

**PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN MATERIA DE DERECHO
CIVIL: FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y APLICACIÓN
JURISPRUDENCIAL EN EL DISTRITO JUDICIAL DE
BUCARAMANGA**

DIANA BEATRIZ GARCIA PINO

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

2010

**PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN MATERIA DE DERECHO
CIVIL: FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y APLICACIÓN
JURISPRUDENCIAL EN EL DISTRITO JUDICIAL DE
BUCARAMANGA**

DIANA BEATRIZ GARCIA PINO

**Proyecto de grado presentado como requisito para obtener el título de
ABOGADA**

**Dir. Daniel Torres Bayona
Abogado**

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

2010

AGRADECIMIENTOS

Al Doctor Nicolás Rodríguez por su apoyo y sus enseñanzas, al Doctor Héctor Hernández por su aporte y valiosa opinión, al profesor Daniel Torres por su participación y ayuda en el desarrollo de este proyecto.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	10
OBJETIVOS	12
CAPITULO I	
CONCEPTO Y ORÍGENES DE LA BUENA FE COMO PRINCIPIO DE DERECHO	13
1.1 Principio de la buena fe en Roma	15
1.2 Concepto jurídico	23
CAPÍTULO II	26
EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN COLOMBIA	
2.1. La buena fe como principio de derecho en Colombia	26
2.2. La buena fe como principio constitucional	35
2.3. Aplicación del principio de la buena fe en Colombia en materia civil.	38
2.4. Buena fe simple y buena fe cualificada.	46
2.5. Buena fe subjetiva y buena fe objetiva	49

CAPITULO III	53
PRINCIPIO CONTRACTUAL DE LA AUTONOMIA PRIVADA Y BUENA FE	
3.1. Principio de la Autonomía privada en Colombia	56
3.2. Elementos integrantes de la autonomía privada.	64
CAPITULO IV	67
PRINCIPIO DE BUENA FE Y AUTONOMÍA PRIVADA BAJO EL DERECHO CONSTITUCIONAL	
CAPITULO V	72
LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO PRIVADO	
CAPITULO VI	79
LINEA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA SOBRE EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE	
CAPITULO VII	115
LINEA JURISPRUDENCIAL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA	
CONCLUSIONES	129
BIBLIOGRAFÍA	132

RESUMEN

TITULO: PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN MATERIA DE DERECHO CIVIL: FUDAMENTO CONSTITUCIONAL Y APLICACIÓN EN EL TRIBUNAL SUPREMO DE BUCARAMANGA*.

AUTOR: DIANA BEATRIZ GARCIA PINO**

PALABRAS CLAVE: Principio de buena fe, principios constitucionales, derecho privado colombiano.

DESCRIPCIÓN

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

* Proyecto de Grado

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencia Políticas. Director: Daniel Torres Bayona, Abogado.

ABSTRACT

TITLE: GOOD FAITH PRINCIPLE IN CIVIL LAW APPLICATION: CONSTITUTIONAL FOUNDING AND APPLICATION IN THE SUPREME CIVIL BOARD OF THE BUCARAMANGA DISTRICT.*

AUTOR: DIANA BEATRIZ GARCIA PINO**

KEY WORDS: Good faith principle, Constitutional principles, private Colombian law.

DESCRIPTION:

This work seeks to establish the historical process and the legal evolution of the good faith principle in Constitutional law, its roots inside Roman Law, its presence inside the early jurisdictional texts and orderings, and finally, its implications and uses inside modern Colombian civil law. This element is closely related to ethics and moral, being Law under a formative character with means just as coercive as well, looking to regulate human behaviors to direct them toward beneficial acts for the components of the state. Consequently, good faith is not a principle of brief or irrelevant stand in the judicial field, since it is present during all stages of the contract, as well as all the executions of will and understanding between people. With this in mind, the resolutions of the Constitutional Court regarding the good faith principle and the autonomy of private will, are here observed, conceptualized and analyzed inside the context of the problems resulting in the sphere of fundamental rights, law principles next to private and public law. Finally, we will consider the application of such principles inside the rulings of the Supreme Civil Board of the Bucaramanga District.

* Project of Grade

** Ability of Human Sciences. School of Right and Science Politicians. Director: Daniel Torres Bayona, Lawyer

INTRODUCCIÓN

Sin duda, una de las piedras angulares sobre las cuales se estableció nuestra carta magna de 1991 es el principio de la buena fe, el cual obra como marco en las relaciones del Estado con los particulares, de los agentes estatales y de los sujetos privados entre sí. Igualmente, esta constitución propició la herramienta de la tutela para proteger los derechos fundamentales ante las fallas del estado, extendiendo su poder de aplicación contra los particulares que por acciones u omisiones violenten estas garantías.

Si bien como principio general del Derecho la buena fe influencia la totalidad del ordenamiento jurídico, la creciente complejidad de la vida moderna requiere que este principio sea, más que interpretación o garantía para los asociados, una limitante al ejercicio de los derechos en materia civil y un referente que debe observar el juez al momento de fallar en asuntos contractuales. La aplicación efectiva del mismo comporta igualmente un aspecto relevante dentro de la actual estructura legislativa y de la continua administración de justicia.

Para el juez Constitucional, su competencia como agente defensor de la Constitución frente a particulares se limitaba al ejercicio de la acción de amparo en las situaciones donde de acuerdo al Decreto 2591 de 1991, se justificara. Sin embargo, con el estudio de principios y bienes constitucionales se ha logrado trascender de las funciones reguladas y han penetrado el ámbito de la autonomía privada, trayendo consecuencias

políticas, jurídicas y económicas. Este desbordamiento de las facultades es comprensible cuando se observa como el juez de tutela varía las disposiciones contractuales pactadas entre privados y en otros casos, altera las decisiones que los jueces han dictado como consecuencia de los conflictos presentados por los particulares ante la jurisdicción ordinaria, en defensa de sus derechos y otros bienes constitucionales.

Con esta monografía se busca delimitar de una manera clara la concepción que la Corte Constitucional tiene en cuanto al principio de derecho que es la buena fe, el cual por voluntad del constituyente se eleva a categoría de Principio Constitucional con carácter obligatorio y de aplicación general al sistema, el cual tiene una rigurosa observancia en el cumplimiento de las obligaciones contractuales y que canaliza el ejercicio de la autonomía privada, la cual bajo el estado liberal, prodigó excesos que rompieron el balance entre las libertades privadas y los derechos, pero que aún continúa siendo pilar de la actividad comercial privada.

Buscamos también poder contextualizar los lineamientos que las Cortes mantienen frente a la buena fe como principio de Derecho de carácter constitucional y la manera en que este se manifiesta de manera implícita en los negocios jurídicos, y si a su vez las implicaciones y las consecuencias que dichas posturas jurisprudenciales representan para las consideraciones teóricas en el ejercicio de las libertades contractuales y para las autoridades judiciales, analizando para ello las decisiones emitidas por el Tribunal Superior del distrito de Bucaramanga dentro de su sala Civil.

OBJETIVOS

- Con base en la línea jurisprudencial establecer los diferentes criterios que la Corte Constitucional tiene sobre el principio de la Buena fe y su trascendencia al momento de resolver conflictos jurídicos donde este medie.
- Realizar un estudio de las sentencias del Tribunal Superior de Bucaramanga del periodo comprendido entre el año 2000 y 2005 respecto al principio de la buena fe, la postura que frente al mismo se tiene y como se dirime un conflicto donde interviene este principio.
- Partiendo de los resultados obtenidos de la realización de la correspondiente o correspondientes líneas jurisprudenciales sobre el principio de la buena fe y las limitantes que este puede generar a otros principios, analizar si en el Distrito Judicial de Bucaramanga se mantiene la postura que las altas cortes asumen o por el contrario se alejan y generan su propia concepción de este principio de Derecho de tipo constitucional

CAPÍTULO I

CONCEPTO Y ORIGINES DE LA BUENA FE COMO PRINCIPIO DE DERECHO

Los sujetos que toman parte en una relación jurídica deben ajustar su comportamiento a unas reglas y lineamientos que permiten que aquella se desarrolle en la debida forma y alcance los fines para los que fue creada.

Dependiendo del comportamiento de las partes en el concurso de dichos eventos, sus actuaciones podrán presentar diversos efectos o inclusive la ausencia de los mismos, por lo que se hace necesario que dentro de sus prácticas se observen unos deberes generales y específicos en el aspecto formal del acto jurídico y a su vez se ejerzan unos derechos y se cumplan unas obligaciones dentro de los efectos del mismo.

Asumiendo siempre la responsabilidad que acarrea el abuso de los unos o la inobservancia de los otros, por lo que deben dichas partes adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones y comportarse honestamente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellas.

Así, por ejemplo, en materia negocial, las partes no solamente tienen el deber específico y concreto de cumplir con las obligaciones que del respectivo contrato se derivan, sino que además se les exige asumir un comportamiento transparente, diligente y acorde a la índole del negocio, como se desprende del articulado del Código Civil y del Código de Comercio¹.

¹ Artículos 1495, 1502 y 1508 del C.C. Título primero del Código de Comercio.

Ese deber genérico predicable de toda relación jurídica no es otro que obrar de buena fe, es decir, actuar de manera sincera, correcta, honrada y justa, acorde con las exigencias sociales del medio y procurando la observancia de los derechos de los demás².

Esta figura, se encuentra estrechamente relacionada con la Ética y la Moral, siendo el Derecho de carácter formativo y con fines igualmente coactivos, buscando regular las actuaciones del ser humano y encaminarlas para beneficio de los sujetos que conforman el Estado. La falta de deslinde entre el campo del derecho y el de la moral, se percibe igualmente en los tres famosos preceptos del derecho (*tria iuris praecepta*) con los que se resumen los deberes que el derecho objetivo impone a los individuos. Vivir honestamente, no dañar al otro, dar a cada uno lo suyo (*honeste vivere, suum cuique tribuere*) son los preceptos o postulados que determinan el derecho.

Siendo entonces el Derecho una ciencia íntimamente relacionada con estas dos disciplinas, es comprensible que se tomen elementos de unas y otras para constituir principios o fundamentos de derecho. “Baste recordar en este momento que el objeto de la justicia –concepto netamente ético- es el Derecho; como objeto es una realidad distinta, pero relacionada la una con el otro”³.

La trascendencia de este valor es visible en su reflejo en la vida cotidiana,

² BETTI Emilio, *Teoría General de las Obligaciones*, Ed. Revista de Derecho Privado, Tomo I, Madrid 1971.

³ GONZALES Jesús, *El principio General de la Buena Fe en el derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid 1999, página 17.

por cuanto es un punto de referencia obligatorio en las relaciones interpersonales. Como principio de Derecho, la Buena fe se relaciona con la conciencia y los valores humanos en los albores de la humanidad y mucho antes de que fuera positivizada. Su asimilación de manera lenta y progresiva refleja transformaciones importantes en todos los institutos en los cuales desde entonces se ha reflejado, contribuyendo de manera esencial a facilitar el desenlace de la relación negocial entre los asociados.

1.1 PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN ROMA

La institución de la buena fe nace primero como regla moral regida por el honor y el crédito personal, y luego como regla de derecho. En su origen, dentro de la cuna romana, la *fides* se refería a las relaciones entre Dios y el hombre, y se le da ese nombre cuando se ha cumplido a cabalidad lo que se ha dicho o prometido y entre las partes se actúa de acuerdo a lo convenido. Es la fidelidad a la palabra dada, el estar ligado a su propia declaración⁴.

En materia de relaciones internacionales, la *fides* se refería a la entrega en carácter de esclavos de los individuos de un pueblo sometido por los romanos, ya que partiendo de la desigualdad entre unos, es decir, de la superioridad de los romanos sobre los pueblos “bárbaros”, aún si gozaban de carácter de hombres libres anterior a la invasión romana; por lo cual bajo la *deditio in fidem* se induce a un estado de dependencia y sumisión que se asemeja a la relación entre un educador y su pupilo, es decir, en un vínculo de protección y de reeducación, no de explotación como sucedía realmente. Así mismo, en materia de derecho privado doméstico, la *fides* se entendía como una *potestas* en las restricciones del tutor y patrono, concepto que se

⁴ SCHULZ Fritz, Principios del derecho Romano, Editorial Civitas, Madrid, 2000, página 143.

suavizó después de la ley Poetelia Papiria, la cual redujo considerablemente los rigores del *nexum*, entendiéndose desde entonces como *vinculum fidei*.

No hay duda de que el pueblo romano fue tan fecundo en su creación jurídica por su vivencia de la fides; esta influyó sobre diversos sectores de la realidad romana, desde el religioso, hasta instituciones jurídicas de derecho privado y de relaciones internacionales. Los romanos ostentaban con orgullo su fidelidad, la fidelidad romana, por encima de la púnica o de la griega. Ser fiel es uno de los principios vitales, y para ellos faltar a la palabra es una mancha social imborrable. La fides se encuentra vinculada entonces a la *constantia* una de las virtudes centrales del hombre⁵.

Así mismo, *la bona fides* afianzaba la credibilidad y confiabilidad que debía existir entre los contratantes en asuntos comerciales y de obligaciones personales. En general, permitía dar valor y alcance a los actos realizados dentro de sus actividades políticas y económicas, ya que la *fides* –lealtad a la palabra dada- dio efectos materializadores a las obligaciones no formales. La Fides entonces, exige que se mantenga el compromiso adquirido mediante la palabra dada, cualquiera que sea la forma en que haya sido expresada.

Cicerón consideraba el binomio *fides res* desde un ángulo más objetivo, es decir, como conjunto de recursos familiares de que dispone un sujeto, fundamento de la *fides* que puede ofrecer a los demás como garantía o respaldo de sus obligaciones.

La palabra *fides* dio origen a diversos instrumentos jurídicos. Desde temprana época se conocen la *fide promissio*, y la *fide iussio*, modalidades

⁵ CICERON, de officiis III, en SCHULTZ, Principios del derecho Romano, página 146.

de estipulación remitidas a la *fides*, las cuales, como instituciones del *juris gentium*, estaban dotadas de sanción jurídica⁶. De esta manera la contratación empieza a configurarse dentro de los cuatro tipos de contratos denominados consensuales, existiendo la compraventa desde el siglo II a.C. y siendo reconocidos desde la época republicana los contratos reales no solemnes de depósito y comodato, así como los de arrendamiento (dentro del cual también entra el concepto de contrato laboral), sociedad y mandato⁷.

Los historiadores ponen de presente un vínculo que resultó indisoluble entre la *fides* y el *credium*; o entre aquella y las garantías como la prenda y el comodato. La primera acuñó el *certum dare* y las segundas el *alicuius sequi*. El fideicomiso también era en principio, una solicitud hecha entre vivos, que al ser aceptada obligaba al gravado a la fidelidad, es decir, a mantener la palabra, aunque sólo a partir de Augusto naciera de él una obligación jurídica.⁸

Con el paso del tiempo y el crecimiento social y económico de la cultura romana surgió la necesidad de volver más prácticas sus operaciones evitando el exceso de fórmulas jurídicas y facilitando el movimiento mercantil, por lo cual se fortaleció la figura de la *fides*, ampliando su espectro de aplicación incluso a las obligaciones basadas en la forma.⁹ La época clásica amplió incluso más el círculo de los negocios jurídicos no solemnes. Por

⁶ Instituciones como el fideicomiso arraigan en esta significación de lealtad y respeto a la palabra dada, y de confianza absoluta sobre quien promete o da su palabra. De la expresión *fidei committere* se hace explícita aquella confianza a la que se encomienda la disposición *mortis causa* y que interpone el fiduciario, empeñando la palabra de que restituirá la herencia o determinados elementos de la misma una vez la condición estipulada se cumpla.

⁷ Corresponden también a la época republicana los llamados pactos pretorios provistos de acción: el *constitutio*, el *receptum argentarii* y el *arbitrii*. La entrega no solemne y la prenda son figuras también muy antigua, al igual que el comienzo del matrimonio libre.

⁸ KUEBLER, en SCHULZ Fritz, Principios del derecho Romano, páginas 244 y 245.

⁹ GONZALES Jesús, El principio General de la Buena Fe en el derecho Administrativo, pag. 36.

ejemplo, se redujo considerablemente el formalismo de las disposiciones a causa de muerte y se transformó la estipulación en un contrato no solemne entre presentes¹⁰. Así el derecho romano se halla dominado por la oralidad, por la convicción de que los efectos jurídicos se alcanzaban mediante el pronunciamiento de determinadas fórmulas, las cuales por su propia virtud intrínseca producían un determinado resultado.

Es por ello que en el derecho romano arcaico uno de los elementos característicos del formalismo residía en el pronunciamiento de los *verba sollemnia*; la palabra, el *nomen*, la fórmula ritual o '*carmen*', los *concepta verba* ocupaban un lugar preeminente en el mundo arcaico. Estas declaraciones orales, acompañadas de gestos como parte de un ceremonial orgánico, eran generalmente pronunciadas por la parte que se beneficiaba de ellas o, en los litigios, por aquella que afirmaba la pretensión, y su omisión daba lugar a la nulidad del acto, en virtud de que las mismas se encontraban revestidas de suma obligatoriedad¹¹.

La buena fe es uno de los más notorios elementos jurídicos alrededor del contrato de compraventa dentro del derecho romano. Tanto así, que el derecho facultativo de resolver el contrato por incumplimiento, era reconocido por el ordenamiento helenístico, y siendo frecuente objeto de petición por parte de los interesados, los rescriptos imperiales lo rechazaban constantemente, remitiendo a los solicitantes a la acción contractual por el incumplimiento.

¹⁰

¹¹ Eran diversas las palabras sacramentales usadas, así por ejemplo: *spondeo* para la *sponsio*, *fidepromitto* para la *fidepromissio*, *fidejubeo* para la *fidejussio*, *acceptum habeo* para la *acceptilatio*, *heres esto* para la *heredes institutio*, *exheres esto* para la *exhereditatio*, *praes sum* para el *praes*. R. VON IHERING, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, cit., p. 725.

Igualmente es totalmente desconocido por los romanos el arrendamiento con facultad de revocación, al expirar ciertos plazos prefijados. Por el contrario, se aplica el arrendamiento por un tiempo determinado y más aún, son desconocidos por el derecho clásico tanto el derecho de revocación del arrendatario por el riesgo que le derivaría la continuación del goce, como el del arrendador por reparaciones que la cosa necesite o por tener él mismo necesidad de ella. Similares consideraciones se tienen con el contrato de comodato¹². Solamente en el contrato de mandato corresponde a ambas partes el derecho de desistimiento.

De la fidelidad romana, se deriva el fuerte vínculo que nace de un contrato válido. No se habla de la oferta en este momento, porque el contrato entre ausentes (del cual surge habitualmente el problema de la oferta), no era frecuente en la vida jurídica romana; para concluir un negocio se recurría a los esclavos, libertos y a los amigos. Pero el contrato perfecto vincula, y está fundamentalmente excluido el desistimiento unilateral del contrato.

Por otra parte, al no estar protegidas por las acciones legales los vínculos que surgían de las prácticas comerciales, sobre todo las de ámbito internacional, la primera forma de sancionarlas y vigilarlas fue a través de la medición de la *fides*. El Derecho Romano acoge este concepto sin alterar notoriamente el significado social del mismo, aun cuando lo tecnifique con la añadidura del adjetivo *bona*.

La *fides bona* surge de la necesidad de fijar un criterio típico, supraindividual, que permita superar los contrastes entre las interpretaciones de la *fides*. Desde este punto de vista, la fórmula *fides bona* se concreta en la

¹² En materia de comodato, el comodante no tiene la facultad de desistir por violación del contrato o por propia necesidad de la cosa.

fides exigible cuando a propósito de determinadas relaciones jurídicas, ha surgido un conflicto interpartes, y por ende, supone mantener firme las consecuencias del compromiso adquirido mediante la palabra, agregando un nuevo elemento, el de la honestidad, congruente con los usos propios del hombre honesto, la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella.

Consecuentemente, la *fides bona* es para algunos autores un concepto netamente jurídico, esto es, “una creación procesal de la experiencia jurídica romana cuyas características más relevantes son su naturaleza unitaria, jurídica y procesal”¹³.

La *fides bona* es entonces la misma *fides* a la que se había sometido el leal cumplimiento de la palabra dada, ahora observada bajo el conflicto que surgía entre las partes, como instrumento de juzgamiento de la responsabilidad en la que incurriría la parte que ha incumplido el vínculo de fidelidad. Distinta de ella es la *bona fides* que aparece en la fórmula de algunas acciones.

Las acciones de buena fe que se conocen en el Edicto del pretor eran éstas: la acción del antiguo negocio de fiducia, que parece haber sido la matriz de las demás acciones de buena fe, las acciones de los cuatro contratos consensuales (mandato, sociedad, compraventa y arrendamiento), la del depósito, la acción de gestión de negocio ajeno y las acciones de tutela (para exigir cuentas al tutor) y la de dote (*actio rei uxoriae* para exigir la restitución de la misma).

¹³ LOMBARDI, Derecho romano e Ius Gentium, citado por PARADA CAICEDO Juan Bautista, La buena fe, la lealtad de las partes y el fraude procesal, ponencia para el XXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal.

Se dan estas acciones originalmente respecto de relaciones jurídicas bilaterales, entendida esta cualidad en el sentido de que las dos partes están recíprocamente obligadas. Así sucede claramente en los contratos consensuales y llegó a suceder en el negocio de fiducia; igualmente en la acción de gestión de negocio ajeno, donde se da una bilateralidad como la del mandato, aunque las obligaciones no se adquieren por el consentimiento sino por el acto de la gestión de un negocio ajeno.

En cuanto a la acción de tutela y la de dote no se puede hablar que sancionen obligaciones recíprocas, como los contratos, pero sí una cierta bilateralidad en el sentido de que tanto el tutor demandado, como el marido al que se le exige la dote, pueden oponer a las pretensiones del actor el pago de algunos gastos o la retención de ciertos bienes.

También el legislador en Roma y el juez deben mantener su palabra: una *lex cornelia* del año 67 a.C. parece haber establecido que los pretores estuviesen jurídicamente vinculados a su edicto, sin especificarse la medida de dicho compromiso. Las normas jurídicas no son retroactivas porque una norma nueva no puede regular hechos producidos bajo el imperio del derecho preexistente, los intervinientes confían en el ordenamiento jurídico y prevén de acuerdo a este las consecuencias jurídicas de sus actos, siendo la nueva ley aplicable solo para lo que se verifica como “*post hanc legem rogatam*”, con algunas excepciones en el derecho penal.¹⁴

Muchas relaciones jurídicas de fidelidad no dependientes de contratos para su conformación, se desarrollaron en compromisos y derechos para sus integrantes, como por ejemplo la relación entre el liberto y el patrono. De la obligación de *reverntia* y *obsequium* que recaen sobre el liberto se deducen

¹⁴ CICERON, *de officiis*, I, en SCHULZ, página 250.

varias obligaciones de carácter patrimonial y extrapatrimonial. El patrono también tiene frente al liberto la obligación de defenderlo y auxiliarlo en momentos de necesidad, aunque dichas obligaciones no encuentren regulaciones tan avanzadas como los compromisos del liberto.

El cuestor tiene una relación de fidelidad con su cónsul o promagistrado, que no finaliza con el cese del cargo, ya que de acuerdo a CICERON, aquel se encuentra frente a su superior como un hijo respecto a su padre, y tiene que aceptar reprensiones, no elevar acusaciones en su contra, y ofrecer su ayuda y sostenimiento. Parecido tratamiento se le daba entonces a las relaciones de hospitalidad y a las que surgen entre el cliente y su patrono.¹⁵

La bona fides se convierte entonces en un concepto rector de los contratos, que trascendió a través del liberalismo napoleónico y continúa imperando en los ordenamientos actuales. El significado se conserva inalterado en todo tipo de relaciones, como en el de relaciones internacionales como “lealtad a los compromisos asumidos”¹⁶.

Es claro que desde la sociedad romana, esta sujeción debe manifestarse en un primordial elemento exterior: la palabra dada; lo cual representaba el elemento jurídico que aportaba por fuera de la esfera moralista o ética la buena fe, e implicaría a su vez que las derivaciones de este principio y sus efectos vayan más allá de lo mental: necesariamente deben reflejarse en las

¹⁵ El tratado de hospitalidad, que puede ser concluido entre individuos o entre comunidades o entre individuos y comunidades, tiene como fin de modo principal el cuidado del huésped, pero se extiende además a la gestión de sus negocios, a la tutela judicial, y en resumen, abarca en general la fidelidad al huésped. Los tratados de hospitalidad y de clientela se fusionan algunas veces.

¹⁶ Estos ejemplos nos acercan a las locuciones latinas *fides est alicui* o *fidem habeo alicui*. La significación genuina de estas fórmulas es prestar fidelidad a alguien; atribuir crédito a alguien. A partir de ellas se ha podido aproximar a la locución *confidere alicui* con el valor de atribuir.

manifestaciones de la voluntad del sujeto, en los direccionamientos de su actuar y en los resultados previsibles que las anteriores tengan, muy por encima de las “meras representaciones mentales”¹⁷.

1.2. CONCEPTO JURÍDICO

*“Fides appellata est ab eo quia fit quod dicitur”*¹⁸.

Aunque su definición haga referencia a una conciencia honesta que encamine el comportamiento humano hacia la honradez y la lealtad, la buena fe se trata de un principio que tiende a objetivizarse, es decir, darse a conocer mediante expresiones de conducta preestablecidas por la norma, por los usos sociales y las costumbres imperantes en la sociedad donde se realizan los acuerdos entre partes y en un tiempo y lugar determinados; por lo que además debe agregarse entre los elementos que la conforman, un carácter histórico y temporal¹⁹.

Estas condiciones obran como herramienta de apreciación de la buena fe, sus alcances o su ausencia en cada caso concreto, debido a que es difícil fijar cuándo un sujeto está actuando de buena fe dentro de su fuero interno. Por lo tanto, se hace necesario analizar cuidadosamente sus manifestaciones en los actos que buscan generar efectos jurídicos.

¹⁷ “De aquí que no tenga sentido el planteamiento del tema de si, una vez recogido en una norma del Código, ha dejado de ser principio. Como tampoco lo tiene poner en duda que, por el hecho de que se consagre en un artículo referente al ejercicio de los derechos, no tenga una aplicación general. El principio de la buena fe es exigible en los actos jurídicos, en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones” Cfr. Díez-Picazo Luis, en El principio general de la buena fe, citado por JUAN GUILLERMO DURÁN, Profesor de planta Facultad de Derecho Universidad de la Sabana, artículo electrónico

¹⁸ “Se ha llamado fides por el hecho de que se hace lo que se dice”, San Agustín.

¹⁹ DURAN Juan Guillermo, Reflexiones sobre la buena fe en el derecho. Revista Dikaion, Universidad de la Sabana, Vol 2, Bogota 1988.

El Código Civil Colombiano define en el artículo 768 la buena fe en materia de 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”. Ya se observa que la buena fe proviene de la conciencia interna; lo dicen el sentido común, la ley y una extensa jurisprudencia que se analizará a través de este trabajo; pero exige un elemento exterior, visible en el texto del artículo mencionado: la adquisición por medios legítimos.

No es suficiente por tanto el elemento puramente interior, personalísimo, íntimo privado, sino que es menester la presencia del elemento exterior que trasciende del sujeto y que es visible a terceros y a la contraparte. Más aún, en el mismo artículo, se reconoce la posesión regular bajo la suposición de la existencia de la buena fe soportada en el justo título, separa los dos elementos pero el subjetivo se apoya en el objetivo.

Ahora bien, si “fides” es lealtad a la palabra dada (fidelidad), la “bona fides” es algo más que mera fidelidad, es buena fidelidad, ausencia de mal en la lealtad, ya que es posible ser leal a un fin deshonesto; es también buen propósito, rectitud en la intención, verdadero deseo de obrar bien, creencia o convicción plena de hacer algo honestamente y consecuentemente actuar como corresponda para asegurarse de que sus conductas sigan estos intereses. En esta línea encontramos el principio según el cual la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento, es decir que la ignorancia o el desconocimiento “de buena fe” no es suficiente ni es excusa de un actuar inapropiado. En este caso, podemos hablar de una objetivización de la buena fe, pues se le impone el seguimiento del mandato legal.

Por tal motivo, es importante resaltar que la buena fe no indica ni significa ignorancia o inexperiencia por parte del actor en los procederes relacionados

con la celebración negocial que hayan podido desembocar en perjuicios, sino en la inexistencia de obras fraudulentas, de engaño, reserva mental o astucia con el objetivo consciente de obtener un beneficio abusivo o de causar un daño a la contraparte, lo cual se concibe como actuar contrario a la bona fides, es decir, actuar de mala fe: toda aquella conducta dañina, lesiva y contraria a las buenas costumbres imperantes en una sociedad.

Cuando estos procederes median en una relación jurídica, se constituye una conducta completamente opuesta no solo al ordenamiento, si no a las intenciones del legislador, y por lo tanto dichas conductas serán sancionadas por el ordenamiento mismo. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte se puede decir que es la forma usual en que las partes direccionan su comportamiento, y de la otra, es una exigencia legal la presunción de la misma, lo que a su vez implica que las faltas deban comprobarse para su correspondiente sanción²⁰.

La doctrina a su vez también ha ido sentando reglas y principios a este respecto: como ejemplo, el ejercicio de un derecho subjetivo se tiene como contrario a la buena fe cuando se le da un destino económico-social distinto al atribuido a su titular por el ordenamiento jurídico, o cuando se ejercita de un modo o en unas circunstancias que contradicen las reglas impuestas por la moral colectiva y la consabida “ética jurídica”, que permiten establecer unos lineamientos en un grupo social como el Colombiano, donde la conciencia social se puede encontrar algo desdibujada²¹.

²⁰ Sentencia C-544 de Diciembre 1º de 1994. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía.

²¹ Juan Guillermo Durán, Reflexiones sobre la buena fe en el derecho. Revista Dikaion, Vol 2, Universidad de la Sabana, Bogota 1988.

CAPÍTULO II: EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN COLOMBIA

2.1 La buena fe como principio de derecho en Colombia

Para explicar la buena fe como principio es indispensable definir, en primer lugar, qué es un principio. Los principios generales del derecho son máximas o proposiciones y hasta aforismos de carácter lógico que fundamentan el ordenamiento positivo. Son "ideas, postulados éticos, o criterios fundamentales, básicos, positivizados o no, que condicionan y orientan la creación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico escrito (legal y jurisprudencial) y consuetudinario." Del Vecchio piensa que los principios generales son "verdades supremas del derecho *ingenere*, o sea, aquellos elementos lógicos y éticos del derecho, que por ser racionales y humanos son virtualmente comunes a todos los pueblos."

Matilde Ferreira Rubio los concibe como "guías o ideas-fuerza con contenido normativo propio, que recogen en forma esquemática las orientaciones fundamentales de la realidad específica de lo jurídico."²²

Según Hernán Valencia Restrepo, los principios generales del derecho son "normas fundamentales, taxativas, universales, tópicas, axiológicas, implícita o explícitamente positivas, que sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento jurídico"²³. Son fundamentales por que son el fundamento o fuente; son imperativos e interesan al orden público; universales, por ser generales y por que regulan no solo un caso sino varios o muchos y se aplican a todo el ordenamiento o a una o varias ramas instituciones o normas

²² FERREIRA Rubio, Delia Matilde en González Pérez, Jesús. El principio general de la buena fe en el derecho Administrativo, Ed. Civitas Madrid, 2008, página 21.

²³ VALENCIA Restrepo Hernán. Nomoarquica, principialistica o de los principios generales del derecho. Bogota, editorial Temis, página 16, 1993

suyas; tópicos, porque son lugares comunes; normas axiológicas “puesto que se ocupan del deber ser del derecho; y son explícitas o implícitamente positivas, por que se consagran o aplican expresamente por un órgano estatal o porque se extraen o inducen de normas particulares²⁴”.

Según Norberto Bobbio, los principios de derecho son una herramienta de auto integración del derecho, semejantes a normas fundamentales del sistema jurídico, es decir, las normas de carácter más general. Ahora, si bien existe la discusión sobre si los principios de derecho son normas, Bobbio enfatiza en que efectivamente lo son, como cualquier otra, bajo dos argumentos:

El primero, afirma que si los principios de derecho son generadores de norma mediante un procedimiento de generalización sucesiva, no se entiende porqué no pueden ser ellos mismos una norma (ya que sólo se obtiene algo de la misma especie de aquello que lo generó, “de las especies animales obtengo siempre animales y no flores o estrellas”). Y en segundo, la función para la cual se adoptan los principios de derecho es la misma que explica la creación de todas las normas, es decir, la función de regular un caso. “¿Con que fin se deducen en caso de laguna? Es claro que para regular un comportamiento no regulado, pero entonces ¿Sirven para el mismo fin al que sirven las normas expresas? Y, ¿por que no deberían ser normas?”.²⁵

Siendo las normas más universales en el sistema jurídico, se ubican en rango constitucional. Muchas normas de la constitución son principios generales del derecho, pero a diferencia de las normas del Código Civil, algunas de estas todavía están a la espera de ser aplicadas: son principios generales no aplicados.

²⁴ Ibidem, página 24.

²⁵ BOBBIO Norberto, Teoría General del Derecho, pág 56, Segunda Edición, Ed. Temis, Bogotá 2005.

Al lado de los principios generales expresos están los no expresos: aquellos que se pueden obtener por deducción de normas específicas o no muy generales. Son principios formulados por el intérprete, quien trata de acoger, comparando normas aparentemente diferentes entre sí, aquello que usualmente es llamado el espíritu del sistema²⁶.

Los principios, además de ser directrices al momento de la creación por parte del legislador de normas subsecuentes que sean más específicas, corresponden entonces a la necesidad de cubrir las posibles lagunas que se presenten a la hora de aplicación de dichas normas específicas, sobre asuntos en que ninguna de ellas sea apta.

Sin embargo, Bobbio considera que no se puede hablar de verdaderas lagunas porque para que se le pueda dar dicho título a un problema jurídico, debe ser porque este no ha sido regulado, y en efecto no lo está si no ha existido alguna norma expresa, específica, general, o generalísima que lo establezca, es decir, cuando además de que no hay una norma específica que lo contemple, el principio general dentro del cual podría estar contenido, tampoco es expreso. Si el principio general fuese expreso, no se ve qué diferencia habría entre juzgar el caso con base en este o con base en una norma específica, ya que igualmente el principio general expreso es una disposición precisa.

Señala el profesor Sánchez de la Torre que el derecho no son sólo normas, sino también principios y valores que definen una estructura en la que el orden jurídico cumple tres funciones básicas: garantizar la seguridad jurídica, garantizar el respeto a los derechos humanos y a la libertad; y, en tercer lugar, cooperar al progreso, la justicia y la paz social.

²⁶ Ibidem, página 57.

En términos de Luis Diez-Picazo, un principio general del derecho es un criterio o valor no legislado, ni consuetudinario, que permite dentro del sistema jurídico, llenar las lagunas de la ley, cuando no se tenga una respuesta positiva al problema *"...por virtud de la cual sea necesario acudir en ocasiones a criterios no legislados y no consuetudinarios. Aparece así la necesidad de decidir o de resolver con arreglo a criterios extralegales, lo cual no quiere decir ni mucho menos que estos criterios extralegales deban considerarse como extrajurídicos"*²⁷.

Jaime Guasp afirma que los principios jurídicos son *"aquellos que por sustentar a todo el Derecho de un modo específico, hacen depender de sí mismos la subsistencia de cualquier figura jurídica particular"*²⁸. Para este jurisconsulto sin embargo, los dos únicos verdaderos principios de derecho, son la verdad y la justicia, ya que de ellos se desprenden todos los demás.

Es claro que si bien el principio de la buena fe se ha positivizado bajo igual concepto o similares en la mayoría de órdenes jurídico-legales del mundo, para que no quepa duda de su pleno reconocimiento, su previa existencia tanto en el mundo de la ética como del derecho es innegable. Su connotación de principio nos revela entonces, para sus efectos, su carácter independiente de la ley. El hecho de su consagración en una norma legal no debe suponer que con anterioridad no existiera, ni que por su consagración legislativa pierda su carácter de principio; bajo tal titulación persistirá aún cuando se recoja en un ordenamiento jurídico.

Para Spota²⁹, los principios generales del derecho *"son los que emanan de la Ciencia del derecho. En otros términos, principios que reciben una aplicación general en la jurisprudencia, en la doctrina, en las legislaciones universales;*

²⁷ DIEZ-PICAZO Luis, Sistema de Derecho Civil, pág. 42, Volumen I, Ed. Tecnos, Madrid 2000

²⁸ GUASP Jaime, Derecho Procesal Civil, Tomo I, Ed. Civitas, Madrid 1998.

²⁹ BOBBIO Norberto, Teoría General del Derecho, Segunda Edición, Ed. Temis, Bogotá 2005, pág 32

*principios que forman parte del fondo común legislativo supranacional*³⁰.

Los principios se encuentran en su mayoría dentro de cuerpos legales, principalmente en los constitucionales, pues la Constitución no solo tiene normas jurídicas supremas, posee también principios jurídicos de suma importancia, siendo este el lugar más adecuado para aquellos, ocupando el más alto grado de la jerarquía de las fuentes.

Dentro de nuestro sistema, no son estos los únicos principios a los que atienden nuestro sistema jurídico, ni son los únicos que aportan una base filosófica y ética al ordenamiento, siendo la libertad, la igualdad, la justicia, el pluralismo político, la dignidad, la seguridad jurídica, la buena fe, también visibles dentro de nuestra Constitución.

El principio de la buena fe, además de ser herramienta integradora, tiene una función creadora, que consiste en hacer surgir el derecho de los hechos, y una función adaptadora para modelar el derecho sobre los hechos, y se presenta en dos formas: como criterio de apreciación e interpretación de los actos jurídicos y como objeto de obligación en las relaciones jurídicas para darle a las manifestaciones caracterizadas con la mala fe las correspondientes sanciones, generando así una importante protección legal para quien es honesto en su conducta³¹.

Así las cosas, la buena fe como principio general del derecho aplicable al comportamiento humano no es otra cosa que una serie de normas éticas, por cuanto comportan una esencia axiológica; y normas sociales, por cuanto se hacen imprescindibles a la hora de la convivencia en sociedad; recogidas por el ordenamiento jurídico (no se limitan a ser unos meros enunciados teóricos y filosóficos) que "informan la constitución, desenvolvimiento y extinción de

³⁰ VALENCIA Hernan, Derecho Privado Romano, Editorial Señal, Medellín, 2002. Páginas 10 y 11.

³¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 20 de Mayo de 1936.

las relaciones jurídicas. "Por lo tanto, ¿cuáles son esas normas éticas? Pues simplemente las que enseñan a observar una conducta ejemplar en las relaciones recíprocas como la honestidad, la lealtad, la cooperación y la solidaridad. Y con todo lo anterior se puede percibir como este principio general del derecho humaniza un poco al ordenamiento jurídico vigente, inyectándole una descarga de valores ético – sociales. Estos principios funcionan en el sistema como valiosas herramientas de interpretación y aplicación de la normatividad vigente, aportando al fallador el soporte moral a su decisión y obrando como fuente de derecho³².

Los principios se encuentran comúnmente dentro de cuerpos legales constitucionales, pues la Constitución no solo tiene normas jurídicas supremas sino que igualmente posee principios jurídicos de suma importancia, siendo este el lugar más adecuado para aquellos, ocupando el más alto grado de la jerarquía de las fuentes. Consecuentemente, el principio de la Buena fe aparece como uno de los principios generales que sirven de fundamento al ordenamiento, informan la labor interpretativa y constituyen decisivo instrumento de unificación: "El principio tiene un sentido integral... La norma es límite, el principio es límite y contenido"³³.

En efecto, ese significado profundo y amplio del que hablaba CICERÓN (de off. 3.17.70), que hace que la buena fe esté presente en las cosas fundamentales de la vida social, y que vincula al principio con deberes de honestidad, de probidad, de consideración de los intereses de la contraparte y por ende de colaboración y de solidaridad, de claridad, de diligencia, de

³² "En realidad no hay entre la regla moral y entre la regla jurídica ninguna diferencia de dominio, de naturaleza ni de objeto. Ni puede haberla, porque el derecho debe realizar la justicia, y la idea de lo justo es una idea moral". GEORGES Ripert, La regla moral en las obligaciones civiles pág. 18, La Gran Colombia, Bogota, 1.946.

³³ GONZÁLES PEREZ JESÚS, El principio General de la Buena Fe en el derecho Administrativo, Ed. Civitas Madrid, 2008.

equilibrio, de reciprocidad y de lealtad, entre otros muchos, que conducen a vedar el abuso del derecho o el enriquecimiento sin causa, todas reglas que emanan del principio de buena fe, lejos de diluir el principio de buena fe en una norma moral abstracta, hace que por el contrario lo concreten en valores objetivos, determinados por la riqueza de las reglas que emanan de la buena fe, que no admiten discrecionalidad alguna, pues el propio juez en su aplicación está sometido a los preceptos del principio.

La buena fe cumple la importante función, junto con los demás principios de llenar los vacíos de las leyes y los contratos. Para Valencia Zea, se trata de "la fuente última a que debe recurrir todo intérprete cuando necesite llenar una laguna o vacío del Código o de la ley (...) Sabemos que la norma jurídica es una proposición jurídica que atribuye determinada consecuencia jurídica a un supuesto de hecho. Estas son, en muchos casos, normas singulares que hacen parte de uno más general."³⁴

Este principio, que se encuentra fuertemente arraigado dentro de nuestro sistema jurídico, se consagra en la legislación moderna a partir del Código de Andrés Bello, promulgado para Chile inicialmente pero que se usó como modelo en otros países de Latinoamérica, incluyendo a Colombia.

El Código de Andrés Bello representa, entre muchas otras, un avance en el desarrollo de este principio en comparación con el Código Italiano de 1865 que tenía en un solo artículo lo referente a la ejecución de buena fe y a la integración del contrato, donde Bello al agregar la expresión "y por consiguiente" vincula en una relación de dependencia al principio de la buena fe y a la necesidad de integrar el contrato, no sólo con lo que se ha pactado con la celebración de aquel, sino con lo que emana de la ley, la obligación y

³⁴ VALENCIA ZEA Arturo. Derecho Civil. Tomo I Parte General y Personas. Temis. Bogotá, 1.981. Pág. 190 y 191.

la costumbre.³⁵

Dicho precepto se encuentra también dentro del cuerpo del Código de Comercio, que data desde 1971, específicamente en el artículo 863 y 867, conducidos a la observación del principio dentro de la etapa contractual y a la aplicación de la buena fe en la celebración y ejecución de los contratos respectivamente.

Adicionalmente, con la reforma constitucional de 1991, el principio de buena fe ha sido elevado a precepto constitucional; en cuanto tal, el artículo 83 C. P. dispone que “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe”, conformando así un marco para el ejercicio de los derechos y de las obligaciones entre particulares y en directiva, de la gestión institucional del Estado.

Consecuentemente, para la aplicación del principio en materia civil, objeto de este estudio, no se hace necesario pactar la buena fe para que los efectos derivados de la misma operen sobre el contrato, sea mediante la imposición de reglas no previstas por las partes o mediante la restricción o modificación de las estipulaciones contractuales o del ejercicio abusivo de los derechos. Dice la Corte Constitucional que el contenido y alcance de esta disposición –se refiere al artículo 83 de la Constitución– se descubre en “la voluntad expresada por el Constituyente de que este principio ilumine ‘la totalidad del ordenamiento jurídico’ y lo haga a título de garantía del particular ante el universo de las actuaciones públicas”³⁶.

³⁵ NEME Villareal Martha, El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano, Universidad Externado de Colombia, Revista de Derecho Privado, 2009.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-487 del 11 de agosto de 1992, exp. T-2047, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Así mismo, se evidencia el carácter de orden público del principio, que como tal es inderogable y por ende no puede ser objeto de supresión o de limitación por virtud de un acuerdo entre particulares. Su obligatoriedad, está consagrada en el artículo 83 de la Constitución, tanto para las actuaciones de los particulares como de las autoridades públicas, materia de la cual se ha ocupado la Corte Constitucional en varias ocasiones.

Para los funcionarios judiciales, por ejemplo, dice la jurisprudencia de dicha Corte que la buena fe no es un criterio que amplía los poderes de los jueces, ya que él está sometido a los preceptos del principio y su aplicación no admite discrecionalidad, pues dado el carácter objetivo que se expresa en las reglas que del mismo emanan, tales reglas vinculan con igual fuerza al juez, descartando toda arbitrariedad de su parte; de manera que el fallador so pretexto de la aplicación del mismo no puede transgredir el propio principio³⁷.

La aplicación del mismo por parte de los administradores de justicia “no supone la quiebra de la seguridad jurídica ni el imperio de la arbitrariedad ni disolver la objetividad del derecho; que los jueces, al enfrentarse en cada caso concreto con la actuación de la Administración pública y de los administrados, tengan siempre muy presente, entre los principios generales aplicables, aquel que protege el valor ético de la confianza. Interpretando las normas y actos en el sentido más conforme al mismo, y reaccionando por los medios adecuados frente a cualquier lesión que pueda sufrir, a fin de restablecer el orden jurídico perturbado”.

³⁷Corte Constitucional. Sentencia T-487 del 11 de agosto de 1992, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Otras disposiciones de carácter legal recogen de manera expresa el deber de respetar el principio de buena fe; como por ejemplo las relativas a la normativa que sanciona la competencia desleal, pues en tal sentido la Ley 256 de 1996, que recoge lo dispuesto en el Convenio de París para la protección de la propiedad industrial, dispone que “los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial”, y en consecuencia prohíbe actos de desviación de la clientela, actos de desorganización, actos de confusión, actos de engaño, actos de descrédito, actos desleales de comparación, actos de imitación, actos de explotación de la reputación ajena, actos de violación de secretos industriales o empresariales, actos de inducción a la ruptura contractual, actos de realización en el mercado de una ventaja competitiva significativa adquirida mediante la infracción de una norma jurídica, así como pactos desleales de exclusividad.³⁸

2.2 LA BUENA FE COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL

Siguiendo la dicotomía planteada por el profesor Díez-Picazo, diremos que el concepto como principio fue acogido por la Constitución Política de 1991. Sin embargo, sus raíces están en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, quien, en aplicación de lo previsto en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 sobre las reglas generales del derecho, la acogió, junto con otras figuras cercanas, como el abuso de los derechos, el error común no hace derecho, el enriquecimiento sin causa y el fraude a la ley. Sobre el particular véanse las sentencias del 20 de Mayo de 1936, XLIII, 47, y del 28 de Junio de 1958, LXXXVIII, 233 y siguientes. De la primera de las sentencias se destaca lo siguiente:

³⁸ Artículos 8 a 19 de la Ley 256 de 1996.

“Para explicar y reglamentar técnicamente algunos de los más trascendentales efectos de la función creadora de la buena fe -los que miran a la validez de los actos jurídicos realizados en virtud de apariencias engañosas; actos otorgados ante testigos incapaces; contratos celebrados con una sociedad irregularmente constituidas, o con gerentes, administradores o representantes irregularmente nombrados o autorizados, o con incapaces irregularmente nombrados o autorizados, o con incapaces irregularmente habilitados, o con titulares aparentes de un derecho –la doctrina y la jurisprudencia extranjeras han invocado la vieja máxima según la cual el error común no crea derecho, máxima que, aunque no está consagrada explícitamente por ninguna legislación moderna, se considera como una verdadera regla de derecho positivo.”³⁹

Ya en el artículo 83 de la Constitución⁴⁰, vemos claramente que el principio opera en dos sentidos principales:

1. Un primer sentido, que hace referencia al deber ser de las autoridades administrativas de obrar con lealtad y sinceridad, acordes a una conciencia recta, en la realización de todas y cada una de sus actuaciones. Este sentido encuentra su reflejo a su vez en la obligación por parte de los particulares de ajustar su comportamiento frente a la administración en los mismos términos.

³⁹ “Desde que el Derecho se humanizó (...) se saturó de un principio bienhechor que se ha llamado el principio de la buena fe y que se impuso al respeto general. La noción jurídica de la *bona fides* (...) se impregnó de ideas morales y religiosas, desconocidas de la antigüedad y se extendió al conjunto del Derecho Privado. El principio de la buena fe, según la doctrina brillantemente expuesta por el autor citado, tiene una función creadora, que consiste en hacer surgir el Derecho del hecho, y una función adaptadora para modelar el Derecho sobre el hecho, y se presenta en tres formas: a) como criterio de apreciación y por lo tanto de interpretación de los actos jurídicos (...); b) como objeto de obligación en las relaciones jurídicas (...); c) como objeto de protección legal. Esta tercera forma es la más rica en aplicaciones. La buena fe se nos presenta entonces, en su aspecto positivo y dotada de una eficacia propia bastante hasta suplir la falta de Derecho”. Cita de la Corte Suprema de Justicia en VIEIRA Rodrigo, Principios del Derecho Romano, Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001 .

⁴⁰ “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”. Artículo 83, Constitución Política de Colombia.

2. El segundo sentido, que predica el deber y la obligación de los particulares de obrar con lealtad y sinceridad y ajustados a una conciencia recta, en la realización de todas y cada una de las actuaciones que se originen tanto entre los particulares y el Estado, como entre los particulares mismos, propugnando por una especial modalidad de participación o colaboración, sustentada en la confianza mutua y en la credibilidad en la palabra del otro.

Podemos afirmar entonces que la buena fe se ejercita de dos modos: uno activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas y otro pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan de la misma forma.

¿Porqué al incluirse este principio en la Constitución, su composición supone dos aspectos diferentes en cuanto a su ejecución? La explicación es sencilla: se quiso proteger al particular de los obstáculos y trabas que las autoridades públicas y los particulares que ejercen funciones públicas ponen frente a él, como si de antemano se presumiera su mala fe y no su buena fe. En la exposición de motivos de la norma citada anteriormente se escribió:

“La buena fe, como principio general que es, no requiere su consagración normativa, pero se hace aquí explícita su presunción respecto de los particulares en razón de la situación de inferioridad en que aquellos se encuentran frente a las autoridades públicas como mandato para éstas en sentido de mirar al administrado primeramente como el destinatario de una actividad de servicio. Este mandato, que por evidente parecería innecesario, estaría orientado a combatir ese mundo absurdo de la burocracia, en el cual se invierten los principios y en el cual, para poner un ejemplo, no bastaría con la presencia física del interesado para recibir una pensión, sino que es necesario un certificado de autoridad que acredite su supervivencia, el cual,

en ocasiones, tiene un mayor valor que la presentación personal”.⁴¹

El objetivo de la norma es entonces establecer un marco dentro del cual deban cumplirse las relaciones de los particulares con las autoridades públicas. Sin embargo, esperar que efectivamente la buena fe conserve su observancia en las actuaciones de particulares y administrativos en el diario transcurrir gracias a su consagración constitucional, o que por lo menos los comportamientos que la contrarían u obstaculizan el espectro de intervención de la misma disminuyan, es incierto; más aún en un país tradicionalmente burocrático y altamente fértil en cuanto a generación de materia normativa.

2.3 APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN COLOMBIA EN MATERIA CIVIL.

En la mencionada Ley 153 de 1887, en su artículo 8º, ordena que a falta de leyes aplicables a los casos controvertidos, deberán aplicarse las reglas generales de derecho. Sin embargo, la buena fe no se incorpora al Derecho tal como en la vida práctica, sino que se asume como un valor agregado que resulta de las precisiones técnicas que a lo largo de su existencia han incorporado los juristas; por tanto, en una de sus concretas aplicaciones constituye más que en un límite al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes, una forma de encaminar todas las actuaciones que puedan encontrarse por fuera de las consideradas por la ley y se relacionen con el cumplimiento y la celebración de un acto negocial.

Ya que este principio no solo hace parte de la normatividad civil y comercial y se encuentra consagrado constitucionalmente, escapa del ámbito meramente

⁴¹ Cita de ponencia por Álvaro Gómez Hurtado y Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Corte Constitucional C-540/95, Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía.

ideológico y pasa a hacer parte del grupo de los derechos, siendo además un elemento de interpretación para los jueces. Al respecto, la Corte Constitucional se ha pronunciado en sentencia de tutela 487 de 1992, otorgando tres extensiones a este principio con sus respectivas aplicaciones jurídicas.

En primer lugar “... la buena fe es una causa o creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella...” en segundo lugar que “...la buena fe es una causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico...” y en tercer lugar, que “... la buena fe se considera como una causa de exclusión de culpabilidad en un acto formalmente ilícito y por consiguiente como una causa de exoneración de la sanción o por lo menos de atenuación de la misma...”⁴²

En materia civil, la buena fe es la “...la justa opinión que tiene el poseedor de haber adquirido el dominio de la cosa...”, así mismo la buena fe se presume, es decir por principio en todas las actuaciones y negocios, las personas, tanto públicas como privadas, actúan bajo la buena fe.

La fuerza de la buena fe, como principio normativo, integra el contenido del contrato, formándolo permanentemente a través del establecimiento de reglas concretas por virtud de las cuales se otorga la exacta dimensión al contenido de las obligaciones de las partes a la luz de la buena fe o en razón de la reducción o modificación de las previstas en el acuerdo, así como mediante la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos.

⁴² Corte Constitucional, sentencia T-487 de 1992

En este orden de ideas, la buena fe obliga no solo a lo fijado en la convención y a los cuidados generales usuales entre personas honorables, sino a todas aquellas prestaciones accesorias que las circunstancias que rodean el negocio en cada momento vayan poniendo de manifiesto, con independencia de que hayan o no sido pactadas expresamente.

Por tal razón se agregan al contrato, por ejemplo, obligaciones de información, de vinculación al pacto celebrado, no a la letra sino al verdadero interés de las partes, de lealtad, de diligencia, de cooperación, de transparencia, de solidaridad, de no contrariar los actos propios, etc., todas las cuales por virtud de la fuerza integradora de la buena fe y de su carácter normativo se entienden incorporadas al contrato, atendiendo a la naturaleza del mismo y de las particulares circunstancias del caso, sin necesidad de que hayan sido expresamente pactadas por las partes.

De otra parte, la buena fe no sólo integra el contenido del contrato en lo no contemplado por la ley o en los vacíos dejados por las partes en el ejercicio de su autonomía contractual, sino que en diversas oportunidades como principio constitucional impone la preservación de los postulados que de él emanan aun por encima de aquellos, tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia que se examinará en los acápite sucesivos.

Ahora bien, si la buena fe integra el contenido del contrato mediante la adición del contenido contractual, también lo hace mediante la exclusión o modificación de las cláusulas contenidas en el acuerdo, como en el caso de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* o teoría de la imprevisión, la lesión enorme, la anulación de cláusulas abusivas, etc.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia para la cual la buena fe comporta la obligación de cumplir las prestaciones con lealtad, honestidad y

moralidad, además de señalar que la fuerza obligatoria de los contratos consagrada en el artículo 1602 C. C. colombiano, manifiesta que “...se deriva la necesidad, para cada uno de los contratantes, de ejecutar su prestación de conformidad con una serie de reglas jurídicas que son aplicables, unas, a todos los contratos, y otras, a los contratos bilaterales únicamente.

Las reglas aplicables a todos los contratos son estas:

a) Las convenciones deben ser ejecutadas de buena fe, lo que vale decir que los contratantes deben proceder honesta y lealmente y ajustándose en un todo a los dictados de la equidad, y que deben cumplir sus obligaciones y ejercitar sus derechos sobre la base de que, habiendo sido como fue consagrada por la ley la obligación en razón de su utilidad social, no se puede abusar del derecho ni perder de vista la finalidad de la convención.

b) El deudor de la obligación debe poner, en el cumplimiento de ésta, la diligencia y el cuidado de un buen padre de familia, cuando se trata de convenciones como la que se estudia, hechas en beneficio recíproco de las partes⁴³”.

De manera que apelando al mencionado principio, la jurisprudencia destaca la lealtad con que deben comportarse las partes en el plano negocial, la cual reviste un aspecto tanto activo como pasivo, con fundamento en lo cual sostiene que la buena fe obliga a las partes a tener un comportamiento leal entre sí, lo que prohíbe todo tipo de maniobras deshonestas en el ámbito de la competencia comercial, al igual que veda un malintencionado cumplimiento formal de los términos del contrato, so pretexto de la

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de febrero de 1936, M. P.: EDUARDO ZULETA ÁNGEL

vinculación al contrato mismo que manda la buena fe, cuando con ello se configura una conducta desleal que termina por transgredir el propio principio.

Aludir a la buena fe en materia de la formación y ejecución de las obligaciones, aparece ajustar el comportamiento a un arquetipo o modelo de conducta general que define los patrones socialmente exigibles relacionados con el correcto y diligente proceder, la lealtad en los tratos, la observancia de la palabra empeñada, el afianzamiento de la confianza suscitada frente a los demás; en síntesis, comportarse conforme se espera de quienes actúan en el tráfico jurídico con rectitud, corrección y lealtad. Y cabalmente, a este campo de acción se refiere el citado artículo 863 del Código de Comercio, de manera, pues, que el proceso de creación de las relaciones obligatorias debe sujetarse a ciertas normas sociales concretas que subyacen en la conciencia ético-jurídica de las comunidades, o sectores de las mismas y que imponen a las personas guardar fidelidad a la palabra dada, no traicionar la confianza despertada en los demás, no interrumpir abrupta e injustificadamente las negociaciones, entre otras.

La buena fe debe estar presente en todo el proceso contractual y sin solución de continuidad, desde las negociaciones que preceden la formación del contrato, incluida su celebración o concreción, hasta el período post-contractual, pasando por supuesto por la ejecución del mismo, por lo que, como ha sostenido la jurisprudencia, dicho principio está presente in extenso, además de que dicha presencia se caracteriza por su marcada “intensidad”, durante todas las etapas en comento, razón por la cual cuando haya de juzgarse si el comportamiento de las partes se ajustó o no a los postulados de la buena fe, ello debe evaluarse de manera integral, revisando las posturas de las mismas en todos y cada uno de los momentos del negocio a tratar. Señala la Corte:

“... de igual modo, particularmente por su inescindible conexidad con el asunto específico sometido a escrutinio de la Corte, importa subrayar que el instituto de la buena fe, en lo que atañe al campo comercial, incluido el seguro, es plurifásico, como quiera que se proyecta a lo largo de las diferentes fases que, articuladas, conforman el plexo contractual –en un sentido amplio–: la atinente a la formación del negocio jurídico, *lato sensu* (*fase formativa o genética*), la relativa a su celebración (*fase de concreción o de perfeccionamiento*) y la referente a su desenvolvimiento, una vez perfeccionado (*fase ejecutiva; de consumación o post-contractual*). Desde esta perspectiva, un sector de la moderna doctrina concibe al contrato como un típico “proceso”, integrado por varias etapas que, a su turno, admiten sendas subdivisiones, en las que también se enseña el postulado de la buena fe, de amplia proyección.

De consiguiente, se advierte que la buena fe no es un principio de efímera o irrelevante figuración en el campo jurídico, por cuanto está presente, durante todas las etapas del contrato más si la relación objeto de referencia es de las tildadas de “duración”.

Quiere decir lo anterior que para evaluar si un sujeto determinado actuó o no de buena fe, resulta imperativo examinar, en cada una de las precitadas fases, la conducta por él desplegada, pero de manera integral, o sea en conjunto, dado que es posible que su comportamiento primigenio, en estrictez, se ciña a los cánones del principio rector en cita y ulteriormente varíe, en forma apreciable y hasta sorpresiva, generándose así su inequívoco rompimiento.

Si la buena fe hace relación a una conciencia honesta, es decir, a un sentimiento de honradez –tener la conciencia de que se obra

decorosamente, la confianza de que los demás obran honestamente en sus negocios-, no obstante, es un sentimiento que tiene la virtud de objetivizarse, de darse a conocer mediante ciertos módulos de conducta preestablecidas.

De ninguna manera puede hacer referencia o vincularse a la ignorancia o inexperiencia, sino a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, reserva mental o astucia. Entonces, ¿cómo se determina la lealtad o la buena fe? Obrar con lealtad, es decir, de buena fe, indica que la persona se conforma con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente, es decir bajo unos lineamientos de buenas costumbres.

Como ya lo hemos dicho, son los usos sociales y las buenas costumbres que imperan en una sociedad, los elementos usados para apreciar en cada caso la buena fe. La más reciente doctrina advierte que la lealtad o buena fe de las personas debe equipararse a la conducta de quien obra con espíritu de justicia y de equidad, comparado al “proceder razonable del comerciante honesto y cumplidor”.

De allí que la buena fe no se pueda fragmentar, en orden a circunscribirla tan sólo a un segmento o aparte de una fase, por vía de ejemplo: la precontractual –o parte de la precontractual–, ya que es necesario, como corresponde, auscultarla in globo, según se indicó, valorando las diversas oportunidades que los interesados tuvieron para actuar con lealtad, corrección y diligencia, según sea el caso. Al fin y al cabo, sin excepción, ella se predica de la integridad de eslabones que, analizados en retrospectiva, conforman la cadena contractual (*iter contractus*), *rectamente entendida*. *No es gratuito que el citado artículo 863 del Código de Comercio,*

expressis verbis, establezca un débito de comportamiento que cobija todo el “... período precontractual”, sin distingo de ninguna especie”⁴⁴.

No debe perderse de vista entonces, la trascendental importancia que adquiere la observancia del principio de buena fe en todas las etapas del negocio jurídico, incluso una vez finalizado el contrato, como quiera que la extinción de los derechos y las obligaciones emanadas del contrato no implica que las partes puedan dejar de cumplir los deberes inherentes al principio de buena fe, en todo aquello que guarde relación con la conservación de los efectos del contrato.

Por lo tanto, la aplicación de este principio conmina a los contratantes a omitir toda conducta mediante la cual se despoje a la otra parte de las ventajas del contrato o se divulgue o utilice indebidamente información confidencial obtenida en razón del mismo, entre otras actuaciones.

De otra parte, desde la perspectiva de los participantes en el negocio, hace igualmente énfasis la jurisprudencia en el carácter equitativo del principio, de lo que se deriva que la buena fe sea exigible por igual a todas las partes en el contrato, como lo estima la Corte en el mencionado fallo al afirmar que la buena fe “es bipolar”, y es exigible a ambas partes aún en aquellos contratos de adhesión, como el de seguros, donde el tomador y el asegurador deben observar este principio, el segundo evitando incluir dentro del arreglo, cláusulas abusivas.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de agosto de 2001, exp. 6146, M. P.: CARLO S IGN A CIO JAR AM IL LO JAR AM ILL O.

2.4 Buena fe simple y buena fe cualificada

Este principio fundante de las relaciones de tipo jurídico plantea que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el derecho se da en dos direcciones:

1. Cada persona tiene el deber de emplear con los demás una conducta leal.
2. Cada cual tiene derecho de esperar de los demás la misma lealtad.

Estas aplicaciones tienen sus raíces en el sistema jurídico de los romanos, pero su estructuración en dicotomía del principio se considera un aporte del derecho germano, el cual usó los términos Treu y Glauben para indicar las aplicaciones del principio. Treu: nuestro deber de ser leales para con los demás; Glauben: nuestra creencia en la lealtad de los demás⁴⁵.

Mirando a los efectos de la buena fe, esta es susceptible de dos grados: la buena fe simple y la buena fe cualificada (buena fe creadora, o buena fe exenta de culpa). La buena fe se puede clasificar en dos grados:

- a. La buena fe simple: Es la que se exige normalmente en los negocios, y está definida en el artículo 768 del código civil al referirse a la adquisición de la propiedad como la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraude y de cualquier otro vicio. En este grado de buena fe sus efectos consisten en que quien obra de esta manera tendrá una cierta protección legal,

⁴⁵ BUITRAGO FLOREZ Diego La buena fe exenta de culpa, , Ediciones Juridica Radar, 1995

pues no es oponible a terceros. Es decir que de ella no se generan derechos, pero la ley sí otorga ciertas garantías o beneficios. Por ejemplo, cuando quien pretende adquirir el dominio de una cosa y es poseedor del bien, posteriormente descubre que el enajenante no carecía del derecho para transmitirle la propiedad, será condenado a restituir la cosa a su verdadero dueño, pero no así los frutos o provechos que le produjo la cosa, en razón a que actuó de buena fe (Art. 964, párrafo 3º). La buena fe simple es también un elemento fundamental de interpretación de los negocios jurídicos, teniendo en cuenta que la ley obliga a los contratantes a actuar en la celebración y ejecución de sus obligaciones conforme a las buenas costumbres, o sea, los usos vigentes de la sociedad⁴⁶.

- b. La buena fe cualificada: Es la creadora de derechos o actuaciones de buena fe exenta de culpa, y en sus efectos, es superior a la buena fe simple, pues tiene la virtud "... de crear de la nada una realidad jurídica, vale decir, dar por existente en el orden jurídico, un derecho o situación que realmente no existe. Corresponde al aforismo *ERROR COMUNIS FACIT IUS*⁴⁷ lo que nos indica que si una persona en el trámite de adquisición de un derecho o de una situación se equivoca o yerra, con el convencimiento de adquirir un derecho o estar en una situación jurídica amparada por la legalidad, resulta que tal derecho o situación no existe por ser aparente, en casos normales no resulta adquirido el derecho. Pero si su yerro es de tal magnitud que cualquier persona prudente y diligente también lo hubiera cometido, por tratarse de una situación aparente, pero donde es imposible descubrir la falsedad o no existencia, aparece forzosamente la llamada buena fe cualificada o buena fe exenta de culpa. Esta clase de buena fe exige

⁴⁶ Artículo 1603 del código civil.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de junio de 1958.

la concurrencia de dos elementos i) uno subjetivo, y es el que se exige para la buena fe simple: tener la conciencia de que se obra con rectitud, con lealtad y ii) otro objetivo o social: la seguridad de que quien se presenta como titular del derecho o situación, realmente es titular de tal derecho o situación, por lo tanto la situación jurídica o el derecho deben aparecer exteriormente configurados en la cabeza de una persona, de manera que sea imposible dudar de su existencia⁴⁸. Sobre estos elementos se discurrirá más adelante.

Ahora bien, para interpretar correctamente los principios que informan al Código Civil y evitar confusiones, es necesario dar unas aclaraciones complementarias para diferenciar los casos en que el Código se refiere a una buena fe simple que no crea derechos, sino que simplemente atempera los efectos de la buena fe cualificada y que es objeto de examen aquí.

La buena fe simple tan solo exige una conciencia recta, honesta, pero no exige una especial conducta. Es decir, la buena fe simple puede implicar cierta negligencia, cierta culpabilidad en el contratante o adquirente de un derecho. En el caso expuesto del artículo 964 del Código Civil, quien compra una cosa mueble a la otra persona actúa de buena fe simple y no adquiere el dominio si el tradente no era el verdadero propietario, ya que es claro que el comprador no hizo las averiguaciones necesarias y no se tomó el debido cuidado para comprobar que lo afirmado era cierto, de lo contrario, la falsedad hubiera sido descubierta.

En cambio, en la buena fe creadora de derechos o buena fe exenta de culpa exige la presencia de los dos elementos ya descritos: la conciencia de obrar con lealtad y los actos que surgen del interés de acomodar las actuaciones a

⁴⁸ MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al derecho. Ed. Temis, Bogotá, 2003. p. 417-418

lo debido, es decir, cerciorarse de su ajuste a la ley y a la verdad.

Siendo la buena fe una exigencia relevante en todos los campos del derecho, es apenas lógico que para el procesal, aquella no pase desapercibida. Si entendemos el proceso como la relación jurídica que sostienen el juez y las partes, desarrollada a través de la producción permanente, ordenada y sucesiva de actos, cuyo fin primordial es lograr la solución de una controversia jurídica sometida al aparato jurisdiccional, para asegurar de esa manera la protección y vigencia del derecho sustancial, no hay lugar a duda que para los sujetos que intervienen en el proceso, especialmente para las partes, existe también el deber genérico de obrar de buena fe.

2.5 Buena fe subjetiva y buena fe objetiva

En el artículo 706 del Código Civil chileno –768 del colombiano²⁷– identifica de manera expresa en materia de prescripción adquisitiva la buena fe con la “conciencia”, de ahí que se diga que “de acuerdo con esta disposición, pues, hay una buena fe que consiste en una conciencia o en un estado de conciencia. Por eso suele llamársela subjetiva. en materia posesoria, esta conciencia es sobre i) haber adquirido el dominio de la cosa; ii) haberlo adquirido por medios legítimos; iii) haberlo adquirido exento de fraude y iv) haberlo adquirido exento de todo otro vicio. Como se trata de una conciencia, ninguno de estos extremos necesitan ser reales. Si todos *o algunos son falsos pero el poseedor tiene conciencia de ser verdaderos, es decir cree que lo son, se dice que le asiste la buena fe*” (se resalta)²⁸.

Por otra parte, la buena fe objetiva encuentra consagración en el artículo 1546 del Código Civil chileno, artículo 1603 del C. C. colombiano, conforme al cual “los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenecen a ella”, de donde se desprende que la buena fe objetiva se manifiesta claramente como un deber de comportamiento, que exige para predicar la buena fe del agente que este adecue de manera efectiva su conducta a las reglas que emanan del principio, por oposición al mero estado de conciencia a que alude el artículo 768 refiriéndose a la buena fe subjetiva.

A) Buena fe subjetiva.

La buena fe subjetiva, se ha ligado de manera general a un estado de ignorancia y error, donde el estado de conciencia se encuentra en pleno convencimiento de que se está actuando correctamente. Para que se le encasille como de determinación subjetiva, se considera que quien la interprete debe necesariamente considerar la intención del sujeto de la relación jurídica, su estado psicológico, su convicción. Al momento de producir resultados adversos a los estimados dentro de esta conducta o que lesionen a alguna de las partes, se puede afirmar que se trata de una idea errónea acerca de la existencia de una situación regular, de una equivocación en base a la ignorancia o en la errónea apariencia de cierto acto, que se puede concretar en el convencimiento del propio derecho o en la ignorancia de estar lesionando el derecho ajeno.

En suma, la buena fe subjetiva consiste en un estado psicológico y no volitivo, cuyo substrato está fundado bien en la ignorancia o en un error. De ahí que “el comportamiento de una persona pueda ser objetivamente antijurídico; empero el derecho lo considera honrado y justo teniendo en cuenta la situación subjetiva en que su autor se encontraba. El error incide aquí en la titularidad o en la legitimidad de la propia conducta [...] o en la legitimidad de la conducta de la contraparte”.

En conclusión, la buena fe subjetiva no se predica respecto “al contenido o a los efectos de la relación misma”⁴⁹, sino que se refiere exclusivamente a la corrección del sujeto dentro de la relación jurídica, esto es, a la conciencia del sujeto en relación con la situación, propia o ajena, de la que deriva su derecho, de no estar dañando un interés ajeno.

⁴⁹ DE LOS MOZOS José Luis, El principio de buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español, citado por

B) Buena fe objetiva

En cuanto concierne a la buena fe objetiva, se le ha entendido como “principio jurídico que introduce en el contenido de las obligaciones deberes coherentes con un modelo de comportamiento objetivo”, el del *bonus vir*, que se expresa a través de las reglas de honestidad y corrección propias de dicho modelo. De manera que este tipo de buena fe se erige en 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 que es jurídicamente tutelado. La buena fe objetiva presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces, entre otros deberes que emanan de su carácter normativo.

La doctrina resalta con beneplácito que haya sido superada la tendencia prevaleciente por largo tiempo de asimilar la buena fe objetiva, propia de la ejecución de las obligaciones, con la buena fe subjetiva inicialmente posesoria y que después se extendiera a otras situaciones que se engloban hoy bajo el nombre de la teoría de la apariencia; tendencia que ha sido sustituida por la clara autonomía de la buena fe objetiva que implica una exigencia de comportamiento “diligente, advertido, pudente, y la consiguiente carga probatoria del sujeto que ha de comportarse así”.

En efecto, ya de tiempo atrás ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que “la concepción jurídica de la buena fe tiende a alejarse del criterio que la considera exclusivamente como la creencia de no hacer mal a nadie o de no hacer nada ilegítimo, esto es, como un simple hecho psicológico, de creencia, por un criterio jurídico más actuante y real”, de manera que “la aplicación de este criterio a los casos particulares no reposa sobre deducciones lógicas sino sobre una apreciación de valores”, en la que “la

buena fe no es el 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 “considerar la bona fides como una realidad y no simplemente *como una intención de legalidad y una creencia de legitimidad*”

Bajo este entendido, un parangón entre los conceptos de buena fe subjetiva y objetiva se plantea claramente cuando se señala que la buena fe objetiva “no supone la creencia o ignorancia que justifica un error –buena fe en sentido subjetivo– 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”.

CAPITULO III: PRINCIPIO CONTRACTUAL DE LA AUTONOMIA PRIVADA Y BUENA FE

La autonomía privada, posee una concepción mucho más moderna, basada en la suma expresión de la libertad de los individuos frente al control estatal. La brecha entre Estado y la idea del individuo que se autogobierna, recae sobre la autonomía respecto del Estado que debe ser guardada.

Es a este individuo a quien sirve el balance entre la dicotomía de libertad privada y vinculación estatal. El Estado tiene encomendadas tareas limitadas, en particular la garantía de la paz, la seguridad y la libertad. Ello da lugar a un reparto de las justificaciones: no es el individuo que ejerce su libertad el que ha de dar razón de ello; es el Estado que interviene en tal derecho de libertad el que ha de justificarse. Las intervenciones del Estado en la libertad individual solamente serán, así, válidas, en la medida que sean necesarias para satisfacer tales tareas; sólo con tal reserva estamos dispuestos a otorgar al Estado la competencia sobre la competencia.

Ahora bien, la autonomía privada no es el único principio fundamental sobre el que descansa la contratación privada, pues existe otro principio de igual jerarquía como la buena fe, y de la sumatoria de ambos debe determinarse la fuerza obligatoria del contrato (principio de pacta sunt servanda).

Del mismo modo, el campo de aplicación de la autonomía privada depende en gran medida del sistema económico y de la voluntad del Estado, pues es mediante el legislador que se determinarán los alcances de la misma. Aún si la corriente actual propugna por la independencia de las partes y la total emancipación en su capacidad para adquirir compromisos, negociar y transar, siendo completamente emancipada de la vigilancia estatal, es

importante enfatizar en el rol del Estado como protector de la parte más débil en la relación jurídica, obrando a través de la administración de justicia.

Más aún, en la aplicación del sistema de contratación masivo, donde el contenido del negocio es predispuesto al servicio de los intereses de sólo una parte, sumado a la desinformación de los adherentes respecto a los derechos y obligaciones adquiridas en el contrato, con sus consecuentes sanciones en caso de incumplimiento, se presentan grandes contrariedades a la ley y abusos, por lo cual la participación de un tercero superior a las partes, el Estado, se hace necesaria para sancionar al contratante inescrupuloso que no actúa de buena fe en las relaciones contractuales.

Así mismo, el Estado se asegura entonces de que los principios que deben regir la práctica contractual sean respetados, para que la autonomía privada trabaje a la par con los mismos y la relación entre las partes sea equilibrada. El Estado entonces actúa como balanceador entre las voluntades de las partes en el acto contractual y los principios que deben observar al manifestar y ejecutar sus voluntades. El principio base que logra estabilizar la balanza es el principio de la buena fe.

Mediante la buena fe, se logra aligerar las rigurosidades y los formalismos que actúan en la celebración del contrato y someter su práctica a los principios irrenunciables de la equidad y la justicia.

La tradición jurídica nacional ha reconocido ampliamente la primacía del principio de buena fe sobre la autonomía contractual, desde el propio artículo 1603 C. C. que imperativamente obliga a la integración del contenido del contrato conforme a las reglas de la buena fe; integración que debe hacerse desde la forma y el fondo, y que no se reduce a llenar lagunas o a limitar la función del juez a la aplicación de la buena fe como criterio de

valoración de la ejecución del contrato con miras a la preservación del pacto contractual. La primacía otorgada al principio conduce a que la buena fe se imponga sobre las previsiones contractuales cuando estas lo quebranten, lo que no implica un desconocimiento de la naturaleza del negocio ni de la consideración de los intereses propios de la operación que las partes pretenden realizar ni le depara la mera función de guarda a la fidelidad del vínculo contractual o a la reconstrucción del mismo. sino que permite precisar los alcances de lo contratado, en una relación bilateralmente beneficiosa y equitativa.

Atendiendo a ambos principios contractuales, la autonomía privada y la buena fe, las partes contratantes deben observar no solo bajo la permisividad de la autonomía privada y del *pacta sunt servanda*, sino respetando el principio de la buena fe contractual, la cual debe ser una directriz en todas las actuaciones de la vida jurídica, no solo en materia contractual, en función calificadora e integradora.

Es así como el principio de la buena fe surte el efecto en los contratantes de confiar en que la declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, los efectos usuales y esperados, es decir, los que con anterioridad en casos iguales se hayan producido. Guillermo Borda señala que un juez puesto a dirimir una controversia debe preguntarse qué significado hubiera atribuido a la declaración una persona honorable y correcta.

Es entonces que mediante la aplicación del principio de la buena fe se pueden corregir los excesos del *pacta sunt servanda*, y por otra parte, también rectificar las arbitrariedades con mayor razón en el sistema de contratación masiva o predispuesta, donde la libertad contractual se encuentra limitada en los contratos celebrados sobre la base de cláusulas generales o ausente en los contratos por adhesión.

Vemos que el equilibrio de la relación contractual descansa sobre tres elementos: los principios fundamentales de la autonomía privada, de la buena fe, y de la fuerza obligatoria del contrato, siendo la buena fe contractual la más importante por su labor de cohesión hacia un comportamiento leal y honesto en las relaciones contractuales. Sin el principio de la buena fe, no habría celebración contractual que prosperase y lograra los objetivos perseguidos por las partes, lo cual hubiera impedido, desde el comienzo de las organizaciones sociales, la evolución de las más básicas formas de economía y los usos comerciales que ahora son imprescindibles para el desarrollo y funcionamiento de la sociedad, y haciendo imposible el florecimiento de cualquier cultura.

3.1 Principio de la Autonomía privada en Colombia

El concepto de la autonomía privada le fue trasplantado a la legislación colombiana proveniente del Código Napoleónico, lo que en materia de derecho público le significó tornar hacia el estado liberal y hacia la importancia de los derechos individuales bajo los postulados libertarios de los franceses. La constitución que nace de la revolución francesa es una que garantiza derechos y las libertades, representando para los particulares la máxima garantía de la autonomía de la voluntad en sus relaciones privadas, con una mínima intervención estatal, otorgando a los particulares la facultad de autorregularse, libre de la intervención estatal o de otros particulares. Sin embargo, al permitirse absoluta libertad de contratación se origina una pulsa por los intereses de cada parte, lo cual más tarde evolucionaría en una lucha entre el más débil y el fuerte en los llamados contratos de cláusula de adhesión.

La revolución francesa ejerció una fuerte influencia en la consolidación del derecho público europeo y del derecho de los particulares. Dentro de esa concepción de derechos de libertad de propiedad y de autonomía de la voluntad, del contrato como ley para las partes, de libertad de formas, de consensualidad, se desplegaron los códigos de corte napoleónico, en los cuales el Estado quedaría reducido a garantizar y preservar esos derechos individuales y a no intervenir en su ejecución. Estas ideas fueron apropiadas por Colombia a través del Código Civil Chileno, basado en aquel Código Napoleónico.

De acuerdo a estas concepciones, la autonomía de la voluntad se define como “aquella esfera que escapa al alcance del Estado para regular esas relaciones entre privados, justificada en que dentro de un Estado Liberal Clásico no existe intervención sino un espacio de regulación y seguridad para la contratación”⁵⁰.

En este orden de ideas, la Constitución ha dispuesto el derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público, pudiendo en virtud de la libertad contractual contemplada en el Código Civil determinar libremente el contenido del contrato sobre la base de la autonomía privada. Por su parte, la jurisprudencia civil también establece que las normas legales son supletorias de la voluntad de las partes, salvo sean imperativas en cuyo caso se incorporan automáticamente al contrato. Por otro lado de acuerdo, el Estado a través del legislador, por consideración del interés social, público o ético, podrá imponer reglas o limitaciones al contenido de los contratos. Otros elementos adyacentes de la autonomía privada es la protección a la propiedad privada y a la libertad empresarial.

⁵⁰ ALONSO ARÉVALO Guillermo, Derechos Fundamentales y autonomía contractual en Colombia, Editorial Jurídica Sánchez, Medellín 2007.

Sin embargo, para que la libertad de cada uno se encuentre en armonía con la libertad de los demás, es necesario doblegarla hacia la primacía del llamado interés general, por lo que la Constitución limita la autonomía privada con los derechos fundamentales y los principios rectores de la administración, como los podemos encontrar en los artículos 5 y 58 de la Carta Política, siendo en éste último donde se especifica la subordinación del interés privado hacia el interés público. Mientras que para los particulares, el Derecho se limita a regular dentro de sus actos lo lícito y las formalidades necesarias para que determinados actos tengan efectos y sean reconocidos, los poderes públicos no tienen tanta discrecionalidad, y deben por ende, limitar sus actuaciones a lo estrictamente autorizado.

El principio contractual de la autonomía privada es también conocido como el de la autonomía de la voluntad, pues siguiendo la teoría de la voluntad, la formación del contrato reposa en la voluntad humana. De acuerdo a Manuel De la Puente y Lavalle, diremos que la “autonomía privada es el poder reconocido a las personas para regular, dentro del ordenamiento jurídico, sus propios intereses y crear libremente relaciones jurídicas obligatorias entre sí”.⁵¹

La autonomía privada es entonces una facultad que el ordenamiento jurídico le concede a las personas, para que en ejercicio de su libertad, puedan contratar y determinar libremente el contenido de su contrato, creando relaciones contractuales válidas. No le falta razón a Federico de Castro cuando advierte que la autonomía privada es el “poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente

⁵¹ ALBERTO SOTO COAGUILA Carlos La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato, Revista Universitas.

responsabilidad en cuanto a su actuación en la vida social”⁵².

En razón del mismo dogma de la autonomía de la voluntad, se da un comercio salvaje, autónomo, como el de un estado de naturaleza y que aún prevalece, lo que consecuentemente crea la necesidad de limitar esta competencia con una constitucionalización del derecho privado, dado que los legisladores no ofrecen mayores garantías para las partes más débiles del contrato.

Otra fuente de legitimación de la autonomía de la voluntad entre el Código Civil Colombiano y el Código de Napoleón, fue el nacimiento de la economía política clásica.

Sus máximos exponentes son Adam Smith y David Ricardo, quienes sostienen que a mayor libertad para los sujetos, mejor es la sociedad y por eso el Estado no debe intervenir. Cuando el Estado limita la autonomía privada es porque hay desconfianza hacia el mercado.

En el artículo 1134 del Código Civil Francés, equivalente al artículo 1602 del Código Civil Colombiano, encontramos las características de la autonomía de la voluntad:

- Toda persona es libre de contratar.
- El negocio jurídico es producto del acuerdo de las voluntades de las partes en las que el Estado no puede intervenir.
- Los sujetos contratantes son autónomos para darle a su actividad negocial sus propios intereses.

⁵² DE CASTRO Y BRAVO Federico, El Negocio jurídico, Editorial Civitas, página 207, Madrid 2001

- Son únicos límites a las relaciones entre contratantes el orden público y las buenas costumbres.
- Solamente las partes tienen el poder del Estado de autorregularse. El juez solamente podrá buscar la intención de las partes para poder interpretar los contratos por ellos celebrados.
- El juez debe enfocarse en la intención de las partes y no en lo literalmente expresado en las palabras usadas en el contrato.
- Si hay conflicto con derecho internacional privado, las partes deben determinar la norma aplicable diciendo a cuál se someten.
- La autonomía de la voluntad se define como un poder originario y soberano de los individuos y dentro de sí misma estriba la razón de ser del negocio jurídico celebrado por las partes.
- La voluntad privada crea derecho por sí sola. Es fuente de derecho por su propia fuerza y en consecuencia el contrato es una ley para las partes.

“Es entonces la autonomía de la voluntad como fuente de derecho y como elemento de legitimación, la que representa el nuevo concepto o la nueva lengua de los derechos: Poder de autorregulación de los particulares que tiene solamente por límites al orden público y a las buenas costumbres”⁵³.

Pero el campo de acción, es decir, la amplitud de la autonomía privada no ha sido uniforme en el tiempo, un breve recuento histórico nos permitirá comprenderla mejor.

⁵³ Ibidem 34, pág. 32.

El derecho romano, eminentemente formalista, reconoció el principio de la autonomía privada, pero subordinado al cumplimiento de determinadas formalidades como la stipulatio. Por su parte, el derecho canónico concedió respeto a la palabra empeñada, pero matizada por los principios de la buena fe y la caridad.

Los filósofos del siglo XVIII fueron quienes sostuvieron que la voluntad era la fuente de las obligaciones y le atribuyeron un valor casi moral. Por ello, a esta época se le atribuye la mayor creación de elementos jurídicos a partir de la voluntad, siendo el contrato considerado como la mayor expresión de libertad contractual.

En el siglo XIX era muy conocida la frase de Fouille: “Quien dice contractual, dice justo”. En el mismo sentido, los postulados de la revolución francesa concibieron una sociedad compuesta por hombres libres e iguales que regulaban sus intereses con absoluta libertad, por lo tanto toda intervención del Estado aparecía como invasiva y altamente dañosa. En consecuencia, el contrato libremente discutido era necesariamente justo y equitativo, y toda intervención del legislador implicaba una injusticia por desnaturalizar ese equilibrio. Sobre las bases de esos ideales de libertad e igualdad, y el pensamiento de los juristas franceses Domat y Pothier, se edificó el Código Civil Francés, cuya filosofía se extendió luego a los demás códigos civiles decimonónicos.

El Código Francés en el artículo 1101 estableció que:

“El contrato es una convención por la cual una o varias personas se obligan hacia una o varias otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

Y en el artículo 1134, que las convenciones legalmente formadas tienen

fuerza de ley entre las partes que lo han celebrado.

Se observa entonces que el contrato no solo es considerado como un acuerdo de voluntades, fruto de la autonomía privada y del consentimiento de los contratantes, sino que además es elevado a la categoría de ley privada.

El concepto del contrato, como el acuerdo de voluntades, por medio del cual las personas se obligan, tiene su fundamento en presupuestos ideológicos y sociológicos imperantes en esa época. Siguiendo a Luis Díez-Picazo, el primero de los presupuestos es el económico, que en una economía liberal se funda en el lema “laissez faire, laissez passer” y en la idea de que las leyes del mercado y el egoísmo individual, actuando en el propio interés son los mejores motores de la felicidad y de la prosperidad de las naciones. El segundo presupuesto es la obra común de dos contratantes que se encuentran en igual situación y en un mismo plano económico, es un arreglo entre iguales. Y por último, el tercer presupuesto ideológico y socioeconómico se encuentra en la exaltación de la libertad individual.

No obstante, la exaltación de la libertad individual y la igualdad jurídica de las personas, el Código Civil Francés limitó la autonomía privada al establecer en el artículo 6º, que no se pueden derogar por convenciones particulares las leyes que interesen al orden público y a la moral. Vemos entonces que el reconocimiento de la autonomía privada como absoluta, sin restricciones no ha existido legalmente, ya que si bien se considera como ideal de la escuela económica liberal la libertad absoluta en la contratación, es cierto que tal libertad en esa medida no se ha consagrado en ningún ordenamiento jurídico. El Estado siempre será un interventor, un tercero vigilante que se ocupa de delinear la forma del contrato y ajustar el fondo a la legalidad y legitimidad.

A fines del siglo XIX, con el crecimiento del poder capitalista y la concentración de sus fuerzas representativas, se presentó un desequilibrio notorio entre los contratantes, ya que el conocimiento y el poder soportado en las grandes fortunas era exclusividad de pocos, y los abusos tuvieron que ser frenados por el Estado para volver el equilibrio a la relación contractual.

Es por lo anterior que Guillermo Borda muy certeramente afirma que “igualdad y libertad tienden a desaparecer en lo económico.”

Se hizo necesario que se impusieran reglamentaciones que limitaran las libertades de contratar y la autonomía de la voluntad privada, con la finalidad de corregir el curso que a la figura se le estaba dando erróneamente. La soberanía de la voluntad privada es interrumpida por el Estado, el cual puede incluso entrar a modificar el contenido del contrato, a forzar su celebración o dispensar del mismo.

Según Manuel de la Puente, al existir una desigualdad económica, esta generó un abuso en la contratación, por lo cual el Estado ya no podía aprobar tanta libertad para lo particulares, por lo cual amplió su margen de intervención para lograr lo más cercano a una igualdad entre las partes, a un equilibrio, disminuyendo a su vez, con la ampliación en su margen de intervención, el campo de acción de la autonomía privada.

Por otra parte, en el campo jurídico, es imposible prever todas las formas de contratación, pues el progreso de la sociedad, el avance de la ciencia y la tecnología, con la consecuente producción en línea de bienes y la abundante oferta de servicios ha generado que la contratación privada no sea una y siempre igual a través del tiempo. Corresponde a unas necesidades muy específicas que varían de un grupo económico al otro, de una industria a

otra, por lo que se hace necesario un modo de estandarización clasificado que sirviera a los usos e intereses particulares.

Se creó entonces la contratación masiva, sistema en el cual no son los contratantes quienes acuerdan las cláusulas del contrato, sino que está predeterminado por una de las partes, usualmente la más poderosa, y la otra solo puede ajustarse al mismo o no contratar; es decir, su contenido no es negociable ni modificable. Por lo tanto, el contrato tradicional, que crea relaciones jurídicas contractuales, producto de un consentimiento libre entre dos partes o más, perfectamente identificadas y donde existe la participación de ambas en la elaboración del contenido contractual, se vuelve en una forma de contratación completamente excepcional, pues ahora lo común viene a ser la contratación en masa, que si bien como ya lo mencionamos se aleja en sus orígenes respecto a la forma en que se acepta su contenido, tanto en su forma como en su fondo el contrato se ajusta a la ley y al principio de la buena fe.

3.2 Elementos integrantes de la autonomía privada.

El principio contractual de la autonomía privada representa el ejercicio de la iniciativa y la libertad en materia de contratación, y como tal supone el ejercicio de dos categorías de libertades: la libertad de contratar y la libertad contractual. La jurisprudencia le ha agregado una tercera: la libertad como objeto del contrato.

Spota señala que se contrata porque se quiere y se contrata con esa persona porque así se desea. La primera de dichas virtudes, además de referirse a la potestad que concede el Estado de acuerdo a las condiciones ya mencionadas anteriormente, también implica entonces la posibilidad de elegir al otro contratante.

Siendo así, la libertad de contratar comprende a su vez dos facultades:

- a) La libertad de contratar o no, es decir, celebrar o no un contrato y
- b) La libertad de elegir al otro contratante.

Entonces, nadie puede ser obligado a celebrar un contrato. La decisión de contratar es personal, salvo delegación expresa mediante apoderado, pero aun en este caso, existe la intención de contratar para sí mismo pero por intermedio de otra persona. La libertad de elección del otro contratante es la facultad que se tiene para decidir con quien vamos a celebrar el contrato.

A la libertad contractual se le conoce también como la libertad de configuración interna o de autorregulación. La libertad contractual implica también el libre determinar del contenido del contrato, es decir, estipular el conjunto de cláusulas que van a regir la relación contractual creada por el contrato.

Mediante el ejercicio de esta libertad, las partes acuerdan libremente cómo va a ser el contrato, adecuándolo a los intereses que buscan satisfacer mediante la conclusión del mismo. Es pues, la libertad que tienen los contratantes para determinar entre si la forma y el contenido del contrato que han convenido en celebrar, al igual que el tipo de contrato, ya sea típico o atípico, y las cláusulas del mismo.

Esta libertad se encuentra limitada por el artículo 1519 del Código Civil al sancionar con nulidad absoluta el acto jurídico cuyo objeto sea contrario al derecho de la nación, con el artículo 1740 y 1741 del mismo texto. Estas son consideradas como limitaciones de carácter legal, pero la autonomía privada también debe obedecer a otro tipo de limitaciones, aquellas que obedecen a

las reglas del mercado, en situaciones como la contratación masiva o estandarizada, que buscan crear un patrón o estándar a seguir para la celebración de los contratos, con un acondicionamiento casi unilateral. En la contratación masiva, por ejemplo, las partes ya no negocian el contenido del contrato y por el contrario, una de ellas elabora, parcial o íntegramente, el contenido del contrato, limitándose la otra a aceptarlo o rechazarlo.

En este sistema de contratación, la libertad contractual o de configuración interna del contrato se encuentra reducida o anulada en aras de la fluidez del intercambio de bienes y servicios a un menor costo, pues en la contratación masiva se reducen los costos que genera la contratación individual, además de procurar una vinculación más sencilla e inmediata.

La libertad como objeto del contrato significa que en derecho moderno no se puede establecer, ni aún por consenso, una limitación grave de la libertad, en los aspectos de ésta que se consideran esenciales para el funcionamiento de una sociedad libre.

Esta tercera libertad impone limitaciones al libre acuerdo de la voluntad de las partes y al contenido determinado por las mismas, pues en el ejercicio de la libertad, como objeto del contrato, sólo se pueden celebrar contratos que sean válidos y exigibles. “Así por ejemplo, aún cuando las partes estén de acuerdo (libertad de contratar) y el contrato haya sido delimitado de forma libre por las partes (libertad contractual), no se puede contratar sobre la esclavitud de una de ellas a la otra”⁵⁴.

⁵⁴ Ibidem 34, pág 52.

CAPITULO IV: PRINCIPIO DE BUENA FE Y AUTONOMÍA PRIVADA BAJO EL DERECHO CONSTITUCIONAL

La revolución francesa trajo consigo para el derecho latinoamericano el trasplante del Código Napoleónico, lo que al derecho público le significó tornar hacia el Estado liberal y hacia la importancia de los derechos individuales bajo los postulados libertarios de los franceses. La constitución que nace de la revolución es una que garantiza derechos y las libertades, representando para los particulares la máxima garantía de la autonomía de la voluntad en sus relaciones privadas. A falta de intervención del Estado, se da a los particulares el poder de autorregularse, libre de la intervención estatal o de otros particulares. La conclusión entonces sería que los sujetos son libres de contratar o no, lo cual más tarde evolucionaría en una lucha entre el más débil y el fuerte en los contratos de cláusula de adhesión.

Con la Constitución de 1991, bajo la cual Colombia se consagra como un Estado Social de Derecho, conforme a lo dispuesto en el artículo primero de la Carta, lo cual sirve de garante para la protección y supremacía de los derechos fundamentales a través de la acción de tutela, como mecanismo de defensa frente al abuso de los poderes del Estado, a diferencia de la constitución de 1886. Igualmente, la procedencia de las acciones de tutela también concurre contra particulares ya sea por sus actuaciones u omisiones, según lo establecido en el Decreto 2591 de 1991. Dispuesto lo anterior, los particulares pueden solicitar la defensa de sus derechos ante el Estado, cuando sean otros particulares quienes violentan dichas garantías, aún si el daño se produce dentro de la celebración de un acto negocial, que ambas partes determinaron y aceptaron. El juez de tutela puede entonces, cambiar las condiciones de dicho acto si efectivamente encuentra que las

garantías constitucionales están en riesgo si se cumpliera con lo dispuesto en determinado acuerdo y con la normatividad que lo rige.

La intervención del Juez Constitucional en las relaciones entre particulares en Colombia, y la fuerza impositiva de la sentencias de la Corte Constitucional en temas que interesen al derecho privado, se considera como consecuencia de la influencia del movimiento neoconstitucionalista en Colombia, entendiéndose aquel como “la progresiva constitucionalización del derecho en general, de la doctrina, de la ley, de la costumbre y de la jurisprudencia”⁵⁵. Producto de este neoconstitucionalismo, encontramos una nueva forma de interpretación de los principios de los contratos, basada en una reorganización del sistema de fuentes normativas y jurisprudenciales, fruto de constituciones que pueden ser tildadas de invasivas por los críticos al aplicar en las relaciones negociales entre privados las normas constitucionales.

A juicio de los civilistas del Estado liberal es irresponsable defender esa postura intervencionista del juez constitucional en el derecho privado, ya que se pierde la estructura legal en que se fundamenta la seguridad y la libertad del ejercicio privado de derechos contractuales y del cumplimiento de sus consecuentes deberes. Ya decisiones de la Corte Constitucional han generado antecedentes en este tema, trascendiendo las competencias otorgadas a los jueces de tutela y abarcando la acción de amparo contra particulares y limitando la autonomía privada.

Un caso comúnmente registrado es el de la intervención del Juez de Tutela en la modificación de la forma de pago o del plazo de las obligaciones dinerarias surgidas de los contratos de mutuo, los cuales en teoría escapan a

⁵⁵ Pablo Comanducci, Formas de Neoconstitucionalismo en Guillermo Alonso Arévalo Derechos Fundamentales,.

la intervención estatal, ya que son de libre acuerdo entre las partes. Algunas sentencias que marcaron hito al respecto son la T-170 del 2005 y la SU-250 de 1998, siendo en la primera, donde la Corte ordenó la reliquidación del crédito de un deudor que padecía de VIH, quien no pudo pagar sus créditos por no tener un empleo, protegiendo así sus derechos a una vivienda digna, mínimo vital, entre otros, aún habiéndose tramitado el correspondiente proceso hipotecario en contra del deudor y de su familia. Igualmente, el Juez Constitucional ha intervenido en la esfera de lo privado para proteger otro tipo de principios y derechos enunciados en la constitución y sus derivaciones, como el orden justo, el habeas data, el deber de información al usuario del crédito, deber de no cambio unilateral de las condiciones inicialmente pactadas, entre otros; casos comúnmente encontrados en relaciones donde una de las partes es más fuerte que la otra y los contratos son de modalidad de adhesión, como aquellos que permiten el acceso a servicios bancarios.

La doctrina del derecho privado en Colombia, basada en una concepción francesa de los contratos, y por ende, eminentemente liberal, ha defendido el principio de la autonomía privada bajo las doctrinas contractuales que lo conciben como ley para las partes y como un producto de obligaciones bilaterales. Estos postulados son defendidos por el profesor Fernando Hinestrosa, quien se apoya en las disposiciones de las leyes civiles y comerciales que consagran que el contrato es una ley para las partes (artículos 1602 y 1134 del Código Civil).

Este criterio, que según Hinestrosa, representa la esencia compromisoria o vinculante del ejercicio de la autonomía privada que “refleja el sentimiento y la aspiración de las comunidades en el desenvolvimiento de sus relaciones,

fincando en su iniciativa individual⁵⁶ y es aplicable a todos los contratos típicos, excluyendo cualquier intromisión por parte del Estado en la celebración del contrato y el desarrollo del mismo, a menos que dicha intromisión se presentara mediante la figura de una ley imperativa que provenga del mismo ordenamiento jurídico que los rige. Es decir que de acuerdo a esta noción, solo los jueces ordinarios, enmarcados en la normatividad para procedimiento civil, tienen el poder de limitar las relaciones entre privados y modificar lo que ya ha sido pactado por los mismos, siempre y cuando se encuentre dentro de lo legal.

Así mismo, refiriéndose al contrato de mutuo, Pedro Lafont Pianeta afirma que se trata de un contrato que depende exclusivamente de la voluntad de las partes, siendo los principios rectores del mismo, el ya mencionado “Pacta Sunt Servanda”, por el cual las partes determinan su propio régimen jurídico. En caso de llegar a presentarse un incumplimiento de las obligaciones nacidas de este pacto, le compete a los jueces ordinarios solucionar los conflictos que se deriven del mismo⁵⁷.

Esa posición fue defendida por la Corte Constitucional en la sentencia T-240 de 1993, en la cual expone que: “...la autonomía de la voluntad privada se inscribe en la dinámica de la libertad que reconoce a toda persona el poder de decidir su propia esfera personal y patrimonial, defendiendo que en Colombia, la libertad de contratación tiene un sentido negocial como condición, instrumento y modalidad del contrato en ejercicio de varios derechos consagrados en la carta⁵⁸”.

⁵⁶ HINESTROSA Fernando, Tratado de las Obligaciones, Tomo I. Editorial Universidad Externado de Colombia 2002, pág 861.

⁵⁷

⁵⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-240 de 1993, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

De lo anterior, se concluye que la autonomía de la voluntad es limitada por la constitución y por la ley, pero solo para garantizar dos condiciones: que las partes libremente se han encargado de establecer su propio régimen jurídico, el cual es obligatorio para ellas y por ende esa libertad puede ser impuesta judicialmente y que al momento de interpretar el contrato, el juez debe hacerlo dentro del marco trazado por las partes y con estricta fidelidad a lo pactado; ya que si bien el juez debe observar la justicia social y la constitución al momento de proceder, no debe sustituir las estipulaciones acordadas por las partes, sino procurar su cumplimiento.

A pesar de la fuerte defensa de la autonomía de la voluntad por parte de la doctrina del derecho privado, la Corte Constitucional viene penetrando el espectro de la autonomía privada en los contratos de mutuo, repasando los límites que inicialmente se propusieron. En la sentencia SU-846 de 2000, dice la Corte: “El otorgamiento y la aceptación de créditos por las entidades financieras para la adquisición y conservación de vivienda, mediante contratos de mutuo con garantía hipotecaria, no se rigen de manera absoluta por el principio de la autonomía de la voluntad privada sin limitación alguna, sino que ellos son contratos que son denominados por la doctrina como “dirigidos”, en los que, en aras del interés público y las finalidades sociales, se restringe la autonomía de la voluntad”⁵⁹.

⁵⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-846 de 2000, Sala segunda de Revisión.

CAP V: LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO PRIVADO

Los antecedentes entre los límites del derecho público, la Constitución y el derecho privado, se remontan al derecho alemán con la teoría de la Drittwirkung, que viene de la expresión “Drittwirkung der Grund-rechte”, que traduce literalmente “efectos frente a terceros de los derechos fundamentales”, y que hace referencia a la incidencia de los derechos fundamentales en el derecho privado y en las relaciones jurídicas privadas, o en lo comúnmente llamado como relaciones horizontales. Es la teoría que afirma que los derechos fundamentales implican limitaciones a la autonomía negocial, en la medida en que estos también gobiernan, al menos en parte, las relaciones entre los particulares.

Con el Estado social de derecho, deja de existir la separación entre derecho civil y derecho constitucional, por lo que la Drittwirkung desaparece ante la fuerza de los postulados de la revolución francesa y la posterior adopción del Código Civil francés. Varios civilistas consideran que por esta razón, las mismas leyes civiles imperativas se encargaron de establecer esa autonomía mediante la adopción de formulas legalistas que casi todos los códigos consagran, como lo son las relativas a la nulidad. Igualmente, se consagraron otras formulas como límites a la autonomía privada, pero con el propósito de proteger al consumidor, desarrolladas en normas relativas a la salud, la seguridad y otras.

El derecho español propuso como defensa a la Drittwirkung proponiendo la primacía de la Constitución, el carácter dogmático de los derechos fundamentales y la competencia del tribunal constitucional para conocer de los conflictos que se presenten respecto a la violación de derechos

fundamentales entre particulares y también respecto a temas de interpretación de la constitución.

En conclusión, la teoría de la Drittwirkung plantea un nuevo orden jurídico que vincula el derecho constitucional y el derecho privado, mediante la existencia de los derechos fundamentales y de los principios de derecho concebidos como reguladores de las relaciones universales entre particulares. Lo anterior implica una revisión del derecho privado, al cambiar los postulados liberales por el nuevo Estado social de derecho, cuyo enfoque es sobre el hombre como epicentro del Estado, el cual debe dirigir sus esfuerzos a protegerlo. Sin embargo, dicha protección debe ser garantizada mediante todas las vías decisivas y administrativas del Estado, es decir, mediante las leyes, los jueces y la administración del Estado. Todos deben actuar partiendo del supuesto de la supremacía constitucional, es decir, desde los derechos fundamentales.

Lo anterior, también supone un nuevo concepto de autonomía de la voluntad privada, que también debe estar en función social dentro de un contexto jurídico, el cual es influenciado por ese orden constitucional, pasando de un sistema objetivo a un subsistema, como lo sería el derecho privado.

En Colombia, con la vigencia de la Constitución de 1991 ocurrió la transición del Estado liberal clásico al Estado social de derecho. Bajo esta premisa, el postulado de la autonomía de la voluntad pasa de una concepción eminentemente liberal a una enmarcada dentro del Estado social de derecho. En la primera situación, nos referimos a una libertad para obligarse que es autorregulada y no es intervenida por el Estado, y en la segunda, el Estado respeta ese principio de no intervención siempre y cuando no se afecten derechos fundamentales protegidos por la Constitución de 1991, en especial, el principio de solidaridad.

Si todos los ciudadanos deben observar la constitución en ella se consagran unos derechos fundamentales, la consecuencia es que tanto el Estado como los particulares deben responder por esos derechos de rango superior. La autonomía de la voluntad privada continúa siendo el núcleo creador de relaciones jurídicas privadas, pero ya no está por encima del Estado, sino por debajo de la carta magna.

Para la Corte Constitucional, la inobservancia del debido proceso, al ignorar la jurisdicción competente en las controversias suscitadas, y tomar acciones coercitivas diferentes a las establecidas por la vía legal, se está retornando al estado natural y a la ley del talión. La Corte pues, reconoce a la autonomía de la voluntad privada como principio creador de obligaciones, y sus efectos extintivos, de no solucionarse esos conflictos, deben dirimirse ante la jurisdicción correspondiente, ya que de saltarse esos pasos, se pone en riesgo el Estado de derecho.

Para Eduardo Cifuentes Muñoz, hay tres razones fundamentales que justifican la existencia de la Drittwirkung:

- La primera, es que de acuerdo al sistema económico colombiano, la figura dominante en las relaciones jurídicas no es siempre el Estado, sino que puede ser un particular, como ocurre en la mayoría de veces.
- La segunda razón se basa en la noción de los derechos fundamentales, ya que estos, para Cifuentes son la traducción de un principio o de un valor, de una pauta de comportamiento, la cual el constituyente ha determinado para que la sociedad y la comunidad política se rijan por ella.

- En tercer lugar las normas jurídicas infraconstitucionales tienen que interpretarse y aplicarse conforme a esos valores plasmados en la Constitución Política.

Cifuentes considera que si los jueces constitucionales al aplicar la normatividad pertinente a cada caso no observan la constitución, están mutilando el alcance que esta debe tener en un Estado social de derecho. La ley deberá ser interpretada y aplicada por el juez a la luz de la constitución.

Respecto al papel del juez constitucional en el derecho privado, Cifuentes considera que este se encuentra completamente legitimado para actuar, ya que una constitución que solo se puede aplicar al derecho público, es una constitución a medias.

Para Manuel José Cepeda Espinosa, es mas acorde a la realidad afirmar que la intervención de la Drittwirkung en Colombia se encuentra en una posición intermedia, puesto que aquí procede la tutela contra particulares pero solo determinadas circunstancias y procede la tutela contra particulares pero solo en determinadas circunstancias procede también el amparo de la vía de hecho contra sentencias judiciales, recurso que tienen los particulares en Alemania y España.

En la sentencia T-240 de 1993, con magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz, la Corte se pronunció respecto al principio de solidaridad y la libertad de contratación. La tutela fue solicitada ante los abusos cometidos por una asociación de diarios, quien había suspendido los créditos publicitarios del actor y sus asociados por el incumplimiento en el pago de los periódicos. En primera instancia, el juez negó la tutela bajo motivación de que el accionante tenía conocimiento de los reglamentos de la entidad, los cuales aceptó y se adhirió a ellos al momento de celebrar el contrato, entendiendo el

procedimiento que se llevaría a cabo en caso de mora continuada en el cumplimiento de las obligaciones. Igualmente, argumentó que no era procedente tutelar derechos que tienen definidos en el Código de Procedimiento Civil su tramitación ante la justicia ordinaria, el proceso ejecutivo o el ordinario de resolución del contrato.

La Corte propuso analizar la incidencia que la Constitución puede llegar a tener en casos de derecho privado y específicamente en la autonomía privada y la libertad negocial frente a derechos fundamentales. Nuevamente, la Corte afirma el carácter de fuente de derecho de la autonomía de la voluntad, como también el poder creador y extintivo de las relaciones entre privados, por el hecho de estar sujeta a la observación de la Constitución. Según la Corte, este límite no corresponde a los ya anteriormente conocidos, sino al “nuevo sentido que a la luz de la constitución ella ha adquirido como instrumento del particular, cuyo ejercicio debe hacerse dentro de los límites del bien común y consultando el principio de la solidaridad social”.

Con esta postura, confirma la Corte la transición en la concepción liberal-clásica de la autonomía privada, a la nueva concepción de Estado social de derecho. Ya no es el contrato un simple instrumento para que las partes libremente se obliguen, sin ninguna otro interés que lo que las partes tenga como objetivo; ahora el contrato debe tener una función social, debe seguir los lineamientos del principio de solidaridad.

El giro en la interpretación de la Corte corresponde al cumplimiento de un principio de constitucionalidad, el deber de solidaridad social, más importante aún ante situaciones que ponen en peligro la vida o la salud de las personas. Esto permite inferir que la Corte no sólo reconoce la relevancia de principios constitucionales para actuar dentro de la esfera de lo privado, como lo es la solidaridad que a partir de la definición otorgada en el mencionado caso,

adquiere un valor hermenéutico, sino que también da a los derechos fundamentales pertinentes el tratamiento debido ante situaciones de apremio, que si el accionante tratara de solucionar mediante la jurisdicción ordinaria, no podría evitar el daño a los mismos.

No se puede negar que al aceptar la labor defensora de la Constitución de 1991 que propugna un Estado social y democrático de derecho, la Corte Constitucional debe equilibrar el poder que se le ha otorgado a los particulares dentro de sus libertades en el derecho privado, con la obligación que aún tienen de respetar y someterse a lo estimado por la Constitución Política. Si bien la autonomía privada propugna por rescindir la esfera privada del derecho público, la Corte Constitucional no permite que dicha separación ocurra en su totalidad, y que las garantías constitucionales no desaparezcan en dicha rama.

Lo anterior, ocurre en virtud Estado social de Derecho, donde este asume un rol de liderazgo en el enfoque económico que se va a asumir, bajo el cual la economía ya no será un sistema espontáneo, de funcionamiento perfecto dentro de sus principios autorreguladores, sino que por el contrario necesitará de la constante intervención del Estado como regulador.

Por ende, como lo ha definido la misma Corte, no se trata de una obra de caridad discrecional de los particulares, ni una premisa del paternalismo excesivo por la que pueden pecar sistemas de Estado como el nuestro, sino que se trata de defender la aplicación de la Constitución íntegramente, protegiéndola como núcleo esencial del Estado social de derecho, respetando igualmente a los principios que en ella se integran a nuestro ordenamiento.

Como guardianes de la Constitución, los jueces constitucionales poseen la legitimidad tanto formal como material para aplicar el control constitucional, y de esta forma materializar los principios de convivencia y control social establecidos en el texto, asegurando así la imparcialidad y continuidad del proceso democrático y la supremacía de la carta.

A continuación, haremos un análisis de las jurisprudencias emitidas por la Corte Constitucional sobre el tema de la protección del principio de la buena fe en las relaciones privadas, protección de derechos fundamentales via acción de Tutela, sentencias sobre exequibilidad de normas, y sentencias de unificación de normas

CAPITULO VI: LINEA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA SOBRE EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE

A continuación analizaremos una línea de jurisprudencia Constitucional de carácter general y amplia; análisis que se remite a la totalidad de los fallos que conforman la línea, por cuanto la determinación de las llamadas Sentencias *Hito*, en los casos en estudio no resultan particularmente objetivas, en la medida en que si bien se observa en dicha línea jurisprudencial propuesta una o dos jurisprudencias fundamentales, ninguna de ellas recoge de manera precisa la sub-regla que se pretende deducir; sub-regla que solo aparece nítida en la correlación e integridad de los fallos mirados como partes de un todo. Esto se explica precisamente por la naturaleza de principio general del Derecho, que tiene la buena fe, lo que implica que la regla contenida en el principio sea de carácter abstracto, amplia, general, la que solo se concreta en el Derecho Fundamental específico al cual se aplica.

A.- SENTENCIA Nº T-427/92:

M. P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

1. **HECHOS.**- *Un ciudadano fue declarado insubsistente del cargo que como funcionario público venía ocupando en CAPRECOM, resolución sustentada en la discrecionalidad que la administración tiene para remover funcionarios de libre nombramiento y remoción. El afectado ejerció la acción de tutela argumentado que con el acto administrativo se violó el Derecho Fundamental al Trabajo, en la medida en que el tutelante es minusválido relativo, ya que estando al servicio de la entidad fue operado para corregir una grave OSTEONEOCROSIS avascular que afecta su motricidad respecto a sus extremidades inferiores. El tutelante alega que en su actual condición física*

no puede desempeñarse laboralmente en ningún empleo. La tutela fue conocida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca quien la negó por considerarla improcedente, habida cuenta de la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial. En desarrollo de la función de revisión de los fallos de tutela, la H. Corte Constitucional revisó el caso y previamente solicitó un concepto médico a los profesores que atendieron al tutelante encontrando que dichos galenos conceptuaron que el paciente estaba para la época de la revisión prácticamente asintomático, y que por ende no puede considerarse minusválido ni siquiera parcial.

2. CONSIDERACIONES O ARGUMENTOS DE LA CORTE.- La Corte considera que el tema central de discusión es la legalidad de la Resolución de insubsistencia y el límite de discrecionalidad que tiene la administración en relación con tales actos, discrecionalidad de la administración que debe ser considerada en aplicación del principio de la **Buena Fe**. Dicho límite debe ser ponderado a la luz del derecho fundamental al trabajo, pero igualmente frente a la protección especial que la Constitución en el Art. 47 otorga a los minusválidos, esto desde la óptica de promover las condiciones para que la igualdad predicada por la Carta Política sea real y efectiva.

En relación con el tema de la legalidad de la Resolución de insubsistencia, la Corte considera que opera frente a la facultad discrecional que el Art. 26 del Decreto ley 2400 de 1.968 otorga a la administración como entidad nominadora de funcionarios no vinculados por carrera administrativa.

Esa discrecionalidad sin embargo esta sometida a unos límites, que buscan que la discrecionalidad no sea arbitraria, discriminatoria y que se sustente en falsas motivaciones. Desde esta óptica, la administración debe incorporar en sus actuaciones el valor ético de la confianza que desarrolla la aplicación del principio de la **Buena Fe**. **"Las facultades discrecionales de la**

administración deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe". Esto implica en criterio de la Corte que la administración no puede adoptar la medida discrecional en forma desproporcionada o con indiferencia a la situación especial de la persona afectada por la decisión.

En ese orden de ideas la Corte analiza la especial condición y trato que la Constitución otorga a los minusválidos, quienes deben ser favorecidos por su condición desigual frente a los demás ciudadanos. Esto ocurre por encontrarnos inmersos en un Estado Social de Derecho que es un Estado de prestaciones y de redistribución con fines de asistencia social obligatoria en aras de la igualdad sustancial y no meramente retórica o formal.

Con fundamento en este criterio y la consideración del Derecho al Trabajo como un derecho no simplemente fundamental sino como una obligación social que se fundamenta en el principio de la estabilidad (Art. 53 del C. P.), se concluye que en el caso de empleados públicos de libre nombramiento y remoción que sean minusválidos, se deben hacer especiales consideraciones de índole ética y humana a la hora de emitir una resolución de insubsistencia, en aras de proteger el derecho a la igualdad que estos ciudadanos indefensos tienen, criterio valorativo que deberá hacer el Juez de tutela con base en la buena o mala fe que deduzca de la actuación de la administración.

3. DECISION.- Al no haberse probado en el caso concreto del tutelante su condición de minusválido, la discrecionalidad de la administración frente a la disponibilidad del cargo opera de manera plena, por ende no se ha violado ningún derecho fundamental y no se tutela el derecho. Se confirma entonces la Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

B-. SENTENCIA Nº T-460/92:

M. P. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

1. HECHOS.- *Una persona jurídica, sociedad Ltda., dedicada a la prestación del servicio de Transporte Aéreo mediante vuelos chárteres, interpuso acción de tutela en contra de la DIAN quien mediante Resolución administrativa ordenó el DECOMISO de los motores y las hélices que hacían parte de una avioneta que previamente había sido inmovilizada y retenida por cuenta de un Juzgado Especializado y colocada a ordenes del Consejo Nacional de Estupefacientes por la presunta vinculación de la aeronave a actividades de narcotráfico, vinculación que posteriormente fue desvirtuada y que dio origen a la orden de entrega del vehículo a sus propietarios, momento en el cual la DIAN retuvo los motores y las hélices alegando que eran de contrabando. La resolución administrativa emitida por la DIAN fue oportunamente recurrida por los propietarios agotándose la vía gubernativa, mediante confirmación de la decisión por parte de la Administración. El tutelante sustenta la tutela en el hecho de que para el año 1.965 fecha en la cual se importó la avioneta, los motores y las hélices eran partes integrantes del avión y por esto no existe manifiesto de importación de dichas piezas. Igualmente manifiesta el tutelante que a la avioneta posteriormente se le montaron motores y hélices de aviones accidentados, respecto de los cuales no es posible probar su importación en forma legal. El proceso fue conocido por el Juez 16 Penal Municipal de Bogotá quien negó el amparo solicitado con fundamento en que con la actuación realizada no se había violado el derecho al debido proceso, y que el accionante dispone de otros medios para la defensa legal de sus intereses.*

Agrega por otra parte que no esta demostrada la procedencia licita de los motores y las hélices, razón por la cual la ley no puede proteger un derecho ilegítimo. El fallo fue impugnado y conoció el Juez 13 Penal del Circuito de Bogotá, quien confirmo el fallo del Juez penal municipal con prácticamente los mismos argumentos. La Corte Constitucional en desarrollo de la revisión de tutelas entra a considerar el caso.

2. CONSIDERACIONES O ARGUMENTOS DE LA CORTE.

- La Corte inicia su análisis considerando el punto relativo a la procedencia o improcedencia de la acción de tutela. Observa la Corte que lo que se ataca es un acto administrativo que es susceptible de ser cuestionado a través de acciones ordinarias, un proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ante el Contencioso Administrativo, razón por la cual en principio la tutela sería improcedente. Sin embargo observa la Corte que de conformidad con lo establecido por el Decreto 2591 de 1.991 artículo 6º, hay posibilidad de recurrir a la acción de tutela a pesar de existir otros mecanismos jurídicos que resuelvan la violación del derecho alegado, en los casos en que con la violación se genere al afectado un perjuicio irremediable, entendido como tal aquel que solo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

La Corte analiza los hechos y concluye que no se encuentra ante un perjuicio irremediable de forma tal que la tutela impetrada es improcedente. Sin embargo entra a considerar el aspecto sustantivo del asunto en estudio, cual es el análisis de la protección al derecho fundamental al Debido Proceso (Art. 85 C. P.) y encuentra que el desarrollo de este principio no se limita a la posibilidad de otorgar al afectado el derecho de defensa o la oportunidad para interponer recursos, sino que exige además, tal y como lo señala el Art. 29 de la Carta, "(...) el ajuste a las normas preexistentes al acto que se

imputa; la competencia de la autoridad judicial o administrativa que orienta el proceso; la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal; el derecho a una resolución que defina cuestiones jurídicas planteadas sin dilaciones injustificadas; la ocasión de presentar pruebas y de controvertir las que se alleguen en contra y, desde luego, la plena observación de las formas propias de cada proceso según sus características".

Todo lo anterior descansa en la presunción de inocencia que acompaña al procesado. Frente al caso en estudio, llama la atención la aplicación de normas con carácter retroactivo y la exigencia de pruebas que en últimas le correspondía aportar a la administración y no al afectado. La Corte analiza la figura del Decomiso, la distingue de la confiscación pues esta última implica despojo de la propiedad del bien a título de pena, mientras que la otra es una mera medida cautelar que se impone en el caso del contrabando como sanción fiscal.

Finalmente considera la Corte la aplicación del postulado de la **Buena Fe** en relación con la actuación de la administración y concluye que se trata de un principio que "*(...) se erige en arco toral de las instituciones colombianas (...) Si este principio es fundamental en las relaciones entre particulares, con mayor razón tiene validez cuando ellos actúan ante las autoridades públicas, bien en demanda de sus derechos, ya en cumplimiento de sus deberes y obligaciones, toda vez que **el Estado y quienes lo representan deben sujetar su actividad al objetivo de realizar el bien común, sobre la base de las previsiones trazadas por el legislador (...) el servidor público que formule exigencias adicionales a las que han sido legalmente establecidas, vulnera abiertamente la Constitución e incurre en abuso y extralimitación en el ejercicio de sus atribuciones (...) de lo anterior puede colegirse que es inaceptable el argumento según el cual la actuación de la autoridad aduanera, en cuanto pone en marcha***

procedimientos encaminados a comprobar si en determinado caso se configuró el contrabando, vulnera el principio de la buena fe, toda vez que demostrado aquel con arreglo a las disposiciones legales correspondientes y con estricta observancia del debido proceso, lo que acontece es que se desvirtúa mas no se desconoce la presunción (de inocencia) que en principio amparaba a la persona".

3. **DECISION.-** En consideración a lo expuesto la Corte confirma el fallo proferido tanto por el Juzgado 16 Penal del Circuito como el fallo emitido por el Juzgado 13 Penal del Circuito.

C.- SENTENCIA Nº T-469/92:

M. P. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

1. **Hechos.-** *Ciento veintiocho (128) personas, todos presuntamente domiciliados en el municipio de Castilla la Nueva (Meta), presentaron acción de tutela ante el Juez Promiscuo Municipal de Castilla la Nueva (Meta), solicitando se les tutele el derecho al voto consagrado en el Art. 258 de la C. P. Los tutelantes se inscribieron para ejercitar el derecho al voto en el municipio mencionado, a efectos de participar en los comicios electorales de marzo de 1.992. El Consejo Nacional Electoral detectó un aumento irregular en el censo electoral de Castilla la Nueva y por tal razón expidió una Resolución Administrativa mediante la cual dejó sin efecto las inscripciones de cédulas realizadas en este municipio entre el 8 y el 17 de enero de 1.992. El Juez Promiscuo Municipal de Castilla la Nueva (Meta) se declaró incompetente para conocer de la tutela, argumentando que la sede principal del Consejo Nacional Electoral era Bogotá, y remitió la tutela a los Jueces municipales de esta ciudad. Conoció de la demanda por reparto el Juzgado 42 Penal Municipal, quien resolvió desfavorablemente la tutela argumentado*

que se trata de un asunto eminentemente político y que existen otros mecanismos legales para dilucidar los aspectos reseñados, razón por la cual la tutela es improcedente en términos del Decreto 2591 de 1.991. La Corte conoce del asunto en razón de la facultad que tiene para revisar los fallos de tutela.

2. CONSIDERACIONES O ARGUMENTOS DE LA CORTE.

- Observa la Corte en primer lugar que fue irregular que el Juzgado Promiscuo Municipal de Castilla la Nueva se declarara incompetente para conocer del asunto.

La presunta violación del derecho tutelado ha ocurrido en jurisdicción del municipio donde tiene asiento el Juzgado, pero además las Resoluciones del Consejo Nacional Electoral son de orden nacional y por tanto pueden ser objeto de acción de tutela en todos los municipios del país. Pasa luego la Corte a analizar el problema concreto, y encuentra que lo que se busca tutelar son derechos políticos y específicamente el Derecho al Voto. Analiza la Corte que con la vigencia de la nueva Constitución, pasamos de una democracia representativa a una democracia participativa, lo que implica que los administrados no se limitan a votar cada cierto tiempo, sino que tienen una injerencia directa en las decisiones, ejecución y control de la gestión estatal. Así lo dispone el Art. 40 de la Carta, derecho que es de aplicación inmediata. En una democracia participativa, el derecho político es un derecho fundamental, y dentro de dicha clasificación el derecho al voto constituye no solo un derecho sino un deber ciudadano que la ley puede reglamentar para implementar su ejercicio. Las elecciones para la escogencia de autoridades locales están revestidas de la protección constitucional a fin de garantizar la efectividad del derecho.

Esto es expresión de la autonomía territorial consagrada en el Art. 1º en concordancia con el numeral 1º del artículo 287 de la Carta Política. De acuerdo con el Art. 1º de la Ley 2ª de 1.992 se entiende que quien vote en las elecciones del 8 de marzo de 1.992, declara bajo gravedad del juramento residir en el respectivo municipio donde ejerce el derecho. El ejercicio de este derecho como el de todos los derechos del ciudadano, esta sometido al respeto al principio de la **Buena Fe**, que la Corte entiende como "(...) *una causa o creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella (...) La buena fe es una causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico. La buena fe se considera como una causa de exclusión de la culpabilidad en un acto formalmente ilícito y por consiguiente como una causa de exoneración de la sanción o por lo menos de atenuación de la misma (...)* **Con la constitucionalización del principio de la buena fe, se logra que éste se convierta en eficaz instrumento para lograr que la administración obre con el criterio rector de la efectividad del servicio público por encima de las conductas meramente formales que han desnaturalizado su esencia**".

De acuerdo con el planteamiento de la Corte luego de citar a Wieacker, Larenz y González Pérez, reconoce que la **Buena Fe** es en últimas el principio que protege el valor ético de la confianza. Sobre esta base la Corte concluye que estando consagrado el Derecho Político como base de la democracia participativa, y el derecho al voto como el mecanismo idóneo de participación, su ejercicio se sustenta en la confianza que la administración tiene en sus administrados, de que estos obran con lealtad y sinceridad en su ejercicio y que por ende la **Buena Fe** se presume. Ahora bien, independiente de este hecho, lo cierto es que frente al asunto en estudio, si bien el Derecho fundamental al voto pudo haber sido violado, los tutelantes

podían recurrir a otro medio ordinario que les permitiera proteger su derecho, ese medio era la acción de nulidad ante el Contencioso Administrativo. Por otra parte observa la Corte que revisando la resolución atacada, esta no viola de manera directa el derecho al voto, por que si bien anula la inscripción efectuada en Castilla la Nueva, permite que los afectados con esta medida ejerzan su derecho al voto en el municipio donde tenían derecho a votar conforme al Censo Electoral vigente con anterioridad a la resolución.

3. DECISION.- Con fundamento en los argumentos atrás expuestos la Corte decide confirmar el fallo del Juzgado 42 Penal Municipal de Bogotá.

D.- SENTENCIA T-475/92:

M. P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

1. HECHOS.- *La secretaría de Planeación de Popayán mediante resolución administrativa, otorgó licencia de funcionamiento a un ciudadano, para que este explotara un establecimiento de comercio destinado al juego de billar. Los vecinos de la urbanización en la que se encontraba ubicado el establecimiento de comercio, presentaron una queja a la Alcaldía Municipal alegando que el establecimiento de comercio y las actividades allí realizadas eran nocivas para sus hijos, así como para la imagen de decoro y tranquilidad de la comunidad. En respuesta a la petición formulada por los vecinos, la Alcaldía Municipal de Popayán remitió oficio al propietario del establecimiento de comercio solicitándole abstenerse de adelantar la adecuación de su establecimiento. Posteriormente otro grupo de vecinos dirigió comunicación a la Alcaldía Municipal manifestando su apoyo a la instalación del billar y defendiendo el juego como hidalgo y un medio idóneo para el esparcimiento de la ciudad. El propietario del local afectado con la*

medida de suspensión de la licencia de funcionamiento, interpuso acción de tutela ante el Juez Laboral del Circuito de Popayán alegando la inminencia de un perjuicio económico irremediable, pues mientras la justicia contenciosa Administrativa decide la acción, habría dejado de percibir los frutos económicos de una inversión de dinero cercana a los DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000,00). El Juzgado Laboral del Circuito de Popayán tuteló el derecho y ordenó la suspensión de la orden impartida por la Alcaldía Municipal de Popayán. El Juzgado consideró que los derechos de petición y trabajo fueron violados con el acto administrativo atacado, y que a pesar de que estos derechos podían ser protegidos a través de otros medios legales, el perjuicio que reportaría el tutelante mientras ejercitaba esas acciones era considerable e inminente. La Corte entra a revisar el fallo en cumplimiento de su función constitucional.

2.- CONSIDERACIONES O ARGUMENTOS DE LA CORTE.- El Derecho que se busca tutelar, en consideración de la Corte es el Derecho al Trabajo. El acto que ataca ese derecho fundamental es una actuación de la administración que revoca una decisión previa que era favorable al tutelante. La Corte considera que con la conducta de la administración además de este derecho se habrían podido violar otros derechos fundamentales, así por ejemplo el derecho a escoger profesión u oficio (C. P. Art. 26), al libre desarrollo de la personalidad (C. P. Art. 16) y los derechos constitucionales de libre empresa y libertad económica (C. P. Art. 333). Reitera la Corte que en el caso de la protección al Derecho al Trabajo, la concepción de este es amplia pues tiene que ver con toda actividad humana libre, consciente y noble, necesaria para la vida y generadora de capital y de instrumento de labores. Asegura la existencia material del hombre y su familia, y se protege no solo el trabajo subordinado y dependiente, sino igualmente el trabajo no subordinado y libre ejercido a iniciativa personal de cada individuo. En este tipo de trabajo el derecho al trabajo implica el derecho a explotar un

establecimiento de comercio donde se desarrollen actividades honestas y dignas, caso del billar que es un deporte de inteligencia y habilidad. El ejercicio del derecho al trabajo comporta igualmente el acceso al sitio de trabajo o lugar donde se desempeña la labor. Este derecho esta íntimamente relacionado con el derecho a escoger profesión u oficio regulado por el Art. 26 de la Carta Política, esta libertad constituye un límite para el legislador, esto por cuanto la ley puede regular la practica de las profesiones, más no es lícito regular su escogencia.

La escogencia de un oficio es una libertad civil de primer orden. Dentro del marco de reglamentación que el legislador tiene frente al ejercicio de profesiones o actividades laborales, se enmarca el otorgamiento de licencias de funcionamiento de establecimientos de comercio. Dicha actividad tiene que ver con el ejercicio de la facultad de policía administrativa que le compete a la rama ejecutiva del poder público. Esta facultad le permite limitar las libertades individuales cuando la necesidad de preservar el orden público así lo exija, entendido éste como la conservación material de la tranquilidad, seguridad, salubridad o moralidad publicas. *"(...)La actuación de la autoridad publica en desarrollo de sus funciones de policía administrativa debe adecuarse a un margen objetivo de apreciación, evitando la desviación o abuso de las competencias estatales. Los parámetros utilizados para verificar el cumplimiento de los precisos requisitos que habilitan el ejercicio de una libertad individual son aquellos socialmente aceptados, predecibles y racionalmente justificables y, ante todo, proporcionales a la finalidad que se pretende alcanzar. La objetividad de los criterios de apreciación depende del contexto social y del momento histórico en que se encuentra el individuo y la autoridad".*

Esa facultad de policía administrativa y en general las actuaciones de la administración, está sometida al imperio de la Constitución y de la Ley, pero

igualmente a la aplicación de los principios generales del derecho, dentro de los cuales la **Buena Fe** resulta ser un principio fundamental. "(...)La buena fe ha pasado de ser un principio general del derecho para convertirse en un postulado constitucional (C.P. art. 83). Este trascendental principio exige de los particulares y de las autoridades ceñirse en sus actuaciones a una conducta honesta, leal y acorde con el comportamiento que puede esperarse de una persona correcta ("vir bonus")...La administración y el administrado deben adoptar un comportamiento leal en el perfeccionamiento, desarrollo y extinción de las relaciones jurídicas. Este imperativo constitucional no sólo se aplica a los contratos administrativos, sino también a aquellas actuaciones unilaterales de la administración generadoras de situaciones jurídicas subjetivas o concretas para una persona. El ámbito de aplicación de la buena fe no se limita al nacimiento de la relación jurídica, sino que despliega sus efectos en el tiempo hasta su extinción (...) El principio de la buena fe incorpora la doctrina que proscribe el "**venire contra factum proprium**", según el cual a nadie le es lícito venir contra sus propios actos. La buena fe implica el deber de observar en el futuro la conducta inicialmente desplegada, de cuyo cumplimiento depende en gran parte la seriedad del procedimiento administrativo, la credibilidad del Estado y el efecto vinculante de sus actos para los particulares. La revocatoria directa que se manifiesta 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".

En el caso en estudio, encuentra la Corte que el Municipio de Popayán al haber originalmente otorgado la Licencia de funcionamiento del Billar al tutelante y luego proceder a revocar tal licencia, actuó la administración de mala fe, pues incurrió en el "**venire contra factum proprium**", de modo que

se vulneraron los derechos del ciudadano y se birló su confianza y la buena fe puesta en el Estado. Concluye la Corte que frente a un riesgo inminente de sufrir perjuicio el tutelante, debe salvaguardarse su derecho al trabajo, y por ende confirma la Sentencia emitida por el Juez Laboral del Circuito.

El Dr. **EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ** discrepó de la decisión de la mayoría y en salvamento de voto sostiene que el acto administrativo atacado con la tutela era susceptible de ser protegido mediante una acción ordinaria ante el contencioso administrativo, "*(...)la institución de la tutela no vino a sustituirla ni a desplazarla y que resulta indispensable armonizar, en esta como en otras materias, el artículo 36 de la Constitución y las normas del Decreto 2591 de 1.991 con los demás preceptos de la Carta y con el resto del ordenamiento jurídico, de modo tal que los diversos ámbitos de competencia se enmarquen dentro de la órbita que el sistema jurídico señala a cada uno*" en conclusión en el caso presente para el magistrado que hace el salvamento, el caso no era de aquellos que pudieran calificarse como de irremediables, y por ende el acto administrativo debió ser atacado mediante procedimientos ordinarios.

3. DECISION.- Con fundamento en los argumentos atrás expuestos la Corte resuelve confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Popayán, pero adiciona la Sentencia tutelando transitoriamente, hasta el pronunciamiento definitivo de la Justicia Contencioso Administrativa, los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de escoger profesión u oficio.

E.- SENTENCIA Nº C-575/92

M. P. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

1. HECHOS.- *El ciudadano Raimundo Emiliani Roman demanda por inconstitucional el Artículo 68 de la Ley 49 del 28 de diciembre de 1.990, concretamente los numerales 2º y 3º; norma que ordena a las Cajas de Compensación Familiar constituir un fondo para el subsidio familiar de vivienda. El numeral 2º prevé que los recursos obtenidos en el Fondo y no aplicados a los afiliados de la propia caja serán destinados a cubrir préstamos a afiliados de otras cajas de compensación familiar, y el numeral 3º prevé la utilización de los recursos no aplicados a afiliados de la propia caja o de otras cajas para ser destinado a préstamos a no afiliados a las cajas de compensación familiar cuyos ingresos sean inferiores a cuatro salarios mínimos mensuales. El demandante considera que las normas mencionadas son inconstitucionales, en la medida en que violan el Art. 58 de la Carta, por cuanto los dueños de los recursos colocados en el Fondo de Vivienda son los afiliados a las Cajas de Compensación Familiar, por lo tanto se atenta contra el derecho de propiedad. Igualmente se violenta el Art. 83 de la Carta relativo a la buena fe, por cuanto se induce a las Cajas a traicionar la confianza que depositan en ellas sus afiliados al destinar recursos aportados a beneficiar a no afiliados.*

2. CONSIDERACIONES O ARGUMENTOS DE LA CORTE.- La Corte analiza el concepto de dignidad en el Estado social de Derecho, afirmando que la persona es la razón de ser y el fin del poder político en una estructura constitucional basada en un Estado personalista. La Carta no solo propende por la protección de la persona sino igualmente por su dignidad, que implica el que el individuo se desarrolle dentro de un marco de condiciones materiales y espirituales que le permitan vivir con dignidad. El artículo 1º de la Carta funda el Estado Colombiano sobre el principio de la solidaridad que implica la ayuda mutua y la existencia de un orden justo e igualitario para todos. Es decir, no se puede predicar un Estado solidario si además no es justo.

Es gracias a ella que se puede arribar a la dignidad, la solidaridad es un deber constitucional que le incumbe a todos los ciudadanos. La solidaridad como deber tiene como contrapartida la solidaridad como derecho que se ubica en la seguridad social consagrada en el Art. 48 de la Constitución. Los recursos del Estado tienen una finalidad esencial que es lograr satisfacer la procura existencial de los ciudadanos, es decir, la satisfacción de sus necesidades básicas. Dentro de ellas la vivienda y el derecho a una vivienda digna tienen un sitio fundamental cuando de seguridad social se trata. El derecho a la vivienda digna determina la obligación del Estado de proveer y crear los mecanismos para que la mayor parte de la población resuelva su problema de vivienda, logrando adquirir un sitio donde ubicarse con su familia, para que viva en forma decorosa.

Esto solo se logra en la medida en que se aplique el principio de la solidaridad según la cual los que más tienen deben sostener y apalancar las necesidades de los que menos poseen. En ese orden de ideas la actividad económica y la iniciativa privada, sí bien son libres, están limitadas al interés general, merced al objetivo primario que se busca con la obtención y generación de riqueza que no es otra cosa que el bien común. Así lo expresa el Art. 333 de la Carta Política.

En este orden de ideas el principio de la **Buena Fe** "pretende simultáneamente proteger un derecho y trazar una directiva para toda gestión institucional. **El destinatario de lo primero es la persona y el de lo segundo el Estado. El derecho que se busca garantizar con la presunción de la buena fe es el derecho de las personas a que los demás crean en su palabra (...)**Y el principio de gestión estatal que se encuentra subyacente con la buena fe es el de la **celeridad, eficiencia y economía**, consagrados por el artículo 209 de la Carta". En este orden de

ideas, considera la Corte que al analizar el caso concreto y aplicarle estos principios se encuentra que los recursos manejados por las Cajas de Compensación Familiar no son propiedad privada de los trabajadores, sino que corresponden a un fondo solidario del sector de los trabajadores remunerados, recursos estos que deben cumplir una función solidaria. En primer lugar satisfacer las necesidades que en el caso concreto de las normas atacadas, se refieren a vivienda digna de los afiliados a las Cajas, y en la medida en que queden remanentes una vez satisfechas estas necesidades, solidariamente ayudar a cubrir las necesidades de otros trabajadores afiliados a otras cajas e incluso a aquellos trabajadores no remunerados que de manera independiente o de manera informal participan en el sector productivo pero que no están afiliados a caja de compensación familiar alguna. *"(...)se está promoviendo la solidaridad como principio constitucional orientado a la realización económica vertical - de los trabajadores de más altos ingresos hacia los que sólo devengan hasta cuatro salarios mínimos -, y la compensación económica horizontal - entre sectores de los trabajadores dependientes y los independientes -."* Por otra parte, *"(...) el recaudo y la destinación de los recursos objeto de regulación de las normas atacadas, son una limitación legal de la libertad de empresa, plenamente justificada por la solidaridad"*. Planteadas así las cosas, no puede admitirse que se viola el principio de la **Buena fe**, entre los administradores de las Cajas de Compensación Familiar y los empleadores y trabajadores afiliados, cuando el dinero pagado por los empleadores se destina a trabajadores diferentes a los afiliados, por cuanto dicha destinación se inscribe en la dignidad humana.

3. DECISION.- La Corte resuelve declarar exequibles los numerales 2º y 3º del artículo 68 de la Ley 49 de 1.990.

F.- SENTENCIA Nº T-098/94

M. P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

1. HECHOS.- *Una afiliada a la Caja de Seguridad Social de Risaralda CASERIS, formula acción de tutela para que se proteja su derecho fundamental a la salud y la seguridad social, así como el derecho a la igualdad. La tutelante plantea que el 25 de agosto de 1.994 solicitó verbalmente la afiliación de su esposo a la Caja de Compensación, anexando los documentos indispensables para obtener la afiliación. La funcionaria que la atendió le informó que los estatutos de la Caja prevén que solo las personas de sexo masculino pueden afiliar a sus cónyuges o compañeras permanentes, en tanto que las mujeres afiliadas no pueden afiliar a sus esposos para disfrutar del servicio de asistencia social. La tutela fue resuelta desfavorablemente por el Juez 5 Penal Municipal de Pereira, quien sostuvo que el derecho a tutelar era el de petición que esta sometido a unos requisitos vitales y que toda acción legítima encaminada a declarar la afectación de un derecho constitucional, ha de tener un marco jurídico básico. Se afirma que el elemento formal en el ejercicio del derecho de petición garantiza el debido proceso y es un componente material del acto, que le da objetividad y permite su impugnación. A juicio del Juez de tutela no se puede exigir derecho de petición y por consiguiente a través de él reclamar otros derechos fundamentales mediante presencias verbales sin que quede una petición formal y concreta por decidir.*

En esa medida la petición verbal de la tutelante no podía tenerse como un verdadero derecho de petición, de allí que no hay en sentido estricto derecho vulnerado. La decisión no fue impugnada y la Corte la conoce merced a la facultad constitucional de revisión.

2. CONSIDERACIONES O ARGUMENTOS DE LA CORTE.- *La Corte analiza la valoración que hace el Juez de tutela al restar relevancia jurídica a*

la indagación oral y a su contestación formulada por la tutelante. Estudia la Corte el derecho de petición y encuentra que tanto la Constitución Política como el Código Contencioso Administrativo, no señalan una formalidad especial para ejercitarlo, e incluso avalan el que las peticiones puedan ser verbales. Igualmente el estatuto de Caseris no hace exigencia formal alguna. *"No consagran un deber u obligación de elevar en forma escrita la solicitud de inscripción de las personas que pretenden ser afiliadas por parte de sus miembros".* Destaca la Corte *" (...)la tendencia racionalizadora de la actividad estatal, que propugna la formalización de los asuntos que se suscitan entre el Estado y los particulares, debe ser morigerada, en lo posible, con la posibilidad constitucional y legal de ejercer verbalmente o por escrito el derecho fundamental de petición conforme cabe esperar del estado social de derecho (...) **amén de que el principio de la buena fe (C. P. ART. 85) ampara, en principio, salvo norma positiva en contrario, la innovación verbal de petición**".* Desde esta óptica, preocupa a la Corte que el Juez de tutela haya de plano desechado como válida y justa la petición verbal expresada por la tutelante, y que no haya considerado la posibilidad de que de esta petición se derivaran derechos violados. *"La Cnstitución claramente establece que cuando un derecho o actividad hayan sido reglamentados de manera general las autoridades no podrán establecer ni exigir permisos, licencias ni requisitos adicionales para su ejercicio (C. P. Art. 84).*

*A su vez, **desconoce el principio de buena fe, que se presume en todas las actuaciones que adelanten los particulares ante las autoridades (C. P. Art. 83), la apreciación según la cual no es más que una conducta ligera optar por el uso de la palabra para solicitar de la autoridad el reconocimiento de un derecho cuando, como se ha dicho, las propias "ritualidades" de la entidad no establecen que dicha petición deba manifestarse por escrito y, mucho menos, dada la simplicidad del***

trámite, que la solicitud deba plasmarse en formularios preelaborados y diligenciados de acuerdo con las normas internas".

Igualmente se observa que el Juez de tutela enfocó mal la acción promovida, pues la redujo a un problema de derecho de petición, y paso por alto que la prohibición de afiliar al cónyuge de la tutelante viola fundamentalmente el derecho a la igualdad como consecuencia de un trato discriminatorio por razón de sexo. En este orden de ideas y luego de analizar con detenimiento el Derecho a la Igualdad y la histórica discriminación de la mujer en nuestro país, así como las razones que justifican la diferencia de trato, concluye la Corte que el Derecho a la igualdad y el derecho de petición debieron haber sido tutelados por el Juez de tutela.

3. DECISION.- La Corte determina revocar el fallo del Juez 5 Penal Municipal de Pereira y conceder la tutela a la demandante.

G.- SENTENCIA T-532/95

M. P. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

1. HECHOS.- *Un testigo sin rostro tutela a la Fiscalía General de la Nación, solicitando se le proteja el derecho a la vida. El tutelante informa que en el año de 1.994 acudió a la Fiscalía Regional de Medellín y expuso tener conocimiento sobre el homicidio cometido en la persona de una juez de la república, información que ofreció suministrar a cambio de protección en los Estados Unidos de América. La Fiscalía General de la Nación aceptó el ofrecimiento y el testigo a cambio de su versión recibió visa norteamericana tanto para él como para su hermana. El testigo permaneció en los Estados Unidos por seis (6) meses termino de la visa que había recibido y al finalizar el plazo regresó a Colombia a efectos de reclamar una recompensa en otro*

asunto, por haber denunciado una propiedad de narcoterroristas. El 19 de enero de 1.995 regresó a los Estados Unidos y allí fue interrogado por las autoridades de inmigración sobre las razones del regreso tan pronto a los Estados Unidos, a raíz de la entrevista con las autoridades norteamericanas, la visa le fue cancelada y el testigo deportado. Frente a esta situación el testigo acudió ante el nuevo fiscal general de la nación para obtener una nueva visa. El tutelante después de muchos intentos, fue finalmente atendido por el Jefe de Protección a Testigos, quien le ofreció ayudarlo a recuperar la visa y que, en caso de no ser ello posible, se le ofrecería protección en Colombia, dándole una mensualidad hasta que consiguiera trabajo. La Embajada de Estados Unidos en forma definitiva negó el otorgamiento de la visa. Dijo el demandante que se le ofreció por parte de la Fiscalía traslado a México pero que la Fiscalía le perdió el pasaporte; finalmente plantea el tutelante que la Fiscalía no mantuvo su palabra y no dio cumplimiento a los ofrecimientos acordados. Conoció de la acción de tutela el Juzgado 21 de Familia de Bogotá quien tuteló los derechos del actor. Entra la Corte a estudiar el asunto en razón de la facultad de revisión prevista por la Ley.

2. CONSIDERACIONES O ARGUMENTOS DE LA CORTE.- Afirma la Corte que "(...)Cuando la Constitución exige que las actuaciones de los particulares y de las autoridades se ciñan a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas, **consagra un postulado que obliga a las entidades y a los servidores públicos a revisar radicalmente la posición que tradicionalmente han venido observando ante el ciudadano**, marcada por la prevención y la mala voluntad. Tal principio exige de gobernantes y gobernados el compromiso de obrar honestamente y desprevendidamente, en el marco de unas relaciones de mutua confianza, de tal manera que, sometidos todos al orden jurídico y dispuestos a cumplir sus disposiciones con rectitud, no haya motivo alguno de recelo. **La norma en mención no obliga tan sólo al**

particular sino que se aplica con igual severidad al servidor público, que ni puede presumir la mal fe de la persona respecto de la cual cumple su función, ni le es permitido, en lo que toca con sus propios deberes, asumir actitudes engañosas o incorrectas"(El resaltado es nuestro).

La Corte considera que en el caso *Sub Judice* las prerrogativas y beneficios prometidos al tutelante, implicaban frente a la égida del principio de la **Buena Fe** la veracidad y exactitud de los testimonios rendidos por el colaborador de la justicia, pero correlativamente imponían al Estado a través de la Fiscalía General de la Nación el cumplimiento de lo prometido, de forma tal que "(...) *no es actitud admisible en el ente oficial que demanda la colaboración la de ofrecer beneficios que no esta seguro de poder conferir, o que no dependen de su propia decisión...*"; en este orden de ideas y considerando que la Ley 104 de 1.993 en su artículo 63 y siguientes creó el Programa de Protección a Testigos, y que dicha norma prevé la protección especial para el caso de testigos que estén en riesgo de sufrir agresión contra su vida, situación que es la que se predica en el caso del tutelante, resulta pues que le asiste razón al exigir se le tutele el derecho a la vida. Sin embargo la protección prevista no puede tener el alcance de obligar a otros Estados sobre los cuales el Juez de tutela no tiene jurisdicción, a que otorgue visa o cualquier otra modalidad de residencia, pues esta prerrogativa es exclusiva y soberana de cada Estado, de modo tal que por vía de tutela ni por cualquier otro medio legal se puede pretender una protección de este tipo.

La Fiscalía, en concepto de la Corte, no puede ni debe prometer modalidades de protección, a menos que goce de la seguridad de poder otorgarlas, hacer ofrecimientos que carezcan de un respaldo y seguridad de cumplimiento, es violentar el principio de la buena fe. Recalca la Corte que pese a que en el caso en estudio, el testigo violó la reserva sobre su

identidad, esto al tratar el tema públicamente, a más que su intención siempre fue, única y exclusivamente, la de obtener la visa norteamericana para él y para una hermana suya, lo cierto es que de buena fe creyó, que tenía derecho a una protección estatal y que ella consistía en asegurarle las visas atrás referidas, esto deducido de la conducta de los funcionarios de la Fiscalía, quienes pese a no incluirlo en el programa de protección de testigos, intervinieron como gestores ante la Embajada de los Estados Unidos en Bogotá, para lograr el otorgamiento de la visa al testigo y a su hermana. Por ello el tutelante, consideró de buena fe haber sido burlado por la fiscalía.

En este orden de ideas "(...) fue acertada la decisión del juez de instancia en el sentido de ordenar que se evaluara si era pertinente incluirlo en el programa de protección, con miras a evitar cualquier daño a su vida, que fue el derecho fundamental invocado".

C. DECISION.- La Corte Constitucional resuelve confirmar la Sentencia proferida por el Juez 21 de Familia de Bogotá y ordena Oficiar a la Fiscalía General de la Nación, para que coordine con las autoridades de policía las medidas encaminadas a la protección de la vida e integridad del tutelante y la vida e integridad de su familia.

H.- SENTENCIA T-548/96

M. P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

1. HECHOS.- *El Defensor del Pueblo del municipio de Cúcuta, en representación de un grupo de recicladores que ocupaban desde hacia cinco (5) años, las márgenes izquierda y derecha del Río Pamplonita, sector del*

Paseo Los Próceres "Malecón", tuteló solicitando se proteja el Derecho Fundamental a la igualdad, la libre circulación, el trabajo, la familia, la seguridad social, la vivienda y la propiedad. Se afirma que tales derechos fueron violados por la Alcaldía Municipal de Cúcuta quien pese a haber permitido durante los últimos cinco (5) años la permanencia de los tutelantes en las márgenes del río atrás señalado, procedió a emitir resolución administrativa que ordenó el lanzamiento físico de todas y cada una de las personas ubicadas en el área, esto con el objeto de recuperar el espacio público. La diligencia de Lanzamiento se intento practicar parcialmente pero fue evitada por el Defensor del Pueblo merced a la tutela instaurada ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta quien concedió la tutela. Apelada la determinación, conoció la H. Corte Suprema de Justicia quien revocó la Sentencia y denegó el amparo pedido. Entra a conocer la Corte Constitucional del asunto, merced a la facultad de revisión.

2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.- La Corte manifiesta que es legítima la actuación de la autoridad que, en ejercicio del poder de policía, ordena el desalojo de aquellas personas que, de manera irregular, ocupan el espacio público. Sin embargo, la llamada *teoría de la confianza legítima*, que encuentra su fundamento en el principio general de la **Buena Fe** indica que el interés general "(...) obliga a tener en cuenta los intereses de los administrados que, al ver notable y súbitamente alterada una situación en cuya durabilidad podían confiar, merecen obtener la protección consistente en el otorgamiento del tiempo y de los medios necesarios para lograr una adecuada readaptación, sin que ello implique donación o indemnización en su favor o desconocimiento del principio del interés general que fija un límite al contenido y al alcance del principio de la confianza debida". La Corte sostiene que el hecho de que los tutelantes habitaran desde hacia cinco (5) años los terrenos objeto de la medida, implicaba que la administración de forma tácita y merced a su actitud permisiva, generó en los ocupantes la

confianza legítima de que podrían permanecer en los sitios ocupados. Frente a esta realidad, debe cumplirse la medida de desalojo, pero previo el otorgamiento a los invasores de un término prudencial de dos meses, para que estos puedan reubicarse, reubicación que le compete a la administración municipal.

3. DECISION.- Con fundamento en lo expuesto, la Corte decide tutelar el derecho de los invasores, confirmar parcialmente la Sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta y ordenar al Alcalde Municipal de Cúcuta que coordine con las autoridades a su mando, para que en un plazo de dos (2) meses contados a partir de la notificación del fallo, procedan a reubicar a las personas tutelantes.

I.. SENTENCIA T-174/97

M.P. JOSÉ GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

1. HECHOS.- *Un ciudadano que trabajó como celador en un Colegio Distrital de Bogotá D. C., solicita se le tutele el Derecho fundamental al Trabajo y esencialmente a una remuneración justa, en la medida en que laboró desde el 17 de agosto de 1.993 hasta el 17 de febrero de 1.994 mediante autorización proferida por la Secretaría de Educación del Distrito Capital, pero sin ser nombrado mediante Resolución administrativa, acto que solo se produjo el 30 de diciembre de 1.993 y habiéndose posesionado del cargo el 17 de febrero de 1.994. El tutelante había presentado derecho de petición ante la Secretaria de Educación para que esta entidad le cancelara las sumas correspondientes a salarios, subsidio de transporte, alimentación, horas extras, diurnas y nocturnas, dominicales y festivos, compensatorios y, en general, por las prestaciones sociales causadas durante el lapso comprendido entre el 17 de agosto de 1.993, fecha en que*

efectivamente comenzó a prestar el servicio contratado y el día de la posesión del cargo, es decir, el 17 de febrero de 1.994. La Secretaria de Educación del Distrito Capital contestó la petición informándole que no puede hacerle pago alguno por el tiempo laborado, pues sólo a partir de la posesión, y reconocida la novedad por la oficina correspondiente, tenía su salario justificación legal. La tutela fue presentada ante la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien por fallo de 24 de septiembre de 1.996 la estimo improcedente por existir otros medios para la efectiva defensa judicial del accionante. Entra la Corte a estudiar el asunto, merced a su obligación de revisar las tutelas.

2. CONSIDERACIONES O ARGUMENTOS DE LA CORTE.- Considera la Corte que de acuerdo con el Artículo 25 de la Constitución Política, el trabajo merece la especial protección del Estado en todas sus modalidades.

Se recalca que el trabajo debe ser preservado en condiciones dignas y justas, es decir, sobre el supuesto de que quien aporta su esfuerzo a cambio de la remuneración es un ser humano. La protección debe velar por la creación de condiciones normativas adecuadas a los mismos fines. Tales normas deben propugnar por la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales. El trabajo debe ser remunerado proporcionalmente a su cantidad y calidad, y en esta medida todo trabajo debe ser remunerado desde el primer minuto en que se presta, la prestación efectiva del trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos a favor del trabajador.

La prestación laboral es intrínsecamente la misma así se satisfaga frente a un sujeto privado o ya se realice frente al Estado. En el caso en estudio, la Corte afronta considerar la situación de un trabajador que ha laborado en

efecto antes de que sea solemnizado el vínculo correspondiente por la firma del contrato o por el nombramiento y posesión. Hay aquí a juicio de la Corte posible imprudencia del patrono por haber precipitado o anticipado la prestación de los servicios sin el cumplimiento de los requisitos necesarios para legalizar la relación laboral. Existe una clara responsabilidad del nominador, por permitir o proporcionar que las labores de quien todavía no es servidor público principien a ejecutarse de manera anticipada, más todavía si para el pago no hay partida presupuestal. Ahora bien, ninguna de estas circunstancias puede justificar que el pago del salario y prestaciones del funcionario por el tiempo laborado sin estar formalmente vinculado a la administración, quede burlado. El trabajador no es el responsable de que se hubiera comenzado a aprovechar sus servicios antes del cumplimiento de los trámites legales del caso. La orden de trabajo, verbal o escrita, compromete a la entidad y genera derechos a favor del trabajador. El solo hecho de que éste inicie sus labores obliga al pago, independientemente de la responsabilidad de quien lo haya vinculado irregularmente.

La Constitución Nacional consagra el principio fundamental de la buena fe en el Art. 83 que debe regir las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas. En una organización social civilizada, los asociados deben presumir la buena fe de los demás. Se espera que actúen bajo la convicción que el otro no les engaña. *"El principio de la buena fe es de doble vía, puesto que se predica de las actuaciones, tanto de los particulares como de las autoridades públicas (...) las actuaciones de la propia administración establecen un marco de referencia indispensable que señala a los particulares la conducta que se les permite, se les impone o se les estimula, por lo cual, dados los presupuestos trazados por la propia autoridad pública, no le es lícito desconocerlos, para deducir después conclusiones o medidas negativas que afectan a quien obró de buena fe, basado en aquellos (...) la administración está obligada a ser consecuente consigo misma y a no asaltar*

la buena fe de los particulares (...) Vale destacar que el principio de la buena fe adquiere una especial relevancia cuando la actuación de la autoridad pública está relacionada con el derecho al trabajo”.

Si bien en el caso *sub judice*, el actor cuenta con otros medios legales para lograr el reconocimiento de sus derechos, no menos cierto es, que en desarrollo del principio de la efectividad de los derechos, la Corte ha admitido que pese a la subsidiariedad de la acción de tutela, cuando la otra acción que tendría el tutelante no resulta idóneo para lograr el concreto, cierto y real amparo del derecho amenazado, es viable recurrir a la tutela.

Este es el caso presente. Por todo lo expuesto la Corte decide tutelar el derecho del demandante.

3. DECISIÓN.- La Corte revoca el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, de 24 de septiembre de 1.996, concede la tutela de los derechos fundamentales a la vida y al trabajo en condiciones dignas y justas y, en consecuencia ordena al Fondo Educativo Regional, FER, Distrito Capital de Bogotá, pagar al demandante, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos liquidados sobre el periodo laborado y no pagado al tutelante.

J. SENTENCIA T-001/97

M.P. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

1. HECHOS.- *Cuatrocientas setenta personas (470), exempleados y pensionados de la Empresa Puertos de Colombia - FONCOLPUERTOS mediante aproximadamente treinta y cuatro (34) acciones de tutela diversas,*

solicitan se les tutele el derecho a la vida, a la igualdad, al trabajo, a la integridad física, a la seguridad social y al debido proceso, solicitando se les reconozcan y paguen en forma inmediata las prestaciones sociales a que tienen derecho. Algunas tutelas agregan se le proteja el derecho a la dignidad humana y la obligación estatal de proteger especialmente a las personas de la tercera edad. Es de destacar que un total de setenta y tres (73) accionantes ejercieron la misma acción en dos (2) oportunidades, seis (6) peticionarios ejercieron la misma acción en tres (3) ocasiones, lo que claramente deja ver que se presentaron acciones dolosas o de mala fe. Las tutelas fueron tramitadas en diferentes juzgados y en tribunales superiores de distrito judicial, particularmente de Bogotá. La gran mayoría de las tutelas fueron acogidas amparando el derecho a la igualdad, otras en menor cantidad negaron el amparo con el argumento de que existen medios alternativos de defensa judicial para la protección de los derechos surgidos de la relación laboral. La Corte entra a revisar los fallos en su condición de máxima corte en materia constitucional.

2. CONSIDERACIONES O ARGUMENTOS DE LA CORTE.- Inicia el estudio la Corte analizando la naturaleza jurídica de la Acción de Tutela como un recurso residual y extraordinario, que tiene una finalidad exclusiva, que no es otra que la protección efectiva de los Derechos Fundamentales. En este orden de ideas, la Corte recuerda el texto del Art. 86 de la Carta que establece que la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo para evitar un perjuicio irremediable.

Estudia la Corte que se debe entender por un perjuicio irremediable, y a la par, qué se entiende por medio de defensa judicial, concluyendo que el perjuicio irremediable, es decir, aquel que es irreparable, es el que genera un perjuicio patrimonial; y correlativamente entiende que el medio judicial debe

ser idóneo, es decir, suficiente para la protección real y efectiva del derecho fundamental afectado. Si el medio judicial no es idóneo, y esa idoneidad se pierde por que el medio formalmente sea el normal para resolver el caso, más no el efectivo en términos de pronta justicia por cuanto su tramite hace tardío e inútil el fallo, cabe la acción de tutela. El juez de tutela se limitará en tales casos a brindar una protección urgente encaminada exclusivamente a impedir de manera oportuna la violación irreversible de los derechos fundamentales materia del proceso, pero se conserva la competencia natural del juez natural, para que en proceso ordinario en forma definitiva falle el asunto puesto a su consideración, proceso que debe instaurarse dentro de los cuatro (4) meses siguientes al fallo de tutela temporal. En el caso de procesos que tienen que ver con cuestiones laborales, la Corte ha admitido la acción de tutela frente a solicitudes de liquidación de prestaciones sociales, cuando se ponga en peligro el mínimo vital del tutelante, o en el caso de mesadas pensionales dejadas de pagar que corresponden a personas de la tercera edad. En tales eventos es indispensable que el tutelante presente al Juez de conocimiento el título que comprometa a la entidad obligada y que haga patente el derecho concreto reclamado por el trabajador. En este orden de ideas, la acción de tutela no es viable para alcanzar la ejecución de obligaciones laborales en cabeza de entidades públicas o privadas. Para estos eventos la ley tiene prevista la acción ejecutiva, que es breve y sumaria, lo cual haría improcedente la acción de tutela. Sin embargo, como quedó dicho atrás, si la acción ordinaria prevista, en este caso el proceso ejecutivo, no es idóneo, pues su tramite implica un perjuicio irremediable, cabe la acción de tutela. Es el caso de los pensionados de tercera edad que ponen en peligro su vital subsistencia si en juego esta el mínimo vital del pensionado, pero se recalca corresponde al tutelante probar tales extremos.

En los casos estudiados se encuentra que ninguno de los casos planteados llena los requisitos atrás señalados, que las aspiraciones eran ajenas a las finalidades contempladas en el Art. 86 de la Carta y se ubica en el puro terreno de la controversia laboral. En este orden acertaron los jueces que negaron las tutelas.

Ahora bien, resulta fundamental analizar igualmente el caso de tutelas temerarias, que se presentaron doblemente, en las que se violó el juramento relativo a no haberse iniciado anteriormente acción de tutela por los mismos hechos y en general tutelas que violaron flagrantemente la buena fe procesal. Sobre este punto considera la Corte: *"El ejercicio de todo derecho y la utilización de los procedimientos constitucionales y legales previstos para su efectividad exige de sus titulares una lealtad mínima hacia el orden jurídico y el cumplimiento de deberes y cargas correlativos (...) el principio de la buena fe, exigible a las autoridades públicas en los estrictos términos que consagra el artículo 83 de la Constitución, debe ser atendido por los particulares que acuden al Estado en demanda de los servicios a su cargo (...) el sistema jurídico demanda de las partes e intervinientes en los procesos judiciales la exposición de sus pretensiones y el ejercicio de sus garantías y derechos con arreglo a una efectiva buena fe procesal, indispensable para que la normatividad alcance los fines a ella señalados por la Constitución, que se sintetizan en el logro de un orden justo"*. La Corte deja sentado de manera perentoria, que el derecho a hacer uso de la acción de tutela se agota con la presentación verbal o escrita de la demanda correspondiente por unos determinados hechos y contra cierta autoridad o persona. Se recalca que la exigencia del Art. 37 inciso 2 del Decreto 2591 sobre la obligación de manifestar bajo la gravedad del juramento, que no se ha presentado otra acción de tutela respecto de los mismos hechos y derechos, busca evitar distorsiones y actos de mala fe que se traducen en la presentación múltiple de acciones de tutela por una misma persona en

relación con unos mismos hechos y derechos. Se busca además evitar que se presenten

eventualmente fallos distintos o contradictorios en torno al mismo caso. Cuando tales conductas se producen, afirma la Corte "*(...) el abuso desmedido e irracional del recurso judicial, para efectos de obtener múltiples pronunciamientos a partir de un mismo caso, ocasiona un perjuicio para toda la sociedad civil (...) implica una pérdida directamente proporcional en la capacidad judicial del Estado para atender los requerimientos del resto de la sociedad civil (...) en los procesos últimamente enunciados se incurrió en un palmario e inconcebible abuso de la acción de tutela, merced a la temeridad de los actores o de sus apoderados, razón por la cual, además de la absoluta negativa de prosperidad de las pretensiones, se deriva la consecuencia de la condena en costas y de las indispensables investigaciones de carácter penal y disciplinario*".

3. DECISIÓN.- Concluye la Corte confirmando los fallos de tutela que negaron el amparo, revocando las decisiones de los jueces y tribunales que admitieron el amparo, y ordenando oficiar al Procurador General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura a efectos de que adelanten las investigaciones administrativas y penales del caso.

K. SENTENCIA C-005/98

M. P. JORGE ARANGO MEJIA

1. HECHOS.- *Se demanda por inconstitucionalidad el inciso tercero del artículo 161 de la ley 223 de 1.995 por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones. La norma acusada se refiere a las correcciones a la declaración tributaria, corrección que disminuya el valor a pagar o aumente el saldo a favor del contribuyente, la*

que se debe efectuar dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término para presentar la declaración. La administración 29 procederá a efectuar la liquidación oficial de corrección, dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la solicitud en debida forma. La parte que se demanda, es decir el inciso tercero reza del siguiente tenor: "(...) **Cuando no sea procedente la corrección solicitada, el contribuyente será objeto de una sanción equivalente al 20% del pretendido menor valor a pagar o mayor saldo a favor, la que será aplicada en el mismo acto mediante el cual se produzca el rechazo de la solicitud por improcedente. Esta sanción se disminuirá a la mitad, en el caso de que con ocasión del recurso correspondiente sea aceptada y pagada**". Alegan los demandantes que la norma en cuestión violenta los artículos 6, 23 y 83 de la Carta. , en la medida en que se impone una sanción sin que se de traslado, previamente, al interesado sobre los supuestos cargos que ameritan esta decisión, y sin que tenga la oportunidad de desvirtuar o controvertir tales cargos. La administración cuando rechaza una solicitud de corrección no se equivoca, y que la ley la faculta para no seguir ningún procedimiento previo para imponer la sanción. La norma presume que el contribuyente actúa de mala fe frente a la administración, **pues se lo sanciona en forma automática sin estar demostrada la mala fe de quien solicitó corrección. Constituye un factor intimidatorio para el contribuyente, que muchas veces prefiere no corregir su declaración, sacrificando la verdad, pero evitando sufrir un castigo injustificado. La potestad sancionadora de la administración debe encaminarse a castigar conductas que sean sancionadoras, y con la norma lo que se sanciona es el derecho mismo de petición.**

2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.- Según la Corte lo que se debate es la facultad de la administración para imponer sanciones de plano, es decir, con violación del debido proceso, contrariando la presunción de la

buena fe y limitando el acceso al derecho fundamental de petición. La Corte analiza la norma demandada, y encuentra que el procedimiento allí regulado, se aplica al contribuyente que, dentro del plazo estipulado, en forma voluntaria, es decir, sin que la administración haya promovido tal actuación, corrija su declaración tributaria, y, como consecuencia de ello, disminuya el valor a pagar o aumente su saldo a favor. La sanción se impone en los casos en que la administración considera que no es procedente la corrección solicitada. La Corte estima que la sanción en sí misma no es inconstitucional, pues es la consecuencia de que la administración encontró improcedente la solicitud de corrección, y lo que se busca es que los contribuyentes presenten en debida forma sus declaraciones.

El punto de debate es la aplicación de la sanción, como una decisión tomada de plano. Es decir, sin que medie para el interesado la posibilidad de defenderse antes de la imposición de la sanción. La jurisprudencia de la Corte ha sido clara al señalar que la aplicación de una sanción de plano, vulnera el debido proceso, pues no otorga al gobernado la posibilidad de controvertir, antes de la sanción, las razones que le asisten para no ser objeto de ella.

La imposición de una sanción debe ser el resultado de un proceso, por breve que este sea, incluso sin formalidad alguna y siendo verbal. Ahora bien, la carencia de explicaciones para imponer la sanción, constituye también, vulneración al derecho de petición. En el caso presente si la administración estuviera exenta de la obligación de seguir un proceso y motivar su acto sancionatorio, no tendría razón de ser la posibilidad del contribuyente de aceptar o no la rebaja de la sanción. Se entiende que la aplicación de la sanción prevista en la norma demandada, es el resultado de un proceso, por breve que éste sea.

Ahora bien, en relación con la aplicación de la buena fe en asuntos tributarios, la Corte ha manifestado que *"resulta admisible que la ley presuma que la actuación no esta provista de la buena fe. Es decir, que en tratándose de asuntos tributarios, puede no aplicarse en forma absoluta el principio de la buena fe. (...) la prueba del hecho - esto de la no 30 presentación de la declaración - es un indicio muy grave de la culpabilidad de la persona (...) una vez probado por la administración que la persona fácticamente no ha presentado su declaración fiscal, entonces es admisible la ley presuma que la actuación ha sido culpable, esto es, dolosa o negligente (...) constituye una disminución de la actividad probatoria exigida al Estado, pues ante la evidencia del incumplimiento del deber de presentar la declaración tributaria, la administración ya tiene la prueba que hace razonable presumir la culpabilidad del contribuyente."*

Entendida la norma en estudio por la Corte, en los términos expuestos atrás, encuentra que, en materia tributaria, y con la observación que la sanción determinada no es inconstitucional, no se viola el principio de la buena fe, pues la excepción relacionada se aplica al caso presente, como una presunción en contrario, es decir, que la presentación de la declaración por parte del contribuyente en forma errada y luego el intento de corrección sin fundamento hace presumir la mala fe del contribuyente, presunción que ameritan la sanción. Cabe aquí una reflexión sobre las razones que motivan a la Corte para consagrar esta sub-regla como excepción a la regla general de presunción de buena fe de los administrados. No encuentra otra justificación que la defensa del interés general en el recaudo de los impuestos, y en la obligación de los ciudadanos de atender dicha obligación en forma veraz, completa y oportuna. En última es una posición que defiende la potestad del Estado para constreñir al contribuyente a pagar sus impuestos. La pregunta que cabe hacerse es por qué esta presunción inversa o negativa no se aplica en los eventos de errores de la

administración frente al mismo tema tributario, sancionando a la administración con una responsabilidad de tipo objetivo?

3. **DECISIÓN.**- Con fundamento en los argumentos atrás expuestos la Corte declara la exequibilidad de la norma demandada y rechaza por ende la demanda.

CAPITULO VII
LINEA JURISPRUDENCIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA

En el presente acápite se hará un análisis de 6 fallos judiciales provenientes del Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil, emitidos entre los años 2000 y 2005, y que para efectos de este estudio, constituyen muestra significativa de la importancia que para el Tribunal ostentan los principios de buena fe y de la autonomía privada y de la aplicación que se efectúa de ellos en múltiples interrogantes.

Se resumirán los hechos configurativos de cada caso, las consideraciones o argumentos del Tribunal y finalmente la decisión tomada, buscando esencialmente ubicar la *Ratio Decidendi* que propicia dicha conclusión, enfocando el estudio en determinar el elemento conectivo que vincula los fallos con la línea jurisprudencial.

Rad 158/00

Proceso ordinario de Responsabilidad Civil Contractual.

Demandante: Christian Cadena Garcia

Demandado: Corporación social recreativa Union

Magistrado Ponente: Dr. Antonio Bohorquez Orduz.

Se trata de una demanda por incumplimiento de contrato por no pago de los servicios prestados por el demandante. La parte demandada alega haber cumplido su obligación, presentando como prueba el Acta de entrega y liquidación de las obras donde el actor participó como contratista. El accionante a su vez responde que dicha acta se elaboró de forma

malintencionada y tramposa, consiguiendo la firma del actor en dicho documento mediante maniobras dolosas. La juez de primera instancia decide ignorar el valor probatorio del documento, ya que reconoce que bajo dichas circunstancias el actor fue coaccionado a aceptar las condiciones de entrega y liquidación y por ende, a firmar el acta, porque de lo contrario, no se le haría efectiva una parte del pago que urgía reclamar para pagar la mano de obra contratada. Por ende, falla a favor del demandante y condena a la parte contraria a pagar las sumas requeridas.

Sin embargo, el Tribunal considera que la falladora asumió sin ningún fundamento que dicho documento se encontraba viciado, ya que en ninguna parte del proceso la parte actora aclaró de qué se trataban dichas maniobras o de que forma fue presionado a firmar, estos último siendo un supuesto de la jueza.

El Tribunal afirma: “La mentada liquidación final del contrato, con la firma de ambos contratantes claramente impresa, el actor personalmente y la demandada a través de su delegado para recibir la obra, constituye un negocio jurídico que da finiquito a las cuentas de un negocio anterior, es decir, el contrato de obra”.

Si bien es cierto que siendo el contrato una ley para las partes, el Tribunal aclara que el obligatorio cumplimiento del mismo bajo el principio de la Buena Fe puede tener ciertas limitaciones, especialmente si alguna de las partes se encuentra notoriamente desfavorecida por los resultados de dicho negocio jurídico.

Respecto al principio de la “Pacta sunt servanda”, el Tribunal discute: “Desde luego que el principio que los romanos reconocían como “pacta sunt servanda” puede ser excepcionado y e hecho lo es, en especial con las

nuevas tendencias del derecho, desarrolladas a lo largo del siglo XX, pero especialmente en sus finales, en diversos países del mundo, incluido el nuestro. Así han surgido figuras como el abuso del derecho, la imprevisión contractual, el abuso de la posición dominante, la tutela de la confianza, que se han unido a las figuras tradicionales de la simulación, la nulidad relativa por vicios del consentimiento, la nulidad absoluta, etc., para debilitar, en aras de la justicia, ese rígido principio romano, que fuera legado a nuestro derecho por medio del Código Napoleónico y plasmado en el citado artículo 1602”.

El mismo derecho entonces ha desarrollado, según el Tribunal, mecanismos con el alcance suficiente para quebrar la “ley particular” que representa el contrato, de manera tal que cualquiera de los contratantes que se halle dentro de esos supuestos, pueda deshacer el negocio que celebró y que afecta su patrimonio o su libertad negocial.

Sin embargo, el Tribunal decide revocar la sentencia de primera instancia, ya que considera que el Juez no puede declarar la ineficiencia de un negocio celebrado por los particulares de manera oficiosa, ya que dentro de las pretensiones de la demanda no se solicitó declarar la ineficacia del negocio jurídico representado en el documento del acta de liquidación.

Rdo: 112/00

Proceso Ordinario.

Ddte: Carmen Duarte Palencia

Ddo: Virginia Sepúlveda de Rueda.

Magistrado Ponente: Avelino Calderón.

Se trata de una demanda entablada para declarara responsable por daños y perjuicios a la señora Virginia Sepúlveda de Rueda, quien obrara como arrendadora de la ahora demandante, y quien mediante fallo judicial logró la restitución del inmueble arrendado para su ocupación personal, condición esta que según la demandante, no cumplió, ocasionándole graves perjuicios económicos, ya que dicho inmueble lo usaba la arrendataria para desarrollar su actividad comercial. La demandante argumentó que si destinó el bien a su ocupación toda vez que lo acondicionó para que sirviera de bodega a otro establecimiento comercial de su propiedad, proponiendo, por lo tanto como excepción a las pretensiones de la demandante, la ausencia de responsabilidad.

La demandante presentó pruebas que comprobaban que el inmueble en cuestión, no solamente se encontraba desocupado en ése momento, sino que se encontraba dispuesto para la vente, como lo anunciaban ciertos carteles que fueron fotografiados en el sitio y que fueron presentados como pruebas. La demandante presentó a su vez testimonios que demostraban que no por el hecho de permanecer cerrado el público, dicho local estaba desocupado, y que en efecto, funcionaba como bodega. Afirmó a su vez, que si no hizo uso del mismo como establecimiento de comercio, fue porque la demandante no hizo posible montar el establecimiento en la oportunidad conveniente por la demora en la entrega del inmueble.

En el fallo de primera instancia, el juez estima que si bien si se generaron perjuicios a la arrendataria por la terminación del contrato y la solicitud de restitución del bien, los daños ocasionados no corresponden a los acusados por la demandante, ya que la arrendadora con seis meses de anticipación al inicio del proceso jurídico mediante el cual se ordenó la restitución, ya había solicitado la entrega del mencionado bien, por lo que la demandante tuvo

tiempo suficiente para considerar otro lugar donde pudiese continuar con su actividad comercial, demostrando poco interés e impericia al momento de actuar sobre su futuro. El juez considera que no se trata de plasmar una responsabilidad objetiva, pues era posible eximirse de ese resultado mediante la prueba de una causa extraña, la cual no cree que se haya logrado probar con los elementos demostrativos que la parte demandada acudió. No existe entonces, el nexo causal entre la solicitud de restitución del inmueble arrendado por parte de la propietaria, el incumplimiento de la misma en la causal de solicitud del bien y el cierre del establecimiento.

La demandante apela a esta decisión argumentando que es claro que la ubicación del establecimiento de comercio era determinante para su éxito y productividad, por lo cual el traslado de la misma implicaría pérdidas económicas. La parte demandada solicita que se confirme lo decidido.

Para el juez de segunda instancia, los autos evidencian que la arrendataria no solo dejó de entregar en la fecha que debía hacerlo, cuando la arrendadora solicitó con más de 6 meses de anterioridad a la finalización del contrato, la restitución del inmueble. No solo se resistió a las peticiones de la propietaria en el proceso que se entabló en su contra, sino que se tuvo que hacer uso de fuerza para obtener la desocupación del inmueble.

Bajo providencia de esa misma sala, se establece que el derecho a una indemnización solo le corresponde a un arrendatario cumplidor del contrato (y por consiguiente de las leyes de orden público que se consideran incorporadas a él, como las que estipulan los derechos del propietario, consignadas en el artículo 518 del C.C.). Por lo tanto, e un caso como el presente no es posible fallar a favor de la parte demandada, ya que si la promesa del propietario del bien de destinar para determinado fin el bien restituido no se cumple, esto no genera por si mismo ninguna

responsabilidad objetiva, de acuerdo a la jurisprudencia del 10 de Noviembre de 1994 citada por la Sala.

Rad 2002-343-01 Sala Civil Familia

Demandante: Wilson Barajas Bravo

Demandando: Jorge Enrique Mejia y otro.

Proceso Ordinario de Declaración de Pertenencia.

Magistrado Ponente: Dra. Maria Odalinda Lopez.

En la demanda, el accionante pretende que se declare la prescripción ordinaria del dominio de un inmueble rural. La parte demandada alega que la relación entre el demandante y el predio objeto del litigio no es de posesión, por cuanto reconoce dominio ajeno, y por ende no se le puede aplicar el artículo 762 del Código Civil.

El juez de primera Instancia niega las peticiones de la demanda y ordena la cancelación de la inscripción de la misma, señalando que para que un bien se pueda adquirir por prescripción ordinaria, es necesario que se haya ejercido la posesión regular con justo título y buena fe, requisitos que no se observan puesto que no se evidencia el título mediante el cual fue transferida la posesión material del inmueble.

El demandante solicita la revocación del fallo de primera instancia, alegando que la jueza solo analizó las normas en el sentido literal, ignorando las pruebas allegadas, que comprobaban que la posesión había sido quieta, pública pacífica e ininterrumpida.

Respecto a la posesión, el Tribunal expone lo siguiente: “La posesión regular tiene lugar mediante el lleno de los siguientes presupuestos: a) Posesión

regular en quien alega, b) Que su posesión sea material, c) que la posesión se prolongue por el tiempo de ley d) que la posesión ocurra ininterrumpidamente y e) que la cosa o derecho sobre el que se ejerce la posesión sea susceptible de adquirirse mediante la prescripción. De igual manera procede cuando proviene de justo título y ha sido adquirida de buena fe. El justo título quiere decir varias cosas: una calidad (título de dueño o heredero), una fuente (la ley, los contratos), un documento (título negociable), con el fin de ser apto e idóneo para adquirir la propiedad o el dominio de las cosas.”

Respecto a la buena fe, el Tribunal aclara: “así, la buena fe en nuestro ordenamiento jurídico se presume pero no sólo con esto se obtendría la declaratoria de pertenencia, corresponde al demandante demostrar el justo título...” Es entonces la buena fe, un elemento que si bien es fundamental para conceder la pertenencia de un bien mediante la prescripción, no es por sí misma suficiente para respaldar la legitimidad de la posesión.

Rad. 343/02

Proceso Ordinario de Declaración de Pertenencia.

Demandante Pedro Elías Pérez Vera

Demandado Personas indeterminadas.

Las pretensiones del demandante se dirigen a la declaración de la adquisición por prescripción ordinaria del dominio del inmueble rural denominado “El Diamante”, ubicado en el municipio de California, el cual había sido adquirido por contrato de compraventa en Noviembre de 1971 por el señor Juan de la Cruz Guerrero, quien a su vez entregó verbalmente la posesión del predio al demandante. Desde la fecha, el señor Pérez Vera ejerció actos de posesión sobre el mismo y lo explotó de manera pública, pacífica e ininterrumpida. Al sumar ambas posesiones, de acuerdo a la

demanda, se cumple el término de 29 años de posesión sobre el predio en mención.

El Registrador de Instrumentos Públicos de Bucaramanga, certificó que no existe propietario inscrito, solo aparece con falsa tradición la señora Olivia Guerrero.

Después de admitir la demanda en Agosto del 2002, el Juzgado Sexto Civil del circuito ordena realizar el trámite señalado en el Art. 407 del C.P.C. e inscribir la demanda en el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble de cuya pertenencia se solicita.

El 6 de Diciembre del mismo año, al no presentarse los demandados a recibir notificación se nombró curador ad-litem de las personas indeterminadas, después de que la parte demandante allegó mediante memorial, certificación de la publicación de edicto emplazatorio.

Sin embargo, en auto del 30 de Septiembre de 2003, el Juzgado cognoscente advierte que por tratarse de saneamiento de dominio de una propiedad rural, deben aplicarse las normas especiales del decreto 508 de 1974, el cual prevé una forma especial de emplazamiento. Por lo tanto se declaró la nulidad de todo lo actuado con posterioridad al auto admisorio de la demanda, y ordenó practicar el emplazamiento conforme a lo señalado por la ley.

El apoderado del demandante presentó las constancias del trámite emplazatorio realizado conforme a lo ordenado por el juzgado, y por auto del 28 de Septiembre de 2004 se nombra curadora ad-litem, quien contesta la demanda aduciendo que la relación que existe entre el demandante y el predio objeto del litigio no es de posesión, por cuanto reconoce dominio ajeno,

y por lo tanto no puede aplicársele el artículo 762 del código Civil.

Al practicarse la pruebas decretadas por el Juzgado, se inspecciona el bien y se recibieron las declaraciones de las señoras Marina y Elia Guerrero Guerrero, quienes manifestaron que su padre dejó en manos del demandante el inmueble para que lo cuidara y que hasta el momento él lo ha cuidado y conservado, y también se ha ocupado de los impuestos que dicho bien origina.

La decisión del A-quo deniega la solicitud del demandado y ordena la cancelación de la inscripción del proceso de prescripción, señalando que para que un bien se adquiriera por prescripción ordinaria, es necesario que se haya ejercido la posesión regular con justo título y buena fe; requisitos que no se observan puesto que no se evidencia el título mediante el cual le fue transferida la posesión material del inmueble.

El apoderado del señor Pérez Vera presenta recurso de apelación, alegando que el Juez fundamentó su decisión en un análisis literal de las normas, sin valorar los hechos y las pruebas allegadas, que permiten concluir fácilmente que dicha posesión ha sido pacífica, quieta, pública e ininterrumpida, además de haber estado bajo el cuidado y explotación económica del demandante.

Para el Tribunal, es importante en primer lugar analizar someramente el objeto de la demanda, es decir, la declaratoria de la prescripción ordinaria adquisitiva del derecho de dominio, presentando a continuación los elementos esenciales de la posesión (el córpus y el ánimo) y los tipos de posesión que se encuentran dentro del ordenamiento. Correspondiente al caso, la posesión regular se configura al cumplir con los requisitos de regularidad, posesión material del bien, ininterrupción en el tiempo de

posesión y por el número de años estimado por la ley, y que el objeto sea susceptible de adquirirse mediante prescripción.

De igual manera procede cuando proviene de justo título y ha sido adquirida de buena fe, de acuerdo al mencionado artículo 768 del Código Civil, elementos que de acuerdo al sub-judice, no se reúnen para la acción ordinaria, dado que si bien la buena fe se presume bajo nuestro ordenamiento, no es esto suficiente para la declaratoria de la prescripción, ya que al demandante le correspondía demostrar el justo título, y bajo evaluación del Tribunal, la ausencia de dicho título es más que notoria, ya que a pesar de haber recibido la posesión del bien en marras de manos del señor Guerrero *verbalmente*, esto no configura justo título.

Cita el Tribunal la Sentencia del 27 de Octubre de 2000 de la Corte Suprema de Justicia, donde aquella afirma que al momento de presentar a su favor la suma de posesiones fundada en un vínculo jurídico el cual consiste en la celebración de un negocio jurídico entre él y su antecesor, el prescribiente debe aportar la prueba de tal negocio, aportando la prueba idónea sobre dicho negocio, ajustándose a los preceptos de orden probatorio.

Concluye entonces el superior, que el Juez de primera instancia no incurrió en desacierto al desestimar las pretensiones del demandante, ya que en definitiva no cumple con los lineamientos establecidos para tenerla como tal, dado que los elementos presentados por este para alcanzar el concepto de título idóneo no son suficientes.

Rad: 747 -05

Demandante: Juan Carlos Saavedra Duram

Demandando: Pablo Emilio Alarcón y Obras y Construcciones Ltda..

Magistrado Ponente Dr. Avelino Calderón Rangel.

Se trata de un proceso ordinario de resolución de contrato de compraventa, donde el demandante, Juan Carlos Saavedra solicita revocar el negocio de compraventa de dos lotes de terreno y la construcción en ellos levantada, por la irrisoria suma de 50 millones de pesos. Hace uso el demandante de la acción pauliana para que una vez deshecho el negocio se recupere el patrimonio de sus deudores, Pablo Emilio Alarcón y Obras y Construcciones Ltda., el cual se mermó fraudulentamente con la celebración de dicho negocio.

El demandante, señaló como causa petendi, el pago que había hecho como avalista de varios cheques emitidos por dicha empresa, pero de los cuales, solo dos aparecen firmados por el representante de la misma dentro de los documentos allegados como pruebas. Los demandados, en respuesta a la demanda, alegan a su vez que dicha intervención ya fue objeto de decisión judicial, ya que el demandante había adelantado previamente una demanda ejecutiva contra la sociedad Obras y Construcciones Ltda., proceso que se adelantó ante el juzgado Civil del Circuito de Bucaramanga, acción que no prosperó por la caducidad de los términos de la acción cambiaria, y como resultado, aquel no se encuentra legitimado en la cusa por activa, al no tener al momento de presentar la demanda, la calidad de acreedor de los demandantes.

Así mismo, el señor Alarcón Martínez, agrega que la propiedad del bien en ciernes, fue adquirida de buena fe y no hubo acuerdo de engaño con la parte vendedora, y en concordancia con dicha declaración, presenta demanda de reconvencción donde solicita una declaración de buena fe en la celebración del contrato atacado y que se condene al actor a pagar los daños y perjuicios por varios rubros con origen y causa en lo injusto de esta acción para con él.

El Juzgado en conocimiento niega las peticiones del demandante concluyendo que el hecho de que el demandante haya ejercido, sin éxito alguno la acción de recobro que nace para el deudor solidario por el hecho del pago, y obtener el reembolso en los términos del artículo 1579 del Código Civil, torna ilegítimo su accionar al momento de hacer uso de la acción pauliana.

Respecto a la demanda de reconvención el señor Juez la despachó en modo negativo, en la medida en que considera que no hubo relación alguna entre las pretensiones y los hechos de la demanda principal.

El representante del demandante apela para contradecir la decisión del juez de primer grado, afirmando que su asistido si es acreedor de la firma, y que incluso Obras y Construcciones Ltda. Reconoció dicha condición en la contestación al hecho cinco de la demanda, imputando negligencia al fallador al no haber apreciado dicha circunstancia. Incluso, afirma que posteriormente al condición de acreedor de su cliente fue desvirtuada, pero que al momento de celebrarse el negocio que busca deshacer, aún no se había emitido fallo respecto a dicha condición.

Para el Tribunal, es notorio las obligaciones debidas al demandante nunca fueron sustento suficiente para la acción planteada por el demandante, ya que la eventualidad de que dichas obligaciones fueran reconocidas, nunca ocurrió. Igualmente, considera el fallador de segunda instancia que la demanda de reconvención, fue correctamente denegada, por cuanto no hay necesidad por la justicia de hacer declaraciones de buena fe. Es bien sabido que si la mala fe no se prueba, rigen los principios de los artículos 769, 1602 y 1603 del Código Civil, por lo tanto resulta superflua la declaración que el demandante en reconvención reclama.

Bajo el tenor del artículo 83 de la C. Nacional, el Tribunal agrega que nadie duda del postulado en cuestión en el contrato de marras, a menos que medie una declaración de mala fe, que es lo que el demandante principal pide en lo esencial de esta contención. “En tal orden de ideas, debe estarse el demandante a las resultas de la demanda principal, pues si esta no triunfa, prosigue en su favor la presunción constitucional y legal de que se viene hablando, a tiempo que un fallo a favor del gestor principal, significaría ineluctablemente, que su cliente si obró de mala fe en el contrato”.

Respecto al presupuesto inicial de la acción revocatoria, el Tribunal confirma la sentencia de primera instancia, no tanto por las razones que expuso el a quo, sino con arraigo en que la realidad del expediente y de lo sucedido han desdibujado totalmente la apariencia que tenía el demandante de ser acreedor al momento de la actuación, e incluso, los títulos que allegó a la demanda (5 cheques), solo se encontraban dos de ellos firmados por el actor, encargándose el demandante de demostrar que tal acreencia para entonces ya no existía, cayendo el fenómeno de caducidad sobre todos los cautelares en que el señor Saavedra se afianzaba.

Rad: 531-2006

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Enrique Pradilla Ardila

Es este un proceso ordinario, dentro del cual el demandante Neftalí Parra Guaque solicita se declare responsable al demandado La previsora S.A por incumplimiento de contrato de seguro; y consecuentemente, que sea condenado a pagar el valor asegurado en virtud del contrato, los intereses moratorios y la indemnización de perjuicios materiales.

El juez de primera instancia desestimó las pretensiones al acoger la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la parte demandada, ya que se demostró que el bien asegurado bajo el contrato, no cumplía con la normatividad exigida para su ingreso al país. A su vez, en el recurso de apelación, la parte actora alega que no se encontraban dentro de alguna de las causales de exclusión de la indemnización.

Sobre el tema, el Tribunal afirma: “Desde luego, el motor es un elemento integral del vehículo, pero debe entenderse que cuando uno de sus componentes, precisamente el más importante de todos ellos, fue de ilícita importación o ingreso al país, como no podemos considerar que no se aplique la exclusión, como en efecto lo acogió el A-Quo, con base en lo preceptuado por el inciso 2º del art. 1078 del Código de Comercio.”

“De igual manera, por sabido se tiene que esta especie de negocio jurídico se gobierna por el principio de la buena fe, la que debe ser ubérrima no solo en la fase precontractual (Art. 963 Código de Comercio), sino también en su celebración y posterior ejecución (Art. 871 ibidem); y de manera particular o específica la exigen los Arts. 1085 y 1158 del citado estatuto comercial; porque de la información suministrada por el solicitante, tomador o asegurado, es que la entidad aseguradora determina u opta si celebra o no el contrato de seguro, por cuanto debe tener la posibilidad de analizar y verificar el estado del riesgo a asumir por su cuenta.” El Tribunal entonces decide confirmar la sentencia proferida por el juzgado de primera instancia.

CONCLUSIONES

Como una de las características del sistema Neoconstitucional, la constitucionalización del ordenamiento, la doctrina y el derecho en general, Las constituciones creadas bajo este modelo, se encuentran basadas en derechos humanos y principios que se filtran dentro de las relaciones privadas, mediante los operadores de la justicia, que interpretan la ley de acuerdo a estos principios y valores.

De ahí, que una constitución invasiva procure la supremacía de su parte dogmática, ganado terreno sobre las reglas que rigen relaciones entre privados. Como consecuencia, lo anterior representa un cambio en los efectos que se plantean los contratantes al momento de concebir el contrato, de acuerdo al dogma de la autonomía de la voluntad privada que permitió concebir el contrato como una ley interpartes que representaba una barrera infranqueable para el estado, y que solo las partes o el juez, bajo condiciones taxativamente expresadas, podían modificar.

Ejemplo de lo anterior, es la sentencia T- 469/03, donde no se justifica dar espera a todo el desgaste de la jurisdicción ordinaria, al someter al deudor al proceso ejecutivo, al remate de sus bienes y posteriormente a entablar y lograr que la tutela sea admitida y que pueda hacerse aún más largo el proceso si dicho fallo es revisado por la Corte, para que nuevamente las partes puedan redefinir el contrato, ocurriendo en el proceso, la penosa afrenta a derechos y valores de carácter constitucional que el sistema fallaba en aliviar prontamente.

Solo es posible que se garanticen y se protejan los derechos fundamentales a través de los deberes constitucionales, procurando la economía procesal y respetando los principios de solidaridad e igualdad, permitiendo que el juez

desde el primer momento aplique los principios y las garantías constitucionales al caso concreto el criterio de la Corte, de acuerdo a los precedentes ya existentes y de obligatorio cumplimiento que sienta la Corte en los fallos que aquí se citaron.

Los principios contractuales de la buena fe y de la autonomía de la voluntad privada, deben funcionar como una dupla en el estudio del contrato, el primero como límite del segundo, observando que la armonía entre las partes que conforman el acuerdo sea respetada, y que no se incurran en abusos dañinos hacia aquella parte del contrato más débil, que al momento de ceñirse a un contrato que eventualmente lesione sus intereses y burle su buena fe, y que el juez, al momento de dirimir el conflicto detecte prima facie, la existencia de violaciones a los derechos fundamentales y principios constitucionales para que al momento de fallar se logre una interpretación sistemática desde la constitución política.

Es allí, donde recae la fuerza vinculante de la constitución que nos rige y que elegimos, y sin la función conciliadora entre el ámbito de lo privado y el derecho constitucional, el positivismo con el ius naturalismo, que debe cumplir el juez de primera instancia, en aras de alcanzar finalmente la seguridad jurídica que dichos principios aportan al ordenamiento y a la justicia, el equilibrio del mercado y el bien común.

De acuerdo a los fallos extraídos del Tribunal Superior de Bucaramanga para ser estudiados dentro de este proyecto, la buena fe es una herramienta definitiva al momento de cimentar las posturas asumidas por los juzgadores en conocimiento de las problemáticas presentadas, pero exclusivamente a nivel de segunda instancia, siendo aún en esta instancia, escasa la producción jurisprudencial respecto a dicho principio, no por menosprecio o negligencia frente a los lineamientos constitucionales y a la jurisprudencia de

la Cortes, sino por que aunque su cumplimiento se observa con rigor, normatividad con fines más precisos es la que ocupa la mayoría de las sustentaciones, siempre dentro de los linderos trazados por la doctrina y las referencias hechas por autores y estamentos superiores.

BIBLIOGRAFÍA

BETTI Emilio, Teoría general de las Obligaciones, Revista de Derecho Privado, Tomo I, Madrid, 1971.

GONZALES PEREZ Jesús, Principio General de la Buena fe en el derecho administrativo, Editorial Civitas Madrid 1999.

BAUTISTA PARADA Juan, La buena fe, la lealtad de las partes y el fraude procesal, ponencia para el XXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal.

VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil. Tomo I Parte General y Personas*. Temis. Bogotá, 1.981.

GUILLERMO DURAN Juan, Reflexiones sobre la buena fe en el derecho, Revista Dikaion, Universidad de la Sabana, Volumen 2, Bogotá 1998.

GUASP Jaime, Derecho Procesal Civil, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid 1998.

BUITRAGO FLORE Diego, La Buena fe exenta de culpa, Ediciones jurídicas Radar, Madrid 1995.

MONROY CABRA Marco, Introducción al derecho, Ed. Temis, Bogotá, 2003.

AREVALO Guillermo, Derechos fundamentales y autonomía contractual en Colombia, Editorial Jurídica Sanchez, Medellín 2007.

Fernando Hinestrosa, Tratado a las obligaciones, Tomo I, Editorial Universidad Externado de Colombia 2002.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Quinta Edición, Temis, Bogotá 2002.

Sentencia C 540/95, Magistrado Ponente Jorge Arango Mejia

Sentencia SU 846/ 2000, Sala segunda de Revisión

Sentencia T 240/93, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz

Sentencia C 265/94 Magistrado Ponente Alejandro Martinez Caballero

Sentencia T 125/94 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz

Sentencia T 351/97 Magistrado Ponente Fabio Moron Diaz

Sentencia C 836/01 Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil

Sentencia T-302/98 Magistrado Ponente Alejandro Martinez Caballero

Sentencia T-371/98 Magistrado Ponente Alejandro Martinez Caballero

Sentencia C-742/98 Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa

Sentencia T-029/99 Magistrado Ponente Carlos Gaviria Diaz