas eficientes que implican la preservación del patrimonio de las partes.

Según la profesora Bernal Fandiño, el análisis de los deberes de solidaridad desde una “ética cívica” no supone la realización de utopías sino la adecuación conductual de los sujetos de derecho a unos parámetros mínimos de corrección, “[...] razonables y [...] aceptados por todos los miembros de una comunidad pluralista para convivir de forma cooperativa, en un Estado Social de Derecho.”⁸⁹⁰. En este punto, la jurista nacional destaca cinco aspectos que refutan algunos argumentos que tergiversan el alcance de la cívica contractual, a saber: primero, la perspectiva cívica del contrato no implica la incursión del Derecho en las manifestaciones religiosas del fuero interno o en la idiosincrasia del individuo, si bien existen puntos convergentes entre los ordenamientos jurídico y teológico cristiano, puesto que esta hermenéutica únicamente busca sojuzgar los comportamientos que resultan

⁸⁸⁹ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 65.

⁸⁹⁰ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 76.

relevantes para el Derecho contractual, en cuanto orden social coactivo basado en los nexos de imputación conductual⁸⁹¹.

Segundo, el protagonismo del operador judicial ordinario al interpretar y adecuar el contrato según unas condiciones de armonía y equidad para los sujetos de la relación obligatoria, no supone una hecatombe en el sistema de fuentes del Derecho ni un caos argumentativo jurídico⁸⁹². Además, creemos que, si bien resulta insoslayable el rol actual del juez creador de Derecho por medio de la jurisprudencia en nuestro ordenamiento, la incursión en vías de hecho al motivar sus providencias y fallar sobre un caso concreto pueden ser reprochada por los mecanismos judiciales ordinarios y extraordinarios, máxime si la labor judicial termina afectando de forma palmaria los derechos fundamentales de una o ambas partes. En tal razón, los jueces aún siguen estando vinculados al imperio de Constitución y de la Ley (Arts. 4º y 230 C.N.).

Tercero, el análisis solidarista del contrato no contiene matices melancólicos, fle-máticos, sanguíneos o coléricos, ni ninguna otra clase de manifestación sentimental ni sacrifica la valoración objetiva que busca el Derecho, puesto que los precursores de esta escuela “[...] comprendieron la insostenibilidad del discurso individualista y voluntarista clásico y plantearon soluciones, con base en el ordenamiento jurídico y en los principios y valores que lo informan, para enfrentar la nueva problemática.”⁸⁹³.

Cuarto, la escuela del solidarismo contractual no sacrifica ninguna “[...] lógica estructurada por una difusa tendencia social [...]”⁸⁹⁴ en contraposición con la teoría clásica del contrato, puesto que, de la misma forma en que sucedió la transición hacia un modelo antropocéntrico e individualista en Europa y se consolidó una

⁸⁹¹ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 77.

⁸⁹² BERNAL FANDIÑO, Mariana. Ibídem.

⁸⁹³ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 78.

⁸⁹⁴ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Ibídem.

dogmática sobre el acuerdo de voluntades fundado sobre la libertad, fraternidad e igualdad, la tendencia del solidarismo contractual descorre por el mismo sendero transitado por los clásicos durante la Edad Moderna, ansiando encontrar la justa medida entre la autonomía del individuo y su estadio social.

En último término, la explicación del contrato desde esta perspectiva –el solidarismo– no quiere decir que los sujetos integrantes de la relación jurídica deban asumir una posición altruista, como lo señala Bernal Fandiño en puntual crítica al planteamiento de Duncan Kennedy⁸⁹⁵, puesto que no se pretende que las partes sacrifiquen su propio interés para cumplir con la prestación debida a su contraparte, sino que cada una de ellas pueda encontrar un punto intermedio que, bajo parámetros de razonabilidad, garantice y fortalezca el interés de cada uno de los extremos subjetivos de la obligación.

Por otro lado, el análisis de las relaciones contractuales desde una perspectiva económica concluye asegurando que la observancia de los deberes de comportamiento solidarios conducen al fortalecimiento del patrimonio de los sujetos vinculados en la relación, “[...] los deberes de solidaridad que se exigen a las partes en los contratos asignan un curso eficiente al tráfico negocial por favorecer los juegos de ganancia mutua.”⁸⁹⁶, evitándoles a las partes asumir las consecuencias económicas de no seguir estas reglas de comportamiento, traducida en la defensa del interés jurídico ante los jueces de la República en un eventual litigio, en el pago de indemnizaciones y condenas en costas, entre otras erogaciones, puesto que “[...] sólo se están considerando beneficios a corto plazo. A mediano y largo plazo, ese esquema sería muy costoso por posibles demandas, por la posibilidad de que la otra parte no vuelva a contratar en el futuro y por el menoscabo de la reputación

⁸⁹⁵ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 79.

⁸⁹⁶ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 80.

que puede incidir en negociaciones con otras personas.”⁸⁹⁷. En palabras de la profesora Bernal Fandiño:

“El contrato tiene como base relaciones de confianza. Estas relaciones, que exigen coherencia, lealtad y cooperación de las partes, se constituyen para solucionar problemas de información y de ahorro en los costos que se deriven del acuerdo. En la medida en que exista confianza y transparencia, las transacciones serán menos costosas, pues las partes se ayudarán mutuamente para conocer las circunstancias que rodean los acuerdos, los riesgos y beneficios. [...]”⁸⁹⁸.

2.2.1.3. SUBSECCIÓN III. CARACTERÍSTICAS DE LA OBLIGACIÓN DE COHERENCIA ENTRE LAS PARTES.

2.2.1.3.1. DEL DEBER DE COHERENCIA A LA OBLIGACIÓN DE COHERENCIA.

§183. Dadas las condiciones imperantes en nuestra sociedad, marcada por la nueva interpretación que de la oferta y la demanda ofrece el neoliberalismo, los deberes de comportamiento planteados por el solidarismo contractual se constituyen como los límites necesarios al abuso que puede conducir la materialización de los postulados capitalistas en la realidad social, por cuanto, sin oponerse a que cada individuo pueda producir riqueza y aumentar su patrimonio, las buenas prácticas que suponen los predicados del solidarismo contractual permiten el libre ejercicio de actividades lícitas dentro de un margen de respeto por la dignidad humana.

En nuestro juicio, la escuela del solidarismo en el Derecho de los contratos puede justificar la necesidad de considerar los comportamientos leales y probos como prestaciones propias de una relación obligatoria al momento de realizar la imputación de la responsabilidad civil contractual. La imposición de deberes de comportamiento en las relaciones jurídicas, y concretamente en las contractuales consti-

⁸⁹⁷ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 81.

⁸⁹⁸ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. pp. 81-82.

tuyen un gran avance para la regulación del poder en cabeza de ambas partes, pero las formas comerciales actuales, impersonales, hacen que el mero deber no baste para que los sujetos de la relación jurídica lo observe, máxime si con sus comportamientos se ocasiona un perjuicio, pues, en ese evento, el esquema de la responsabilidad civil derivada del acuerdo lícito y válido de las partes no establece una imputación a cargo del deudor con fundamento en la violación de deberes, sino en la causación de daños y perjuicios por el incumplimiento puro y simple, o el cumplimiento moroso o defectuoso (Ver §197).

Esto implica que la buena fe, de norma inspiradora de todo el ordenamiento jurídico, se convierte, al igual que la solidaridad, en el fundamento ontológico de las obligaciones o prestaciones *de buena fe* –al momento de la responsabilidad civil contractual–, que, conteniendo un sinnúmero de manifestaciones conductuales, son éstas las que la desarrollan. Concretamente, no podría hablarse de un deber secundario de conducta que, fundado en el ordenamiento moral, constriña a la observancia de la coherencia en el desarrollo de los negocios si ha sido generada una confianza legítima en la contraparte, sino del cumplimiento de una obligación consustancial al negocio jurídico, por cuanto, al ser el Principio General de la buena fe un elemento presente en todos los negocios jurídicos por ministerio de la ley, no se requiere de un pacto expreso de las partes cuyo contenido sea la realización de comportamientos diligentes y cuidadosos. Es así como, de forma natural e independiente al contenido del acuerdo de las partes, se exige a modo de prestación la realización de unos comportamientos que, de ser realizados, conducen al buen desarrollo del objeto del negocio jurídico.

2.2.1.3.2. LA OBLIGACIÓN DE COHERENCIA, DENTRO DE LAS CLASIFICACIONES PROPUESTAS POR LA DOCTRINA JURÍDICA.

§184. La obligación de coherencia, una de las obligaciones *ex fides bona*, es la prestación exigible a ambas partes negociales, en principio, pues su incumplimiento es recriminado a quien ha manifestado posiciones disímiles con respecto a un

mismo interés jurídico y un mismo sujeto de derecho, como consecuencia de la interversión del deber de coherencia ante su inobservancia. En todo caso, según la profesora Bernal Fandiño, “[...] [l]a conducta coherente se exige tanto al deudor de la prestación, que no puede adoptar conductas contradictorias para cumplir con el interés de la otra parte, como al acreedor, que no puede ser obstáculo para tal cumplimiento.”⁸⁹⁹, luego, consiste en respetar la confianza legítima suscitada en la contraparte acerca un efecto jurídico dispuesto previamente, el cual se pretende posteriormente desconocer. Como prestación a cargo de ambos sujetos negociales, se trata de una obligación **(i) de no hacer**, **(ii) accesoria**, **(iii) de resultado**.

Antes del análisis de esta prestación de acuerdo con las categorías aceptadas por la doctrina, debemos señalar que no resultaría suficiente demeritar el carácter de las obligaciones *ex fides bona*, bajo el argumento de no ser posible ser valuadas en dinero, al tratarse de una relación pecuniaria (Ver §171); no obstante, creemos que el incumplimiento de las obligaciones *ex fides bona* –y específicamente la de coherencia– está avaluado por el mismo valor en que la prestación principal de la relación obligatoria lo está, máxime si tal inobservancia repercute en el cumplimiento cabal y efectivo de la prestación principal, ya que estas conductas pretenden garantizar el débito del acreedor y el buen término de la prestación a cargo del deudor. Así, a más de implicar, en forma positiva, un ahorro para las partes dado que no intervendrán ante la justicia ordinaria –o arbitral, en caso de existir pacto de compromiso o cláusula compromisoria– ni será afectado su *good will*, negativamente representaría la insatisfacción de la acreencia principal.

§185. Siguiendo la clasificación de las obligaciones según la clase de prestación que debe realizar el deudor (Ver §177), la obligación de coherencia es **(i) de no hacer**. Esto obedece a que, de acuerdo con la dogmática planteada sobre la teoría de los actos propios, ambos sujetos de derecho tienen por abstención toda mani-

⁸⁹⁹ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 65.

festación presente que contraría los efectos jurídicos señalados en el pasado, si con fundamento en tal conducta inicial se ha generado una confianza legítima en la contraparte del negocio jurídico; desde luego, creemos que donde sea lícito contravenir sus propios actos, no es menester entrar a discutir si efectivamente ocurrió una conculcación a la coherencia y a la confianza legítima, por cuanto la doctrina de los actos propios admite la posibilidad de contrariar conductas en ciertos eventos en los cuales se tutela un interés superior a la confianza del sujeto negocial, o se observa la residualidad o subsidiariedad de la figura referida.

Dicho sea de paso, no puede indicarse que la obligación de coherencia, vista como la prohibición de ir contra los actos propios, trata de un deber general de abstención, en la medida que éstos “[...] corresponden a los derechos absolutos, como son los de la personalidad y los reales [...]”⁹⁰⁰, los cuales no se someten a la existencia de una relación obligatoria que regule; por eso, consideramos que la sanción para estas conductas se sustenta sobre el deber general de no causar daño a nadie (*neminem lœdere*).

§186. Atendiendo a la coexistencia de las prestaciones dentro de una relación jurídica (Ver §178), la obligación de coherencia corresponde a una prestación **(ii) accesoria**. Esto significa que la prohibición de ir contra los actos propios resulta ser una abstención que garantiza el cumplimiento de la prestación principal, la cual motiva la existencia de la relación obligatoria. Recordemos que la buena fe contractual implica interpretar el contenido y el alcance del negocio jurídico de manera que conduzca al cumplimiento adecuado de las prestaciones pactadas, y regular las manifestaciones desmedidas provenientes de uno de los sujetos negociales; luego, su observancia es sinónimo de cumplimiento de la obligación.

⁹⁰⁰ HINESTROSA, Fernando. Óp. Cit. pp. 229-230.

Entender la obligación de coherencia como una prestación accesoria ayuda a distinguir el incumplimiento de la prestación principal, por cuanto el incumplimiento de la obligación principal, si bien comporta una violación a las reglas de la buena fe, no puede ser exigido en virtud de la teoría de los actos propios, sino con fundamento en las reglas propias de la eficacia del negocio, la resolución y la fuerza vinculante de los acuerdos entre las partes (*pacta sunt servanda*); justamente, la residualidad y supletoriedad de la prohibición de ir contra los actos propios impiden que esta figura sea alegada como la razón para la exigibilidad de la prestación principal, de manera que la causación de un daño por una conducta que contraviene la obligación de coherencia no debe confundirse con el incumplimiento de la obligación principal.

§187. La obligación de coherencia, atendiendo al grado de satisfacción que pueda alcanzar el acreedor por el cumplimiento de la prestación pactada (Ver §179), es **(iii) de resultado**. En ese orden de ideas, el acreedor espera una plena satisfacción derivada de la observancia de dicha abstención, importando poco si el individuo, desde su fuero interno, se representó cumplir con dicha prestación en el evento de no cumplir. Sin embargo, aunque la buena fe exige que la persona debe actuar con diligencia y cuidado, esto no significa que se trate de una obligación de medios, por cuanto tales cualidades conductuales demuestran el cumplimiento efectivo y si el sujeto de derecho efectivamente mantuvo o no la coherencia en el negocio, cotejando dos comportamientos que deben resultar opuestos en consideración a la confianza legítima generada por una de las partes. En otras palabras, la relación entre el cumplimiento del deudor y la satisfacción del acreedor no estriba en si quien infringió la confianza legítima, yendo contra los actos propios, prestó todos sus medios y sus fuerzas para ser diligente y cuidadoso, puesto que se requiere que, efectivamente, así lo haya sido, como si se tratara de un dilema shakespeareano: ser o no ser.

Según el profesor Javier Tamayo Jaramillo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1612 del Código civil⁹⁰¹, no hay exoneración de responsabilidad para el deudor si aún existe posibilidad de reversar lo hecho, y mucho menos la habrá cuando el acto es irreversible en definitiva, puesto que “[...] pareciera ser que él [el deudor] no tiene absolutamente ninguna forma de exonerarse, pues el artículo 1612, en el inciso final, expresa: “El acreedor quedará de todos modos indemne”. ”⁹⁰². Más adelante, luego de realizar unas precisiones sobre las obligaciones de no hacer⁹⁰³, el jurista nacional concluye de la siguiente manera:

“[...] las obligaciones de no hacer, que se vuelven definitivamente imposibles de cumplir, de ser violadas serán de resultado; y en cuanto al precio pagado por el acreedor, el deudor no tiene ninguna forma de exoneración, mientras que en relación con los perjuicios adicionales, el deudor puede demostrar una causa extraña que lo libere de responsabilidad.”⁹⁰⁴.

§188. En suma, es legítimo y válido analizar la obligación de coherencia, vista desde la perspectiva de la prohibición de ir contra los actos propios, como una prestación en cabeza de ambos sujetos negociales, la cual impide que una de las partes del negocio, mediante una conducta actual, pretenda desconocer los efectos jurídicos creados, modificados o extintos en el pasado, si con el comportamiento presente se afecta la confianza legítima de la contraparte.

⁹⁰¹ Código civil colombiano. Artículo 1612. Incumplimiento de la obligación de no hacer. “*Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho.// Pudiendo destruir la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, será el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a efectos a expensas del deudor.// Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, en este caso será oído el deudor que se allane a prestarlos.// El acreedor quedará de todos modos indemne.*”

⁹⁰² TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. p. 514.

⁹⁰³ Según el jurista colombiano, En unos eventos podrá aplicarse los principios del incumplimiento de las obligaciones de género, v.gr. si el deudor recibió dinero para que se abstuviera de realizar el acto que se comprometió a no realizar, deberá reembolsarlo insoslayablemente; si no lo ha recibido, no puede reclamarlo por cuanto, justamente, se realizó la omisión que no debía acaecer. Pero, si como consecuencia de la violación de la obligación de no hacer se causaron perjuicios adicionales, se puede invocar una de las causas extrañas (caso fortuito o fuerza mayor) para buscar la exoneración de la responsabilidad que se imputa (TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ibídem).

⁹⁰⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ibídem.

Así, mientras la legitimidad hermenéutica de la obligación de coherencia estriba sobre las relaciones mercantiles masificadas bajo el influjo neoliberal, en la necesidad de conservar unos mínimos conductuales de cooperación y solidaridad, y en el Principio General de la buena fe; la validez argumentativa de la nueva prestación **(i)** apunta, desde las clasificaciones dadas por la ley, la jurisprudencia y la doctrina, hacia la existencia legal y contractual de una abstención que garantiza el cumplimiento de la obligación principal según las reglas de la buena fe, mediante una conducta específica que, de no ser observada bajo las previsiones de la teoría de los actos propios, tal infracción conduce directamente a la responsabilidad, en tanto faceta de la relación obligatoria.

Al mismo tiempo, **(ii)** se sustenta dicha validez en la enunciación normativa del Principio General de la buena fe en los artículos 1603 del Código civil⁹⁰⁵ y 871 del Código de comercio⁹⁰⁶ y en el artículo 83 de la Carta Política, si bien su exégesis permite concluir que se trata de la observancia de deberes. Sobre este punto, los mencionados cánones legales no hablan de una obligación sino de un deber ser que conduce al desarrollo de prestaciones que guardan relación con el cumplimiento de la acreencia principal. Ese deber ser que supone la buena fe, subyace primariamente en los ideales sociales y la moral y, posteriormente, fueron considerados por el Derecho como exigencias necesarias para la adecuada satisfacción del interés del acreedor. Por eso, si los deberes implican aún un matiz etéreo y ligado a estructuras morales y éticas de la sociedad, sólo la interversión de éstos en obligaciones permiten que puedan ser exigidas por quien se considere afectado por su inobservancia.

⁹⁰⁵ “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.”.

⁹⁰⁶ “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.”.

Además, (iii) la amplitud de la legitimación para la observancia de los deberes se opone al espectro limitado que supone la exigibilidad de la obligación de coherencia, en el caso concreto; es decir, los deberes tienen un rango de exigibilidad dentro del tráfico social, de manera que es la misma sociedad quien exige de sus miembros el cumplimiento de unas prerrogativas, mientras que las obligaciones *ex fides bona* –concretamente la de coherencia– versan en el plano de una convención, a nivel del contrato y sus diferentes etapas, en las cuales únicamente intervienen los sujetos que establecen unas condiciones tendentes a la satisfacción de unos intereses. Son dos partes quienes intervienen en el marco de un acuerdo convencional y contractual, no toda la sociedad.

§189. Esta posición coincide parcialmente con la expuesta por el jurista colombiano Jorge Santos Ballesteros, quien sostiene, por un lado, que el contenido del artículo 863 del Código de Comercio colombiano irradia todas las etapas del contrato, al punto que alcanza los acercamientos preliminares, los cuales, de ser inobservados, acarrearía la indemnización de los perjuicios⁹⁰⁷; y añade que ésta se deriva del incumplimiento de los deberes jurídicos concretos, los que, al mismo

⁹⁰⁷ SANTOS BALLESTEROS, Jorge. *Instituciones de responsabilidad civil*. T. I. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 1996. p. 69. El profesor Santos Ballesteros, literalmente, señala que “[...] si la buena fe constituye un deber jurídico de comportamiento como módulo objetivo, lo que se sanciona con la obligación reparatoria es la mala fe, entendida como comportamiento contrario a la buena fe, como trasgresión de un deber jurídico concreto. En consecuencia, obrar de manera distinta a la buena fe, actuar de modo diverso es violar el espíritu mismo de la relación, es realizar un acto contrario a la fidelidad de los tratos, y así, el agente que actúa de mala fe realiza una contravención, en otros términos, incumple una obligación de no hacer, en cuyo caso no se requiere de la constitución de mora a la luz del artículo 1615 del Código Civil, según el cual, “se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención”. Esta aseveración tiene como uno de sus sustentos la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 23 de noviembre de 1989 (M.P.: Dr. José Alejandro Bonivento Fernández. Ref. Exp.: 2435), providencia que casa la providencia adoptada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá frente a la retractación injustificada de una oferta por concurso para la construcción de un edificio, y que la Corte declara la responsabilidad precontractual por la afectación del interés negativo o de confianza. Así mismo, este jurista toma como referente las sentencias por el mismo órgano judicial en sede de casación, el 28 de junio de 1989 y el 27 de junio de 1990. Dicho sea de paso, el daño al interés contractual negativo consiste en el menoscabo al interés jurídico de “[...] quien confía en la validez de un negocio jurídico que luego resulta nulo, bien por vicio original o por posteriores causas.” (FISCHER, Hans Albrecht. *Los daños civiles y su reparación*. 1º ed. Trad. por: ROCES, Wenceslao. Bogotá D.C.: Editorial Leyer, 2005. p. 92).

tiempo, conllevan a la inobservancia de una obligación de no hacer, la cual es de no actuar abusivamente, dando lugar a la aplicación del artículo 1614 del Código civil colombiano⁹⁰⁸.

En nuestro entendimiento, si bien es importante este referente doctrinal, en la medida de que el jurista nacional reconoce la existencia de una obligación de no hacer en caso de no ser cumplidos los deberes secundarios conductuales durante la etapa precontractual, creemos que **(i)** esta obligación de no hacer no se restringe únicamente a los momentos formativos del negocio jurídico, sino a todo el *iter contractus*, y que **(ii)** esta obligación se sustenta sobre el Principio General de la buena fe, el cual ordena que las partes actúen de manera honesta con su contraparte, y no sobre el abuso del derecho. Como se ha expuesto, la buena fe se concreta en varios deberes de conducta que se convierten en obligaciones negativas si, en efecto, éstos no son observados por los sujetos negociales, y cuyas consecuencias se determinan por las reglas que trae el artículo 1614 del Código civil.

§190. Por último, el profesor Alejandro Borda recuerda que los deberes secundarios de conducta hacen parte de la teoría moderna del contrato, y acepta que la violación de esos comportamientos accesorios ligados a la buena fe conlleve a la imputación de la responsabilidad civil contractual. Para el jurista, no basta el mero reconocimiento de estos deberes de comportamiento en el *iter contractus*, puesto que “[...] es necesario prevenir el incumplimiento de tales deberes y, en su caso, resarcir los daños causados.”⁹⁰⁹, ejercitándose la tutela inhibitoria, figura propia del Derecho argentino que busca evitar la producción de un daño en el marco de una relación contractual; sin embargo, “[s]i no se ha podido prevenir el daño y se ha producido, llegará el momento de resarcirlo, sea reparando el daño provocado, sea indemnizando. Esto da lugar a la llamada responsabilidad civil, concepto que

⁹⁰⁸ SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Óp. Cit. p. 68.

⁹⁰⁹ BORDA, Alejandro. *Contratos: reflexiones sobre cuestiones particulares*. 1º ed. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana-Grupo Editorial Ibáñez, 2012. p. 42.

se ha ido ampliando: de una responsabilidad fundada en la idea de culpa (responsabilidad subjetiva) a una responsabilidad fundada en la idea del riesgo creado (responsabilidad objetiva) [...].”⁹¹⁰.

Según el profesor Borda, la responsabilidad que surge de la infracción de los deberes colaterales se predica desde la etapa precontractual, no ya desde la emisión de una oferta –como lo sostiene el jurista alemán Rudolph von Ihering al realizar su análisis de la *culpa in contrahendo*–, sino desde la gestación de las tratativas previas, agravándose en forma directamente proporcional al avance de las negociaciones contractuales, “[...] pues la intensidad de la propia relación también va creciendo.”⁹¹¹.

2.2.2. SECCIÓN II. LA OBLIGACIÓN DE COHERENCIA COMO SUSTENTO JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL.

§191. Para entender en qué medida la violación de la confianza legítima en virtud de una conducta actual que, aunque lícita, desconoce un comportamiento jurídicamente relevante, anterior y eficaz, puede ser analizada desde la perspectiva que ofrece el Derecho de la responsabilidad, deberá revisarse a la luz de la doctrina el concepto de responsabilidad civil y concretamente la responsabilidad civil contractual (Subsección I), los requisitos para la imputación a hechos ocurridos durante la existencia de un contrato (Subsección II), y finalmente, se analizará cómo un comportamiento incoherente puede ser sancionado a la luz del Derecho colombiano (Subsección III).

⁹¹⁰ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 43.

⁹¹¹ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 41.

2.2.2.1. SUBSECCIÓN I. CONCEPTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, Y ESPECÍFICAMENTE DE LA DERIVADA DE ACTOS LIGADOS CON UN CONTRATO.

§192. En el Derecho colombiano, la responsabilidad civil implica la obligación de indemnizar los perjuicios causados por un sujeto de derecho a otro, sin justa causa, por un hecho que, desde una perspectiva lógica, le resulta imputable. Se trata de un estadio distinto de otros ordenamientos sociales, como la moral, la ética y la religión, entre otros, pues en ellos se sanciona con medidas que atañen al fuero interno del individuo y que implican un peso a su cargo en el imaginario social, sin que implique un detrimento patrimonial; así mismo, difiere de los deberes que prescriben las distintas ramas del Derecho, en la medida que el sujeto de derecho está llamado a restituir íntegramente o reparar los perjuicios causados por un ilícito civil⁹¹².

El profesor Javier Tamayo Jaramillo define la responsabilidad civil como “[...] la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comprometido en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros. [...] ese comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato,

⁹¹² En este punto, el ilícito civil es toda conducta contraria al Derecho civil por causar un daño injustificado a un individuo en su persona o en su patrimonio, y no necesariamente conlleve a la aplicación del Derecho penal, sino la imposición de sanciones civiles, entendidas como la consecuencia que se deriva de la trasgresión de los preceptos de la ley civil (Art. 6º C.C.). Sin embargo, puede suceder que la conducta generadora del daño sea, al mismo tiempo, tipificado en las prescripciones legales del Derecho sancionador –Derecho Penal (*ius poenale*) y Disciplinario, entre otros–; así, estaríamos frente a un ilícito penal o “injusto” (compuesto en estricto sentido por una conducta típica y antijurídica) (ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Traducido por: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel; REMESAL, Javier de Vicente. T.I. 2º ed. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997. p. 195) o un ilícito disciplinario (que está conformado por una conducta típica e ilícita sustancialmente). Precisamos que el ilícito penal no está compuesto adicionalmente por la culpabilidad, por cuanto sirve de criterio fundante para la imposición de una pena privativa de la libertad o una medida de seguridad; así como en el ilícito disciplinario, la culpabilidad sirve como fundamento para la graduación de la sanción disciplinaria.

el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito, el cuasidelito, o la violación del deber general de prudencia.”⁹¹³.

Los hermanos Mazeaud sostienen que la responsabilidad civil es un “vínculo de obligación”, en la medida que el sujeto responsable se hace deudor de una reparación a favor de la víctima de un daño sufrido, en calidad de acreedora⁹¹⁴; el perjuicio infligido corresponde a un daño privado, ajeno a la protección de un interés social que, por lo tanto, únicamente se tutela mediante la reparación y no mediante la imposición de una pena⁹¹⁵.

Por su lado, el jurista Jaime Alberto Arrubla Paucar, luego de señalar que la responsabilidad civil nace de la necesidad de imponer por la fuerza la observancia de las normas que, en el plano abstracto fueron aceptadas voluntariamente, se desconocen cuando se genera un daño por medio de un hecho idóneo⁹¹⁶, la define como “[...] la obligación de reparar el perjuicio que se ha causado. Es obligación reparar por sí o por otro, el daño ocasionado contra la persona o en el patrimonio de un tercero. [...]”⁹¹⁷.

El profesor francés Philippe Le Tourneau dice que la responsabilidad civil, como obligación de reparar judicialmente las consecuencias que derivan del perjuicio infligido, tiene como objetivo principal la reparación, “[...] que consiste en restablecer el equilibrio que antes había sido roto, por el autor del daño, entre su patrimonio y el de la víctima; presenta también un aspecto *preventivo* (que conduce a los ciudadanos a actuar con prudencia, a fin de evitar el compromiso de su responsabilidad). [...] la reparación conlleva un aspecto *punitivo* (de pena privada), espe-

⁹¹³ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. p. 8.

⁹¹⁴ MAZEAUD, Henri, Léon y Louis. *Lecciones de Derecho civil. Parte Segunda*. Vol. II. 1º ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960. p. 7.

⁹¹⁵ MAZEAUD, Henri, Léon y Louis. Óp. Cit. p. 9.

⁹¹⁶ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Óp. Cit. p. 355.

⁹¹⁷ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Óp. Cit. p. 356.

cialmente cuando una indemnización es concedida a la víctima de un daño moral, pese a que el dolor no es apreciable en dinero.”⁹¹⁸.

§193. Tradicionalmente se ha distinguido en el Derecho colombiano entre las consecuencias de asumir los perjuicios ocasionados por los hechos en el marco de un contrato o una convención, y aquellas que derivan de un marco carente de una relación jurídica más allá del deber de indemnizar. Javier Tamayo Jaramillo señala que la responsabilidad civil contractual se origina en el daño injustificado con ocasión al incumplimiento de las obligaciones contractuales, bien porque tal falta es pura y simple, o su cumplimiento es moroso o defectuoso⁹¹⁹. En cambio, se considera la viabilidad de la responsabilidad civil extracontractual ante “[...] todo comportamiento ilícito que no se derive de la inejecución de un contrato válidamente celebrado entre demandante y demandado [...] si se le ha causado daño a un tercero.”⁹²⁰.

En similar sentido a Tamayo Jaramillo se refiere Le Tourneau respecto de la responsabilidad civil contractual, quien, si bien cuestiona como falso el concepto de la responsabilidad civil contractual y lo sustituye por el de “falla contractual”, la define de la siguiente manera:

“El régimen del *incumplimiento contractual* (previsto por los artículos 1146 a 1155 C. civ.⁹²¹) existe en presencia de un contrato no cumplido, mal cumplido, o cumplido con demora (sin que alguna causa ajena justifique el incumplimiento). La ley confiere al acreedor un ‘remedio’, según la expresión empleada por los juristas del *common law*, que consiste prioritariamente en la ejecución en especie (por ej., el reemplazo o la reparación de una cosa defectuosa). Pero cuando esta solución ya no es posible o deja de representar algún interés para el acreedor, este hecho da origen a una acción de

⁹¹⁸ LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilidad civil*. Trad. Por TAMAYO JARAMILLO, Javier. 1ª ed. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A., 2004. p. 21.

⁹¹⁹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. p. 32.

⁹²⁰ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. p. 574.

⁹²¹ Acá se refiere el autor al Código civil francés.

daños y perjuicios que permite al acreedor obtener el equivalente monetario de la ejecución. Este régimen se denomina por lo general de la 'responsabilidad contractual'.⁹²²

Por su parte, Arrubla Paucar, si bien es partidario de una teoría monista de la responsabilidad civil⁹²³, señala que la escuela clásica distingue ambas responsabilidades tomando como partida algunos puntos, a saber: **(i)** mientras que la responsabilidad civil contractual se origina en el incumplimiento de una obligación pactada en un contrato, la responsabilidad civil extracontractual dimana de la ley⁹²⁴; **(ii)** se requiere, en el caso de un daño causado en el marco de un contrato, de capacidad para la celebración del contrato, mientras que la responsabilidad civil extracontractual se exige que el sujeto agente no sea un menor de diez años o un demente, si bien serán sus representantes o sus guardadores quienes asumen las consecuencias de dichos actos, si se puede imputarles negligencia⁹²⁵; **(iii)** la responsabilidad derivada de un daño en la ejecución o terminación de un contrato se distribuye tomando como referente si el contrato es civil o mercantil, por cuanto, respectivamente, la obligación de indemnizar se asumirá de manera conjunta y solidaria; mientras que el perjuicio a indemnizar en la responsabilidad extracontractual siempre es solidario⁹²⁶; **(iv)** En materia de prescripción, la responsabilidad civil contractual se exige de acuerdo a la acción que el contrato o convención le confiera, por cuanto puede ser que, por tratarse de un contrato con previsión nor-

⁹²² LE TOURNEAU, Philippe. *De la falsedad del concepto de "responsabilidad contractual"*. En: GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen; CORTÉS MONCAYO, Édgar; NAVIA ARROYO, Felipe (edit.). *Estudios de Derecho civil. En memoria de Fernando Hinestrosa*. T. I. 1ª ed. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2014. p. 675.

⁹²³ Dice el jurista nacional: "La responsabilidad civil tradicionalmente se ha dividido en diferentes escenarios que dependen de la órbita donde se produce el daño; así se habla en un derecho clásico de una responsabilidad contractual y una extracontractual; y recientemente de la responsabilidad precontractual o en el estadio de los tratos preliminares. En realidad, la diferencia entre una y otra es más aparente que real y solo varía el contenido de uno de los elementos que les es común, por ello somos partidarios de la tendencia que concibe un concepto unicista de la responsabilidad civil." (ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Op. Cit. pp. 356-357).

⁹²⁴ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Op. Cit. p. 357.

⁹²⁵ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Ibídem.

⁹²⁶ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Op. Cit. p. 358.

mativa especial, su prescripción sea así mismo especial; mientras que la responsabilidad civil extracontractual, le asiste un plazo decenal para su exigibilidad⁹²⁷.

Para Guillermo Ospina Fernández, es infortunada la designación realizada por la doctrina a la responsabilidad civil derivada del contrato, pues la tacha de inexacta. En su sentir, el sistema de responsabilidad se sustenta sobre la máxima *neminem lœdere*, que conlleva a la necesidad del cumplimiento de las obligaciones asumidas voluntariamente en una relación jurídica o por imposición de la ley; de modo que sobre esta premisa se arriba a la obligación de indemnizar en el evento de existir una conculcación⁹²⁸. En consecuencia, “[...] la expresión *responsabilidad contractual* parece reducir los principios y reglas que sancionan el incumplimiento de las obligaciones propiamente dichas, vínculos concretos entre personas determinadas, a las que emanan de un contrato, siendo así que estas pueden nacer de fuentes diversas, como el acto jurídico unipersonal, del enriquecimiento sin causa, y aun del hecho ilícito violatorio del ya mencionado deber general de prudencia y cuidado que pesa sobre todo el mundo en aras de la convivencia social.”⁹²⁹.

Una primera vista del sistema dual de responsabilidad civil vigente en el Derecho colombiano concluiría, como lo hizo el profesor Ospina Fernández, que **(i)** la máxima de no causar un daño injustificado a otro constituye el fundamento de esta dogmática; y que **(ii)** la *responsabilidad civil* únicamente se limita a las obligaciones pactadas en el contrato sin considerar otras que provienen de fuentes diversas. Sin embargo, no consideramos de recibo esta posición, aun cuando provenga de una prominente figura en nuestro Derecho, por cuanto mientras la responsabilidad civil extracontractual sí se funda en la máxima *neminem lœdere*, en lo que respecta a la responsabilidad civil derivada del contrato, las partes se comprometen a realizar los actos que resulten de la naturaleza del negocio jurídico, además

⁹²⁷ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Ibíd.*

⁹²⁸ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Régimen general de las Obligaciones*. 8º ed. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A., 2014. p. 88.

⁹²⁹ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Óp. Cit.* p. 88.

de las prestaciones que constituyen su razón de ser; esto, teniendo en cuenta que el artículo 1603 de nuestro Código civil lo ordena para las relaciones jurídicas de orden contractual.

De hecho, la posibilidad de analizar la violación de deberes secundarios de conducta tiene cabida dentro de la nueva hermenéutica que se realiza de la teoría general del contrato. Justamente, el profesor Borda afirma que el análisis de la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de una obligación contractual, según la interpretación moderna de la teoría general del contrato, se centra en la víctima y el daño que le fue infligido, sin desdeñar el valor de la conducta perjudicial para el interés del sujeto afectado; de esta manera, se conduce a una socialización del daño o de su reparación, la cual está directamente emparentada con la génesis de la responsabilidad objetiva⁹³⁰. Sin embargo, en nuestro caso, creemos que tales deberes deben ser vistos como obligaciones de no hacer sustentadas sobre la buena fe, como lo hemos indicado previamente (Ver §183).

En el sentir de los profesores argentinos Félix A. Trigo Represas y Marcelo J. López Mesa, el resarcimiento del daño ocasionado por el incumplimiento de una obligación contenida en un contrato supone la tipicidad de un comportamiento sancionable, atendiendo a las estipulaciones contractuales y legales sobre la relación jurídica concreta, puesto que el cumplimiento de la prestación pactada se predica de la observancia del modo, tiempo y lugar en que se llevará a cabo la conducta exigida por acuerdo de las partes o por ministerio de la ley dentro de una relación jurídica contractual⁹³¹. En otras palabras, “[...] si el comportamiento del obligado no se ajusta a lo “debido”, se produce el incumplimiento, tomando a esta expresión en su significación más amplia.”⁹³². La ilicitud o antijuridicidad del incumplimiento contractual estriba en que la conducta del sujeto agente trasgrede

⁹³⁰ BORDA, Alejandro. Óp. Cit. p. 51.

⁹³¹ TRIGO REPRESAS, Félix A., y LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Tratado de la responsabilidad Civil*. 1º ed. T.II. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 4.

⁹³² TRIGO REPRESAS, Félix A., y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. p. 73.

las “[...] obligaciones pactadas en un convenio previamente concluido entre las partes, el cual tiene para ellos fuerza de ley conforme al artículo 1197 del Código Civil, e integra por lo tanto el ordenamiento jurídico; aunque su obligatoriedad esté circunscripta solamente a los contratantes. De manera que bien puede decirse, [...] que ‘cuando el comportamiento del sujeto es violatorio de un deber jurídico impuesto por una relación de obligación preexistente, se dice que el acto ilícito asume la forma de un *incumplimiento*’.”⁹³³.

§194. La Corte Constitucional diferenció los regímenes de responsabilidad civil contractual y extracontractual, al momento de realizar el control abstracto de constitucionalidad impulsado mediante demanda pública de inexequibilidad al inciso primero del artículo 1616 del Código civil colombiano⁹³⁴, por cuanto consideraron los actores que conculcaban los artículos 1º, 2º, 13, 58, 228 y 250 de la Constitución⁹³⁵. Sobre este punto, la Corte destacó que la razón para diferenciarlas estriba en la necesidad de distinguir entre los efectos jurídicos que se producen en virtud del ejercicio legítimo de la autonomía de la voluntad privada y aquellos que surten por ministerio de la ley, destacando adicionalmente que es la anuencia del Legislador el fundamento último del sistema dual de responsabilidad civil.

Es así como, según la Corte, la responsabilidad contractual es “[...] aquella que resulta de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido. De este modo, el concepto de responsabilidad civil contractual se ubica en el contexto de un derecho de crédito de orden privado, que

⁹³³ TRIGO REPRESAS, Félix A., y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. pp. 74-75.

⁹³⁴ Código civil colombiano. Artículo 1616. “Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o indirecta de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento-// La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios.// Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.”.

⁹³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA PLENA. Sentencia de constitucionalidad de nueve (09) de diciembre de dos mil diez (2010). Enrique Javier Correa de la Hoz, Daljaira Diazgranados Vuelvas, Arlyz Romero Pérez y Miguel Cruz c. Código civil, Artículo 1616, inciso 1º (C-1008-10). M.P.: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Ref. Exp.: D-8146.

solo obra en un campo exclusivo y limitado, vale decir, entre las partes de un contrato y únicamente respecto de los perjuicios nacidos de ese negocio jurídico. [...].”⁹³⁶. En cambio, la responsabilidad extracontractual es una obligación que no se origina en el incumplimiento de una obligación sino en un hecho ilícito que, bien o no, puede tener repercusiones en el Derecho penal (paráfrasis)⁹³⁷, y “[...] el encuentro accidental fortuito de una fuere de la obligación resarcitoria generada por mandato legal.”⁹³⁸.

§195. En 1999, la Corte Suprema de Justicia, en una decisión que resuelve el recurso extraordinario de casación con fundamento en el numeral segundo del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, afirmó lo siguiente acerca de la responsabilidad civil contractual:

“[...] la naturaleza de este último [de la responsabilidad civil contractual], regulada en todos sus particulares con amplitud por la ley, “... apareja una responsabilidad concreta a quienes infringen lo pactado y -según lo tiene dicho la jurisprudencia- no es susceptible de ser mezclada o confundida con la resultante de otras fuentes de las obligaciones como el hecho ilícito por ejemplo. De allí surge la necesidad de gobernar el contrato y sus efectos por las normas que les son propias, siendo errado e injurídico que para algunos aspectos de su eficacia legal se regule por aquellas, y para otros por los preceptos que reglamentan fenómenos diferentes. No es posible, pues, como ya lo ha dicho la Corte, sustentar la posición de derecho de un contratante sobre mandamientos legales encaminados a crear, dirigir o desarrollar la responsabilidad extracontractual en el derecho positivo. El Código Civil destina el Título 12 de su Libro Cuarto a recoger cuanto se refiere a los efectos de las obligaciones contractuales, y el Título 34 del mismo Libro a determinar cuáles son y cómo se configuran los originados en vínculos de derecho nacidos del delito y de las culpas (...) Estas diferentes esferas en que se mueven la responsabilidad contractual y la extracontractual no presentan un simple interés teórico o académico ya que en el ejercicio de las acciones correspon-

⁹³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA PLENA. Óp. Cit. p. 13. Punto 3.1. de las consideraciones de la Corte.

⁹³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA PLENA. Ibídem.

⁹³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL-SALA PLENA. Óp. Cit. p. 14. Punto 3.4. de las consideraciones de la Corte.

dientes tan importante distinción repercute en la inaplicabilidad de los preceptos y en el mecanismo probatorio...” (G. J. T LXI, pág. 770).⁹³⁹.

Más adelante, resalta la diferencia entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual así:

“[...] la responsabilidad llamada “contractual”, concreta por esencia, juega de ordinario entre personas que se han ligado voluntariamente y que por lo mismo han procurado especificar el contenido de los compromisos emergentes del negocio por ellas celebrado, mientras que la responsabilidad extracontractual opera entre quienes ha vinculado únicamente el azar y la extensión de los imperativos de conducta incumplidos en los que toma causa la respectiva prestación resarcitoria del daño en que dicha responsabilidad se traduce, es definida con frecuencia por normas de notoria abstracción”⁹⁴⁰.

2.2.2.2. SUBSECCIÓN II. REQUISITOS PARA LA IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL.

§195. Para el profesor Tamayo Jaramillo, la responsabilidad civil contractual sólo resulta lógicamente imputable a un sujeto si **(i)** existe un contrato válido; **(ii)** el daño se deriva de la inejecución de ese contrato⁹⁴¹; y **(iii)** el daño fue causado por el

⁹³⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA–SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia de diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999). M.P.: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Ref. Exp. 5099.

⁹⁴⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA–SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Ibídem.

⁹⁴¹ Al respecto, creemos que la responsabilidad puede surgir del incumplimiento de una obligación, partiendo de la diferencia entre el contrato y obligación. Tamayo Jaramillo señala lo siguiente “Lo que hemos venido afirmando es válido también a la luz de nuestro Derecho civil y comercial. En efecto, si tomamos como ejemplo el contrato de arrendamiento, vemos cómo el arrendatario tiene obligaciones de contenido diverso. De un lado, el artículo 997 del Código Civil le impone la obligación de conservación de la cosa y en caso de no cumplirla, responderá hasta de la culpa leve; a su turno, el artículo 1998 le impone la obligación de realizar las reparaciones locativas del bien arrendado y el 2004 le prohíbe ceder el arriendo o subarrendar, a no ser que se le haya expresamente concedido autorización para hacerlo. Obsérvese que son obligaciones diferentes relativas a un mismo contrato y, según puede verse fácilmente, la carga de la prueba de la culpa, necesariamente funciona distinto en una y otra obligación. No obra la misma exoneración en caso de que la cosa perezca en poder del arrendatario que cuando éste infringe la prohibición de ceder el contrato, o la más simple de todas, cuando no paga el canon convenido.” (TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. p. 433).

deudor en una relación jurídica contractual a su acreedor⁹⁴²; sin embargo, ello no significa que se sustituye el agotamiento de los requisitos generales de la responsabilidad civil –**(i)** la realización de una conducta generadora **(ii)** de un daño, lógicamente relacionado por un vínculo causal **(iii)**–, puesto que aquellos se constituyen como exigencias adicionales y específicas.

2.2.2.2.1. REQUISITOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

§196. Para que sea posible atribuir la responsabilidad civil contractual a un sujeto, la dogmática jurídica exige **(i)** la existencia de una conducta generadora de un daño antijurídico. Consideramos adecuado el criterio expuesto por el profesor Tamayo Jaramillo, al señalar que el desencadenador del daño no necesariamente corresponde a una falta de diligencia y cuidado, puesto que existen eventos donde la existencia de la culpa no quita ni pone rey, como en los eventos de responsabilidad objetiva; ni tampoco corresponde a un hecho, toda vez que corresponde a una categoría que abarca la conducta generadora y el daño infligido al sujeto de derecho⁹⁴³.

La conducta que importa para la responsabilidad civil es ilícita, aunque el sujeto agente no pretenda la producción de efectos jurídicos, porque conlleva la causación de un daño que el Derecho considera como injustificado; pudiendo generarse esta lesión al interés jurídico por medio de una acción o una omisión. Cuando la conducta consiste en una acción, “[...] el agente con su propio comportamiento produce todos los mecanismos físicos necesarios para que la mutación del mundo exterior se produzca [...]”⁹⁴⁴; en cambio, si se trata de una conducta omisiva, deberá identificarse si se trata de una omisión en la acción o una omisión pura y simple. En el caso de la primera situación, ésta tiene lugar “[...] cuando el agente al realizar una conducta omite otra que es determinante en la producción del daño.

⁹⁴² TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. p. 68.

⁹⁴³ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. p. 188.

⁹⁴⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. p. 190. Cfr. TRIGO REPRESAS, Félix A., y LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Tratado de la responsabilidad Civil*. 1º ed. T.I. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 397.

[...]”⁹⁴⁵; en cambio, cuando se trata de una omisión pura y simple, “[...] el agente realiza una conducta completamente ajena, desde el punto de vista físico, a la causación del daño y, al mismo tiempo, omite realizar una conducta que habría evitado la producción del perjuicio.”⁹⁴⁶, existiendo imputación de responsabilidad si tal omisión guarda relación con una obligación legal o contractual de actuar en la forma manifestada por la ley o el contrato.

Arrubla Paucar afirma que la responsabilidad civil exige la infracción de un deber jurídico⁹⁴⁷ mediante la ocurrencia de un hecho, que, en el caso de la responsabilidad civil contractual, tal deber tiene como fundamento el marco jurídico creado por el contrato⁹⁴⁸. No obstante, la imputabilidad del hecho, según haya sido la voluntad del Legislador, podrá ser subjetiva, si la responsabilidad apelando al criterio de la culpa culposa o culpa dolosa⁹⁴⁹; u objetiva, que “[...] parte de la relación del daño con el riesgo de la cosa o empresa en funcionamiento.”⁹⁵⁰, tomando como referentes la teoría del riesgo creado y el análisis de la causalidad externa.

Por su parte, los juristas argentinos Félix A. Trigo Represas y Marcelo J. López Mesa señalan lo siguiente:

“Para poder hablar de conducta o comportamiento humano es necesario que el acto pueda considerarse “propio” del autor, por reflejar la personalidad humana del sujeto. Para ANTOLISEI la acción consta de dos elementos esenciales, que denomina coeficientes: a) uno interior o psíquico, que consiste en una actitud de la personalidad humana, sea de la zona lúcida de la conciencia, sea del vasto campo que yace bajo esa

⁹⁴⁵ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. p. 194.

⁹⁴⁶ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. p. 195.

⁹⁴⁷ Es pertinente aclarar que el autor trata la prestación de la relación jurídica como un deber jurídico, y los deberes colaterales de comportamiento son tomados como subdeberes. Cfr. ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Óp. Cit. p. 369.

⁹⁴⁸ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Óp. Cit. pp. 366-367.

⁹⁴⁹ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Óp. Cit. pp. 372-373.

⁹⁵⁰ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Óp. Cit. pp. 373-377.

zona –subconsciente e inconsciente– y, b) otro, exterior o físico, constituido por la externalización o manifestación exterior de tal actitud.”⁹⁵¹.

En lo concerniente a la responsabilidad civil contractual, Tamayo Jaramillo explica lo siguiente:

“En la responsabilidad contractual, por ejemplo, la conducta del responsable será activa en tratándose de cumplimiento imperfecto o defectuoso, como ocurre en caso de que el transportador dañe a las personas o las cosas transportadas o cuando el vendedor, a sabiendas, entregue la cosa vendida con un vicio oculto. En cambio, en el incumplimiento absoluto, la conducta del responsable se reprocha por su omisión en el cumplimiento de lo pactado. En tales condiciones, la única conducta permitida al deudor es la de cumplir la obligación establecida y, por no haberla realizado, su comportamiento se torna ilícito y ese comportamiento ilícito lo hace responsable.”⁹⁵².

Ahora bien, no todo comportamiento supone la valoración de la culpa, por cuanto ciertos supuestos pertenecen a la responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa; sin embargo, la realización de un análisis más que necesario de una conducta desde su faz subjetiva no supone que todas las conductas sujetas a esta valoración impliquen una falta por negligencia, imprudencia, impericia o infracción a un reglamento, puesto que pueden originarse dolosamente. Además, debe tenerse presente que la culpa no corresponde más que a un estado subjetivo que califica una conducta proveniente de un sujeto de derecho, de modo que el análisis de la responsabilidad civil no estriba sobre el fuero interno del individuo sino sobre el comportamiento de una persona que, debiéndose comportar diligentemente, genera un detrimento en la humanidad o patrimonio de otro (paráfrasis)⁹⁵³.

El simple comportamiento, con o sin culpa, no conduce a la imputación de la responsabilidad civil **(ii)** si no se ha generado un daño injustificado. Tamayo Jaramillo

⁹⁵¹ TRIGO REPRESAS, Félix A., y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. p. 398.

⁹⁵² TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. p. 189.

⁹⁵³ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. p. 193.

define el daño civilmente indemnizable como “[...] el menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima.”⁹⁵⁴. En esa medida, el daño antijurídico debe ser cierto, en la medida que “[...] ante los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante.”⁹⁵⁵, sin que importe mucho si el perjuicio es pasado, presente o futuro. Además, sólo la víctima o sus herederos están legitimados para exigir judicialmente la reparación debida⁹⁵⁶; y el interés afectado por la conducta del sujeto agente debe ser susceptible de protección del Derecho, dada su licitud⁹⁵⁷.

Para los juristas argentinos Trigo Represas y López Mesa, el daño es “[...] todo detrimento, mengua o menoscabo que sufre una persona, en sus bienes patrimoniales o económicos, en ciertas condiciones –daño material– (arts. 519 y 1068-1069 Cód. Civ.), y en hipótesis particulares la lesión al honor o a las afecciones íntimas, o en general a los llamados derechos “de la personalidad o personalísimos” –daño moral o extrapatrimonial– (arts. 522 y 1078, Cód. Civ.).”⁹⁵⁸. El daño que se pretende con la responsabilidad civil debe ser cierto⁹⁵⁹, propio o personal⁹⁶⁰, ilegítimo o no justificado⁹⁶¹, relacionado con el hecho generador⁹⁶², enmarcado dentro de lo legalmente resarcible⁹⁶³, significativo⁹⁶⁴ y lesivo de un derecho legítimo⁹⁶⁵.

⁹⁵⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. p. 246.

⁹⁵⁵ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*. T. II. 2º ed. Bogotá D.C.: Legis Ediciones S.A., 2007. p. 339.

⁹⁵⁶ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. p. 421.

⁹⁵⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. p. 440.

⁹⁵⁸ TRIGO REPRESAS, Félix A., y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. p. 412.

⁹⁵⁹ TRIGO REPRESAS, Félix A., y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. pp. 412-416.

⁹⁶⁰ TRIGO REPRESAS, Félix A., y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. p. 416.

⁹⁶¹ TRIGO REPRESAS, Félix A., y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. pp. 416-418.

⁹⁶² TRIGO REPRESAS, Félix A., y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. pp. 418-419.

⁹⁶³ TRIGO REPRESAS, Félix A., y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. pp. 419-420.

⁹⁶⁴ TRIGO REPRESAS, Félix A., y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. pp. 420-423.

⁹⁶⁵ TRIGO REPRESAS, Félix A., y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. pp. 423-424.

El profesor Philippe Le Tourneau diferencia los conceptos de daño y perjuicio, puesto que el primero consiste en “[...] *un hecho bruto* que se aprecia en el sustrato u objeto sobre el cual recae la lesión (de los bienes, de los cuerpos, de los sentimientos).”⁹⁶⁶, mientras que el perjuicio es “[...] el efecto o la continuación del daño: un atentado a la integridad física, es decir un daño corporal, puede así engendrar un perjuicio patrimonial (por ejemplo, la pérdida de salario, gastos médicos) y un perjuicio extrapatrimonial (sufrimiento moral entre otras).”⁹⁶⁷.

El profesor Jaime Alberto Arrubla Paucar destaca que el daño es el requisito más importante para la imputación de la responsabilidad civil, pues no hay sentido en la sanción de una conducta si no ha generado un menoscabo patrimonial o extrapatrimonial a la víctima; y define este elemento como el “[...] detrimento o lesión que la persona experimenta en el alma, cuerpo o bienes, quien quiera que haya sido su causante y cualquiera la causa que sea, aunque se lo infiera el propio lesionado o acontezca sin ninguna intervención del hombre.”⁹⁶⁸. Sin embargo, para el autor en comento tal definición resulta muy general, pues no todo daño resulta indemnizable, siendo éste el causado injustificadamente a un bien jurídicamente tutelado⁹⁶⁹.

Por otro lado, si bien una conducta desplegada por un sujeto puede ocasionar un daño a otro, es necesario que exista una relación lógica que permita concluir que el detrimento del interés jurídico de la víctima se debe al comportamiento activo o pasivo del sujeto agente; luego, el nexo de causalidad **(iii)** requiere determinar si jurídicamente la conducta del sujeto agente tuvo la aptitud para generar el daño causado a la víctima; aunque cabe aclarar que, en la misma medida que un hecho físico y jurídicamente puede corresponder al perjuicio generado, pueden suceder igualmente situaciones donde la causalidad en Derecho no corresponde a un

⁹⁶⁶ LE TOURNEAU, Philippe. Óp. Cit. p. 59.

⁹⁶⁷ LE TOURNEAU, Philippe. Ibídem.

⁹⁶⁸ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Óp. Cit. p. 377.

⁹⁶⁹ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Ibídem.

vínculo determinado por el plano físico-material⁹⁷⁰. En estos casos, la participación del sujeto agente en el plano físico o no determinará si su conducta y el daño infligido están relacionados causalmente⁹⁷¹.

Tamayo Jaramillo señala que en algunas circunstancias le corresponde a quien sufrió el perjuicio establecer sólo un nexo entre el hecho y el daño. Sin embargo, “[E]n otras, por el contrario, el perjudicado debe eslabonar dos o más nexos causales para así eslabonar toda una cadena de causas y efectos que comienza con el comportamiento ilícito del agente y termina con la realización del daño.”⁹⁷².

Pero, independientemente de si se trate de una causalidad física o jurídica, o simple o compuesta, la relación causal consiste en una vinculación entre un evento dañoso y el actuar del hombre o el hecho proveniente de una cosa, obedeciendo al razonamiento empírico que señala que la existencia de o acaecimiento de un hecho obedece a una razón de ser⁹⁷³. Trigo Represas y López Mesa se refieren al nexo de causalidad de la siguiente manera:

“El ligamen causal es el elemento que vincula el daño directamente con el hecho e indirectamente con el factor de imputabilidad subjetiva o de atribución objetiva del daño; constituye un factor aglutinante que hace que el daño y la culpa, o en su caso, el riesgo, se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar. Es un elemento objetivo porque alude a un vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa”⁹⁷⁴.

⁹⁷⁰ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*. T.I. 2º ed. Bogotá D.C.: Legis Ediciones S.A., 2007. p. 249. El exmagistrado Arrubla Paucar señala que “[...] es indispensable que entre el hecho imputable y el daño medie una relación o nexo causal, es decir, el daño tiene que ser la consecuencia precisamente de ese obrar antijurídico imputable”. (ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Óp. Cit. p. 378).

⁹⁷¹ Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA–SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia de veintiséis (26) de septiembre de dos mil dos (2002). M.P.: Dr. Jorge Santos Ballesteros. Ref. Exp.: 6878.

⁹⁷² TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. p. 251.

⁹⁷³ TRIGO REPRESAS, Félix A., y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Óp. Cit. p. 580.

⁹⁷⁴ TRIGO REPRESAS, Félix A., y LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Ibidem*.

Le Tourneau, tras indicar que la relación causal es objetiva en sí misma, por cuanto “[...] [S]olo el perjuicio directo podrá ser reparado, porque solo él está ligado por ese nexo de causa a efecto al acto imputado al responsable, *el hecho generador*.”⁹⁷⁵, señala unas características que cualifican el nexo de causalidad, dividiendo la imputación exitosa de la responsabilidad civil al sujeto agente: **(i) la *certeza*** del nexo causal, que quiere decir que la mera “[...] eventualidad o hipótesis no es la prueba de una culpa o del hecho de una cosa (ni del desfallecimiento contractual): ésta no compromete la responsabilidad.”⁹⁷⁶; **(ii) el carácter *directo*** del nexo causal, en la medida que el menoscabo al interés jurídico de la víctima deviene de forma directa del hecho o acto lesivo, de manera que la existencia de un hecho que se interpone entre la situación generadora del perjuicio y el daño infligido supone la ruptura del nexo, dado que su causalidad es indirecta. Es decir, “[...] mientras que un nuevo acto no haya venido a romper el encadenamiento causal, la reparación puede ser obtenida. La culpa inicial obliga a reparar todas las consecuencias ulteriores, incluso aquellas alejadas.”⁹⁷⁷; y **(iii) la *ausencia de causal de exoneración*** de responsabilidad, que significa la imposibilidad de imputar la responsabilidad civil cuando “[...] el perjuicio es la consecuencia de una *causa extraña* (fuerza mayor, hecho de un tercero o de su propio hecho) o se explica por un *hecho justificativo* (concretamente el ejercicio de un derecho; la orden de la ley o de la autoridad legítima; la legítima defensa).”⁹⁷⁸.

2.2.2.2.2. REQUISITOS ESPECIALES PARA LA IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL.

§197. La doctrina jurídica señala que la responsabilidad civil contractual se imputa cuando, además de existir los elementos generales del sistema dual de responsabilidad civil –conducta generadora, daño y nexo de causalidad–, se verifica la existencia de un contrato válido **(i)**, de cuya inejecución –o de una de sus obligacio-

⁹⁷⁵ LE TOURNEAU, Philippe. Óp. Cit. p. 75.

⁹⁷⁶ LE TOURNEAU, Philippe. Óp. Cit. p. 85.

⁹⁷⁷ LE TOURNEAU, Philippe. Óp. Cit. p. 90.

⁹⁷⁸ LE TOURNEAU, Philippe. Óp. Cit. pp. 90-91.

nes— se derive un daño **(ii)** que, por demás, es causado por el extremo pasivo de la relación jurídica obligatoria a su acreedor **(iii)**⁹⁷⁹.

En cuanto al primer requisito, aunque éste podría ser fácilmente entendido en la medida que el negocio jurídico debe existir y ser válido, en ciertas ocasiones resulta difícil establecer **(i)** si una relación contractual existe para el Derecho, o **(ii)** si existiendo, adolece de una nulidad que fue declarada judicialmente. En este evento, Tamayo Jaramillo señala que debería verificarse si **(a)** se generaron daños con ocasión de la declaración de la nulidad, solicitada como pretensión o excepción⁹⁸⁰, y **(b)** se generaron, además, daños por la ejecución imperfecta o tardía de una obligación⁹⁸¹. En ese sentido, según el jurista nacional, así como la responsabilidad precontractual por la no celebración del contrato⁹⁸² o por la violación de deberes adquiridos en la etapa precontractual —pues, en este caso, existe el contrato y se ejecuta, pero el origen del daño antecede a su celebración—⁹⁸³, y la responsabilidad poscontractual acarrearán la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual⁹⁸⁴, las relaciones jurídicas nulas o que fueron ejecutadas a pesar de tal ineficacia, se consideran como resarcibles bajo el mismo título.

⁹⁷⁹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. p. 68. En este punto coinciden Trigo Represas y López Mesa, quienes, tras reafirmar la existencia de un contrato válido que da origen a la prestación que se incumple y que, con ocasión a ello, se genera un daño, sostienen que, además —creemos—, “[...] el incumplimiento requiere de los siguientes elementos:// a) un obrar humano, puesto que el incumplimiento siempre se exterioriza a través de un comportamiento, positivo o negativo, del sujeto;// b) tal conducta debe ser contraria a derecho en su totalidad, aunque en el plano contractual tal contrariedad se manifiesta como violación o infracción de las cláusulas contractuales, las que “forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma” (art. 1197, Código Civil); y// c) la preexistencia de una obligación anterior de fuente contractual, ya que como lo afirma Barbero: “el ‘incumplimiento’ en sentido técnico, no es solamente defecto de una prestación, es el defecto de la prestación debida. Hay, precisamente, incumplimiento cuando se debe la prestación y no se la efectúa.” (TRIGO REPRESAS, Félix A., y LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Tratado de la responsabilidad Civil*. 1º ed. T.II. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 75.).

⁹⁸⁰ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. pp. 70-71.

⁹⁸¹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. p. 71.

⁹⁸² TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. pp. 72-74.

⁹⁸³ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. pp. 74-77.

⁹⁸⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. pp. 77-78.

En lo que respecta al segundo requisito, según Tamayo Jaramillo, los daños que derivan de la inejecución del contrato, habiéndose indagado sobre las prestaciones pactadas por las partes, son los únicos que engendran la responsabilidad civil contractual, en la medida que la obligación pactada por los sujetos negociales sea la misma que fue incumplida pura y simplemente, cumplida imperfecta o tardíamente⁹⁸⁵. Ahora bien, el jurista expone que “[...] hay una serie de daños que en el espacio y en el tiempo están relacionados causalmente con la ejecución de un contrato, pero que no constituyen el incumplimiento de ninguna de las obligaciones contraídas.”⁹⁸⁶, de los cuales se deriva la responsabilidad civil extracontractual; pero realiza una aclaración mediante el siguiente ejemplo:

“[...] si se derrumba el edificio que está siendo construido en virtud de un contrato y lesiona al propietario, tanto el valor de la construcción como los daños provenientes de las lesiones personales se derivan del incumplimiento del contrato y por tanto, la responsabilidad será de tipo contractual. En cambio, si durante la construcción alguno de los dependientes del constructor lesiona al dueño de la obra cuando observaba los trabajos, la responsabilidad será con ocasión del cumplimiento del contrato y por tanto la responsabilidad será extracontractual.”⁹⁸⁷.

Añade el profesor francés Philippe Le Tourneau al sostener que la inejecución que conduce al desfallecimiento contractual –denominación empleada para designar la obligación de resarcir todo daño ocasionado en el ámbito del contrato (Ver §193)–, puede ser total o parcial respecto de la obligación principal del acuerdo de voluntades u otra que ostente el carácter de accesorio⁹⁸⁸. Este autor requiere de especial mención, por cuanto señala que la inejecución del contrato puede devenir de la inobservancia de la buena fe. Al efecto, dice lo siguiente:

⁹⁸⁵ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. pp. 78-79. Cfr. LE TOURNEAU, Philippe. Óp. Cit. p. 102.

⁹⁸⁶ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. p. 79.

⁹⁸⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. p. 80.

⁹⁸⁸ LE TOURNEAU, Philippe. Óp. Cit. p. 100.

“La jurisprudencia impone ciertas obligaciones a las partes, que estas no han considerado. Ellas son particularmente gravosas y diversificadas hacia los profesionales [...]. Las unas se derivan de la exigencia de la *buena fe* (establecida por el artículo 1134, inciso 3º del Código Civil), entre las cuales la *lealtad*, que lleva consigo toda una serie de corolarios y de consecuencias [...]. Otras obligaciones implícitas son consideradas como una de las consecuencias del contrato a la luz del artículo 1135, teniendo en cuenta las costumbres [...].”⁹⁸⁹.

El último requisito, que consiste en que el daño sea causado por el deudor al acreedor, supone que la reclamación del daño infligido sea efectuada por quien lo padeció, si bien la práctica jurídica muestra que existen situaciones donde dicha pretensión no resulta ejercida por la víctima sino por terceros ajenos al contrato; por ejemplo, aparentemente las relaciones entre el mandante y el mandatario con o sin representación frente a un tercero con quien se contrató, los causahabientes de la víctima, o en las cadenas de contratos⁹⁹⁰, eventos en los cuales su ajenez resulta aparente y, por tanto no se constituye como excepción a los efectos relativos de los contratos⁹⁹¹. En cambio, según el profesor Tamayo Jaramillo –quien es el autor de este planteamiento–, existen situaciones donde, a pesar de ser verdaderamente excepciones al efecto relativo de los contratos, se aplica el régimen de

⁹⁸⁹ LE TOURNEAU, Philippe. Óp. Cit. pp. 104-105.

⁹⁹⁰ El francés Le Tourneau explica la cadena de contratos de la siguiente manera: “En caso de ventas sucesivas, el propietario actual, que sufre por el defecto de un bien, puede actuar contractualmente no sólo contra cualquier vendedor sino también contra no importa cuál vendedor precedente hasta el importador o el fabricante. [...] Así mismo, el subadquirente de un inmueble puede actuar contractualmente contra los arquitectos y empresarios (por disposición legal) y contra los suministradores de materiales o de elementos incorporados al inmueble [...]. Ello porque los derechos y acciones ligados a la cosa se transmitirían con ella a título de accesorios. Por el contrario, puesto que la responsabilidad del subcontratante hacia el dueño de la obra es delictual, la del suministrador del subcontratante hacia el dueño de la obra es de la misma naturaleza”. (LE TOURNEAU, Philippe. Óp. Cit. pp. 101-102).

⁹⁹¹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. pp. 107-117. Le Tourneau explica que “[...] la relatividad de las convenciones se prolonga por el de la *relatividad del desfallecimiento contractual*, en virtud del cual este último es inaplicable cuando la víctima es ajena al contrato. Sin embargo, [...] no prohíbe a los terceros invocar la situación de hecho creada por una convención en la cual no han sido parte o, más precisamente, de prevalerse de la *violación de esta convención como de una falta cuasidelictual*, cuyo perjuicio sufrido por ellos es la consecuencia.”. (LE TOURNEAU, Philippe. Óp. Cit. p. 100.)

responsabilidad civil contractual, como sucede en el caso de la estipulación para otro⁹⁹².

2.2.2.3. SUBSECCIÓN III. ANÁLISIS DE LA IMPUTACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE COHERENCIA DENTRO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL.

§198. Es claro que el artículo 863 del Código de Comercio colombiano condena la inobservancia del Principio General de la buena fe en los momentos preliminares a la celebración de un contrato, pues establece para esta conducta ilícita la consecuente sanción, en abstracto, de indemnizar los perjuicios que se causen⁹⁹³. Sin embargo, el precitado texto legal hace referencia a una responsabilidad precontractual que, de acuerdo con la jurisprudencia, se analiza en el marco de la responsabilidad civil extracontractual, a pesar que, desde la doctrina, existan voces disidentes de la tesis extracontractual predominante, quienes reclaman el tratamiento de esta temática desde la óptica del incumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato o convención⁹⁹⁴.

Con todo, poco se dice acerca del incumplimiento de los deberes colaterales –u obligaciones *ex fides bona*, como creemos– en la celebración y perfeccionamiento del acuerdo de voluntades, su ejecución y su terminación, pues las referencias legales realizadas en lo tocante a los comportamientos probos y diligentes señalan, abstractamente, **(i)** un deber de ejecutarse todo contrato sobre la buena fe y **(ii)** el consecuente establecimiento de unas prestaciones que corresponden a la naturaleza del negocio jurídico pactado por las partes o por ministerio de la ley y

⁹⁹² TAMAYO JARAMILLO, Javier. Óp. Cit. pp. 117-124.

⁹⁹³ Código de Comercio colombiano. Artículo 863. “*Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo contractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.*”.

⁹⁹⁴ Cfr. BERNAL FANDIÑO, Mariana. *La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada de la inobservancia de los deberes colaterales de conducta*. En: Vniversitas, enero-junio de 2013, No. 126. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana. pp. 39-64. p. 53.

que deben ser cumplidos, así no pertenezcan al contenido acordado por los sujetos negociales⁹⁹⁵.

Esto significa que las partes, por actuar sobre la buena fe, están en la obligación de cumplir con lo acordado, observando inclusive lo no previsto y todo aquello cuanto dimana de la ley, ya que garantiza el cumplimiento del acuerdo de voluntades; pero no señala la ley una conducta específica sino que, en medio de dicha abstracción, se deja a la interpretación del operador judicial la determinación de los compromisos adicionales que coadyuvan a la satisfacción del interés jurídico del acreedor. Precisamente, no es la ley la que habla de los deberes secundarios de conducta sino el conjunto de decisiones judiciales, por vía de interpretación e integración al caso concreto (efectos propios de la buena fe), según la costumbre. El reconocimiento jurisprudencial de los deberes conductuales, son la justificación para que se predique tal observancia, que garantiza el cumplimiento de las prestaciones primarias pactadas por los sujetos negociales, bastando por sí mismos para generar la responsabilidad civil contractual en caso que las partes se aparten de estos lineamientos y se genere un perjuicio.

No obstante, consideramos que la enunciación de los deberes secundarios por sí mismos no basta para exigir la reparación del daño infligido durante la ejecución y/o terminación del negocio jurídico, por cuanto el Legislador las distingue de las obligaciones que resultan de la naturaleza del contrato o que por ley pertenecen a ella, además de que éstas han sido caracterizadas bajo la categoría de deber –si bien se trata de un deber jurídico–, sujetándolos a valoraciones deontológicas; en otras palabras, diferentes resultan entre sí, aunque relacionadas con la buena fe, que, por ejemplo, el transportador deba asumir la obligación de seguridad sobre el

⁹⁹⁵ Esto corresponde al contenido de los artículos 1603 del Código civil (*“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”*.) y 871 del Código de comercio (*“Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo 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”*.).

bien a transportar –independiente de si las partes lo pactan o no– por cuanto es una obligación natural al contrato de transporte, y que se prescriba la observancia de unos comportamientos que concretan el Principio General de la buena fe, por ejemplo, el deber de coherencia.

De hecho, creemos que el contenido de los artículos 1603 del Código civil y 871 del Código de comercio apunta a que las partes actúen como buenos padres de familia, y que en esa medida habrán de observar los compromisos que corresponden a la naturaleza del negocio jurídico. Los sujetos de la relación contractual deben comportarse de forma leal, honesta, coherente y diligente, y por eso se obligan a cumplir con la prestación en los términos pactados, e incluso en lo no pactado pero que guarda íntima relación con el objeto de la relación jurídica. Por eso, decimos que del deber-ser se llega al ser, por cuanto dichos deberes conducen a la observancia de obligaciones en el plano de la realidad. Así, para que estos deberes puedan tener fuerza entre las partes, más allá de toda norma moral, debe transmutarse en una obligación, como en otra oportunidad se manifestó (Ver §183).

§199. Bajo esta óptica y de acuerdo con previas consideraciones (Ver §184), disintimos parcialmente de la posición de la profesora Mariana Bernal Fandiño, quien, señala que el deber de coherencia no es una obligación sino un deber jurídico, si bien realiza su análisis desde las clasificaciones propias de las obligaciones⁹⁹⁶. Para esta jurista, los deberes jurídicos constituyen una necesidad de obrar o adoptar un comportamiento en la forma y medida que el ordenamiento tome a bien prescribir, por razones de convivencia racional entre los sujetos de derecho⁹⁹⁷; en tanto que una obligación “[...] en una aproximación más moderna al tema, [...] es una relación jurídica de carácter patrimonial en la cual el acreedor tiene

⁹⁹⁶ BERNAL FANDIÑO, Mariana. *El deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos*. 1º ed. Colección Laureata. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, 2013. p. 378.

⁹⁹⁷ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 176.

derecho a exigir alguna cosa, que debe corresponder a un interés serio y legítimo del primero, y que, en caso de inobservancia, permite al acreedor acudir al poder coactivo del Estado para hacer efectiva la prestación a través de la relación del activo patrimonial del deudor.”⁹⁹⁸. En consecuencia, afirma lo siguiente:

“[...] en virtud de un acuerdo de voluntades se generan diversas obligaciones y respecto de cada relación obligatoria existen deberes jurídicos y cargas de distinta naturaleza y entidad que deben ser observados por las partes.

“[...] del acuerdo de voluntades surgen deberes de distinta naturaleza que rodean las obligaciones y forman de esa manera una relación jurídica compleja, y esta integración se produce en virtud del principio de buena fe y del principio de solidaridad. Es esa manera, el deber de coherencia, como deber colateral de conducta, es una especie del género deber jurídico, al igual que la obligación es una categoría particular dentro del mismo género.”⁹⁹⁹.

Nuestra oposición al argumento de la jurista nacional no resiste la consideración de este deber colateral de comportamiento bajo tal perspectiva, sino que versa en que, en nuestro sentir, la imputación de la responsabilidad civil contractual obliga la interversión de su naturaleza, toda vez que la doctrina y la jurisprudencia prescriben el incumplimiento de una obligación como uno de sus elementos para la imputación de la responsabilidad civil contractual, aunque no corresponda a la prestación principal.

En este sentido, abogando por un alcance extenso de la responsabilidad contractual, Arrubla Paucar señala que la puesta en marcha de la buena fe, no ya como un elemento ornamental en las relaciones jurídicas, sino como fundamento de exigencias jurídicas; de modo que, para el autor, la relación obligatoria no se limita únicamente al cumplimiento de la prestación principal, sino que se centra en la

⁹⁹⁸ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 178.

⁹⁹⁹ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. pp. 185-186.

satisfacción del interés de las partes con la ejecución de lo acordado en el negocio jurídico, concepción que abarca todo el *iter contractus*. En tal medida, hay que tener en cuenta lo que a continuación se transcribe:

“[...] la responsabilidad contractual, es algo más que la responsabilidad por incumplimiento (de las prestaciones) y se convierte en la responsabilidad por el daño producido entre quienes están ligados (partes del contrato) por un vínculo obligatorio como consecuencia del incumplimiento, aunque el interés afectado sea uno distinto del de la prestación, en razón del deber de buena fe.

“[...] el contratista, **además de estar obligado a cumplir con sus prestaciones concretas** que son efecto del contrato celebrado y consistentes en dar, hacer o no hacer; **a una prestación adicional de contenido ético, al deber de buena fe**, incurriendo por tanto, en responsabilidad contractual al causar daño en un interés distinto de la prestación, pero ligado esencialmente a la actividad de cumplimiento, como consecuencia de la violación de ese deber de conducta prudente.” (Destacado fuera del texto original)¹⁰⁰⁰.

La Corte Suprema de Justicia, en 1996, se manifestó sobre la responsabilidad civil contractual, señalando y analizando los requisitos para su configuración, como parte de las consideraciones al cargo segundo de la demanda de casación presentada contra la sentencia proferida por la segunda instancia, con fundamento en la causal primera de casación, por vía indirecta. El análisis que la Corte realizó acerca del daño patrimonial por lucro cesante estuvo precedido de un repaso somero de la responsabilidad civil con fundamento en la inejecución de un contrato, de lo cual se extracta lo siguiente:

“[...] sabido es que la responsabilidad se estructura mediante los elementos de incumplimiento de un deber contractual, un daño, y una relación de causalidad entre éstos. Lo primero indica la inejecución de las obligaciones contraídas en el contrato; lo segundo, vale decir el daño, se concreta con la prueba de la lesión o detrimento que sufrió el actor

¹⁰⁰⁰ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Óp. Cit. p. 415.

en su patrimonio, porque no siempre el incumplimiento de uno de los extremos del contrato ocasiona perjuicios al otro, pues eventos se dan en que no se produce daño alguno, es por lo que precisado se tiene cuando se demanda judicialmente el pago de los perjuicios, le incumbe al actor demostrar el daño cuya reparación solicita y su cuantía, debido este último aspecto a que la condena que por este tópico se haga, no puede ir más allá del detrimento patrimonial sufrido por la víctima, carga de la prueba en cabeza del demandante que la establece el artículo 1757 del Código Civil que dispone que incumbe probar las obligaciones quien alega su existencia.”¹⁰⁰¹.

Más adelante, la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 19 de febrero de 1999, en cuya parte resolutive casó la decisión proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, se señala que la declaración de la responsabilidad civil contractual y consiguiente condena de perjuicios sólo procede cuando se vislumbra con total claridad la existencia de una relación jurídica gobernada por las reglas de la ley y el contrato. La imputación que se realiza al victimario –quien es el demandado en la relación procesal–, de acuerdo con la Corte, se fundamenta “[...] en la inejecución o en la ejecución retardada o defectuosa de una obligación que por mandato de la ley o por disposición convencional es parte integrante del ameritado vínculo, y en fin, que el daño cuya reparación económica se exige consista, básicamente, en la privación injusta de una ventaja a la cual el demandante no habría tenido derecho de no mediar la relación tantas veces mencionada.”¹⁰⁰².

§200. Así las cosas, la necesidad de la interversión del deber de coherencia a obligación, estriba en que la dogmática de la responsabilidad civil contractual exige el incumplimiento de una prestación –u obligación como señalan la jurisprudencia y la doctrina– dentro de una relación jurídica. No desconocemos la importancia

¹⁰⁰¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA–SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia de catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996). M.P.: Dr. Pedro Lafont Pianetta. Ref. Exp.: 4738.

¹⁰⁰² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA–SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia de diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999). M.P.: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Ref. Exp. 5099.

que tienen la buena fe y el principio de solidaridad en la configuración de unos deberes que coadyuvan a la materialización de una prestación a favor del acreedor contractual, pero consideramos como poco técnico que se impute la responsabilidad al deudor con fundamento en la violación de unos deberes en el marco del contrato, so pretexto de ampararse en una interpretación extensa de la responsabilidad civil contractual. De hecho, si la coherencia es un deber jurídico a observar ambas partes durante el desarrollo del objeto negocial, la omisión en su cumplimiento sólo se puede achacar a una persona, quien justamente es quien ha realizado un comportamiento incoherente en el tiempo y violatorio de la confianza legítima de la contraparte, y, de generarse un perjuicio, le corresponde asumir las consecuencias del detrimento patrimonial y/o extrapatrimonial infligido a la víctima.

§201. Para el análisis de la responsabilidad civil contractual con fundamento en la violación de la obligación de coherencia, deberá analizarse, siguiendo a la profesora Mariana Bernal Fandiño, el hecho injurioso, un factor de atribución, el daño y la relación de causalidad¹⁰⁰³.

En primer término, el hecho injurioso, conducta dañina o comportamiento generador del daño, consiste en la inobservancia del deber de coherencia, convertida en obligación. El cumplimiento de la obligación de coherencia, como consideramos en este trabajo, consiste, tomando como referente lo expuesto por la profesora Bernal Fandiño¹⁰⁰⁴, en **(i)** el mantenimiento de la coherencia en el momento y en el tiempo mediante una conducta, que consiste en la ausencia de un comportamiento que desconozca aquello que en el instante se ha afirmado, de manera que se trata de actitud por mantener la continuidad de una situación originadora de un efecto jurídico. Si se protege la coherencia instantánea del comportamiento, según Bernal Fandiño, se parte de que “[e]l principio lógico y metafísico de no contradicción consiste en reconocer la imposibilidad de que una cosa sea y no sea al mismo

¹⁰⁰³ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 375.

¹⁰⁰⁴ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 187-208.

tiempo.”¹⁰⁰⁵. En lo que refiere a la coherencia en la línea del tiempo, refiere lo siguiente la jurista nacional:

“La conducta del contratante puede cambiar en el tiempo, pero no debe permitirse que la modificación en su comportamiento lo beneficie en detrimento de la otra parte, que confiaba en que la actitud inicial, debidamente demostrada, se mantendría. El contrato es un acto de previsión y, por ende, requiere de cierta seguridad para cumplir su finalidad. No debe tolerarse un cambio de actitud que implique una contradicción espontánea y unilateral. Así, el comportamiento que implique actitudes sucesivas incompatibles entre sí debe ser sancionado.”¹⁰⁰⁶.

Pero también la coherencia está relacionada íntimamente con (ii) la protección de la confianza legítima generada por quien, posteriormente, desconoce el alcance de una posición, situación o conducta jurídicamente relevante y pretérita, mediante la realización de un comportamiento diametralmente opuesto, como a lo largo de este trabajo se ha expuesto. Sin embargo, Bernal Fandiño señala que se constituye en un “[...] mecanismo de simplificación o racionalización de las conductas, pues permite a los sujetos tomar decisiones con base en cierta previsibilidad de los acontecimientos, con lo que se evita la parálisis de las actuaciones de las personas por miedo a la inseguridad de los comportamientos de los demás. El derecho le facilita al hombre vivir en sociedad, y la confianza es un mecanismo de reducción de las complejidades que tiene la interacción entre los seres humanos.”¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁵ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 188.

¹⁰⁰⁶ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 196. En este punto la autora realiza un interesante análisis de la diferencia entre la teoría de los actos propios y la imposibilidad de alegar la propia torpeza, señalando para este fin que la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans potest* consiste en la inviabilidad de un sujeto para alegar una situación que resulta ilícita, pero que fue creada por su propia torpeza, dolo o culpa, a modo de sanción; mientras que la teoría de los actos propios busca proteger la confianza generada entre los individuos, teniendo en cuenta la conducta posterior al negocio o situación que le antecede en el tiempo (BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. pp. 199-200).

¹⁰⁰⁷ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 201.

En lo que respecta a la obligación de coherencia, ya hemos manifestado que se trata de una obligación de no hacer, accesoria y de resultado. Consiste en la imposibilidad de contradecir los actos del pasado con manifestaciones actuales si se ha violentado la confianza legítima en la contraparte. Desde la óptica de la teoría de los actos propios, cuyo análisis es el que en este trabajo se realiza para entender la obligación, resulta inadmisibles que un sujeto negocial realice en el presente una conducta que, aunque legal y ajustada a Derecho, desconoce manifestaciones o comportamientos que versaron sobre la creación, modificación o extinción de un efecto jurídico, primera conducta que generó la suficiente seguridad en la contraparte sobre su permanencia en el tiempo (Ver §185). Es una obligación accesoria porque, si bien no constituye la razón por la cual las partes negociales prestan su consentimiento para afectar positivamente sus intereses jurídicos y sus patrimonios, garantiza el cumplimiento de la obligación principal (Ver §186). Finalmente, es una obligación de resultado, por cuanto se espera que los sujetos de derecho vinculados –en especial, quien desconoce sus propios actos– guarden y respeten los efectos jurídicos acordados, mantengan su comportamiento en el tiempo presente y futuro, y, en consecuencia, que sea protegida y guardada celosamente la confianza legítima suscitada con respecto a la primera conducta (Ver §187).

En segundo lugar, en lo que respecta al factor de atribución, entendemos que la imputación de la responsabilidad civil contractual por la inobservancia de la obligación de coherencia en la relación jurídica tiende al análisis de un aspecto subjetivo en la causación del daño mediante una conducta, pues, creemos, al ser la obligación de coherencia una derivación del Principio General de la buena fe, debe realizarse un ejercicio probatorio tendente a demostrar con toda certeza que el victimario actuó de mala fe, por cuanto afectó injustificadamente la confianza legítima suscitada por un acto propio pretérito con la realización de un comportamiento actual; probada la mala fe, corresponde a la contraparte demostrar que no actuó de mala fe. Sin embargo, poco importa si se realizaron los actos que trataban de con-

servar esa coherencia, toda vez que se trata de una obligación de fines o de resultados, la cual únicamente exige que el sujeto de derecho no actúe contra sus propios actos injustificadamente y afectando la confianza legítima de la víctima. En este sentido, compartimos el criterio expuesto por la profesora Bernal Fandiño¹⁰⁰⁸.

Tercero. El daño ocasionado por la violación de la obligación de coherencia debe reunir los requisitos que cualquier menoscabo reúne, ya en el régimen de la responsabilidad contractual o extracontractual. Esto quiere decir que el daño debe ser cierto, actual y que su reclamación sea ejercida por quienes estén legitimados para hacerlo, esto es, la víctima o sus herederos. Ahora bien, el daño generado en este caso puede ser patrimonial o extrapatrimonial, en sus diversas manifestaciones reconocidas por la ley, la jurisprudencia y la doctrina; así como puede conllevar una afectación al interés contractual positivo o negativo, situación ésta que ha sido analizada desde la óptica de la responsabilidad precontractual.

Por último, se requiere la prueba de la existencia de una relación causal entre el incumplimiento de la obligación de coherencia y el daño que el sujeto agente infligió a la víctima, su contraparte negocial. Pero su prueba y su apreciación corresponde a lo establecido en el artículo 1616 de nuestro Código civil¹⁰⁰⁹, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia acogió la teoría de la causalidad adecuada como fundamento jurídico para valorar la demostración de este requisito. Como afirma la profesora Bernal Fandiño:

“[...] el daño debe ser consecuencia del incumplimiento del deber de coherencia, por lo que debe acreditarse, entonces, el nexo causal entre la contradicción y el daño cu-

¹⁰⁰⁸ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 381.

¹⁰⁰⁹ Código civil colombiano. Artículo 1616. “Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.// La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios.// Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.”.

ya indemnización se pretenda. Es importante resaltar que, en este caso, la indemnización del responsable del daño no presenta mayor complicación, puesto que basta con verificar la inobservancia del deber de no contradecirse en perjuicio de otro, por lo que el sujeto viene identificado a través del deber incumplido.¹⁰¹⁰.

Tal afirmación no excluye que se demuestre la ocurrencia de un elemento extraño al nexo causal, que tenga por objeto la demostración de una causa extraña o la ausencia de culpa. Sin embargo, reunidos los requisitos para la imputación de la responsabilidad civil contractual por la violación de la obligación de coherencia mediante un adecuado ejercicio probatorio, consideramos que el operador judicial individual o colegiado deberá reconocerla y dictar un fallo a favor de las pretensiones de la víctima.

¹⁰¹⁰ BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. p. 385.

2.2.3. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO II.

§202. No compartimos que el deber de coherencia sea suficiente elemento de juicio para la imputación de la responsabilidad civil contractual, por cuanto la jurisprudencia nacional y la doctrina afirman que la indemnización de los daños causados con ocasión de una relación contractual derivan del incumplimiento de una obligación preexistente, bien por su incumplimiento puro y simple, o su cumplimiento moroso o imperfecto. Por tal razón, para efectos de la responsabilidad civil contractual, creemos que tal contenido deontológico debe mutar en obligación para la reclamación de los perjuicios que la víctima sufre con ocasión a la infracción de la coherencia y de la confianza legítima de la contraparte.

Esto no quiere decir que el deber de coherencia sea desechado o desvalorado. Por el contrario. Creemos que este deber jurídico adquiere una relevancia extraordinaria en tiempos donde **(i)** se clama, desde el Legislador hasta la sociedad –sin excluir a los operadores judiciales– por la creación de relaciones jurídicas fundadas sobre los principios de cooperación, solidaridad y buena fe, y **(ii)** las dinámicas sociales y económicas imponen la adhesión a condiciones predeterminadas que sustituyen un consentimiento analizado desde la teoría clásica, términos que concluyen en la observancia de condiciones arbitrarias y atentatorias de la buena fe. En este marco, nada raro sería que quien ostente una posición dominante opte por contrariar sus propios actos, sin que por ello implique que se desdibujen los límites entre la teoría de los actos propios y el abuso de la posición dominante.

En esa medida, la obligación de coherencia se caracteriza por ser un resultado que ambas partes –y en especial, quien vio fracasada su confianza legítima– esperan: el mantenimiento en el tiempo de unas condiciones inicialmente pactadas, sobre la cual ambas partes han ajustado su entorno personal y patrimonial, entre otros. Sin embargo, a pesar de ser una obligación *ex fides bona*, el régimen que le asiste resulta siendo gobernado por el análisis subjetivo de la situación dañosa, por cuanto se requiere analizar el dolo del victimario, consistente en actuar contra

la buena fe; es decir, que se contraría respecto de una posición inicial y afecte la confianza legítima del individuo, toda vez que, al ser una derivación del Principio General de la buena fe, es necesario probar la mala fe del individuo, la cual, una vez demostrada, corresponde al demandado desvirtuar mediante la invocación y prueba de una causa extraña o de la ausencia de culpa.

2.3. CONCLUSIONES DEL TÍTULO II.

§203. Para demostrar la conculcación de la obligación de coherencia se requiere la prueba de los elementos jurídicos que integran el deber de coherencia, visto desde la óptica de la teoría de los actos propios. Si bien es cierto que este mandato jurídico-deontológico ordena la no contradicción en el tiempo actual y futuro a costas de la afectación de la confianza legítima de la contraparte, la labor probatoria, desde la teoría de los actos propios, requiere de demostrar **(i)** la existencia de una conducta primigenia, jurídicamente eficaz y relevante para el Derecho, **(ii)** la existencia de una conducta contradictoria que, si bien puede obedecer a una causa justificada para el Derecho, resulta atentatoria de la buena fe, dado que afecta todo el posicionamiento del sujeto en torno al primer comportamiento; y **(iii)** debe existir una identidad de sujetos, obedeciendo a la dinámica relacional que supone la teoría de los actos propios, salvo que se trate de un evento donde se apele al concepto de los “centro de intereses”.

Siendo esta la comprensión del hecho generador del daño que se pretende resarcir mediante la acción de responsabilidad civil contractual, faltaría la prueba del daño y del nexo causal para concretarse la imputación a cargo del victimario. Esto quiere decir que, al ser probado el hecho que originó el daño, el análisis de la responsabilidad civil se hace teniendo en cuenta un aspecto subjetivo, porque la obligación que se infringe es derivada de la buena fe, la cual, en nuestro ordenamiento jurídico así como en la gran mayoría de regímenes jurídicos del mundo, se presume. La prueba en contrario de la buena fe se realiza mediante elementos probatorios que demuestren que se afectaron la confianza legítima y la coherencia, con fundamento en la teoría de los actos propios. Esto no significa que la valoración o apreciación de la teoría de los actos propios se realice sobre los aspectos internos del sujeto agente, por cuanto se ha indicado que se sustenta sobre la buena fe objetiva, pero tampoco quiere decir que se trate de un caso de responsabilidad objetiva, por cuanto pesa una presunción legal que debe ser desvirtuada.

Esto quiere decir que, por último, la prueba del hecho generador del menoscabo al interés jurídico de la víctima supone, entonces, el incumplimiento de la obligación de coherencia, que consiste en la interversión del deber de coherencia, atendiendo a que nuestra doctrina y jurisprudencia dictan que la responsabilidad civil contractual se fundamenta sobre la inejecución de una obligación preexistente en un contrato. Pero no quiere significar que pierda valor, por cuanto, creemos que la dinámica social y económica reclama condiciones justas y solidarias en las relaciones jurídicas, siendo el deber de coherencia –ahora obligación de coherencia– una de esas medidas.

CONCLUSIONES GENERALES.

Teniendo en cuenta las conclusiones parciales realizadas en su debida oportunidad (§§49, 111, 112, 168, 202, 203), es posible afirmar que el entendimiento de una de las manifestaciones dogmáticas que pretende la protección del deber de coherencia –esto es, la teoría de los actos propios– puede ser tomado como punto de partida para la imputación de la responsabilidad civil contractual por la violación de la obligación de coherencia. Esto, no pretende ser una camisa de fuerza para el establecimiento del deber de reparar el daño infligido, pues, en la medida que el caso concreto derivado de la responsabilidad contractual así lo permita, proceden otras figuras jurídicas. Sin embargo, en el presente estudio, se buscó analizar la teoría de los actos propios como punto cardinal para la imputación de la responsabilidad civil contractual.

La teoría de los actos propios es una regla de derecho derivada del Principio General de la buena fe, que busca proteger el deber secundario de coherencia, una manifestación de la buena fe objetiva, puesto que pretende impedir el desconocimiento del alcance de un comportamiento anterior y jurídicamente eficaz del sujeto agente, con una conducta actual –aunque esté amparada en otras circunstancias por el Derecho–, en desmedro de la coherencia y confianza legítima generada objetivamente en la contraparte relacional.

Su fundamento, aunque arraigado en los desarrollos académicos del Derecho romano intermedio, tiene un afincamiento reciente en el Derecho colombiano con motivo de las decisiones proferidas por la Corte Constitucional –mayoritariamente– desde 1992; sin embargo, la utilización de la prohibición de ir contra los actos propios por parte de las Altas Cortes nacionales tiende a tergiversar los fundamentos y la naturaleza misma de la institución, pues se afirma continuamente que esta figura jurídica es un Principio General de Derecho, constituyéndola como fundamento mismo de todo el ordenamiento jurídico y la imposibilidad de invocar excep-

ciones a su observancia; ahora bien, el mismo ordenamiento jurídico contempla la buena fe como uno de sus fundamentos, un mandato de optimización que únicamente puede ser derrotado mediante un juicio de ponderación, mas ello no quiere decir que sus derivaciones tengan su mismo carácter, por cuanto protege un particular bien jurídico (la coherencia), sanciona un número limitado de conductas (contradicción conductual en desmedro de la confianza legítima), y admite excepciones a su aplicación, como juicio de derrotabilidad normativa, así como se constituye una excepción al ejercicio del derecho a la libertad. Con todo, ello no es óbice para afirmarse la ponderación entre los Principios Generales de la buena fe y la Autonomía de la Voluntad como posible y adecuado escenario de derrotabilidad de mandatos de optimización. Por tanto, dado que la teoría de los actos propios es una regla de derecho que se deriva del Principio General de la buena fe, su invocación se somete a su excepcionalidad y supletoriedad, a la existencia de una situación específica de incoherencia conductual contraria a la confianza legítima desde la buena fe objetiva, despojada de cualquier representación o apariencia, y a la legitimación para reclamarla puede provenir, en el plano procesal, del demandante o del demandado.

Como desarrollo teórico del brocardo medieval “*venire contra factum proprium non valet*”, no obstante, la teoría de los actos propios está estrechamente relacionada con otras instituciones jurídicas que pretenden impedir la contradicción conductual desde la buena fe subjetiva u objetiva, y, al mismo tiempo, proteger la confianza legítima suscitada en la contraparte. Así, en el Derecho anglosajón, el *estoppel* impide, en el presente, la contradicción de un sujeto de derecho con respecto a manifestaciones realizadas en pretérito y que haya generado una apariencia o representación mental, ubicándose como una figura jurídica que protege una buena fe subjetiva, a pesar que su aplicación obedece a casos concretos establecidos por la Jurisprudencia, v.gr. *Estoppel by record*, *estoppel by fact in pais-tenancy*. En el caso del Derecho alemán –y recientemente en el Derecho español–, el retraso desleal en el ejercicio de los derechos subjetivos (o “*Verwirkung*”) procede en si-

tuaciones donde se ha generado una confianza legítima por cuanto el paso del tiempo ha señalado con total claridad el no ejercicio de una facultad reconocida por el ordenamiento por parte de su titular, quien posteriormente la ejerce en desmedro del interés de su contraparte, siempre y cuando no supere el plazo de prescripción o de caducidad; no obstante, resulta inviable su aplicación en los ordenamientos jurídicos que contemplen la prescripción y/o la caducidad.

Por otra parte, la teoría de la apariencia, figura jurídica tripartita, supone la protección de la representación mental generada por quien creyó erróneamente que otro sujeto de derecho era el titular de una facultad jurídica de la que se dispone en el ámbito de una relación jurídica, a pesar que, con posterioridad, el verdadero titular del derecho busca la ineficacia del acto realizado por el titular aparente. La protección de la apariencia no radica en la existencia de un error cualificado sino en la relación entre un hecho significativo y otro significado, por los cuales aparece como real lo irreal. Este constructo jurídico tiene raigambre en la buena fe subjetiva, así como lo supone la teoría de la confianza legítima, institución que nació de los desarrollos que realizaron la doctrina y la jurisprudencia alemana de finales del siglo XIX, acerca de la apariencia jurídica. Aunque su nombre posiblemente indique se trata de una institución similar a la teoría de los actos propios, no puede realizarse tal afirmación por cuanto protege unas expectativas legítimas (o “*legitimate expectations*”, según el Derecho anglosajón y Comunitario europeo), indicando así que se trata de una manifestación subjetiva de la buena fe.

Habida cuenta, dilucidadas las fronteras que existen entre instituciones jurídicas que buscan proteger la coherencia y la confianza legítima en los diferentes ordenamientos jurídicos, en el Derecho colombiano se ha prohijado la teoría de los actos propios como un principio jurídico –reiteramos que se trata de una regla de derecho– que, a nuestro parecer orientado por la doctrina foránea, ha sido mal aplicado en nuestro sistema jurídico por las Altas Cortes. Para determinar la correcta aplicación y apreciación de esta figura, es necesario entender que, básica-

mente, deben concurrir tres requisitos básicos reconocidos por la jurisprudencia y la doctrina para que proceda en un caso particular, a saber: **(i)** la existencia de una conducta jurídicamente relevante, eficaz y anterior en la línea del tiempo; **(ii)** la existencia de un comportamiento o manifestación posterior que resulta contradictorio tras la verificación del primer comportamiento, y que, si bien puede ser lícito *prima facie*, resulta contrario a la buena fe; y **(iii)** la identidad de personas, que consiste en la mismidad de los sujetos de derecho que participan en la relación jurídica que se contradice y contraría la buena fe, salvo que, apelando al concepto de los “centros de intereses”, las personas no sean las mismas que en el pasado fijaron un efecto jurídico que, en el presente, se pretende desconocer por uno de ellos.

La concurrencia de estos tres elementos conduce a la posibilidad de aplicar la teoría de los actos propios, salvo que, por razones de residualidad o supletoriedad de la figura jurídica, se prefiera aplicar una institución que se ajusta mejor al caso, o que se aplique la ley, por cuanto prevé una solución similar, bien que su fin obedezca o no a la protección de la confianza legítima y la no contradicción entre conductas. Estos requisitos son generalmente aceptados por la jurisprudencia y la doctrina, quienes no vacilan en la enunciación de nuevos elementos que sobrecargan su dogmática y, por ende, la tornan en inaplicable materialmente. Ello no quiere decir que se pretenda dar patente de corso para los desaciertos en las decisiones judiciales, puesto que tal conducta atenta flagrantemente el derecho al acceso a la administración de justicia, en tanto vías de hecho. En tal medida, consideraciones radicales como la imposibilidad de aplicar la prohibición de ir contra los actos propios frente a un acto nulo, sólo podría tener éxito si se trata de un acto nulo de nulidad absoluta por objeto y/o causa ilícita, dado que la ley las cataloga como insaneables. Sin embargo, aunque cierto sector de la doctrina afirme que en este evento se aplican los efectos de la fuerza vinculante del negocio, en caso de ratificación, lo cierto es que la teoría de los actos propios aún operaría eficazmente; y más cuando si la invocación de la nulidad se realiza para un validar un acto

en el que se ha consentido y a sabiendas de la existencia del referido vicio, pese a lo cual la prestación continuó ejercitándose.

Habiéndose verificado la existencia de los presupuestos para la aplicación de la teoría de los actos propios en aras a **(i)** diferenciarla de otras instituciones jurídicas y **(ii)** asegurar una adecuada concreción de esta figura en un caso particular, la violación del deber de coherencia, componente jurídico-deontológico que protege este constructo, conlleva a la responsabilidad civil contractual, en el caso que, dentro de la ejecución de un contrato, se atente contra la coherencia conductual y la confianza legítima de la contraparte, y ello genere un perjuicio patrimonial o extrapatrimonial. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la responsabilidad civil contractual se imputa al victimario que ha causado un perjuicio por la inejecución de una obligación, pero nada se dice sobre el incumplimiento de un deber, razón por la cual –a más de motivos fundados en el solidarismo contractual y su filosofía– deberá realizarse la interversión del deber de coherencia a obligación, por cuanto la parte incumplida se determina y le es exigible, en concreto, el mantenimiento de la coherencia en el tiempo presente y futuro, así como la confianza generada en la contraparte. Como prestación de una relación jurídica, la obligación de coherencia se caracteriza por consistir en una abstención (no hacer), ser accesoria y de resultados; su incumplimiento, entonces, se puede verificar por la dogmática que presenta la teoría de los actos propios, en el sentido que esta figura protege este deber jurídico que ha sido intervertido para efectos de la imputación de la responsabilidad civil contractual.

Con las anteriores conclusiones, el establecimiento de las condiciones teóricas y dogmáticas para demostrar la responsabilidad civil contractual por la violación del Principio General de la buena fe –entendiéndose tal conculcación desde la óptica de la defraudación de la coherencia y la confianza legítima suscitada, según la teoría de los actos propios–, requiere de un adecuado ejercicio probatorio que, según los medios de convencimiento, se ajuste a los predicados de la prohibición

de ir contra los actos propios, pues, recuérdese, la buena fe se presume y probar la mala fe es labor de quien la afirma.

Como dicho de paso, cabe resaltar en primer lugar que en nuestra jurisprudencia no existe un precedente en el que se aplique una figura jurídica que proteja el deber de coherencia, y sea proyectada como razón jurídica para imputar la responsabilidad civil contractual. En segundo lugar, es necesario afirmar que del análisis de los casos concretos dispuestos ante la jurisdicción, en el cual se emplearon cuarenta y ocho sentencias de la Corte Constitucional que analizaron la teoría de los actos propios como su razón jurídica o como parte de sus consideraciones, principalmente comprendidas en el periodo de 2008 a 2013, trece de ellas contienen una aplicación adecuada de la figura; en contraste, en materia arbitral, de seis laudos arbitrales analizados, solo uno contiene una valoración indebida de la institución. En sede de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, sólo en cuatro sentencias considera directamente sobre la teoría de los actos propios como razón jurídica, en tanto que seis decisiones la refieren como dicho de paso o no constituye el fundamento de la providencia.

En todo caso, el adecuado entendimiento de la teoría de los actos propios, sea que se utilice o no como razón jurídica para imputar la responsabilidad contractual por la violación de la obligación de coherencia, conllevaría a una aplicación más sensata y ajustada de esta figura, lo cual contribuiría, en el plano procesal y judicial, a la prevalencia del valor de la justicia, que no consiste más que en la perpetua y constante voluntad de darle a cada cual lo suyo; pero para ello, los jueces deben apropiarse de la prohibición de ir contra los actos propios y aplicarla sin temor alguno, sin vacilaciones ni razonamientos timoratos, pues, si bien sus dichos son actualmente el Derecho, las ideas de justicia, confianza y coherencia han permanecido en la sociedad perennemente, subyacen en un grupo de personas que espera una decisión ajustada a lo correcto y honesto, según la costumbre imperante. En cuanto al sujeto de derecho, la observancia de estos deberes colate-

rales, en especial la coherencia, son sólo unas manifestaciones de buena fe, de que éste quiere cooperar con la contraparte comercial, y de que sigue fielmente los predicados del Derecho: vivir honestamente, no causar daño a nadie, y darle a cada cual lo que le corresponde. *“Iuris praecepta sunt hæc: honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere”* (D.1.1.10.1).

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

1. LEGISLACIÓN.

1.1. LEGISLACIÓN EXTRANJERA.

ALEMANIA. Bürgerlichen Gesetzbuches (Código civil alemán). Versión en alemán e inglés tomada de: www.gesetzse-im-internet.de/englisch_bgb. Página oficial del Ministerio Federal de Justicia y Protección al Consumidor (*Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*) (10 de junio de 2014, 14:20 hrs.), Berlin.

ARGENTINA. Ley No. 340 de 1869, Ley de sanción del Código Civil. (Código Civil de la República Argentina). 51º ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010

ESPAÑA. Ley No. 30 de 1992, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. (26 de noviembre de 1992). Tomado de: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-26318> Página Oficial de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado – BOE Legislación Consolidada (12 de mayo de 2014, 22:40 hrs), Madrid.

PERÚ. Decreto Legislativo No. 295. Código civil de Perú (24 de julio de 1984). Tomado de: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_cod_civil.pdf. Página web oficial de la Organización de Estados Americanos–OEA (17 de septiembre de 2014, 20:10 hrs), Lima.

1.2. LEGISLACIÓN NACIONAL.

COLOMBIA. Código Civil Comentado. Ley 57 de 1887. Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional (Código Civil Colombiano). 20 de abril de

1887. 25ª ed. Comentado por Gustavo Contreras Restrepo, Álvaro Tafur González y Arturo Castro Guerrero. Bogotá D.C.: Leyer Editores, 2014.

_____. Código de Comercio comentado. Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio (Código de Comercio Colombiano). Marzo 27 de 1971. 21ª ed. Comentado por Hildebrando Leal Pérez. Bogotá D.C.: Leyer Editores, 2014.

2. JURISPRUDENCIA.

2.1. JURISPRUDENCIA EXTRANJERA.

ALEMANIA. Tribunal Supremo Federal. Sala Décimo primera de lo civil. Sentencia de 13 de julio de 2004. Ref. Exp. XI ZR 12/03.

_____. _____. Sala Quinta de lo civil. Sentencia de 16 de julio de 2004. Ref. Exp. V ZR 222/03. Berlin.

COUR INTERNATIONAL DE JUSTICE – INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Affaire de l'Interhandel – Interhandel Case*. (Suisse c. États-Unis d'Amérique – Switzerland vs. United States of America). Sentencia de excepciones preliminares. 21 de marzo de 1959. Reports 1959 – Recueil 1959. Publicada en Lista General No. 34.

_____.
Affaire de la sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne le 23 décembre 1906 - Case concerning The arbitral award made by the King of Spain on 23 December 1906 (Honduras c. Nicaragua – Honduras vs. Nicaragua). Sentencia de fondo. 18 de noviembre de 1960. Reports 1960 – Recueil 1960. Publicada en Lista General No. 39.

Affaires du Plateau Continental de la Mer du Nord – North Sea Continental Shelf Cases. (République Fédérale d'Allemagne c. Royaume de Danemark/ République Fédérale d'Allemagne c. Royaume des Pays-Bas – Federal Republic of Germany vs. Kingdom of Denmark/ Federal Republic of Germany vs. Kingdom of the Netherlands). Sentencia de fondo. 20 de febrero de 1969. Reports 1969 – Recueil 1969. Publicada en Lista General No. 51 y 52. p. 26 en inglés y francés.

Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci - Case concerning Military and Paramilitary activities in and against Nicaragua. (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique – Nicaragua vs. United States of America). Sentencia de fondo. 27 de junio de 1986. Reports 1986 – Recueil 1986. Publicada en Lista General No. 70. p. 88 de la sentencia, en inglés y francés.

Affaire de L'Elettronica Sicula S.p.A. - Case concerning Elettronica Sicula S.p.A. (États-Unis d'Amérique c. Italie – United States of America vs. Italy). Sentencia de fondo. 20 de julio de 1989. Reports 1989 – Recueil 1989. Publicada en Lista General No. 76. pp. 32-33 en inglés y francés.

ESPAÑA. Tribunal Supremo – Sala Primera, de lo civil. STS 7702/2000. Resolución 990/2000, recurso No. 3091/1995. Sentencia de 25 de octubre de 2000. M.P.: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez. Tomada de: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> Buscador de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial (12 de mayo de 2014, 23:06 hrs), Madrid.

_____. Tribunal Supremo – Sala de lo contencioso, sección tercera. STS 8001/2007. Resolución_____, recurso No. 865/2005. Sentencia de 10 de di-

ciembre de 2007. M.P.: Óscar González González. Tomada de: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> Buscador de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial (12 de mayo de 2014, 23:06 hrs), Madrid.

_____. Tribunal Supremo – Sala Primera, de lo civil. STS 6768/2008. Resolución 1192/2008, recurso No. 2864/2003. Sentencia de 19 de diciembre de 2008. M.P.: Jesús Eugenio Corbal Fernández. Tomada de: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> Buscador de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial (12 de mayo de 2014, 23:06 hrs), Madrid.

_____. STS 8584/2011. Resolución 872/2011, recurso No. 1830/2008. Sentencia de 12 de diciembre de 2011. M.P.: Encarnación Roca Trías. Tomada de: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> Buscador de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial (12 de mayo de 2014, 23:06 hrs), Madrid.

_____. STS 1682/2012. Resolución 194/2011, recurso No. 2226/2006. Sentencia de 16 de febrero de 2012. M.P.: Juan Antonio Xiol Ríos. Tomada de: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> Buscador de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial (12 de mayo de 2014, 23:06 hrs), Madrid.

_____. ATS 10918/2013. Resolución_____, recurso No. 3424/2012. Auto de 05 de noviembre de 2013. M.P.: Rafael Saraza Jimena. Tomada de: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> Buscador de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial (12 de mayo de 2014, 23:06 hrs), Madrid.

_____. STS 2615/2013. Resolución 335/2013, recurso No. 252/2011. Sentencia de 07 de mayo de 2013. M.P.:

Xavier O'Callaghan Muñoz. Tomada de:
<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> Buscador de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial (12 de mayo de 2014, 23:06 hrs), Madrid.

_____. STS 4673/2013. Resolución 532/2013, recurso No. 2008/2011. Sentencia de 19 de septiembre de 2013. M.P.: Rafael Saraza Jimena. Tomada de:
<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> Buscador de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial (12 de mayo de 2014, 23:06 hrs), Madrid.

_____. STS 65069/2013. Resolución 477/2013, recurso No. 619/2011. Sentencia de 19 de diciembre de 2013. M.P.: Francisco Javier Orduña Moreno. Tomada de:
<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> Buscador de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial (12 de mayo de 2014, 23:06 hrs), Madrid.

ESPAÑA. Tribunal Supremo – Sala de lo contencioso, sección tercera. STS 6128/2013. Resolución_____, recurso No. 3125/2010. 19 de diciembre de 2013. M.P.: José Manuel Bandres Sánchez-Cruzat. Tomada de:
<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> Buscador de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial (12 de mayo de 2014, 23:06 hrs), Madrid.

_____. ATS 213/2013. Resolución_____, recurso No. 571/2013. 21 de enero de 2014. M.P.: Ignacio Sancho Gargallo. Tomada de: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> Buscador de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial (12 de mayo de 2014, 23:06 hrs), Madrid.

FRANCIA. Corte de Casación, Cámara Comercial, proveído: 68-13110 (publicada en boletín). 8 de diciembre de 1970. M.P.: M. Guillot (Président). Tomada de:

www.legifrance.gouv.org Página del Servicio Público de Difusión del Derecho-*Le service public de la diffusion du Droit* (20 de abril de 2014, 1:03 hrs.), Paris.

_____. _____, _____, proveído: 73-12819 (publicada en boletín). 4 de noviembre de 1974. M.P.: M. Monguilan (Président).

_____. _____, _____, proveído: 96-18353 (publicada en boletín). 20 de enero de 1998. M.P.: M. Bézard (Président); Primera Cámara Civil, proveído 96-18524 (no publicada en boletín).

_____. _____, Primera Cámara Civil, proveído 96-21997 (no publicada en boletín). 16 de febrero de 1999. M.P.: M. Lemontey (Président). Tomada de: www.juricaf.org Página de *Juriscaf-Jurisprudence francophone des cours suprêmes* (14 de abril de 2014, 10:41 hrs.), Paris.

_____. _____, Cámara Comercial, proveído: 99-20776 (no publicada en boletín). 4 de diciembre de 2001. M.P.: M. Dumas (Président). Tomada de: www.legifrance.gouv.org Página del Servicio Público de Difusión del Derecho-*Le service public de la diffusion du Droit* (20 de abril de 2014, 0:57 hrs.), Paris.

_____. _____, _____, proveído: 73-12819 (publicada en boletín). 4 de noviembre de 1974. M.P.: M. Monguilan (Président). Tomada de: www.legifrance.gouv.org Página del Servicio Público de Difusión del Derecho-*Le service public de la diffusion du Droit* (20 de abril de 2014, 1:00 hrs.), Paris.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea). *Algera vs. Common Assembly of the European Coal and Steel Community*. (Algera c. Asamblea Común de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero). Dineke Algera, Giacomo Cicconardi, Simone Couturaud, Ignazio Genuardi, Félicie Steichen c. Asamblea Común de la Comunidad Europea

del Carbón y del Acero. Sentencia de 12 de julio de 1957. Ref. Exp.: C-7/56, y los acumulados C-3/57 al C-7/57. Tomada de: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-7/56&language=es> Página oficial de InfoCuria-Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Tomada el 07/08/14, 12:27 hrs.).

2.2. JURISPRUDENCIA COLOMBIANA.

2.2.1. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL-SALA SEGUNDA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992). Jaime Felipe Fajardo contra Secretaría de Planeación de la Alcaldía Municipal de Popayán (T-475-92). M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Ref. Exp.: T-1917.

_____. _____. SALA TERCERA DE REVISIÓN. Sentencia de veintitrés (23) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993). Enrique Vela Jaramillo y otro c. Asociación de Diarios Colombianos –Asodiarios– (T-240-93). M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Ref. Exp.: T-9665.

_____. _____. SALA NOVENA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de dieciséis (16) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994). José Di Terlizzi Trujillo c. Concejo y Alcaldía Municipal de Chía (Cundinamarca) (T-284-94). M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Ref. Exp.: T-31499.

_____. _____. SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995). Laura María Torres y otros c. Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. y otros (T-

617-95). M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Ref. Exp.: T-78710, T-78659, T-76332 y T-77330.

_____. Sentencia de tutela de diecisiete (17) de septiembre de mil novecientos noventa y seis (1996). Asociación de Comuneros de Barranquilla c. Empresa de Desarrollo Urbano de Barranquilla (T-438-96). M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Ref. Exp.: T-99999.

_____. Sentencia de tutela de diez (10) de febrero de mil novecientos noventa y siete (1997). Manuel Alfonso Márquez Reales contra Cafesalud EPS. (T-059-97). M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Ref. Exp.: T-109319.

_____. Sentencia de tutela de veinticinco (25) de agosto de mil novecientos noventa y siete (1997). Luis Alfonso Guevara Cruz y otros c. Alcaldía Menor de la localidad de Santafé (Bogotá D.C.) (T-398-97). M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Ref. Exp.: T-128526, T-128744, T-128746, T-129718, T-132284.

_____. SALA PLENA. Sentencia de unificación de jurisprudencia de diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y ocho (1998). Ana Victoria García de Bernal contra Salud COLMENA (SU-039-98). M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara. Ref. Exp.: T-140006.

_____. Sentencia de constitucionalidad de nueve (09) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998). Marco Gerardo Monroy Cabra c. artículo 285 (parcial) de la Ley 223 de 1995 (C-478-98). M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Ref. Exp.: D-1945.

_____. _____. SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de cuatro (04) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999). Alberto Rebollo Bravo contra BANCAFÉ (antes Banco Cafetero) (T-295-99). M.P.: Dr. Fabio Morón Díaz. Ref. Exp.: T-190164.

_____. _____. SALA PLENA. Sentencia de unificación de diecinueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999). Ana Mercedes Martínez de García y otros c. Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. y otros (SU-360-99). M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Ref. Exp.: T-168937 y acumulados.

_____. _____. SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de doce (12) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999). Horacio Castañeda y otros c. Alcaldía Local de Usaquén y otros (T-499-99). M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Ref. Exp.: T-201499, T-201789, T-205858, T-207000, T-207628, T-208706, T-209153, T-280754 y T-209031.

_____. _____. _____. Sentencia de tutela de dieciséis (16) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999). Carlos Julio Florián Núñez c. Alcaldía Menor de Santafé (Bogotá D.C.) (T-900-99). M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Ref. Exp.: T-235235.

_____. _____. SALA QUINTA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de veinticuatro (24) de enero de dos mil (2000). Belarmina Monroy c. Alcaldía Menor de Santafé, Localidad Tercera (T-021-00). M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Ref. Exp.: T-246045.

_____. _____. SALA SEGUNDA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de veintiuno (21) de septiembre de dos mil (2000). Benjamín José Gutiérrez Rodríguez c. Secretaría de Gobierno Municipal de Medellín-Dirección de

Administración de Espacio Público (T-1263-00). M.P.: Dr. Alfredo Beltrán Sierra. Ref. Exp.: T-346052.

_____. _____. SALA PLENA. Sentencia de constitucionalidad de nueve (09) de agosto de dos mil uno (2001). Carlos Alberto Maya Restrepo contra Ley 169 de 1896, artículo 4º (C-836-01). M.P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Ref. Exp.: D-3374.

_____. _____. SALA CUARTA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de seis (06) de febrero de dos mil tres (2003). Nelson Parra Jerez contra Banco Granahorrar (T-083-03). M.P.: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Ref. Exp.: T-657041

_____. _____. SALA QUINTA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de veintidós (22) de octubre de dos mil tres (2003). Sociedad Proveeduría Universal S.A. contra Tribunal Superior de Bogotá –Sala Civil–. (T-974-03). M.P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Ref. Exp.: T-579773.

_____. _____. SALA OCTAVA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de veintinueve (29) de enero de dos mil cuatro (2004). Marleny Tobón de Ortiz contra Central de Inversiones S.A. –CISA y Promociones y Cobranzas Beta S.A. (T-060-04). M.P.: Dr. Álvaro Tafur Galvis. Ref. Exp.: T-789341.

_____. _____. SALA PLENA. Sentencia de constitucionalidad de tres (03) de febrero de dos mil cuatro (2004). Rosember Emilio Rivadeneira Bermúdez contra el artículo 1766 del Código civil (C-071-04). M.P.: Dr. Álvaro Tafur Galvis. Ref. Exp.: D-4692

_____. _____. _____. Sentencia de constitucionalidad de diecinueve (19) de febrero de dos mil cuatro (2004). Manuel Alberto

Restrepo Medina contra el artículo 51 (parcial) de la Ley 769 de 2002 “*por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones*” (C-131-04). M.P.: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Ref. Exp.: D-4599.

_____. _____. SALA NOVENA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de diecisiete (17) de junio de dos mil cuatro (2004). Luz Myriam Becerra Leyva contra el Banco Granahorrar (T-608-04). M.P.: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Ref. Exp.: T-856416.

_____. _____. SALA PRIMERA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de veintitrés (23) de agosto de dos mil cuatro (2004). Mauricio Eduardo Forero Silva contra Fondo Nacional del Ahorro (T-793-04). M.P.: Dr. Jaime Araujo Rentería. Ref. Exp.: T-816848.

_____. _____. SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de dos (2) de marzo de dos mil seis (2006). Laureano Augusto Ramírez Gil contra CAPRECOM (T-158-06). M.P.: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Ref. Exp.: T-1217433. Punto 34 de las consideraciones de la Corte.

_____. _____. _____. Sentencia de tutela de dieciséis (16) de marzo de dos mil seis (2006). Joselín Ramírez Martínez contra el Banco Colmena S.A. (T-207-06). M.P.: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Ref. Exp.: T-1221238.

_____. _____. SALA CUARTA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de tres (03) de noviembre de dos mil seis (2006). Luz Marina Bueno Mogollón contra el Banco Granahorrar (T-899-06). M.P.: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Ref. Exp.: T-1375087.

_____. Sentencia de tutela de seis (06) de marzo de dos mil ocho (2008). Gabriel Darío Echeverri Ossa contra Instituto de los Seguros Sociales (T-248-08). M.P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Ref. Exp.: T-1606678

_____. Sentencia de tutela de doce (12) de marzo de dos mil ocho (2008). Eleazar Falla López contra Fondo Nacional del Ahorro y Juzgado 21 Civil Municipal de Cali (Valle) (T-276-08). M.P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Ref. Exp.: T-1619256

_____. SALA QUINTA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de veintiuno (21) de agosto de dos mil ocho (2008). Yudy Perea Garcés contra Fondo Nacional del Ahorro (T-823-08). M.P.: Dr. Mauricio González Cuervo. Ref. Exp.: T-1863978

_____. SALA NOVENA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve (2009). Margarita María González Correa contra el Instituto de Seguro Social (T-099-09). M.P.: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Ref. Exp.: T-2060760

_____. SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de trece (13) de abril de dos mil nueve (2009). Olga de Jesús Cardona Arias contra el Seguro Social, seccional Antioquia (T-268-09). M.P.: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Ref. Exp.: T-2121601

_____. SALA TERCERA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de quince (15) de febrero de dos mil diez (2010). María Luisa Bautista Díaz contra Seguros Bolívar S.A. (T-098-10). M.P.: Dr. Juan Carlos Henao Pérez. Ref. Exp.: T-2402276.

_____. _____. SALA CUARTA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de veinticuatro (24) de febrero de dos mil diez (2010). Luz Marina Vargas Castillo c. Municipio de Ibagué (Tolima) (T-135-10). M.P.: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Ref. Exp.: T-2430622.

_____. _____. _____. Sentencia de tutela de ocho (08) de marzo de dos mil diez (2010). Benjamín Huertas Rodríguez c. Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Cundinamarca (T-165-10). M.P.: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Ref. Exp.: T-2439742.

_____. _____. SALA SEGUNDA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de veintitrés (23) de marzo de dos mil diez (2010). Manuel Antonio Castro Cuervo c. Fondo Nacional del Ahorro (T-221-10). M.P.: Dr. Mauricio González Cuervo. Ref. Exp.: T-2409418.

_____. _____. SALA PLENA. Sentencia de constitucionalidad de dos (02) de junio de dos mil diez (2010). Roberto Junguito Bonnet c. Artículo 86 de la Ley 1328 de 2009 (C-432-10). M.P.: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Ref. Exp.: D-7946.

_____. _____. SALA QUINTA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de treinta (30) de agosto de dos mil diez (2010). Gloria Rivera Hernández contra el Municipio de Cúcuta y otros (T-657-10). M.P.: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Rad. Exp.: T-2649337.

_____. _____. SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de treinta y uno (31) de agosto de dos mil diez (2010). María Mercedes de Pombo y Luis Pombo Gaviria contra el Tribunal Superior de Bogotá-Sala Civil y el Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá. (T-672-10). M.P.: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Ref. Exp.: T-2395893.

_____. _____. SALA TERCERA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de seis (06) de septiembre de dos mil diez (2010). Acciones de tutela instauradas, separadamente, en representación de los niños Kelly Johana Landazábal Pinto, Daniel Rodrigo Valdivieso Merino, María Fernanda Rey Rondón, Sandy Danitza Ramírez Rico, Diván Hernando Mantilla Rojas, Ángela María Vera Villamizar, Ximena Alejandra Chacón Rueda y Santiago Gracia Gómez, contra la Secretaría de Educación Distrital de Bucaramanga (T-698-10). M.P.: Dr. Juan Carlos Henao Pérez. Ref. Exp.: T-2634264, T-2634267, T-2634301, T-2634328, T-2644455, T-2661367, T-2661411 y T-2664579.

_____. _____. SALA OCTAVA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de catorce (14) de septiembre de dos mil diez (2010). Jesús Alirio Girón Grass c. Unión Temporal Medicol Salud (antes Fersalud) (T-744-10). M.P.: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Rad. Exp.: T-2280252.

_____. _____. SALA NOVENA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de veintiocho (28) de octubre de dos mil diez (2010). Andrea Camila Chaves Camacho c. Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior–ICETEX (T-845-10). M.P.: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Ref. Exp.: T-2677298.

_____. _____. SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de tres (03) de noviembre de dos mil diez (2010). Claudia Adriana Cárdenas Alvarado contra el Fondo Nacional del Ahorro (T-865-10). M.P.: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Ref. Exp.: T-2750726

_____. _____. _____. Sentencia de tutela de diecisiete (17) de noviembre de dos mil diez (2010). Dorance Rodríguez Asprilla c. Compañía de Inversiones de la Flota Mercante (en liquida-

ción obligatoria) (T-923-10). M.P.: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Ref. Exp.: T-2552482.

_____. _____. SALA PLENA. Sentencia de constitucionalidad de nueve (09) de diciembre de dos mil diez (2010). Enrique Javier Correa de la Hoz, Daljaira Diazgranados Vuelvas, Arlyz Romero Pérez y Miguel Cruz c. Código civil, Artículo 1616, inciso 1º (C-1008-10). M.P.: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Ref. Exp.: D-8146.

_____. _____. SALA OCTAVA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de tres (03) de febrero de dos mil once (2011). Diana Marcela Aviles Chica c. Universidad Nacional de Colombia (Consejo Superior Universitario y Consejo Académico) (T-039-11). M.P.: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Ref. Exp.: T-2810875.

_____. _____. SALA QUINTA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de veintiocho (28) de marzo de dos mil once (2011). Bernardo Antonio Castañeda Henao contra el Instituto de Seguro Social –ISS– (T-215-11). M.P.: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Ref. Exp.: T-2886459

_____. _____. SALA TERCERA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de veintidós (22) de septiembre de dos mil once (2011). Juan Carlos Suárez Carrillo en representación de los adolescentes Kevin Mauricio y Juan Sebastián Carrillo Ortega contra la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P. (T-699-11). M.P.: Dr. Juan Carlos Henao Pérez. Ref. Exp.: T-2749998

_____. _____. SALA QUINTA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de seis (06) de octubre de dos mil once (2011). José Ignacio Pantoja contra el Fondo Nacional del Ahorro (T-754-11). M.P.: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Ref. Exp.: T-3086671

_____. _____. SALA CUARTA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de cinco (05) de marzo de dos mil doce (2012). Sergio Humberto Franco Sarmiento y otros c. Departamento de Arauca y Universidad Cooperativa de Colombia, sede Arauca (T-164-12). M.P.: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Ref. Exp.: T-2234345.

_____. _____. SALA TERCERA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de quince (15) de marzo de dos mil doce (2012). María Cristina Jiménez Fernández contra el Instituto de Seguros Sociales –Seccional Valle del Cauca y vinculado el Municipio de Santiago de Cali y el Jefe del Grupo de Oficina de Seguridad Social (T-208-12). M.P.: Dr. Juan Carlos Henao Pérez. Ref. Exp.: T-3271303

_____. _____. SALA CUARTA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de treinta y uno (31) de mayo de dos mil doce (2012). Gloria Stella Muñoz Rodríguez contra Fondo Nacional de Ahorro (T-405-12). M.P.: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Ref. Exp.: T-3342002

_____. _____. _____. Sentencia de tutela de seis (06) de julio de dos mil doce (2012). Alberto Sandoval Martínez y Tatiana Rosa Peirano Arancibia contra el ISS (T-512-12). M.P.: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Ref. Exp.: T-3359779 y 3365548 (acumulados).

_____. _____. SALA NOVENA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de dieciocho (18) de noviembre de dos mil doce (2012). Guillermina Téllez de Vásquez contra el Instituto de Seguros Sociales (T-722-12). M.P.: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Ref. Exp.: T-3363568

_____. _____. SALA QUINTA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de quince (15) de abril de dos mil trece (2013). Romelio Artemio Maigual Maigual contra la Alcaldía Municipal y la Secretaría de Bienestar Social de Pasto, el Ministerio de Salud y Protección Social y el Consorcio Prosperar (T-207-13). M.P.: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Ref. Exp.: T-3717271.

_____. _____. SALA NOVENA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de veintiocho (28) de junio de dos mil trece (2013). Duvier Enrique Montoya Arbeláez contra el Municipio de Carolina del Príncipe (T-375-13). M.P.: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Ref. Exp.: T-3796009

_____. _____. SALA SEXTA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de treinta y uno (31) de julio de dos mil trece (2013). Jesús Alfonso León Moreno contra Colpensiones (T-508-13). M.P.: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Ref. Exp.: T-3835100.

_____. _____. SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN. Sentencia de tutela de nueve (09) de abril de dos mil catorce (2014). Hugo Sierra Rojas c. Alcaldía Municipal de Bucaramanga, la Secretaría de Gobierno Municipal de Bucaramanga, el Departamento Administrativo – Defensoría del Espacio Público de Bucaramanga y la Inspección de Policía del Espacio Público de Bucaramanga (T-231-14). M.P.: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Ref. Exp.: T-4135881.

2.2.2. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Sentencia de veinte (20) de mayo de mil novecientos treinta y seis (1936). G.J. XLIII, 48. M.P. Dr. Eduardo Zuleta Ángel. Documento en formato PDF tomado de:
[http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Civil/Mujer/mujer/Providencias/SC%20\(](http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Civil/Mujer/mujer/Providencias/SC%20()

[20%2005%201936\).pdf](#). Sitio web de la relatoría de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (31 de julio de 2014, 10:00 hrs.).

_____. _____. _____. Sentencia de veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989). Ref. Exp.: 2435. M.P.: Dr. José Alejandro Bonivento Fernández.

_____. _____. _____. Sentencia de diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999). M.P.: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Ref. Exp. 5099.

_____. _____. _____. Sentencia de catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996). M.P.: Dr. Pedro Lafont Pianetta. Ref. Exp.: 4738.

_____. _____. _____. Sentencia de diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999). M.P.: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Ref. Exp. 5099.

_____. _____. _____. Sentencia de nueve (09) de agosto de dos mil (2000). Ref.: Exp. 5372. M.P.: Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

_____. _____. _____. Sentencia de dos (02) de agosto de dos mil uno (2001). Ref.: Exp. 6146. M.P.: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

_____. _____. _____. Sentencia de ocho (08) de enero de dos mil dos (2002). Ref. Exp.: No. 6763. M.P.: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

_____. Sentencia de veintiuno (21) de mayo de dos mil dos (2002). Ref. Exp.: 7328. M.P.: Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno.

_____. Sentencia de veintiséis (26) de septiembre de dos mil dos (2002). M.P.: Dr. Jorge Santos Ballesteros. Ref. Exp.: 6878.

_____. Sentencia de nueve (09) de agosto de dos mil siete (2007). Ref.: Exp. 08001310300420000025401. M.P.: Dr. Pedro Octavio Munar Cadena.

_____. Sentencia de ocho (08) de junio de dos mil nueve (2009). Ref.: Exp. 11001-0203-000-2009-00905-00. M.P.: Dr. César Julio Valencia Copete. Igualmente, esta sentencia está reseñada en: BERNAL FANDIÑO, Mariana. Óp. Cit. pp. 153-154

_____. Sentencia de veinticuatro (24) de enero de dos mil once (2011). Ref.: Exp. 11001-3103-025-2001-00457-01. M.P.: Dr. Pedro Octavio Munar Cadena.

_____. Sentencia de veintiuno (21) de febrero de dos mil doce (2012). Ref. Exp.: 11001310304320040064901. M.P.: Dr. Fernando Giraldo Gutiérrez.

_____. Sentencia de ocho (08) de noviembre de dos mil trece (2013). Ref.: Exp. 73001-3103-005-2006-00041-01. M.P.: Dr. Arturo Solarte Rodríguez.

2.3. LAUDOS ARBITRALES NACIONALES.

COLOMBIA. CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. Laudo Arbitral. Veintiuno (21) de enero de dos mil uno (2001). Proctor Ltda. contra Caja de Compensación Familiar Campesina-COMCAJA. Presidente del Tribunal: Dr. Nicolás Gamboa Morales.

_____. _____.
Laudo Arbitral. Veinticuatro (24) de octubre de dos mil dos (2002). Delta Consultores de Riesgos Ltda. contra BBVA Seguros Ganadero Compañía de Seguros S.A. (antes La Ganadera Compañía de Seguros S.A.) y BBVA Seguros Ganadero Compañía de Seguros de Vida S.A. (antes La Ganadera Compañía de Seguros de Vida S.A.) Presidente del Tribunal: Dr. Francisco Reyes Villamizar.

_____. _____.
Laudo Arbitral. Diecisiete (17) de marzo de dos mil cuatro (2004). Multiphone S.A. contra Bellsouth Colombia S.A. Presidente del Tribunal: Dr. Gilberto Peña Castri-llón.

_____. _____.
Laudo Arbitral. Veintiuno (21) de septiembre de dos mil siete (2007). Genser General Limitada y Laboratorios Smart S.A. en reestructuración contra Camilo Bernal Prieto. Presidente del Tribunal: Dr. Jaime Humberto Tobar Ordóñez.

_____. _____.
Laudo Arbitral. Siete (07) de noviembre de dos mil siete (2007). Telefónica Móviles Colombia S.A. contra Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. Presidente del Tribunal: Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

Laudo Arbitral. Cinco (05) de marzo de dos mil nueve (2009). Beneficencia del Valle del Cauca E.I.C.E. contra La Previsora S.A. Compañía de Seguros. Presidente del Tribunal: Dr. Carlos Esteban Jaramillo.

3. DOCTRINA JURÍDICA.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. s.e. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. 603 pp. ISBN: 84-259-0939-2.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles. Teoría general del negocio mercantil*. T.I. 13° Ed. Actualizada. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A., 2012.

BAENA UPEGUI, Mario. *De las obligaciones en Derecho civil y Comercial*. 3° ed. 1° reimpresión. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A., 2002.

BARBOZA RUSSIAN, Hernando H. *La Confianza Legítima y la Interpretación del Artículo 231 por la Sala Constitucional*. En: *Cuestiones Jurídicas* (Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta). Vol. VII, N. 1 (enero-junio). Maracaibo: Fondo Editorial Biblioteca URU, 2013. pp. 97-104.

BIGELOW, Melville Madison. *A treatise on the law of estoppel: and its application in practice*. 2° ed. Boston: Little, Brown and Company, 1876. (Libro digitalizado y tomado de: <https://archive.org/details/atreatiseonlwe04bigegoog>, Página web de Internet Archive, el 27 de junio de 2014, 13:59 hrs). p. 14.

BERNAL FANDIÑO, Mariana. *El deber de coherencia en los contratos y la regla del Venire contra factum proprium*. En: *International Law-Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Noviembre, 2008, no. 13.

_____. *La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato*. En: Vniversitas, enero-junio de 2010, No. 120. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana. pp. 254-269. p. 259.

_____. *El deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos*. 1º ed. Colección Laureata. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, 2013.

_____. *La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada de la inobservancia de los deberes colaterales de conducta*. En: Vniversitas, enero-junio de 2013, No. 126. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana. pp. 39-64.

BETTI, Emilio. *Teoría general de las Obligaciones*. T.I. Traducido por: José Luis de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

BIANCA, Massimo. *Derecho civil*. T. III. *El contrato*. 2º ed. (Trad. por Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2007.

BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999.

BORDA, Alejandro. *La Teoría de los Actos Propios*. 2º Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

_____. *Contratos: reflexiones sobre cuestiones particulares*. 1º ed. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana-Grupo Editorial Ibáñez, 2012.

BRENES ARIAS, TATIANA. *La Doctrina de los Actos Propios ¿Modalidad de abuso procesal?* s.e. - s.a. Tomado de: www.brenesariasabogados.com/publicaciones/la-doctrina-de-los-actos-propios.pdf Sitio web oficial del estudio jurídico costarricense Brenes Arias y Abogados (23 de julio de 2014, 14:07 hrs.).

CASTILLO FREYRE, Mario, y SABROSO MINAYA, Rita. *La Teoría de los Actos Propios y la Nulidad ¿Regla o principio de derecho?* En: Revista Jurídica de Perú. No. 94. Lima: Normas Legales, diciembre de 2008.

CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho civil Chileno y comparado*. T. X. *De las Obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1979.

COLLAZOS RIVERA, Juan Camilo y FAJARDO GUTIÉRREZ, Lucas. *Prescripción en el contrato de seguro. ¿Tradición o modernismo? (Primera parte)* En: Revista Ibero Latinoamericana de Seguros. Sección Doctrinal. Enero-junio, No. 32. Bogotá D.C.: Asociación Colombiana de Derecho de Seguros –Acoldese–, 2010. pp. 73-102.

. *Prescripción en el contrato de seguro. ¿Tradición o modernismo? (Segunda parte)* En: Revista Ibero Latinoamericana de Seguros. Sección Doctrinal. Julio-diciembre, No. 33. Bogotá D.C.: Asociación Colombiana de Derecho de Seguros –Acoldese–, 2010. pp. 13-44.

CORRAL TALCIANI, Hernán. *La raíz histórica del adagio “Venire contra factum proprium non valet”*. En: CORRAL TALCIANI, Hernán (edit.) *Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*. Cuadernos de Extensión, No. 18. Santiago de Chile: U. de los Andes, 2010.

_____. *La doctrina de los actos propios en el Derecho de Familia chileno*. En: CORRAL TALCIANI, Hernán (edit.) *Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*. Cuadernos de Extensión, No. 18. Santiago de Chile: U. de los Andes, 2010.

CORTÉS CAMPOS, Josefina. *Cambio regulatorio y seguridad jurídica, breves notas sobre el principio de confianza legítima*. En: *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*. s.v. Berkeley, CA: University of California, 2008. Documento en formato PDF, tomado de: www.escholarship.org/uc/item/3h66p191 Página web de University of California.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *La doctrina de los actos propios*. Barcelona: Editorial Bosch, 1963

DOBSON, Juan M. *El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1991.

EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda. *La doctrina de los actos propios: el deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas*. 1º ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1989.

ENNECCERUS, Ludwig y NIPPERDEY, Hans-Carl. *Tratado de Derecho civil*. 39º Edición, 13º revisión en lengua castellana. Barcelona: BOSCH Casa Editorial, 1934. Tomo II. pp. 457-483.

FALZEA, Angelo. *El principio jurídico de la apariencia*. En: *Derecho PUC*. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No. 59. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006.

FISCHER, Hans Albrecht. *Los daños civiles y su reparación*. 1º ed. Trad. por: RO-CES, Wenceslao. Bogotá D.C.: Editorial Leyer, 2005.

GANDULFO R., Eduardo. *La aplicación del principio “Venire contra factum proprium non valet”. Un caso de vulgarismo jurídico*. En: *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 32, No. 2. Mayo-Agosto. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005. pp. 363-374. 11 pp.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*. En: BONORINO RAMÍREZ, Pablo Raúl (editor). *Teoría del Derecho y Decisión Judicial*. 1º ed. Madrid: Editorial Bubok, 2010. 440 pp. pp. 179-204.

GAVIRIA LIÉVANO, Enrique. *Derecho Internacional Público*. 6ª ed. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A., 2005.

HERNÁNDEZ VELASCO, Héctor Elías. *El abuso del Derecho en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (1935-2010)*. Bucaramanga: Ediciones UIS, 2011. 161 pág. ISBN: 978-958-8504-82-7

HERWAGEN, Kaspar. *Brocardica sive generalia iuris. Dominus Azonis Bononien-sis*. Basilea: s.e., 1667. P. 121. Libro electrónico consultado en: <http://books.google.com.co/books?id=Hzl8AAAACAAJ&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>, Página de Google Books (Consultado el 17 de mayo de 2014, 23:16 hrs.).

HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las Obligaciones*. 3º ed., 1º reimpresión. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2008.

IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano. Historia e Instituciones*. 11º Edición. Barcelona: Editorial Ariel S.A. 1993.

KRIEDEL, HERMANN y OSENBRÜGGEN, s.n. *Cuerpo del Derecho civil romano*. Traducido al castellano del latino por Idelfonso L. García del Corral. s.e. Barcelona: Jaime Molinas Editor, 1889. Libro en PDF.

LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilidad civil*. Trad. Por TAMAYO JARAMILLO, Javier. 1ª ed. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A., 2004.

_____. *De la falsedad del concepto de “responsabilidad contractual”*. En: GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen; CORTÉS MONCAYO, Édgar; NAVIA ARROYO, Felipe (edit.). *Estudios de Derecho civil. En memoria de Fernando Hinestrosa*. T. I. 1ª ed. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2014.

LÓPEZ GALLARDO, José Ramón. *La doctrina del retraso desleal en el ejercicio de los derechos*. Tomado de: <http://www.iuriscivilis.com/2010/07/la-doctrina-del-retraso-desleal-en-el.html>, Página web de *Iuris Civilis*, Blog jurídico de Derecho civil. (15 de mayo de 2014, 17:28 hrs).

LÓPEZ MESA, Marcelo J. *La Doctrina de los Actos Propios: esencia y requisitos para su aplicación*. En: *Vniversitas*, julio-diciembre de 2009, No. 119. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

_____. *La Doctrina de los Actos Propios. Doctrina y Jurisprudencia*. 3º ed. Buenos Aires: Editorial B. de F., 2013.

LÓPEZ MESA, Marcelo J. y ROGEL VIDE, Carlos. *La doctrina de los actos propios. Doctrina y Jurisprudencia*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial Reus y Editorial IB de F, 2005.

MESA VALENCIA, Andrés Fernando. *El principio de la fe: el acto propio y la confianza legítima. Hacia una teoría del precedente administrativo en Colombia*. 1º ed. (Colección mejores trabajos de grado). Medellín: Imprenta Universidad de Antioquia, 2013.

MAZEAUD, Henri, Léon y Louis. *Lecciones de Derecho civil. Parte Segunda*. Vol. I. 1º ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.

_____. *Lecciones de Derecho civil. Parte Segunda*. Vol. II. 1º ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.

MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho civil y comercial*. Vol. II. (Trad. por Santiago Sentís Melendo, a la 8ª ed. corregida y ampliada “*Manuali di diritto civile e commerciale (dottrine generale)*”). México D.F.: Oxford University Press México, S.A. de C.V., 2003.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondant, Señor de La Brède y Barón de. *El espíritu de las Leyes*. México: Editorial Porrúa S.A., 2007

MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Derecho Internacional Público*. 5ª ed. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A., 2002.

MORALES HERVIAS, Rómulo. *La inutilidad de la doctrina de los actos propios*. Tomado de: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9106#_ftn38.

Página web de *Âmbito Jurídico* – *O seu portal jurídico na Internet*. (15 de mayo de 2014, 17:33 hrs).

MORELLO, Augusto Mario. *Capítulo IV. La Teoría del Acto Propio*. En: *Dinámica del Contrato: Enfoques*. 1º. Buenos Aires: Librería Editora Platense S.R.L., 1985.

NADAL REIMAT, Juan Manuel. *Aplicación de la “Verwirkung” en la ejecución*. En: Lo Canyeret. Revista del Il-lustre Col·legi d'Advocats de Lleida, julio-septiembre de 2007, No. 55. Lleida: Il-Lustre Col·legi d'Advocats de Lleida.

NEME VILLARREAL, Martha Lucía. *Venire contra factum proprium, prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe*. En: *Estudios de Derecho civil. Obligaciones y Contratos*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2003. pp. 11-56.

_____. *El principio de Buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano*. En: *Revista de Derecho Privado*. No. 11. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2006. pp. 79-125. p. 87.

_____. *Buena fe Subjetiva y Objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos*. En: *Revista de Derecho Privado*. Julio de 2009. No. 17. Universidad Externado de Colombia. pp. 45-76.

_____. *La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano: una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio*. En: *Revista de Derecho Privado*. No. 18. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2010. pp. 65-94.

_____. *La Buena fe en el Derecho Romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en material contractual*. 1º ed. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2010. pp. 26-31.

NISIMBLAT, Nattan. *La cosa juzgada en la Jurisprudencia Constitucional colombiana y el Principio del Estoppel en el derecho anglosajón*. En: Universitas, enero-junio de 2009, No. 118. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Buena Fe en los Contratos*. 1º ed. Zaragoza: Editorial Reus S.A., 2011.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Régimen general de las Obligaciones*. 8º ed. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A., 2014.

_____; y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. 7º ed. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A., 2014.

PARDO DE CARVALLO, Inés. *La Doctrina de los Actos Propios*. En: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, 1991-1992, No. XIV. Valparaíso (Chile).

PÉREZ VIVES, Álvaro. *Teoría General de las Obligaciones. Parte Segunda. Clasificación, efectos, transmisión y extinción de las obligaciones*. 2º ed. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A., 1955.

PICO I JUNOY, Joan. *El principio de la Buena Fe procesal*. 1º ed. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2003. 395 pp.

PUFENDORF, Samuel von. *Le Droit de la Nature et des Gens*. Traducción de Jean Barbeyrac, Henri Scheluter. Ámsterdam, s.e., 1706.

PUIG BRUTAU, José. *Estudios de derecho comparado. La doctrina de los actos propios*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1951

RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. *El principio de confianza legítima o expectativa plausible en el derecho venezolano*. En: *El derecho venezolano a finales del Siglo XX: ponencias venezolanas al XV Congreso Internacional de Derecho Comparado, Bristol, Inglaterra*. Caracas, s.e. 1998. p. 311.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Traducido por: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel; REMESAL, Javier de Vicente. T.I. 2º ed. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997.

SEGURA, Lorena del Pilar. *Alcance de la confianza legítima en el derecho privado colombiano*. En: *Cuadernos de la Maestría en Derecho*. Edición anual No. 3. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2013. pp. 289-345. p. 311.

SANTOS BALLESTEROS, Jorge. *Instituciones de responsabilidad civil*. T. I. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 1996.

SIEBERT, Wolfgang, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, 3º reimp. 1º edición (1934). Frankfurt am Main, Erwert, 1970.

SCHULZ, Fritz. *Principios del Derecho romano*. 1º ed. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1990. ISBN: 84-7398-803-5. p.28

SUESCÚN MELO, Jorge. *Derecho Privado. Estudios de Derecho civil y Comercial Contemporáneo*. 2º ed. T.I. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A., 2003.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*. T.I. 2º ed. Bogotá D.C.: Legis Ediciones, 2007.

_____. *Tratado de Responsabilidad Civil*. T. II. 2º ed. Bogotá D.C.: Legis Ediciones S.A., 2007.

TRIGO REPRESAS, Félix A., y LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Tratado de la responsabilidad Civil*. 1º ed. T.I. Buenos Aires: La Ley, 2004.

_____. *Tratado de la responsabilidad Civil*. 1º ed. T.II. Buenos Aires: La Ley, 2004.

TUR FAÚNDEZ, María Nélica. *La prohibición de ir contra los actos propios y el retraso desleal*. 1º ed. Navarra: Aranzadi, 2011. pp. 26-28.

VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho civil*. 9º ed. T. III. *De las obligaciones*. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A., 2004.

VALENCIA ZEA, Arturo, y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho civil. Parte General y Personas*. 14ª ed. T. I. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A., 1997.

VAQUER ALOI, Antoni, y CUCURULL SERRA, Núria. *¿Solvencia recuperada en buen momento? Aplicaciones jurisprudenciales de la Verwirkung en el juicio ejecutivo*. En: InDret – Revista para el análisis del derecho, febrero de 2005, No. 1, Barcelona. pp. 2-14.