

**EL CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN LA
RELACION CONTRACTUAL DEL TERCER ADQUIRENTE EN
PÚBLICA SUBASTA JUDICIAL**

LILIAN PAJARO DE DE SILVESTRI

FUNDACION UNIVERSIDAD DEL NORTE

DIVISION DE CIENCIAS JURIDICAS

PROGRAMA DE DERECHO

BARRANQUILLA 2011

**EL CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN LA
RELACION CONTRACTUAL DEL TERCER ADQUIRENTE EN
PÚBLICA SUBASTA JUDICIAL**



LILIAN PAJARO DE DE SILVESTRI

Tesis para optar el título de:

MAGISTER EN DERECHO

Director:

VLADIMIR MONSALVE CABALLERO

FUNDACION UNIVERSIDAD DEL NORTE

DIVISION DE CIENCIAS JURIDICAS

PROGRAMA DE DERECHO

BARRANQUILLA

2011

A Dios y a mis padres, a quienes agradezco mi existencia.

A Gustavo, ángel de luz, compañero en mi soledad.

A mis hijos Jorge Mario, José Gustavo y Gustavo Andrés, cómplices furtivos de proyectos y bastiones de mi vida, máxima lección del amor.

A José Gabriel, Gustavo, Sofía y Fiorella, irradian claridad a través de sus sonrisas, constituyen el futuro que pretendo alcanzar.

AGRADECIMIENTOS

A mi joven director VLADIMIR MONSALVE CABALLERO, que con su experiencia y profundidad académica, logró lo impensable. Todo con paciencia, comprensión, dedicación, profundidad de conceptos y sencillez de trato.

A mis profesores de esta II Cohorte, que abrieron la ventana de otros conocimientos, y me llevaron a cuestionarme, si lo que antes había hecho, estaba bien, y al final, concluir que sí.

A mis compañeros Magistrados y Jueces, con fe en la justicia.

A mis amigos, que cuento con los dedos, como aquel que generosamente me tendió la mano y franqueó la puerta para traspasar el umbral de Juez a Magistrada; el que espera emerger el triunfo desde el fondo del mar; la abuela joven que juega y sueña en su niña-madre; aquel que trocó su profesión por el campo, las flores y aun confía en mi criterio; el que continúa dignamente con su trasegar judicial y actúa con calma en todas las circunstancias; mis vecinas compinches y alegres.

A LINA MAIDA, mi invaluable colaboradora, lectora primera, correctora innata, ávida de conocimientos.

A mis auxiliares Ad-honorem, en especial a CARMEN HERNANDEZ, TOMAS MALDONADO y NICK BARBOSA, por la ayuda incondicional que me prestaron.

A mis dos hermanos STELLA y MANUEL DE JESUS, que con cariño infinito me rodean.

A mis alumnos de la Universidad del Norte.

A mis compañeros de maestría, que sin excepción, me acogieron sin reparo, en especial al joven silencioso e inteligente que decidió ser mi escudero, persiguiendo sueños, hasta alcanzar su estrella.

ABREVIATURAS

Art. : Artículo

B.G.B: Burgerliches Gesetzbuch

C.C: Código Civil

C.Co: Código de Comercio

CC.: Corte Constitucional

CE: Consejo de Estado

Cfr.: confrontar.

Cit.: Citada

CN: Constitución Nacional.

CPC: Código de Procedimiento Civil

CSJ: Corte Suprema de Justicia

DANE: Departamento Administrativo nacional de estadísticas.

DTF: Tasa de interés para termino fijo

Ed.: Editorial

ed.: edición

IPC: Índice de precios al consumidor

ob. cit.: obra citada

Pág.: Página

PECL: Principios del derecho Europeo de Contratos

Principios UNIDROIT: Principios sobre los contratos comerciales internacionales.

RGZ: Decisiones del Tribunal supremo de Alemania en materia civil

S.: Sentencia

UPAC: Unidad de Poder Adquisitivo Constante

UVR: Unidad de valor real

Vol.: volumen

RESUMEN

TITULO: El contenido del Principio de la Buena Fe en la relación contractual del tercer adquirente en pública subasta judicial.

AUTOR: Lilián Pájaro de De Silvestri.

TITULO OTORGADO: Tesis para optar el título de Magíster en Derecho.

DIRECTOR: Vladimir Monsalve Caballero.

PROGRAMA: Derecho.

UNIVERSIDAD DEL NORTE

BARRANQUILLA 2011

RESUMEN:

Este trabajo pretende, precisar el contenido del principio de la buena fe en la relación contractual de los terceros adquirentes en procesos ejecutivos con títulos hipotecarios, compendiando su importancia y operatividad, firmemente arraigado en las diversas áreas del derecho, de la mano de las transformaciones, cambios sociales, económicos de la época actual.

Nuestra sociedad es una sociedad segmentada,¹ por ello si el funcionario judicial que tramita un proceso de ejecución con título hipotecario, tendiente a solucionar obligaciones dimanantes de préstamos para adquisición de vivienda atados a una unidad de cuenta, omite la aplicación de la Ley 546 de 1999², y lo continúa hasta el remate del bien inmueble, permite que a ese tercero adquirente de buena fe, se le lesionen a posteriori sus derechos de propietario, ello por cuanto el deudor, ante la inminente pérdida de su vivienda, acudirá a los jueces en solicitud de protección, (debido proceso en conexidad con el derecho a la vivienda, igualdad, etc.)

¹ En un país como el nuestro marcado por el sino de la violencia, que pretende iniciar y concluir la sinfonía de la paz, iniciados los primeros compases, es audible una discordancia que interrumpe la armonía e impide su continuidad, a saber : i) la ausencia de liderazgo al no enfrentar sus grandes y graves conflictos ni sus causas , ii) en que la inflación y el componente inflacionario de la tasa de interés son altos, iii) en que las familias por lo general carecen de ingresos suficientes para absorber los costos financieros de los préstamos a largo plazo , iv) donde no existe protección del ahorro y democratización del crédito, donde existe “ una aparente fortaleza jurídica y a veces militar que contrasta con su real debilidad política o hegemónica .los factores que causan su centralidad (Santos 1998b,156). La heterogeneidad interna de los espacios domésticos y de la producción crea autonomías relativas en cada uno de ellos que tienen por efecto el bloqueo, la subversión, la transformación o la apropiación de la actuación del Estado.” (M. García Villegas, C. Rodríguez. En derecho y Sociedad en América Latina. Propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos. Bogotá. Ilsa, Universidad Nacional de Colombia 2003). Santos, Boaventura de Sousa (1998b) de la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad. Bogotá. Ediciones Uniandes, Siglo del Hombre.

² Esta ley fue expedida, entre otras finalidades, para establecer criterios a los que debía ceñirse el Gobierno Nacional a efectos de regular un sistema especializado de financiación de vivienda individual a largo plazo, debido al fracaso del sistema financiero imperante de vivienda, bajo las denominadas Unidades de Poder adquisitivo Constante- UPAC_ que imposibilitaba hacer efectivo el derecho constitucional a la vivienda digna.

mediante la acción constitucional de Tutela³ y es altamente probable que obtenga favorabilidad a tal amparo de sus derechos fundamentales, que pregona conculcados.

El marco teórico de esta investigación gira en torno a la buena fe, en el intento de establecer que el adquirente en procesos ejecutivos con títulos hipotecarios, al sufrir perturbaciones en la etapa post-contractual, alteraría el principio, lo que influye en su exteriorización, comprensión y alcance, propendiendo por que tenga unos lineamientos en su contenido, que otorguen razonabilidad y adecuación a la relación contractual del adquirente en publica subasta judicial, dado los efectos ciertos y decisiones a posteriori, en desmedro de sus derechos, contenido que bajo tales límites debe ser determinado en cada caso, por la hermenéutica de los jueces.⁴

La respuesta a la tesis planteada, deberá solucionar y en gran medida, la postura de los terceros adquirentes en procesos judiciales, que sí han cumplido todas las obligaciones que le son inherentes, han actuado de buena fe con la confianza que les inspira la adjudicación efectuada por un

³ La Constitución de 1991, creo, entre otras acciones constitucionales, la de amparo o acción de tutela que propende por salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, cuando estos han sido vulnerados por acción u omisión de las autoridades públicas o particulares.

⁴ Spota, Alberto G. “Tratado de derecho civil” t I. Parte General, vol I. Ed. De Palma, Buenos Aires, 1947, p. 358.

funcionario del Estado, mal pueden sufrir consecuencias a posteriori, frente a situaciones no contempladas en el ordenamiento, caso de la vulneración del debido proceso, ínsito al de defensa en el *iter* procesal que posibilita la ejecución forzada y que al ser reconocido luego del remate, aprobación y entrega del inmueble, da al traste con el legítimo derecho de propiedad de este tercero (que implica los derechos adquiridos y seguridad jurídica), perjudicado frente a la garantía constitucional otorgada al deudor, integrando una visión integral, trans e interdisciplinaria, del principio de la buena fe, no solo como principio general de derecho, sino como columna de las relaciones económicas, y empresariales.

PALABRAS CLAVE:

Buena fe, confianza legítima, corrección, lealtad, deberes de conducta, proceso ejecutivo hipotecario, subasta judicial, tercer adquirente, relación negocial, etapa post contractual.

**EL CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN LA
RELACIÓN CONTRACTUAL DEL TERCER ADQUIRENTE EN
PÚBLICA SUBASTA JUDICIAL**

DESCRIPCIÓN.	15
1. ANTECEDENTES.	19
1.1. Acepciones.	24
1.2. Principio o regla.	26
1.3. Volver a andar el camino, de la mano del doctrinante precursor.	32
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.	34
2.1. De la <i>fides</i> .	34
2.2. Doctrina Tradicional: Buena fe subjetiva y buena fe objetiva.	36
2.3. Conceptualización de la buena fe en los distintos ordenamientos jurídicos.	40
2.3.1. Alemania.	43

2.3.2. Francia.	51
2.3.3. España.	54
2.3.4. Los Principios del derecho europeo de contratos (PECL).	62
2.3.5. Principios sobre los contratos comerciales internacionales “Principios UNIDROIT”.	69
2.4. La buena fe en el ordenamiento jurídico en Colombia.	71
2.4.1. Código Civil.	72
2.4.2. Código de Comercio.	86
2.4.3. Constitución Nacional de 1991.	91
3. DEL CONTRATO Y LA BUENA FE. EVOLUCIÓN.	108
4. LA JUSTICIA Y LA BUENA FE.	126
4.1. Buena fe del funcionario judicial.	127
4.2. Conductas de las partes en el proceso.	138
4.3. Decisión del conflicto y la buena fe.	143
5. EXPECTATIVAS Y REALIDADES DE LA LEY 546 DE 1999.	150

5.1. Antecedentes.	151
5.2. De la Ley 546 de 1999 y su constitucionalidad (Sentencia C-595/00).	154
5.2.1. Contenido.	154
5.2.1.1. Capítulo I.	156
5.2.1.2. Capítulo V.	161
5.2.1.3. Capítulo VI.	173
5.2.1.4. Capítulo VIII.	173
5.3. Primeras distorsiones y las respuestas judiciales.	181
5.4. Ciclo interpretativo de la Corte Constitucional.	190
5.5. Protección constitucional del tercer adquirente de buena fe.	210
6. CONCLUSIONES	225

BIBLIOGRAFÍA

**EL CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN LA
RELACION CONTRACTUAL DEL TERCER ADQUIRENTE EN
PÚBLICA SUBASTA JUDICIAL**

DESCRIPCIÓN:

Desde hace varias décadas, lo relativo a la vivienda y en especial la de interés social ha mantenido una amplia proyección en las políticas públicas⁵, razón por la que en los años 70`s, el gobierno de su momento pusiera en marcha un ambicioso sistema de créditos hipotecarios, atados a la Unidad de Poder Adquisitivo Constante UPAC y creara las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, como intermediarios financieros de primer orden.

En nuestra Constitución, vigente desde 1991, la propiedad, aunque no se define como un derecho fundamental, si es un derecho reconocido en el Art.

⁵ Conjunto de estrategias diseñadas por el estado para dar respuesta a situaciones socialmente problemáticas. Carlos Salazar Vargas. Las políticas públicas, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002 p 41 y s.s.

51 de la Carta⁶, razón para que el Estado propicie la búsqueda de un cierto grado de bienestar en sus asociados, interviniendo la actividad económica, tendiente a lograr un equitativo reparto de bienes y servicios.

El modelo (adquisición de vivienda por medio del sistema de crédito atado a una unidad de cuenta) marchó exitosamente, empero la debacle económica de los años 1998-1999, propició la pérdida de viviendas de aquellos propietarios que las adquirieron por medio de préstamos hipotecarios con la banca nacional y privada, atados a las UPAC, liquidados con el DTF y capitalización de intereses.

Así las cosas frente a la incertidumbre económica reinante, la Corte Constitucional (Sentencia C- 383/99) excluyó del ordenamiento jurídico, las aludidas unidades de cuenta, al considerarlas vulneradoras de los derechos fundamentales de los deudores-propietarios, al quebrantar el derecho a adquirir y conservar una vivienda digna.

El Gobierno presentó un proyecto y el Legislativo dictó una ley marco, a efectos de morigerar la tensión existente. La Ley 546 de 1999 al menos en

⁶ “Todos los Colombianos tienen derecho a vivienda digna. El estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá los planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda”

el enunciado general de las directrices que traza, regula únicamente la actividad de financiación en cuanto a compra y construcción de vivienda a largo plazo, crea otras unidades, las UVR (Unidades de Valor Real), empero en nada mejoró la situación existente, puesto que las nuevas unidades reemplazantes de la UPAC, mantienen los aumentos mes a mes de las cuotas, sin solución a la vista, no obstante las reliquidaciones efectuadas, la aplicación de alivios, redenominación y adecuación de las obligaciones, al igual que la terminación de los procesos iniciados; persiste la mora de las nuevas cuotas y por ende la posibilidad de pérdida de vivienda. A lo anterior se aúna el tema de los terceros adquirentes en remate.

Si en el primigenio proceso de ejecución, el funcionario judicial no le dio aplicación a la Ley 546 de 1999, que es favorable para el deudor, y no percatado de tal anomalía lo continuó hasta la etapa de pública subasta, el tercer adquirente de buena fe consolidó el dominio sobre el inmueble, generándose un panorama en que colisionan múltiples derechos, dado que si se anula a posteriori este *iter* procesal y negocial, es despojado del inmueble y su título de propietario queda inane, sufriendo una vulneración frente a la legítima confianza que mantenía en el derecho, y es precisamente este el problema al cual propendemos por otorgar respuesta.

Iteramos, en el contexto actual colombiano, en los ámbitos social, económico y jurídico, el tercero adquirente de buena fe, que frente a la legítima confianza del Estado⁷, adquiere en subasta pública un inmueble, se enfrentan a posteriori con alteraciones invalidantes de sus derechos.

⁷ Denotamos que la adquisición dentro del proceso ejecutivo con título hipotecario, se efectúa por intermedio del funcionario judicial, en la pública subasta. Allí pueden concurrir terceros que entusiasmados por el precio, que por regla general equivale al 70% del valor de avalúo del bien, el hecho cierto que un juez de la república funja como vendedor, confía que ningún dificultad entorpecerá tales tratativas negociales, que se inician con la información puntual que recave respecto del asunto en debate, el examen del objeto de la compraventa, su titulación, y los límites, mínimos y máximos y que la ley impone respecto del valor, último este otorgado conforme la información catastral vigente adicionándole otro tanto o el dictamen pericial firme al respecto.

1. ANTECEDENTES

De forma breve esbozaremos los antecedentes históricos y normativos que han influido en la problemática.

El sistema de créditos a largo plazo diseñado por el gobierno de la época (década de los 70`s) como una política pública tendiente a solucionar la adquisición de vivienda, en sus comienzos demarcó un avance, no solo para los sectores de la economía (banca-construcción), sino para la sociedad en general, en especial personas particulares, que adquirieron su inmueble a fin de satisfacer la necesidad de proteger a sus familias, propendiendo por el desarrollo del sector vivienda, contratación que sin ningún tropiezo, dio auge al país en este tema.

La unidad de cuenta creada, UPAC, sufrió en la década de los 80`s, una deformación, al quedar desligado su cálculo exclusivamente de la inflación y ajustarse a las tasas de interés y posteriormente a la tasa de interés para término fijo (DTF) ofrecido por la banca nacional, que llevó al colapso y desestabilización del sistema (Decreto autónomo 1319 de 1988).

Con la puesta en vigor de la Constitución de 1991, y frente a la duda sobre la validez de los decretos que unía el UPAC con la DTF, se aprobó por el

Congreso la Ley 31 de 1992, que traía entre otras disposiciones, la facultad del Banco de la República, para “(...) f. Fijar la metodología para la determinación de los valores en moneda legal de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante UPAC, procurando que esta también refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía...”

El Consejo de Estado (Mayo 21 de 1999) hizo el primer pronunciamiento relativo a que el cálculo del UPAC debía tener en cuenta no solo la DTF, sino otras variables, como la inflación. La Corte Constitucional (C-383 de Mayo 27 de 1999), enfatizó en que en el cálculo de esta unidad de cuenta, no se incluyera la tasa DTF, puesto que actuar en contrario reflejaba los movimientos de la tasa de interés de la economía, y si eran superiores al IPC, afectaban el derecho a la vivienda digna.⁸

La norma fue retirada del ordenamiento jurídico por la Corte Constitucional (Sentencia C-383 de 1999), al ser declarada inconstitucional, con fundamento en que el incremento de la cuota de los deudores, no permitía el

⁸ Expresando: “...Que al incluir la variación de las tasas de interés en la economía, en la determinación en pesos de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante, se distorsionaba por completo el justo mantenimiento del valor de la obligación, se rompe el equilibrio de las prestaciones, de tal manera que ello apareja como consecuencia un aumento patrimonial en beneficio de la entidad crediticia prestamista y en detrimento directo y proporcional del deudor, lo que sube de punto si los intereses de la obligación se les capitaliza, con elevación consecencial de la deuda liquidada de nuevo en Unidades de Poder Adquisitivo Constante, que a su turno, devengan nuevamente intereses que se traen, otra vez, a valor presente en UPAC, para que continúen produciendo nuevos intereses de forma indefinida...”

pago de las mismas, incurriendo en mora, razón para que el acreedor (entidades financieras) iniciase el proceso de ejecución a fin de efectivizar o solucionar tales obligaciones. Por regla general el pago se hacía por remate o por daciones en pago del inmueble, soluciones que inexorablemente conllevaban a la pérdida de la vivienda.

La crisis no solucionada, (no obstante que la Junta Directiva del Banco de la República, expidiese la Resolución No. 10 de Junio 1° de 1999, a fin de atemperar sus instrucciones al aludido fallo) dio lugar a que nuevamente la Corte Constitucional, en Sentencia C-700 de 1999, declarara la inconstitucionalidad de todo el sistema UPAC, previsto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, empero para evitar traumatismos, ordenó que se seguiría aplicando el modelo, (salvo lo relativo al cobro de la UPAC ligado al DTF, que se retrotrae a la Sentencia C-383 de 1999) hasta el 20 de Junio de 2000 o hasta cuando el Congreso de la República expidiera una nueva ley, dejando la posibilidad de reclamar judicialmente los cobros realizados al margen de las ordenaciones que al momento eran aplicables.

No obstante las críticas, que por el sector económico, produjeron las sentencias de la Corte en el tema, enfatizaban que quedaba en manos del legislativo la adopción del nuevo modelo de financiamiento.

La Ley 546 de 1999 y la sentencia de exequibilidad de la misma (Corte Constitucional C-955 de 2000) estableció criterios a los que debía ceñirse el Gobierno Nacional, para regular un sistema especializado de financiación de vivienda a largo plazo, en razón del fracaso del sistema de financiación imperante, denominadas UPAC, que no permitía, acorde con su cálculo, hacer efectivo el derecho a la vivienda digna.

La ley crea las UVR o Unidades de Valor Real y prevé abonos especiales para los créditos al día, y para los que están en mora, la reliquidación, consagrada en el Art. 40.⁹ Igualmente trata otros aspectos, tales la redenominación de los créditos, adecuaciones de obligaciones, aplicación de alivios y terminación de los procesos, empero, no obstante lo complejo del contenido, que propendía como se expresa, en hacer efectivo el derecho a la vivienda, persiste la mora de las nuevas cuotas y se reinicia el ciclo

⁹ “Con el fin de contribuir a hacer efectivo el derecho constitucional a la vivienda, el Estado, invertirá las sumas previstas en los artículos siguientes para abonar a las obligaciones vigentes que hubieren sido contratadas con establecimientos de crédito, destinadas a la financiación de vivienda individual a largo plazo y para contribuir a la formación del ahorro, que permita formar la cuota inicial de los deudores que hayan entregado en dación en pago sus viviendas, en los términos del artículo 46...”

judicial del acreedor, incoando los procesos ejecutivos para solucionar la obligación con el remate del bien gravado.

Empeñados en la tarea de relieves que el tercer adquirente en remate en procesos ejecutivos hipotecarios, sufre perturbaciones en la etapa postcontractual, al prohiarse protección constitucional al deudor, no obstante haber actuado de buena fe y teniendo de presente que esta implica un comportamiento honesto, acorde o conforme a la ley y una creencia legítima sobre la autenticidad y corrección de lo actuado, empezaremos, por precisar brevemente la evolución histórica del principio de la buena fe asomándonos a los distintos ordenamientos europeos, para concluir confrontando los deberes éticos ínsitos en su contenido frente a la normatividad vigente, al igual que de cara a la jurisprudencia nacional, que iniciamos con las acepciones de la expresión “buena fe” a fin de dejar establecido los distintos significados y contenidos de la misma.

Posteriormente delimitaremos el ámbito de la buena fe en las adquisiciones por licitación pública o remate. Observaremos el desequilibrio del principio de la buena fe, del tercer adquirente en la etapa post-contractual, surgidos de los cambios sociales y económicos.

Y finalmente daremos una respuesta, razonable y adecuada, a tal desequilibrio, propendiendo por llenar de contenidos el principio.

1.1. ACEPCIONES:

Según el Diccionario de la lengua española, “buena fe” es “rectitud, honradez” y “convicción en que se halla una persona de que hace o posee alguna cosa con derecho legítimo”

“a buena fe” significa “ciertamente, de seguro, sin duda”.

“a la buena fe” indica “con ingenuidad y sencillez, sin dolo o malicia”

“de buena fe” es “con verdad y sinceridad”¹⁰

Fe, etimológicamente significa “confianza”, “crédito”, “buena fe”
”promesa, palabra dada”.¹¹

La expresión “buena fe” posee una variedad de significados y contenidos, pero la tensión se desenvuelve en la clasificación tradicional de buena fe

¹⁰ Real Academia Española, “Diccionario de la lengua española”21ª ed. Madrid, t.I,1992,”fe” p.956)

¹¹ Corominas, Joan, con la colaboración de Pascual, José A., “Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico”. Madrid, Gredos,t.II,1980,”fe”,p.877

subjetiva y buena fe objetiva, aunque para los usos jurídicos estos tienden a prevalecer¹². Para el tratadista, MIGUEL ÁNGEL CIURIO CALDANI, obrar de buena fe, es por una parte instalarse en la difícil relación entre la “bondad” y la “fe” que, en cuanto al protagonista, suele llevar al predominio subjetivo de la “fe”, pero en cuanto a los terceros se inclina más a la “bondad” de responder en alguna medida a la “objetividad” de las expectativas - la “fe”- de otro.

Entre las principales cuestiones de buena fe que ha de encarar el derecho se encuentran: a) la protección de la buena fe; b) el deber de buena fe; c) la presunción de buena fe. Es que el derecho significa no solo dirigir sino enderezar la vida y la buena fe es una expresión del “recto vivir”.

Entiende el aludido tratadista, que la buena fe, referencia a que la conducta cumpla un “mínimo valorativo”, no necesariamente expresado en normas, que subyace a estas e incluso a menudo a los “repartos” y emerge en diversas oportunidades de la vida jurídica. Dado el predominio de la objetividad en el campo jurídico puede haber “buena” fe y actos “buenos”

¹² Miguel Ángel Ciurio Caldani , en “Aspectos filosóficos de la Buena fe, en Tratado de la Buena fe en el derecho. Ed. La ley. Tomo I, Re.ed. 2005, p. 5

hechos con mala voluntad. A través de este mínimo, la buena fe encuentra camino hacia el comportamiento que los otros pueden esperar.

1.2. PRINCIPIO O REGLA:

La autora KEMELMAJER DE CARLUCCI considera que “la buena fe sería un principio general del derecho que la ley formula por medio de una cláusula general” y “que las cláusulas generales no son principios deductivos ni de argumentación dialéctica, sino que imparten al juez una medida, una directiva para la búsqueda de la norma de decisión, son una técnica de formación judicial de la regla que ha de aplicarse al caso concreto, sin un modelo de decisión preconstituido por un supuesto de hecho normativamente abstracto.”¹³

¹³ Kemelmajer De Carlucci, Aida, “La buena fe en la ejecución de los contratos” Revista de Derecho Privado y Comunitario No 18 “responsabilidad Contractual- II” Editores Santa fe-Argentina-1998) p. 211

Para decirlo llanamente, la buena fe es un concepto indefinido, un estándar jurídico o cláusula abierta, cuyo contenido debe ser determinado en cada época y en cada caso por la hermenéutica de los jueces¹⁴.

MARIA ELVIRA YORIO, parte de aseverar que el Código Civil no contiene una definición concreta de la buena fe y sostiene que “tampoco existe un criterio estricto para determinar la buena o mala fe, ni es conveniente, echar mano al sistema de presunciones legales que –como tales- deben ser de interpretación restrictiva...”. Por lo cual “ en materia contractual serían las circunstancias de cada caso y las especiales características que lo rodean, las que brindarían las pautas para juzgar si se ha obrado dentro de los límites impuestos por la buena fe...”¹⁵

MOSSET ITURRASPE, en el ámbito convencional enseña “La buena fe es, asimismo, un criterio o principio de indudable vigencia, en orden a la interpretación del contrato en cuanto: a) ordena conductas probas, dignas, leales y descarta todo proceso contrario a esas pautas- la buena fe objetiva-;

¹⁴ Spota, Alberto G. “Tratado de derecho Civil “t I. Parte general, Volumen I. Ed. De palma, Buenos Aires, 1947, p. 358.

¹⁵ Yorio, Elvira María, “El abuso del derecho”, revista Notarial del colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires, No 853-1980, p.2224, citado por Pascual Eduardo Alferillo “reflexiones sobre la vinculación de la “mala fe” con los factores de atribución subjetivos”, en Tratado de la buena fe en el derecho. t.I, 2ª Reimp. 2005. (p. 223)

b) manda a ajustarse a la apariencia, a lo que el otro contratante pueda entender o creer, para no defraudar la confianza suscitada- buena fe subjetiva.¹⁶

Por su parte LÓPEZ DE ZAVALIA, recuerda que: “con la objetiva se alude a ciertas normas y criterios de lealtad, corrección, rectitud, honestidad, probidad, y con la subjetiva a un estado de la conciencia, aunque como bien se ha señalado, ambos criterios no son impermeables.....veremos que por encima de la conceptualización posible del principio, a veces, la ley, exige la coincidencia objetiva de la conducta y otra se refiere al estado subjetivo...”¹⁷

Distingue la doctrina¹⁸ estas dos variantes de la buena fe, buena fe creencia, el elemento psicológico se concreta a una errónea representación intelectual, creencia o ignorancia de la realidad y juega en el momento de la celebración del acto, pues se obra creyendo estar dentro de lo jurídicamente permitido. Y la buena fe lealtad (conocida como la objetiva,

¹⁶ Mosset Iturraspe, Jorge “código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, t.3C-arts 1190/1433, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina p.46.

¹⁷ López de Zavalía, Fernando J. “Teoría de los contratos” t. I-Parte general, Zavalía editor, Buenos Aires, Argentina, 11984, p.263.

¹⁸ Kemelmajer De Carlucci, Aida, ob. cit. p. 239/240)

cláusula válvula o standard que se entiende implícita en los negocios jurídicos y que sirve para integrar e interpretar los mismos con rectitud y honradez en el trato; como lealtad, honestidad y confianza) estima que juega más en el cumplimiento de las obligaciones y en la interpretación de los actos jurídicos pues hay preponderancia del querer sobre el creer.

Tal calificación formulada por la profesora KEMELMAJER, establece dos momentos en la etapa de un acto jurídico: el de su constitución y su posterior ejecución, que incluye la hermenéutica que realizan las partes. El contenido de la buena fe exigible al momento de verificar el acto no es idéntico al que se requiere para su ejecución, ello por cuanto al celebrarse el acto, las partes tienen la libertad de conclusión y de determinar la configuración interna del acto; en la etapa de ejecución, la conducta de las partes tiene como límite el contenido del propio acto¹⁹.

Diferenciamos la buena fe, como un concepto técnico-jurídico inserto en una multiplicidad de normas jurídicas, para describir o delimitar un

¹⁹ Morello Augusto Mario, “Mora y buena fe objetiva en el cumplimiento del contrato de compraventa” J.A. 1978-I-509 “la función de la buena fe objetiva en la ejecución actúa, sobre un campo acotado de antemano y que se deriva del fin objetivo del contrato y de las prestaciones que del mismo tienen lugar, aun con exclusión de los aspectos subjetivos que se replegarían indefinidamente a los motivos y causas del ligamen.....”

supuesto de hecho, del principio general de buena fe que engendra una norma jurídica completa, que se eleva a tal categoría de principio general de derecho, razón para que los integrantes de una comunidad jurídica deban comportarse de buena fe en sus relaciones, adoptando un comportamiento leal tanto en la formación, como en el desarrollo y desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas en un sentido bifronte: derechos que deben ejercerse de buena fe y las recíprocas obligaciones de idéntica naturaleza²⁰.

Esta última conceptualización de la buena fe, la califica como "estándar ético", principio envuelto y permeado de lo "ético" que cabe considerar en el ámbito jurídico, invocado a la par que la moral y las buenas costumbres, limitativas de la autonomía de la voluntad, tales el abuso del derecho, la lesión, la imprevisión, la frustración del fin del contrato, el enriquecimiento sin causa y el principio *venire contra factum proprium* (no se puede venir contra los actos propios).

²⁰ Díez- Picazo, Luís. Prólogo al libro de WIEACKER "El principio general de la buena fe. Cuadernos Civitas. Ed. Civitas S.A. trad. de José Luis Carro, 2º. Ed. 2º.Reim., Madrid 1986.

En conclusión, indiferente de cual tesis se acoja respecto de la buena fe como regla o como principio,²¹ es realidad que la ley de forma apriorística, precisa criterios de conducta en la etapa de formación del acto jurídico, al igual que su ejecución y posterior interpretación, último este entendido como un proceso volitivo interno del sujeto, que cree que la suya es la ajustada a los criterios sociales y económicos vigentes, y en realidad así no lo es. Igual se puede ejecutar un acto con la creencia de estar en el sendero de la buena fe, y en realidad nos encontramos en la orilla opuesta: “estimamos que es el derecho el que da estatus jurídico al principio ético-moral de la buena fe en sus dos variantes”²².

²¹ Dworkin diferenció entre reglas y principios, las distintas formas de precisar obligaciones y derechos, dado que guían la acción de forma diferente. R. Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Gustavino, Planeta-De Agostini, España, 1993, p.72 y ss “...La diferencia importante (de los principios) con las reglas estriba en que los principios configuran de modo abierto las condiciones de aplicación, estas condiciones de aplicación, consisten únicamente en la oportunidad de llevar a cabo la conducta o estado de cosas prescrito. En el caso de los principios en sentido estricto, la solución normativa contiene un deber, prohibición o permiso de realizar una conducta, esto es, ordena cierta acción o acciones..... La diferencia entre reglas y principios es relevante porque, como se dijo antes, determina de manera distinta el deber. Las reglas lo hacen como lo sostuviera Dworkin, de la manera del “todo o nada”, es decir, con un carácter –definitivo_ (Alexy). Si la regla es aplicable entonces la conducta ordenada debe realizarse. Además, como sostiene Raz, las reglas son razones para la acción que guían la conducta de una manera particular: son razones de primer orden y razones excluyentes, es decir, proporcionan una razón para realizar la conducta que ordenan y una razón para dejar de considerar otras razones en conflicto o convergentes. Por su parte, los principios solo son razones que guían la conducta pero no son razones excluyentes, lo que significa que para actuar conforme a lo que ordena un principio siempre debemos considerar otras razones. Por ello se dice que los principios tienen un carácter -prima facie .” citado por Juan Antonio Cruz Parcero. *Derechos sociales: clasificaciones, normas, acciones y Fines*, p.382 en *Interpretación y Razonamiento Jurídico. Filosofía y teoría del Derecho*. 1. ARA Editores-2009.

²² Pascual Eduardo Alferillo. “Reflexiones sobre la vinculación de la “mala fe” en los factores de atribución subjetivos” en *Tratado de la buena fe en el Derecho*. Tomo I. Editorial La ley. Reimp. 2005. Pág. 249.

1.3. VOLVER A ANDAR EL CAMINO, DE LA MANO DEL DOCTRINANTE PRECURSOR

Expresa DE LOS MOZOS²³, que la aplicación del principio de la buena fe hace penetrar en el orden jurídico un elemento natural, propiamente extrajurídico, que viene a formar parte de la regla jurídica, aserto en el cual se encuentran de acuerdo muchos autores de distintas tendencias y épocas. El desacuerdo está en la manera de cómo ha de llevarse a cabo, en el contenido que se le ha de dar, o en el valor que pueda concedérsele.

Igualmente determina que dada la variedad de su materia o por el empleo profuso que de ella hace el ordenamiento positivo, se hace imposible dar un concepto general de la buena fe,²⁴ ni siquiera distinguiendo la diversa función de la misma, como lo hacen algunos autores²⁵, porque no cabe según su manifestación dar claridad al concepto general, si vía deducción, se establecen consecuencias particulares; mas bien se otorgaría criterios de orientación que requieren en cada caso particular, precisión distinta, según

²³ José Luís De los Mozos. El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español. Bosch Casa editorial. Barcelona.1965.Pág. 15

²⁴ ob.cit. Pág. 21

²⁵ Gómez Acebo. La buena y la mala fe: su encuadramiento en la teoría general del derecho y su eficacia en el Código Civil en RDP, 1952, Págs. 101 y ss.

respondan a cada contenido y la posición en relación con el ordenamiento, diferentes de forma sensible, acorde con los tipos de organización técnica de la buena fe, su ubicación normativa , y las instituciones, precisando de esta manera el carácter esencialmente “tópico” del concepto de buena fe .

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA:

2.1. DE LA *FIDES*

El contenido y la forma de la buena o mala fe es posible determinarla, “acudiendo previamente a la diversidad de aplicaciones que en el campo del derecho ha encontrado la *fides*. Uno de sus aspectos - la fidelidad - parece ser el fundamento natural de la vida humana de relación, pues de ella se deriva la confianza”²⁶

En los pueblos de la antigüedad, en especial los romanos, concedieron una extraordinaria importancia a la *fides*, revestida incluso de contenido religioso, trascendiendo los cultos ciudadanos y los usos sociales, de esta manera la vida y la conciencia social (mores) de los romanos tiene imbuido el concepto, influyendo en el Derecho.

La *fides* se aplicaba a los distintos campos y de esa forma, tomada distintos significados, acorde con el sentido que era empleado: “la ausencia de un significado único y unívoco general de *fides* y no cabe pensar que una *fides*

²⁶ ob cit. Pág. 22.

genérica, originaria, se haya ido aplicando a estructuras más concretas (como la promesa) en el transcurso del tiempo”²⁷

Para el historiador del derecho es fácil individualizar y generalizar los conceptos, dado que los supuestos se plantean en las formas típicas estructurantes de la vida social imperante, encontrándose algunas esferas de aplicación en el mundo jurídico romano, bien determinadas tales: la esfera de las relaciones internacionales (Roma y los pueblos con los que entra en relación) como la *fides populi Romani*; la esfera de las relaciones internas que fundamentaba el poder político, *venire in fidem*, como legitimación del poder y la fuerza²⁸, surgiendo una esfera de relaciones típicas del derecho romano, la de las relaciones con los extranjeros (*peregrini*), desenvueltas en el *ius gentium*, objetiviza la *fides* como *bona fides*, propia de la “corrección en el comportamiento de la vida mercantil, a la que se incorpora un indudable elemento ético partiendo de la primera”²⁹. Todas estas manifestaciones se desarrollan paralelamente en las estructuras de las instituciones privadas, tales en la tutela, en la gestión de negocios ajenos, en

²⁷ Lombardi, dalla “fides” alla “bona fides”, Milano, 1961, parte prima. Citado por Luis De Los Mozos.

²⁸ Grosso. Enciclopedia del Diritto, V, voce “buona fede”, pag 661 y s.s.

²⁹ ob.cit. pas 23-24

el mandato y sus relaciones, prevalencia de la garantía personal sobre la real, la fiducia, fideicomiso, sociedad, en la doctrina de las fuentes, fidelidad al juramento, valor de la promesa, y con mayor énfasis en la relación íntima derecho sustancial y tutela procesal, originando las acciones *ex fides bona*, la *exceptio doli*, *pacta ex continenti* inherente esta última al contrato (evicción, saneamiento, frutos, etc).

2.2. DOCTRINA TRADICIONAL: BUENA FE SUBJETIVA Y BUENA FE OBJETIVA

La doctrina distingue la buena fe entre objetiva y subjetiva³⁰, supuestos ambos vinculados con los principios éticos que gobiernan las relaciones privadas, la moral –objetivo mediato- y el buen obrar como dimensiones para juzgar la culpa o negligencia en el comportamiento.³¹

³⁰ Ob- cit,pag 26.- de los Mozos. “De forma que, las dos caras o aspectos, que no categorías, que desde aquí cabe considerar como propias de la buena fe, objetiva y subjetiva, se revelan en el doble plano de la expresión del Derecho, como norma y como facultad, para los poderes del ordenamiento y para los poderes de los particulares (como capacidad creadora, ob-causante y como condición actuante, sub-legítimamente) surgiendo de la doble estructura ontológica del derecho.”

³¹ José Luis De los Mozos “El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español” Ed. Bosch,Barcelona,1956, p.17

Consiste la buena fe subjetiva en la ignorancia o errónea creencia de una persona acerca de determinado hecho y se fundamenta en un elemento psicológico del sujeto³².

Hay que entenderla como “la creencia del adquirente de que su adquisición de derechos o mejor, que su emplazamiento en determinada situación jurídica es conforme a derecho”³³.

Se encuentra la buena fe subjetiva principalmente en el campo de los derechos reales, la usucapión, posesión, las obligaciones referidas al pago efectuado al acreedor putativo y en la hipótesis del cesionario de buena fe. Igual se encuentra íntimamente conectada con la posesión de la herencia; caso del matrimonio putativo, en lo referido a la subsistencia del parentesco por afinidad, considerada un elemento de la posesión de estado.

Por el contrario respecto de la buena fe objetiva, no se pregunta sobre la conducta del sujeto y es irrelevante cualesquier aspecto psicológico. Lo que se analiza en este tipo de buena fe es la actuación correcta, adecuada,

³² Judith Martins – Costa. A boa-fe objetiva e os deveres laterais, en www.texeiradefreitas.adv.br/camila/artigos.

³³ Alterini, Jorge “ la buena fe y los perjuicios ante las adquisiciones a título gratuito”. Anales Año XLVI, Segunda época, No 39. La ley. Buenos Aires, abril 2002, p.15

honestas, leales, que deben emplear las personas en sus relaciones. En el ámbito contractual esta buena fe, consiste en respetar el deber de fidelidad, coincidiendo el concepto semántico con el jurídico, según ALTERINI³⁴, dado que en su acepción gramatical, fidelidad significa “lealtad, observancia de la fe que uno debe a otro”, es decir, la probidad y la lealtad que le son exigibles a los contratantes.³⁵

Cualesquiera sea el punto de vista sobre el contenido psicológico o ético de la buena fe, que se tenga por los doctrinantes, es aspecto superado, dado que el contenido material de la buena fe en el comportamiento humano designa “el elemento cualificativo de un comportamiento referible a la persuasión subjetiva (interna), por lo cual, en conformidad o en antinomia con la *regula remota moralitatis* se entiende obrar rectamente, es decir, de acuerdo con dicha *regula*, sea en relación a las normas simplemente éticas, o a las

³⁴ Ob. Cit, pag 15

³⁵ De los Mozos, Ob. Cit, pag. 27 “...Ahora bien, en todos estos supuestos, o en cualesquiera otros, se califica de bueno (bona fides) lo que de una manera o de otra, se corresponde con esa idea general, expresando en virtud de conexiones casuísticas y retóricas (“topoi”), que responden a una misma substancia: La fidelidad. De modo que será de buena fe, lo que se encuentra adecuado a la fides. Tanto en el contenido de la relación jurídica como en el comportamiento que se espera o exige de los sujetos de la misma, que de esta manera se convierten en creencia y confianza. De forma, que, en sí mismo o por relación, en el aspecto subjetivo de la buena fe se revela de modo más intenso, el contenido material de la misma, de evidente carácter ético por otra parte.....”

normas de derecho positivo, productora inmediata o mediatamente de un vínculo moral”³⁶.

De este modo asevera DE LOS MOZOS, el problema moral de la buena fe (valoración del *internus animus*) a través de las declaraciones del agente, se resuelve en un problema jurídico (valoración del *internus animus ad extra*) inspirando soluciones que hacen asumir al principio ideal de la buena fe, el carácter de una particular aplicación del mas general *alterum non laedere*, al que se halla indiscutiblemente ligado, ofreciéndose con significados y aspectos diversos, que varían de una a otras aplicaciones y de uno a otros ordenamientos.³⁷

Así lo expresa SCAVO LOMBARDO: “el principio ético de la buena fe, infiltrándose orgánicamente en la contextura del ordenamiento jurídico se manifiesta en la medida mas o menos rigurosa en que las exigencias de la *societas iuris* lo requieren y no de otro modo, llegando con ello a convertirse, en relación con determinadas consecuencias jurídicas, de

³⁶ Scavo Lombardo .Enciclopedia del Diritto,V.,pag 664

³⁷ ob. Cit. Pág. 30 De los Mozos “Pero estas diferencias no dependen de que vaya a ser distinto en cada caso, el contenido material de la buena fe, sino de la forma en que esta materia se aplica al ordenamiento.....Por eso, cuando se estructura la buena fe, como buena fe subjetiva, su contenido ético se revela con más claridad, pero esto no quita para que, cuando la buena fe es considerada en su aspecto objetivo, su contenido ético se esfume.”

principio subjetivo en principio objetivo, cuantas veces la buena fe no resulta fundada sobre el elemento intencional individual, sino sobre un mero comportamiento socialmente apreciable. Bajo este último aspecto, en efecto, la noción jurídica de la buena fe no resulta fundada sobre el elemento intencional individual, sino sobre un mero comportamiento socialmente apreciable.....”³⁸

2.3. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA BUENA FE EN LOS DISTINTOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS:

Las referencias a la buena fe tienen diversas raíces, en el legado occidental, incluso religiosas judeocristianas, públicas griegas y de comunidad germánica, nutrida de la tradición conceptual del derecho romano³⁹, a que nos referimos en antecedencia.

En el ámbito contractual y obligacional, el Código Civil Francés en su artículo 1134 dispone que las convenciones deben ejecutarse de buena fe.

³⁸ Scavo Lombardo. Ob cit. Pág. 666.

³⁹ Petit, Eugene, “Tratado elemental de derecho romano”, trad. José Ferrandez González. Bs.As., Albatros, 1954, Pág. 912 y ss.

El Código Civil Alemán, en su Art. 157 expresa que los contratos deben interpretarse según las exigencias de la buena fe conforme a los usos del tráfico.⁴⁰

En su Art. 3º el Código Civil Suizo precisa que se presume la buena fe cuando la ley hace depender de ella el nacimiento o los efectos de un derecho. No obstante, aclara que nadie puede invocarla si ella es incompatible con la atención que las circunstancias permitían exigirle.⁴¹

El Código Civil italiano, en su Art. 1176, establece que en el cumplimiento del deudor debe usar la diligencia de un buen padre de familia. Así mismo en el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional la diligencia debe evaluarse con atención a la naturaleza de la actividad ejercitada.

Para BIANCA es importante diferenciar desde el punto de vista de las obligaciones, la buena fe, de la diligencia debida. Según él, la diligencia consiste en el empleo adecuado de las energías y medios idóneos para la

⁴⁰ True und Glaube, es originalmente un concepto moral ideal, en la práctica equivale a su proyección consuetudinaria.

⁴¹ El art 25 del Código de las Obligaciones dispone que el error no puede ser invocado contra la buena fe. La parte en error debe observar el contrato en el sentido que ella lo entendió cuando la otra parte de declara dispuesta a ello.

realización de un determinado fin. Mientras que la obligación de buena fe prohíbe un comportamiento desleal y además impone salvaguardar la utilidad de la contraparte, pero no llega a exigir un compromiso que se remita al esfuerzo diligente.⁴²

En el Art. 1366 el contrato deben ser interpretado según la buena fe; el Art. 1375 dispone que también debe ser ejecutado de buena fe.

La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, acoge en cierta medida el deber de buena fe. En el Art. 7.1 establece que en la interpretación del tratado se tendrá en cuenta la necesidad de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

Los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales dan amplia recepción a la obligación de la buena fe, en especial el Art. 1.7., las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial y no pueden excluir ni limitar este deber.

En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su párrafo del preámbulo (art. 1º de la Declaración Universal de Derechos

⁴² Derecho Civil Massimo Bianca- 3 El contrato Universidad externado de Colombia, 2007 Pág. 527 y 528.

Humanos) dice: “Todos Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros” y en su Art. 26 establece la presunción de inocencia de todo acusado (art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

La Buena fe es concebida por algunos, como un principio jurídico, para otros, como una cláusula general.

2.3.1. ALEMANIA:

Agotamos en este aparte una sola referencia desde la óptica de antiguos tratadistas, dejando por fuera a los padres del derecho moderno.

Decía VON THUR ⁴³ “Nuestra “buena fe”, nació por diferenciación del concepto mas amplio de la *bonas fides* romana. La *bona fides* (así, como su opuesto, el *dolus malus*) era originariamente una noción moral e implicaba la actitud del hombre honesto. De este principio derivan de una parte, “la confianza” y “la fe”, como medida en la interpretación e integración de los

⁴³ Teoría General del derecho Civil alemán. II-1, trad. cast., Buenos Aires, 1947, no 135, pag 150-151, nota 63

contratos y por otra la “buena fe” que estamos examinando y cuyo carácter jurídico, ya no se halla en la actitud honesta, sino en el conocimiento o desconocimiento de hechos. De ahí que la buena fe sea un factor que pertenece al campo del conocimiento; la ley lo toma en consideración para proteger la honestidad en la circulación de los bienes”

En tal razón existe, según el citado autor, la fe en el derecho del enajenante; la fe del deudor en el derecho del acreedor; la fe en la posición jurídica de la contraparte; la fe en la validez del negocio jurídico; la fe en el derecho propio; supuestos todos que tratan de la buena fe subjetiva.

Empero en las normas de interpretación y de integración de la voluntad de las partes en los negocios jurídicos, se refiere a la buena fe por excelencia del derecho de obligaciones (§ 157 y 242 del BGB) “normas que sirven para resolver las cuestiones dudosas en que las partes no suelen pensar cuando celebran el negocio”⁴⁴ y que constituye el núcleo más importante de la buena fe objetiva y que en el derecho alemán se ha desarrollado ampliamente, así: los que pueden provocar una resolución o una conversión (como medios de corrección debido a la buena fe); la teoría del abuso del

⁴⁴ Von Thur- Teoría general II-2 Págs. 226 y ss.

derecho, la del *verwirkung*⁴⁵, la doctrina de los actos propios⁴⁶; protección de la propia esfera jurídica, excepciones al ejercicio de un derecho y abuso del derecho, estabilización, el abuso de la nulidad por motivos formales, etc.

§157. Interpretación de los contratos:” Los contratos deben interpretarse según las exigencias de la buena fe conforme a los usos del tráfico”⁴⁷.

§242. Prestación según buena fe: “El deudor está obligado a cumplir la prestación según las exigencias de la buena fe conforme a los usos del tráfico”⁴⁸.

En la edición española de ÁNGEL MARTÍNEZ SARRION, referida al Tratado de las relaciones obligacionales de DIETER MEDICUS⁴⁹, se leen las mismas normas relativas a la buena fe.

⁴⁵ *Verwirkung*. El retraso desleal.- según lo ha establecido la doctrina y jurisprudencia alemanas un derecho subjetivo o una pretensión no puede ejercitarse cuando el titular no solo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer, sino que incluso ha dado lugar con su actividad omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitara. El ejercicio del derecho se torna en tales casos, inadmisibles. Tres son los presupuestos de la figura: i) la omisión del ejercicio del derecho, ii) el transcurso de un periodo de tiempo y iii) la objetiva deslealtad e intolerabilidad del posterior ejercicio retrasado.

⁴⁶ Prohibición de ir contra los actos propios “*venire contra factum proprium*: El acto de ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad es inadmisibles cuando con el la persona se pone en contradicción con el sentido que objetivamente y de acuerdo a la buena fe había que dar a su conducta anterior. La regla veda una pretensión incompatible o contradictoria con esa conducta anterior.

⁴⁷ Código Civil Alemán. *Bürgerliches Gesetzbuch*. Director Albert. Lamarca Marques. Marcial Pons. Madrid. 2008, Pág. 61

⁴⁸ BGB, ob.cit, Pág. 77.

El §242 como acabamos de transcribir, no es una norma jurídica definitoria, por ello no ostenta un componente de supuesto de hecho y consecuencia jurídica concreta. Se podría determinar aún objetivamente los “usos del tráfico”⁵⁰ pero el §242, solo expresa que, para la buena fe, debe tomarse en consideración los usos del tráfico, así la determinación de tales usos, no constituye consecuencia jurídica alguna independiente, es que la misma buena fe, esta desposeída de una estructura concreta válida⁵¹.

Este mismo doctrinante⁵², al precisar de la génesis de la buena fe- *treu und glauben*- expresa que tiene su origen en la *bona fides* del derecho romano, instalándose tal principio en el BGB, en la cúspide del derecho de obligaciones, razón por la que todas las relaciones obligacionales debían estar subordinados al principio, es decir “no debía darse ya mas relación obligacional alguna de derecho estricto”⁵³. El cometido del §242 parecía circunscribirse a delimitar las peculiaridades de la prestación, para cuyo fundamento aparece la buena fe mediante la libertad de contratación (§305) e innecesaria la codificación completa de las relaciones obligacionales

⁴⁹ Dieter Medicus. Tratado de las relaciones obligacionales. Volumen II. Bosch, Casa Editorial S.A.1995

⁵⁰ Conforme el HGB §346 “Entre comerciantes en atención al sentido y efecto de las acciones y omisiones se ha de tener en cuenta las costumbres y usos que rigen en el tráfico mercantil”

⁵¹ ob. citada. Medicus Pág. 77.

⁵² Dieter Medicus. Tratado de las relaciones obligaciones. Volumen I. Bosh, Casa Editorial S.A. 1995

⁵³ ob. citada. Medicus pag 75.

legales. Empero, de principio la determinación del contenido, en razón de la detallada regulación legal, tiene significación secundaria.

Antes de la primera guerra mundial, la jurisprudencia había ampliado, la función del §242. En la resolución del RGZ 85⁵⁴, 108 del 26 de Mayo de 1914, se elude al problema de si, una pretensión procedente de una acción penal, cometida dolosamente contra el texto del §394, puede compensarse un crédito inembargable afirmándolo así:

“El §394 p.1 del BGB constituye un eslabón del unitario sistema jurídico cerrado; no puede observarse por sí mismo, sino como una pieza de un todo coherente inseparable en todas sus partes. El sistema del BGB está imbuido del axioma de la buena fe en la consideración a las costumbres del lugar y de los principios de repulsa a todo dolo en el más amplio sentido. Los §§ 157, 226, 242 y 826 se muestran solo como expresiones particulares de un principio general. Los §§242 y 394 no se mantienen enfrentados, como dos normas jurídicas análogamente coercitivas y de la misma fuerza, en las que el § 394 debía conservar la primacía

⁵⁴ Decisiones del Tribunal Supremo del Imperio en materias civiles, publicadas por los componentes del Tribunal Supremo y de la fiscalía imperial.

como *lex specialis*; sino que, el principio general, domina todas las determinaciones singulares; y precisamente, debe ejercer en ellas un efecto activo, para la aclaración, ampliación, reintegración y delimitación de los textos aislados. Los fines perseguidos en el §394 de seguridad y conservación de la vida y además de una parte de salario suficiente para el bien común y en interés del Estado, no pueden corresponder a ejecución y cumplimiento alguno, que en el camino extraviado de una formalista responsabilidad, forzada en el texto, ayude a conseguir la victoria sobre la malicia. Acerca de ello, ni quiere, ni puede decir más el §394 por sí mismo; se desprende de las ideas fundamentales del BGB. Partiendo de este punto de situación, esta para examinar el presente caso y su cuestionada contestación.”

Durante y después de la primera guerra mundial, especialmente en dos relaciones, la mayor significación el §242 se observó al querer el RG⁵⁵, mitigar la falta de equidad por la inflación de 1919 a 1923. Frente a la

⁵⁵ Tribunal Supremo de Alemania.

norma legal “marco igual marco” negó la facultad del deudor para cancelar sus obligaciones continuadas con moneda de valor íntegro, con el mismo importe en marcos en billetes sin valor. Y con la regulación sobre la supresión de los fundamentos del negocio, trató de salvar con el §242 los contratos a largo plazo que por la guerra y sus consecuencias, se perturbaban de forma profunda.

Explica que después de la segunda guerra mundial, el legislador ha intervenido eficazmente, y después de 1948, otorgó al §242 una nueva función, ocupar la primera posición después de aquellas cláusulas generales, dando entrada en el derecho civil de la valoración de la ley fundamental.

El §242 debe alcanzar tres objetivos⁵⁶:

a.-Debe realizar “el plan de valoración”, conforme al sentido de la ley o de las partes (en el contrato), en especial, la relación obligacional debe alcanzar aquel contenido, que al designio del legislador o de los contratantes, produce resultados. Así, las obligaciones de protección y

⁵⁶ Wieacker en Lit. Verz.p.20 sig

comportamiento, cuya observancia asegura el cumplimiento de la propia prestación.

b.- Tiene que completar el referido plan de valoración, llenando sus lagunas. Se trata en especial en los casos de aplicación de la *exceptio doli* del derecho común: el ejercicio de los derechos es improcedente cuando falta la buena fe. Ejemplos: prohibición de la contradicción consigo mismo (*venire contra factum proprium*), que a la vez protege la confianza en el tráfico jurídico; el supuesto especial de la prescripción. Además de la inclusión de las reglas de que nadie por su propia conducta contraria a la ley o a la costumbre, puede derivar una acción (*turpitudinem suam allegans nemo auditur*); nadie puede reclamar lo que de inmediato se le ha restituido (*dolo agit qui petit quod redditurus*); la prohibición del acceso; consecuencias jurídicas decisivas no deben poder anularse ya por lesiones de la obligación de poca consideración, en especial por pequeños abusos en el pago. Todas estas máximas latinas demuestran su antigüedad y su consolidación en la tradición ético-jurídica.

3.- La última función del §242 es la de corrector del derecho legal⁵⁷ y de correctora de los contratos. Esta función necesita de la mayor cautela, puesto que el juez, no puede establecer su propia valoración subjetiva en lugar de las queridas por el legislador o por los contratantes. Requiere como lo expresa LARENZ “de un estado jurídico de necesidad”, para la justificación de tal corrección. En épocas normales, solo puede producirse tal estado jurídico de necesidad, si el legislador, ante una necesidad nueva acreditada no ha reaccionado aun, o si por razones extrajurídicas ha permanecido impávido. Ejemplos, la funesta consideración de los partidos políticos con la prensa, por lo cual no ha tenido lugar la regulación de un fondo de compensación a causa de lesiones a la personalidad.

2.3.2. FRANCIA

El tratadista GEORGE RIPERT⁵⁸ expresa aludiendo a la transformación de los deberes morales en obligaciones legales: “... Contra una separación tan absoluta entre el concepto jurídico y el concepto moral, es fácil argüir

⁵⁷ Wieacker. “La penetración ético-jurídica en el derecho legal” p.36

⁵⁸ George Ripert. La regla moral en las obligaciones civiles. Editorial La gran Colombia Bogotá. 1946, Pág. 223.

señalando el lugar que ocupa en el derecho francés la consideración de la buena fe. Trátase de la adquisición de los frutos, del pago de los créditos, de la transmisión de la propiedad mueble, de la usucapión de inmuebles, de edificaciones levantadas por el poseedor, de la validez de los actos ejecutados por el propietario aparente, o aún de otros casos, la ley o los tribunales distinguen entre el que ha obrado de buena fe y el que conociendo el vicio de su situación o de su título, debe ser tratado mas desfavorablemente a causa de su mala fe.(...) El que reclama los efectos jurídicos vinculados por la ley a la buena fe no tiene, pues, que establecer prueba alguna respecto de la índole de su voluntad y el mérito de sus sentimientos “

Interpreta así este tratadista la buena fe con la idea de recompensa que se otorga a quien obra conforme a derecho, idea que debe preferirse, a la de una pena que ha de herir al sujeto de mala fe, que significa que en la práctica lo que sigue es la cuestión del castigo de la mala fe y del fraude.

Introduce así una concepción moral o la línea de una tendencia moralizadora de las relaciones sociales, con el fin de impedir resultados que de otra manera se consideran contrarios a los postulados de justicia

El Código Civil Francés- artículo 1137- establece una regla rígida aplicable a todos los contratos, dejando fuera la teoría de las tres culpas (lata, levis o levissima, apreciando la culpa in concreto o in abstracto, que implicaba que el deudor tenía que ser mas o menos diligente según que el contrato se hubiere celebrado en su exclusivo interés, en interés de ambas partes o en interés exclusivo del acreedor), empero después de sentar tal regla general, se obligaron en el Art. 1927 a aliviar la responsabilidad del depositario y en siguiente artículo a prever los casos en que esa responsabilidad debía apreciarse con “mas rigor”; en el artículo a declarar que la responsabilidad del mandatario debía apreciarse “menos rigurosamente” cuando presta un servicio gratuito que uno remunerado, en el Art. 804, a no cargar sobre el heredero beneficiario, sino la responsabilidad de “sus culpas graves”; en el Art. 1374 a facultar al juez para “moderar” la indemnización de perjuicios a cargo del administrador de un negocio “según las circunstancias que lo hayan movido a encargarse del negocio”. En conclusión la regla abstracta viene cediendo ante la necesidad de tener en cuenta la culpabilidad personal del deudor.

Además, acorde al Art. 1137 del Código Civil arriba citado, quien debe velar por la conservación de una cosa está obligado a consagrarle “todos los

cuidados de un buen padre de familia”, expresión repetida en numerosos artículos del Código Civil Francés, empero tal concepto es impreciso, puesto que ninguna es la enumeración legal de los deberes del buen padre de familia, ni siquiera existe una regla de donde puedan deducirse. Así son los jueces quienes tienen que apreciar la conducta del deudor y tener en cuenta el deber que le incumbe velar por la cosa del acreedor. “Buen padre de familia es el hombre honrado. Ya que está obligado para con otro, cumplirá lo mejor que pueda su obligación. Ser voluntariamente negligente, es ser culpable. La culpa grave equivale al dolo, dice la jurisprudencia. Cuidar mas de los bienes ajenos que de los bienes propios cuando se presta un servicio gratuito, constituye ya la práctica de una virtud que el derecho no puede exigir (...)”⁵⁹.

2.3.3. ESPAÑA:

El ordenamiento jurídico tradicional de las relaciones económicas se asentaba sobre la regla de que jurídicamente los pactos deben siempre ser

⁵⁹ George Ripert. La regla moral en las obligaciones civiles. Editorial La gran Colombia Bogotá. 1946, Pág. 232 y ss.

cumplidos y cumplidos en sus propios términos (*pacta sunt servanda*) y que en tal orden hay que estarse a la letra del contrato, a fin de encontrar certidumbre y seguridad, empero desde la segunda década del siglo pasado (XX), se denota una corriente de pensamiento dentro del derecho privado, que superando el literalismo en la interpretación, propugna por introducir una corriente de moralización en los negocios jurídicos con el fin de impedir resultados contrarios a los postulados de justicia, así: Art. 1255 del C.C., el límite a la autonomía de la voluntad, la llamada a la moral; potenciación del requisito de la causa, así se reducen los negocios abstractos con el fin de conocer los negocios subyacentes y no otorgar protección jurídica a aquellos que no aparezcan como dignos de ella. Igual con la idea de la causa torpe de que trata el Art. 1275, al expresar que es ilícita la causa que se opone a las leyes o a la moral. Hacia los mismos resultados propende el principio general de la buena fe.⁶⁰

El Art. 1258 del C.C., vigente desde su promulgación en 1889 es del siguiente tenor: “ los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento

⁶⁰ Díez –Picazo. Fundamentos del derecho civil Patrimonial. Tomo I, 6º Edición. Ed. Thomson.Civitas. 2007, p 59

y desde entonces obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”

Con la reforma de 1973-1974 se introdujo en el título preliminar del Código, la regla 7.1, según la cual los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

Señala el distinguido tratadista, que la expresión “buena fe” que utilizan los dos textos legales referenciados del Código Civil, tienen dos significados, que aunque estrechamente relacionados, no son idénticos. En la primera acepción buena fe, significa honradez subjetiva de una persona, o lo que es lo mismo la creencia nacida de un error excusable de que la conducta que realiza o ha realizado no va contra el derecho, en cambio la segunda acepción alude a una serie o conjunto de reglas objetivas de honradez en el comercio o en el tráfico jurídico.

Y así lo explica: “ a) En un primer grupo de textos legales, la buena fe es considerada como “ignorancia de la lesión que ocasiona en un interés de otra persona que se halla tutelado por el derecho”. Al acto que es objetivamente irregular, pero realizado por una persona con la convicción

de que su comportamiento era regular y permitido, se le da un trato mas benévolo. Ocurre así cuando los códigos hablan del que edifica, siembra o planta en terreno ajeno, o con materiales ajenos creyendo que son propios; del vendedor que es de buena fe cuando ignora los defectos ocultos que tiene la cosa vendida, y en otros muchos casos semejantes. b) En un segundo grupo de casos, buena fe significa confianza en una situación jurídica objetiva. Ocurre así cuando se facilita la adquisición por persona que lleva a cabo el negocio adquisitivo con quien en los registros públicos o de otro modo puede aparecer propietario y puede razonablemente ser considerado como tal. Se adquiere de buena fe la propiedad cuando se confía en la legitimación y el poder de disposición del registro de propiedad (p. ej. art. 1473 CC; art 34 L.H) .Y se paga de buena fe una deuda cuando existe la creencia equivocada de que el acreedor aparente, que no era sin embargo un verdadero acreedor, tenía derecho de cobrarla de acuerdo al Art. 1.164 CC. c) En un tercer aspecto, buena fe significa fundamentalmente rectitud y honradez en los tratos y supone un criterio o una manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de los contratos. En este sentido es utilizada la expresión buena fe en el art. 1.107 C.C., donde se habla del “deudor de buena fe”; en

el Art. 1.258 CC, donde se habla de obligaciones derivadas del contrato que, aún no habiendo sido expresamente estipuladas o pactadas, son conformes con la buena fe; o en el Art. 57 del C. Co., donde se habla de ejecución y cumplimiento del contrato de buena fe.”⁶¹

Precisa DIEZ-PICAZO⁶² la necesidad de establecer límites a los derechos subjetivos⁶³, ya que por el contrario sería justificada la absoluta arbitrariedad; entre los límites que enuncia se encuentran los llamados “naturales”⁶⁴; por el hecho que el derecho entre en colisión con otro derecho perteneciente a distinta persona, que se resuelven por el legislador de manera distinta, condicionados por razones de política jurídica, tales, *prior tempore potior iure* (mayor antigüedad en el derecho); circunstancias relacionadas con la causa o la naturaleza del derecho (clasificación de los créditos); *par conditio creditorum* (igualdad de condiciones de todos los derechos en colisión), etc; límites genéricos aplicables a todos los derechos y que se fundamentan en la idea misma de lo que el derecho sea y de la

⁶¹ Diez-Picazo, ob. cit. Pág. 60-61

⁶² Diez-Picazo, Antonio Gullon. Sistema de derecho Civil.Volumen I, Ed. Tecnos 31. Madrid 10 edic. 2001, p 422 a 424

⁶³ Definidos como situación de poder que el ordenamiento jurídico atribuye o concede a la persona como un cauce de realización de legítimos intereses y fines dignos de tutela jurídica.

⁶⁴ Derivan de la naturaleza propia de cada derecho y de la manera en que es configurado de acuerdo con la función económica o social que a través de el se trata de realizar.

finalidad para la cual es concedido o atribuido al particular, apoyados en estas bases: el ejercicio del derecho debe hacerse conforme a las convicciones éticas imperantes en la comunidad, es decir el ejercicio del derecho subjetivo debe ajustarse a los dictados de la buena fe; el ejercicio de un derecho debe ajustarse a la finalidad económica o social para la cual ha sido concedido o atribuido al titular, que impone la prohibición del abuso del derecho.

En el Art. 7º.1 del nuevo Título Preliminar del Código Civil preceptúa: “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”, con antecedencia, la ley de arrendamientos urbanos, (Dic. 24 de 1964) en el artículo 9º así lo estableció: “El ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley se acomodarán a las reglas de la buena fe”. Posteriormente la ley orgánica del Poder Judicial de Julio 1/85, en su Art. 11.1 manda respetar las reglas de la buena fe “en todo tipo de procedimiento”.

Es así como el tratadista DIEZ- PICAZO, considera a la buena fe como un estándar jurídico, un modelo de conducta social, o si se prefiere, una conducta socialmente considerada como arquetipo o una conducta que la

conciencia social exige conforme a un imperativo ético dado⁶⁵, concluyendo que el derecho subjetivo debe ejercitarse de buena fe. Y que mas allá de la buena fe, el acto de ejercicio de un derecho se torna inadmisibile y es antijurídico y obliga a reconocer al lesionado unos medios de defensa, aunque no únicos, que lo legitiman para enervar, repeler o detener la pretensión del titular del derecho, medios a los que se puede llamar *exceptio doli*.

COSSIO⁶⁶, señala los límites al ejercicio de la doctrina de la excepción de dolo, así:

1. Ha de examinarse en cada caso si existe remedio jurídico directo aplicable al controvertido, ello puesto que la excepción de dolo tiene carácter subsidiario.
2. Si se reconociera la procedencia de la excepción de dolo siempre que se estimase que el resultado del ejercicio del derecho se estimase injusto o inequitativo, las normas del derecho positivo quedarían al arbitrio del juez, lo que no puede admitirse por elemental seguridad

⁶⁵ ob. Cit. Sistema del derecho Civil, p 424.

⁶⁶ Cossio. El dolo en el derecho civil, Ed. Revista de derecho privado, Madrid, 1955.

jurídica. Habrá que considerar si aquel resultado que se reputa injusto en el caso ha sido querido por el legislador, es decir, si es consecuencia natural de la norma.

3. Ha de existir buena fe recíproca, por lo que no procederá la excepción si se da dolo en quien la propone.

Hemos centrado la mirada en los distintos ordenamientos europeos, en concreto en las normas referidas a la buena fe y su formulación, al igual que la interpretación que los doctrinantes clásicos de ellas han realizado, empero es igualmente importante revisar algunas iniciativas extraoficiales o académicas que se han concretado en Europa, tendientes a lograr la armonización en la legislación contractual y de las obligaciones, “ (...) lo que será necesariamente el derecho del siglo XXI, un derecho armónico, consensuado e interrelacionado, dinámico y con una vocación de globalización, que ya está presente en los negocios internacionales”.⁶⁷

Entre estas tendencias se señalan, a) los principios de derecho europeo de Contratos (PECL); b) estudios sobre un Código Civil Europeo, Grupo Von

⁶⁷ S. Camara Lapuente. “Un derecho privado o un Código Civil para Europa” en Derecho privado Europeo, Madrid ,Colex,2003 citado por Lidia Garrido Cordobera, en “Transformaciones del derecho contractual y principios de libertad y autonomía”. Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. Edit. Temis.2010, pag 104.)

Bar; c) Código Europeo de Contratos (CEC), conocido como Proyecto Gandolfi, d) Principios sobre los contratos comerciales internacionales. Principios UNIDROIT; e) Proyecto de Trento dirigido por Bussani y Matei, que buscan desde 1995, “las líneas de convergencia y divergencia para apreciar el núcleo común del derecho”.⁶⁸

Únicamente y de forma breve nos referiremos a dos de ellas, en su orden así:

2.3.4. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS (PECL)

Es esta obra realizada por la denominada Comisión Lando, al frente de la cual se encontraban los profesores OLE LANDO, HUGH BEALE, el señor HAUSCHILD y el doctor EHLERMANN, trabajo iniciado en Bruselas (Diciembre de 1980), que jamás tuvo carácter oficial, sino meramente académico. Se conocen dos etapas de la aludida comisión, la 1º) que cubre

⁶⁸ S. Cámara Lapuente. “El núcleo común del derecho privado europeo. Proyecto de Trento” en Derecho privado Europeo. Madrid .Colex, 2003, citado por Lidia Garrido Cordobera, en “Transformaciones del derecho contractual y principios de libertad y autonomía” .realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. Edit. Temis. 2010, pag 105).

el periodo 1980-1991 y la 2º) 1992-1996, fecha en que se concluyeron los trabajos, aunque la Comisión continúa sus labores presidida por el profesor CHRISTIAN VON BÄR de la Universidad de Osnbrück, enfatizando en el estudio de las obligaciones no contractuales en especial la responsabilidad civil y enriquecimiento sin causa.

Los PECL surgen a la vida del derecho sin ninguna pretensión de imperatividad, buscando solo una general aceptación entre los países de la comunidad, y su origen no es más que una respuesta de la Unión Europea (UE) a la necesidad de contar con una estructura del derecho de contratos, propendiendo por consolidar el volumen expansivo del Derecho Comunitario, dedicado a regular específicos contratos, cuyos beneficios pregonan así:

- a) Facilitar el comercio transfronterizo dentro de la Europa comunitaria.
- b) Reforzar el mercado único europeo.
- c) Crear una infraestructura técnica del derecho comunitario en materia de contratos.
- d) Que se constituya en un puente entre el *Civil law* y el *Common law*.

e) Que se constituyan en cimientos de una futura legislación europea.

f) Pretenden ser una moderna formulación de la *lex mercatoria*⁶⁹.

Como fueron elaborados básicamente en la segunda parte de los años 80s y los años 90s, se inscriben en las corrientes políticas-económicas dominantes y pertenecen a lo que puede denominarse neoliberalismo, reconociendo categóricamente la libertad de contratación y al lado de esta tendencia que la favorece y fomenta en gran medida, facilitándola legalmente, existen normas que buscan una interna justicia de la reglamentación resultante del contrato, de tal manera que pudiese hablarse de neoliberalismo intervencionista o de la existencia de elementos precedentes de una concepción social del contrato. Es así como existen referencias a claras normas imperativas; insistencia en que la negociación, la formación del contrato, su ejecución y cumplimiento, se realicen observando reglas no legales pero derivadas de la buena fe y de la lealtad; así como una insistencia reiterada de que las posiciones que las partes adopten, las decisiones que tomen y los actos que realicen cumplan el requisito de ser

⁶⁹ Díez-Picazo L, Roca Trias E., Morales M.A.”Los Principios del derecho europeo de Contratos”.Civitas.2002, p.76 a 78

razonables, lo “(...) que probablemente es una nueva traducción del principio de la buena fe, como lo es también el reconocimiento de que el contrato crea más deberes y obligaciones de aquellos que resultan de las estipulaciones estrictas de las partes, porque como dice el derecho español (art 1256) hay derechos y obligaciones derivados de la buena fe y de los usos.”⁷⁰

La idea de los autores de los PECL, es buscar facilitar un sistema de autoayuda privada que haga más eficaces las decisiones que adopten las partes respecto de los contratos en el curso de su ejecución y de los remedios que tienen a su alcance, evitando la necesidad de recurrir a los tribunales de justicia o a los arbitrajes, al igual que evitando los costos de los pleitos.

El principio general de la buena fe, lo consagra el art. 1.201 de los PECL así:

“Art. 1.201. Buena fe y lealtad.

⁷⁰ Ob.cit. Pág. 91-92

(1) Cada una de las partes debe actuar de acuerdo con la buena fe y la lealtad.

(2) Las partes no pueden excluir o limitar este deber.”

Este artículo guarda estrecha similitud con el 242 del BGB, que igualmente recoge el 6.2. del Código Civil Holandés y el art.262 del Código Civil Portugués.

“Se trata de una idea, ya muchas veces explicada, que ha servido para introducir suavización y corrección en una inteligencia demasiado estricta del principio de *pacta sunt servanda* (principio de obligatoriedad de los contratos) introduciendo modalizaciones que pueden venir exigidas por las circunstancias del caso concreto. Se trata también de una fórmula que permite introducir una cierta dosis de moralización en la creación y desenvolvimiento de los contratos. Como se ha señalado⁷¹, la buena fe, decía COSSIO, ha llegado a ser una auténtica fuente de normas objetivas o si se prefiere, un complejo de normas jurídicas, que carecen de formulación positiva concreta y que son reunidas bajo esta

⁷¹ L. Díez-Picazo, Fundamentos de derecho civil patrimonial, tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p.50

denominación impropia y ocasionada a equívocos. Lo que se aspira a conseguir, se añade, es que el desenvolvimiento de las relaciones obligacionales, se produzca conforme a una serie de principios que la conciencia social considera como necesarios, aunque no hayan sido formuladas por el legislador, ni establecidos por la costumbre o por el contrato; principios que están implícitos o deben estarlo en el ordenamiento positivo; que tienen carácter general, pero que exigen una solución distinta en cada caso concreto. La buena fe, en el sentido que aquí nos importa, un arquetipo o modelo de conducta social: la lealtad en los tratos y el proceder honesto, esmerado y diligente; la fidelidad a la palabra dada; no defraudar la confianza que objetivamente se ha suscitado a los demás, ni abusar de ella, conducirse conforme cabe esperar de quienes con honrado proceder intervienen en el tráfico jurídico como contratantes o partícipes de él en virtud de otras relaciones jurídicas”.⁷²

⁷² ob. Citada ps.155-156

Empero, cómo se concreta esta norma general que impone la buena fe en el régimen jurídico de las relaciones de carácter patrimonial? Expresa el autor citado, que en sentido amplio, se posibilitan tres vías de concreción:

- a) Se presenta como un criterio interpretativo, de acuerdo con el cual debe ser entendido el sentido y el significado de los contratos y de las demás declaraciones de voluntad dimanantes de las partes.
- b) Constituye un criterio conforme al cual deben ser cumplidas las obligaciones. La exigencia de buena fe se dirige al obligado, a fin que cumpla la obligación atendiendo no solo la letra, sino el espíritu del precepto negocial creador de tal obligación. Exige que el deudor preste todo aquello que el acreedor debe razonablemente esperar. Representa un criterio de determinación del alcance de la prestación y de la forma y de las modalidades del cumplimiento. Del principio general de buena fe nace el concepto “diligencia”, que puede ser un modo de determinación de una prestación, de acuerdo con el modelo de conducta socialmente aceptado y que otras veces representa una fuente de creación de especiales deberes de conducta, que deben acompañar a la ejecución de la prestación principal.

c) La regla de buena fe, se dirige también al acreedor o al titular de derechos subjetivos en virtud de la relación existente entre las partes, e impone que se ejercite el derecho sin contravenir las normas de la lealtad, la confianza y la consideración que el deudor o sujeto pasivo del derecho puede razonablemente pretender. Para el acreedor la buena fe representa un límite del ejercicio de este mismo derecho. El ejercicio del derecho que contravenga los dictados de la buena fe es un acto de extralimitación y un acto abusivo.⁷³

2.3.5. PRINCIPIOS SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES. “PRINCIPIOS UNIDROIT”

Adoptados en 1994, no son jurídicamente vinculantes, empero si las partes los acuerdan tienen plena aplicación, fueron realizados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado Europeo, encomendando la redacción al comité conformado por RENE DAVID, CLIVE M. SCHMITTHOFF y TUDOR POPESCU, sin la pretensión que constituyera un instrumento preparatorio para un posible derecho uniforme,

⁷³ ob. Cit. 156-157

sino simplemente ofrecieron a los posibles interesados, vías voluntarias para su aplicación, en tal razón los principios del Unidroit pueden ser aplicados, cuando las partes hacen expresamente elección, como derecho aplicable, vía una cláusula expresa del contrato y cuando se remitan a ellos los arbitrajes que se constituyan como consecuencias de los conflictos que se pueden plantear.

Expresa FRANZONI⁷⁴ que en estos principios, la equidad jamás es mencionada expresamente; en cambio la buena fe, es elevada al rango de principio de derecho y en algunas normas se hace aplicación directa del mismo⁷⁵.

Además, se trata de las mismas normas en las cuales, en el sistema italiano, se mencionó la lealtad y la buena fe. En la nueva *lex mercatoria*, la buena fe es un principio angular de las relaciones entre los comerciantes internacionales, y en torno a ella, se ha intentado unificar y armonizar los diferentes instrumentos internacionales y comunitarios.

⁷⁴ Massimo Franzoni. “La buena fe y la equidad como fuentes de integración del contrato” Pág. 696 en “Estudios sobre el contrato en general” Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002) Ara Editores. 2 Ed. 2004).

⁷⁵ Este aspecto es destacado por G. Alpa. “Prime note di raffronto tra i principi dell Unidroit e il sistema contrattute italiano”. En “Contratto e Impresa”. 1996. Pág. 318, recordando que el principio se inspira en el Art. 7 de la Convención de Viena del 11 de Abril de 1980, ratificada por la Ley 765 de Nov. 11 de 1985.

2.4. LA BUENA FE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO EN COLOMBIA:

Capítulo aparte merecen los preceptos sobre la buena fe en nuestro país, empezando por las normas del Código Civil, ello por existir en nuestro ordenamiento, una dualidad referida al tratamiento que en materia civil y mercantil se les otorga y manifestamos de tal dualidad, dado que en nuestro Código Civil, existen normas sobre la buena fe que lo consagran con carácter general en forma expresa; otros la catalogan como pauta o regla de interpretación, o implican un comportamiento honesto acorde con la ley y la conciencia, al igual que una creencia sobre la legitimidad de lo actuado; razón para que se entre a diferenciar la buena fe sin ningún tipo de cualificación, que es “ concepto técnico jurídico que se inserta en una multiplicidad de normas jurídicas para describir o delimitar un supuesto de hecho”, del “principio general de buena fe”, que engendra una norma jurídica completa, que se eleva a la categoría de “principio general del

derecho”⁷⁶. En conclusión las partes contractuales o de una comunidad jurídica deben adoptar un comportamiento leal, no solo en la formación del contrato⁷⁷, sino en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas.

Y la preceptiva mercantil reconoce el carácter general del principio de la buena fe en los contratos, la exigencia de buena fe en la etapa pre-contractual extensiva a los negocios representativos, aunado que muchas normas se refieren al concepto, caso de los títulos valores, operaciones sobre establecimientos de comercio y el régimen general de los contratos en mayor medida, que precisan de soluciones particulares al problema contractual y que acorde concepto de FELIPE VALLEJO son de aplicación estricta⁷⁸

2.4.1. CÓDIGO CIVIL:

⁷⁶ Jose María Gastaldi. La buena fe en el derecho de los contratos. Tratado de la Buena fe en el derecho. Doctrina nacional. Tomo I Ed. La ley.2005. Pág. 303.

⁷⁷ Monsalve Caballero, Vladimir. Responsabilidad precontractual. La ruptura injustificada de los negocios. Ed. Ibañez.2010.Pag 406. “ Los mandatos y prescripciones que demanda la buena fe siempre serán aplicados, no solo al acuerdo contractual sino que también estarán llamados a gobernar todo el proceso tanto de formación como de perfeccionamiento y ejecución contractual....Es a su vez fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles por vía del concepto de la buena fe in contrahendo, en el instante en que las partes entran en negociaciones, y se origina el contacto social, producto de las relaciones económico-patrimoniales entre dos sujetos...”

⁷⁸ Felipe Vallejo. El concepto de la buena fe en los contratos. Estudios de derecho Civil Obligaciones y Contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de rectoría 1963-2003. Pág. 489.

El sistema jurídico colombiano es heredero, al igual que los restantes sistemas jurídicos latinoamericanos, del derecho continental europeo, en especial del derecho español, el derecho francés, el derecho alemán y su base o cimiento el derecho romano. En el tema obligacional y de contratos, Don ANDRÉS BELLO, deja explícito la influencia del Código napoleónico, dando vida al código Chileno, que es el trasunto del Código Civil Colombiano.

No obstante que el modelo francés es el inspirador del libro de obligaciones y contratos, no fue copia fiel del *Code* de 1804, puesto que bien se denota un apartamiento de algunos aspectos, no obstante seguir la línea de composición de tal código (francés), el derecho español, el germano y el mismo derecho romano⁷⁹.

Ahora bien, en el C.C., existen normas que le atribuyen a la buena fe efectos particulares, unos más importantes que otras:

Artículo 768 C.C.: “La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de las cosas por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio.

⁷⁹ Valencia Zea Arturo. Derecho civil, t.I; parte general y personas.12.ed. Temis, 1989. Pág. 29-54

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

El justo error en materia de hecho, no se opone a la buena fe.

Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario.”

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

En todos los casos la mala fe deberá probarse.”

El art. 1603 Ib, es del siguiente tenor: “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.”

La Corte Suprema de Justicia, desde principios del siglo pasado, empezó tímidamente a precisar las funciones que cumple la buena fe, tales definirla

como la conciencia que se tiene de estar obrando o haber obrado conforme al derecho (Art. 768 C.C.), como criterio para calificar la conducta del deudor en su celebración y en la ejecución, y más adelante con mayor vigor predica tal actuar en la etapa precontractual⁸⁰, para controlar el contenido del acuerdo negocial, impidiendo el abuso de aquel que ostenta la posición dominante, imponiendo sus propias reglas, a fin que el contrato produzca plenos efectos y no queden defraudadas las expectativas que se mantenían, (Art.1603 C.C., Art. 863 C.Co) extensiva a negocios representativos (Art. 834 ib.), como medio de incorporar al contrato las cosas que son de su naturaleza, según las practicas usuales y los estándares propios de las negociaciones honestas seguidas en el tráfico (Arts. 1603 y 1501 C.C.), y como presunción de buena conducta (Art. 769 C.C.)⁸¹, entre otras interpretaciones de unificación.

Con los extractos jurisprudenciales que a continuación se transcriben, la Corte Suprema de Justicia ha efectuado un avance significativo en el

⁸⁰ Vallejo Felipe. El concepto de la buena fe en los contratos. Estudios de derecho Civil, Obligaciones y Contratos. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de rectoría. 1963-2003. Pág. 489 “(...) Se refiere pues al contenido del contrato y a los medios de ejecución. Esto a diferencia de lo dispuesto en el art. 1603 del Código Civil – que circunscribió la función integradora de la buena fe a la fase ejecutiva del contrato. Además debemos reparar en algo muy importante: la costumbre es incorporada al contrato como cosa de su naturaleza...”

⁸¹ Vallejo Felipe. El concepto de la buena fe en el contrato. Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de rectoría 1963-2003) Ed. Universidad Externado de Colombia, 2003. Pág. 488

entendimiento de la buena fe y que acorde con el pensamiento de FERNANDO HINESTROSA⁸², ha posibilitado conservar intacta la fachada y la estructura del *Code Civil*, permitiéndonos formarnos una idea de la manera cómo esta Corporación viene en desarrollo de su función de unificación de la jurisprudencia, evolucionando en tal conceptualización y llega al presente hasta “...armonizar su contenido con una civilización y a dos siglos posterior a su nacimiento, con el entorno justiciero y garantista de la Unión Europea”.⁸³

Denotamos que la Corte Suprema de Justicia, para el año de 1936, exponía la doble función de la buena fe: como función creadora y como función adaptativa, última esta que toma tres criterios disímiles tales una fase original positiva, insertándose la noción de la justicia; en su aspecto negativo, mala fe y las sanciones que impone; y por último como protector legal:

” El principio de la buena fe, (...) tiene una función creadora, que consiste en hacer surgir el derecho del hecho, y una función

⁸² Hinestrosa Forero, Fernando. Codificación y Dispersión normativa en Realidades y tendencias del derecho del siglo XXI. Edit. Temis. Tomo IV, vol II, Pág. 7.

⁸³ Ob. Citada.

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. En esta primera forma aparece bajo su aspecto original, relacionado con su fuente, la noción de justicia, base ideal del derecho; b) como objeto de obligación en las relaciones jurídicas. Aquí se presenta en su aspecto negativo para darle a las manifestaciones caracterizadas de mala fe las correspondientes sanciones, y 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 para suplir la falta de derecho.

Entre esas aplicaciones se destaca la concerniente a los actos jurídicos celebrados con el titular aparente de un derecho (...).⁸⁴

En 1958, la Corte Suprema de Justicia, equipara la buena fe a la lealtad, entendiéndola como una conducta de tal estirpe en sentido bifronte: i) cada persona tiene el deber de emplear con otros una conducta leal ajustada al

⁸⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Mayo 20 de 1936.

decoro social, ii) cada cual tiene el derecho de esperar de los demás la misma conducta leal. El decoro social es equiparable a los usos sociales y buenas costumbres imperantes en la sociedad:

“(…) Otro principio igualmente vigente en el derecho positivo es el de la buena fe. La expresión "buena fe" (*bona fides*) indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el derecho se desdobra en dos direcciones: primeramente, cada persona tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del decoro social; en segundo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás esa misma lealtad. Trátase de una lealtad (o buena fe) activa, si consideramos la manera de obrar para con los demás, y de una lealtad pasiva, si consideramos el derecho que cada cual tiene de confiar en que los demás obren con nosotros decorosamente(…)¿Cómo se determina la lealtad o buena fe? 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 legítima de que los

demás obran honestamente en sus negocios—, no obstante, es un sentimiento que tiene la virtud de objetivarse, de darse a conocer mediante ciertos módulos de conducta preestablecidos en una agrupación de hombres. 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, vale decir, con un determinado estándar de usos sociales y buenas costumbres.

Los usos sociales y las buenas costumbres que imperan en una sociedad, son las piedras de toque que sirven para apreciar en cada caso concreto la buena fe, su alcance y la ausencia de ella. La buena fe no hace referencia a la ignorancia o a la inexperiencia, sino a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, reserva mental, astucia o viveza, en fin, de una conducta lesiva de la buena costumbre que impera en una colectividad.

Así, pues, la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud, con honestidad.(...)”El hombre de buena fe trata de obtener

ventajas, pero éstas se encuentran autorizadas por la buena costumbre".⁸⁵

Respecto de la mala fe posesoria, la Corte Suprema de Justicia en 1959, establece que tal conducta debe ser probada, al estar legalmente presumido en el ámbito posesorio la buena fe:

“Ningún género de fraude, malas artes o patrañas, a tiempo en que los hechos mismos nada revelan en contrario, la buena fe se configura para los efectos de la posesión regular en el plano de lo honesto, se presume legalmente, y la contraparte debe aportar plena prueba de los hechos que la desvanezcan”.⁸⁶

Reitera en 1959, este ámbito posesorio, distinguiendo el ejercicio de los actos de dueño, a) conocedor cual más que la cosa no le pertenece; b) convencimiento íntimo y honesto de ser dueño de la cosa que disfruta y que le pertenece a otro. En el primer caso es catalogado como poseedor de mala fe y en segundo evento, su posesión es de buena fe:

⁸⁵ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Junio 23 de 1958.

⁸⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de Noviembre 12 de 1959.

"La posesión de buena fe encuentra por fundamento el error. Si el dueño ejerce en plano de libertad social su derecho sobre el objeto que le pertenece, no habrá cuestión sobre su estado posesorio: se contempla la paz jurídica en que el hecho económico es adecuada manifestación del dominio. Si quien ejecuta actos de dueño sabe muy bien que el objeto no le pertenece y sin embargo se da por tal, ningún error sufre su entendimiento; es apenas poseedor de mala fe. Mas si alguien tiene el convencimiento honesto e íntimo de ser dueño del objeto que disfruta, y en realidad pertenece a otro, está equivocado ciertamente, pero su posesión es de buena fe. Tuvo la conciencia de haber adquirido el dominio por medios legítimos, exentos de fraude y todo otro vicio. El derecho no está fundado en el error, pero sus normas no desconocen la falibilidad de la condición humana, ni olvida nunca proteger la honestidad en el vivir. Un justo yerro de hecho no se opone y antes bien explica la buena fe que el legislador presume para la progresiva cristalización de la cultura".⁸⁷

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, Sentencia. Diciembre 16 de 1959.

Igual postura de la Corte Suprema, respecto de los títulos traslaticios de dominio: a) de buena fe, que se asume con la creencia que su autor es propietario, b) de mala fe, si conocía de los vicios del título de su autor:

“La buena fe, en materia posesoria es, como lo enseña el artículo 768 "la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio". Es la creencia en el poseedor de ser propietario de la cosa. Por donde concluye el mismo precepto que "en los títulos traslaticios de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato". Entonces, para que un adquirente a non domino sea de buena fe es necesario que haya creído que su autor era propietario, pues no podría recibir de él un derecho de que no fuese titular. De donde es inevitable concluir que el conocimiento por el poseedor, de los vicios del título de su autor, es excluyente de la buena fe, porque infirma esta creencia".⁸⁸

⁸⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de Junio. 26 de 1964.

Para la Corte Suprema de Justicia, no se posibilita el examen vía recurso extraordinario de casación, de la conducta de las personas, para predicar de su buena o mala fe, ello es discrecional de los jueces de instancia y tal criterio no puede ser revisado a través de este recurso excepcional:

"Pero, se repite que, salva esta cuestión legal (la presunción de mala fe por el error de derecho) que la doctrina moderna tiende a desechar por ser contraria a la realidad y a los dictados de la justicia, la valoración de la buena o mala fe en la conducta de las personas es siempre una cuestión de hecho que, a falta de una prueba directa como lo sería la confesión del agente, generalmente implica el examen de los indicios que deja su exteriorización, circunstancias estas que determinan la necesidad de atribuir esta cuestión al fuero discrecional de los jueces de instancia, hasta el punto de que el criterio de esto al respecto no pueda ser revisado en casación, sino en los casos en que abiertamente pugne con la evidencia procesal".⁸⁹

⁸⁹ Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, Sentencia de Julio 4 de 1968.

La buena fe posesoria no admite cualificación distinta a su simpleza, al confundirse con la honestidad de la conducta humana en su expresión más sencilla:

"La buena fe simple que el artículo 769 del Código Civil presume, no exige cualificación como la buena fe creadora de derecho en que se asienta la teoría de la apariencia. Porque aquélla se confunde con la honestidad de la conducta humana en su más sencilla expresión, y no requiere en quien la invoca estar exento de culpa. Mientras que la segunda no es apta para construir derecho con destrucción del preexistente, sino sólo cuando se prueba que el error de que depende no puede corregirse sin romper la tranquilidad general y es de aquellos en que habría incurrido el más perspicaz, diligente y avisado de los hombres."

Antes de la expedición del Código de Comercio, había efectuado la Corte Suprema de Justicia, una interpretación extensiva del Art. 1603 del C.C., concluyendo que la buena fe no solo debe estar inhiesta en la ejecución del contrato, sino que debe estar presente en la etapa precontractual o como

bien lo precisa, en la etapa que precede a la celebración o formación definitiva del contrato, en su preparación, so pena de sanción:

"(...) De acuerdo con lo anterior, pues, en el período precontractual cada parte debe observar una conducta acorde con las exigencias de la buena fe. Lo cual significa, en un sentido negativo, que los contratos no pueden ser utilizados como instrumentos para que, refugiándose en ellos la astucia ilícita de uno de los contratantes, la ingenuidad del otro quede atrapada y convertida en medio para satisfacer aviesamente los intereses del primero. Y significa, en un sentido positivo, que en el desarrollo del proceso previo al perfeccionamiento del contrato, las partes están en el deber recíproco de obrar dentro de los términos de la lealtad, la probidad y la rectitud de intención según las circunstancias de cada caso, de modo que una vez celebrado el acto no pueda decirse que, por haber pecado en materia grave contra tales valores, una de ellas colocó a la otra en condiciones

de inferioridad, aprovechándolas para lograr la consumación del contrato".⁹⁰

2.4.2. CODIGO DE COMERCIO

El Código de Comercio expedido en 1971 sigue el modelo italiano.⁹¹

Así, contamos con una doble legislación privada en materia de obligaciones y contratos, diferenciándose entre sí, por su campo de aplicación en particular⁹². En el Código de Comercio, el Art. 863: “Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que causen”

A su turno, el Art. 871 Ib. preceptúa: “ Los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligaran no solo a lo pactado

⁹⁰ Corte Suprema de Justicia, Casación de Casación Civil, Sentencia Diciembre 16 de 1969.

⁹¹ Código Civil italiano de 1942 . Narváez García, José Ignacio. Gestación del Código de Comercio Terrestre. En García- Muñoz , Jose Alpiniano; Oviedo Alban, Jorge. Estudios de derecho económico, t,1. Instituciones de derecho Comercial. Bogota, Editorial Jurídica Gustavo Ibañez, 2003,p 64

⁹² Oviedo Alban, Jorge. Consideraciones sobre la Unificación del derecho de contratos. En derecho de Contratos en los umbrales del siglo XXI. Jornadas Internacionales de derecho de contratos celebradas en la Habana, Cuba, en el periodo 2001-2007. Academia Brasileira de Direito MPEditora.p,50.

expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o equidad natural”.

Sobre tal tópico, el tratadista VALLEJO, expone: “De atenernos estrictamente al texto de la ley “la buena fe exenta de culpa” solo sería exigible en la fase pre-contractual y en aquellos casos en que la ley comercial se refiera específicamente a ella. ¿Por qué exigir la buena fe exenta de culpa en el periodo-precontractual y un estándar menos riguroso en la etapa contractual? No existe ninguna razón, pues inclusive legislaciones mas avanzadas – como la norteamericana- se cuidan de imponer obligaciones de buena fe en la etapa anterior a la formación del contrato.(...) La conducta de todo comerciante y sus efectos sobre la buena fe deben ser juzgados con referencia al patrón del “buen hombre de negocios”. En buena hora la jurisprudencia extendió el concepto de buena fe objetiva a todas las relaciones jurídicas de negocios, corrigiendo la ligereza en que incurrieron los redactores del Código de Comercio en este punto(...)”⁹³

⁹³ Ob. Citada. Pág. 490.

Respecto de la buena fe precontractual, la Corte Suprema, al definir un litigio sustentado en la oferta ya comunicada y retractada posteriormente, concluyó en la indemnización, como sanción al destinatario de los perjuicios causados, al no actuar de buena fe en esta etapa primigenia del contrato:

“Ello quiere decir, que por expreso mandato del legislador se incurre en responsabilidad civil siempre que por un error de conducta de cualquiera de las partes, se irroga sin justificación perjuicio a la otra parte en la etapa precontractual, pues el legislador, como se puede observar por el texto mismo de las normas citadas, ha rodeado de protección a quienes participan en ella, de manera que, si se sorprende a la contraparte con el rompimiento del proceso de negociaciones sin motivo justificado y con violación del principio de la buena fe, es apenas natural que, puesto que todavía no ha nacido a la vida jurídica el contrato en vía de formación, no puede exigirse la reparación del daño causado alegando para el efecto responsabilidad derivada del incumplimiento contractual, lo cual no significa que no haya causado una lesión, un daño a la otra parte, pues es evidente que

en la etapa precontractual si se incurre en ese tipo de conducta, ha de garantizarse el “restablecimiento de la situación patrimonial negativa en la que puedan encontrarse aquellos por la confianza que tuvieron en que el curso normal de la negociación no se interrumpiría(...)”cual lo dijo esta Corporación en sentencia de 23 de noviembre de 1989 (G.J. T CXCVI, No 2435, Pág. 123) reiterada en fallo 239 del 27 de Junio de 1990”⁹⁴

Ya en 1994, la Corte Suprema de Justicia, trabaja la buena fe como principio, a la luz de los postulados constitucionales que le suministran un vigoroso sustento, dado que el ordenamiento positivo sin ningún tipo de ataduras, recoge “(...) las normas de comportamiento individual exigibles para asegurar una convivencia social justa (...)”⁹⁵ denotándose la íntima conexión, en el plano de las relaciones contractuales, entre la prohibición del abuso y la exigencia de la buena fe:

(...)“consagrada en los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil, ello hasta el punto de poder afirmarse sin

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de marzo 8 de 1995. Exp. 4473. M.P. Pedro Lafont Pianeta.

⁹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de Octubre de 19 de 1994, Exp. 3972. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

escándalo que en ese terreno, la primera no viene a ser cosa distinta de una modalidad peculiar de infracción del imperativo general de conducta que la segunda implanta; "(...) el límite más importante del ejercicio lícito de un derecho —dice KARL LARENZ refiriéndose a la estrecha relación que entre sí tienen los preceptos de los artículos 226, 826 y 242 del Código Civil Alemán— resulta (...) del principio de la salvaguarda de la buena fe(...)", agregando de inmediato que este principio, "(...) según un criterio indiscutido(...)", es válido "(...)para cualquier nexo jurídico existente(...)"⁹⁶.

Para decirlo con BETTY MARTINEZ CARDENAS⁹⁷, "(...) De esta manera, la buena fe es una herramienta de interpretación que sirve para dotar al contrato de coherencia o de equilibrio⁹⁸, durante la ejecución de las obligaciones que de él nacen.⁹⁹ Se parte para ello de una noción objetiva del contrato, según la cual, de este no nacen únicamente obligaciones que

⁹⁶ Sent. Citada.

⁹⁷ Betty Mercedes Martínez Cárdenas. Buena fe en la interpretación del contrato de seguros. En Realidades tendencias del derecho civil en el siglo XXI. Edit Temis.Tomo IV, volumen I .2010. Pág. 677)

⁹⁸ "La idea de "equilibrio" se refiere también al termino "ecuación", que significa una "fórmula de igualdad en la que dan dos cantidades iguales". Le Robert Micro,op.cit.pag. 487. Citado por Betty Mercedes Martínez Cárdenas.

⁹⁹ Mariana Bernal Fandiño, "El solidarismo contractual. Especial referencia al derecho francés" en Vniversitas, Bogotá, nume. 114 julio-diciembre 2007,pag 15-30. Citado por Betty Mercedes Martínez Cárdenas.

aprovechen a las partes, sino las que también aprovechan o perjudican en su ejecución al conjunto de un sistema jurídico determinado y en consecuencia, el desarrollo de la vida en sociedad”¹⁰⁰

2.4.3. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1991:

A su turno, la Constitución Política de 1991 consagró la buena fe como un principio de la siguiente manera: Art. 83: “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 aquéllos adelanten ante éstas”

Esta incorporación de la buena fe en nuestra Constitución, precisa que en todas las leyes y contratos tanto públicos como privados, están irradiados por el principio, de tal forma que obliga no solo a los particulares sino a la administración pública “a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen

¹⁰⁰ Betty Mercedes Martínez Cárdenas. “La doctrina dota de carácter objetivo a esta buena fe, fundada sobre todo en un papel social que en la sanción de una intención, por oposición a la buena fe subjetiva, que ha sido tomada en cuenta por el Código Civil para la usucapión.” Ob. Citada.

de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos”¹⁰¹

“(…) En el ordenamiento jurídico colombiano, la buena fe es reconocida como un principio general de derecho. Los principios generales de derecho constituyen postulados en los que se incorporan los valores materiales básicos que integran la conciencia ética jurídica de una Nación, y en ellos se funda todo el ordenamiento jurídico a través del cual se adopta el valor ético y social de la confianza. Este principio se encuentra consagrado expresamente en el artículo 83 de la Carta Política y, por su intermedio, se les impone a los particulares y a las autoridades públicas el deber moral y jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados que la orientan -lealtad y honestidad-, estableciéndola como presunción en todas las gestiones que “aquellos adelanten ante estas”.¹⁰²

¹⁰¹ Corte Constitucional. Sentencia C-892/2001 M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

¹⁰² Corte Constitucional. Sentencia C-892 de 2001. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

Son estos algunos pocos ejemplos, en los que la Corte Constitucional relievra el principio de la buena fe, que consagra el Art. 83 de la Carta Política, predicando de tal coherencia en el proceder tanto de los particulares como de las autoridades públicas, enfatizando que en nuestro Estado social de derecho, debe propenderse por la guarda de tal principio que eleva a la categoría de postulado, en pro de un estado de cosas justo:

a. Es así como, al estudiar la demanda de inexecutableidad del Art. 6 de la Ley 598 de 2000 “Por el cual se crean el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, el Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, y el Registro Único de Precios de Referencia de los bienes y servicios de uso común en la Administración Pública y se dictan otras disposiciones”¹⁰³, explicita que el régimen de contratación del Estado no se nutre únicamente de las orientaciones normativas que sobre la materia aparecen desarrolladas en los Códigos Civil y de Comercio, al cual remiten los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, sino que integra a

¹⁰³ “ARTICULO 6. La publicación de los contratos estatales ordenada por la ley, deberá contener los precios unitarios y los códigos de bienes y servicios, adquiridos de conformidad con el Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS.

Parágrafo. Para evitar la distorsión de precios por el incumplimiento de los pagos, las entidades del Estado, reconocerán un interés equivalente al DTF transcurrido 90 días de la fecha establecida para los pagos.”

este régimen aquellos principios consustanciales a los contratos bilaterales, sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas, que para el Derecho Administrativo son de gran importancia y trascendencia en cuanto que, cumplen el objetivo de trasladar a la administración pública la carga del daño antijurídico sufrido por el contratista, asegurándose el equilibrio de la relación jurídica contractual y la integridad del patrimonio particular.

Se tiene que los principios integradores del régimen jurídico de los contratos estatales son: (i) el principio de la autonomía de voluntad, en virtud del cual la Administración pública está en capacidad de celebrar todos los contratos que resulten necesarios para satisfacer los intereses de la comunidad; (ii) el principio de la prevalencia del interés público, que le reconoce a la Administración una prerrogativa especial para ajustar el objeto del contrato a las necesidades variables de la comunidad; (iii) el principio de la reciprocidad de prestaciones, según el cual, lo importante y relevante en el régimen de contratación es la equivalencia real y objetiva entre los derechos y obligaciones que surgen de la relación contractual, y no la mera equivalencia formal y subjetiva con la que se llega a la simple satisfacción de los intereses individuales considerados por las partes cuando se formalizó el contrato; y, finalmente, (iv) el principio de la buena fe, que

obliga a la Administración Pública y a los particulares contratistas, a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos.

b. Respecto del principio de la buena fe en el régimen de contratación pública, expuso, que es reconocido como un principio general de derecho a través del cual se adopta el valor ético y social de la confianza, consagrado expresamente en el artículo 83 de la Carta Política y, por su intermedio, se les impone a los particulares y a las autoridades públicas el deber moral y jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados que la orientan -lealtad y honestidad-, estableciéndola como presunción en todas las gestiones que “aquellos adelanten ante estas”, permitiendo por un lado, su aplicación directa y no subsidiaria en el espectro de las actuaciones administrativas y, del otro, contribuyendo a establecer límites claros al poder del Estado, buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas, y a humanizar las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados.

En materia contractual, la buena fe comporta uno de los criterios de imputación dentro de la teoría de la equivalencia de los contratos estatales

y, por ese aspecto, se convierte en la causa jurídica de la que surge la obligación para la Administración Pública de reconocerle al contratista los mayores costos y las pérdidas que haya podido sufrir, como consecuencia del surgimiento de algunas contingencias extraordinarias o anormales que alteran la ecuación financiera prevista en el acuerdo de voluntades.

Las exigencias éticas que se extraen del principio de la *bona fides*, coloca a los contratantes en el plano de observar con carácter obligatorio los criterios de lealtad y honestidad, en el propósito de garantizar la óptima ejecución del contrato que, a su vez, se concreta en un conjunto de prestaciones de dar, hacer o no hacer a cargo de las partes y según la naturaleza del contrato, las cuales comprenden, inclusive, aquella de proporcionarle al contratista una compensación económica para asegurarle la integridad del patrimonio en caso de sufrir un daño antijurídico.¹⁰⁴

Que el principio de la buena fe, no supone, en consecuencia, una actitud de ignorancia o creencia de no causar daño al derecho ajeno, ni implica una

¹⁰⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-892 de 2001. M.P.: Rodrigo Escobar Gil, donde considera que el Consejo de Estado en su extensa jurisprudencia, viene pregonando que el principio de la buena fe debe reinar e imperar durante el periodo de celebración y ejecución del contrato, concentrando toda su atención en la estructura económica del negocio jurídico, con el propósito específico de mantener su equivalencia económica y evitar que puedan resultar afectados los intereses patrimoniales de las partes.

valoración subjetiva de la conducta o del fuero interno del sujeto. En realidad, tiene un carácter objetivo que consiste en asumir una postura o actitud positiva de permanente colaboración y fidelidad al vínculo celebrado. Por ello, el desconocimiento por parte de la Administración de los postulados de la buena fe en la ejecución del contrato, conlleva el surgimiento de la obligación a cargo de ésta de responder por los daños antijurídicos que le haya ocasionado al contratista. Estos efectos jurídicos de la buena fe en materia contractual, según lo afirma la propia doctrina, son una clara consecuencia de la regla según la cual todo comportamiento contrario a la misma, en cuanto ilícito, trae implícita la obligación de pagar perjuicios.¹⁰⁵

c. En referencia a la aplicación del principio de la buena fe frente a vulneraciones de los derechos fundamentales, es reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional, denotando que las entidades de salud responsables de los tratamientos a las personas enfermas, al retardar de forma injustificada la asistencia requerida, "... con el ya subrayado riesgo de los derechos fundamentales, crea en el usuario expectativas y esperanzas

¹⁰⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-892 de 2001. M.P: Rodrigo Escobar Gil.

frustradas, con grave daño a la buena fe, que según el Art. 83 de la Constitución debería presidir esta clase de relaciones.”¹⁰⁶, puntualizando que, si bien resulta admisible la exigencia de períodos mínimos de cotización para la atención de ciertas enfermedades catastróficas que deben estar claramente definidas con anterioridad en decreto reglamentario expedido por el Gobierno¹⁰⁷, los casos de urgencia no pueden supeditarse al número de semanas cotizadas ni al desembolso que haga el afiliado.

“Así las cosas, cuando el usuario del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo, requiera atención médica por una enfermedad cuyo tratamiento sea de *alto costo*, y no cumpla con el período mínimo de cotización, debe ser atendido por la entidad de salud a la que esté afiliado, pero con la condición de que pague una suma determinada por los servicios prestados, que según la norma antes transcrita es "el porcentaje en semanas de cotización que le falten para completar los períodos mínimos contemplados" en ese mismo artículo. No se olvide que el usuario pertenece al

¹⁰⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-2244-08 José Luís García Gallego vs. Seguro Social. Octubre 12 de 1999. M.P. Dr. José Gregorio Hernández.

¹⁰⁷ Cfr. sentencias C-089 del 18 de marzo de 1998, M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo y C-112 del 25 de marzo de 1998, M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

régimen contributivo y, por tanto, se presume su capacidad de pago. Pero ¿qué ocurre cuando se presentan casos de urgencia? En estos eventos, la misma ley 100/93 en su artículo 168, obliga a todas las entidades de salud de carácter público o privado, a prestar los servicios médicos correspondientes a todas las personas independientemente de su capacidad de pago. El costo de estos servicios está a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía o de la Entidad Promotora de Salud a la que esté afiliado el usuario, respectivamente.

Entonces, bien puede afirmarse que ante situaciones de urgencia no es posible oponer períodos mínimos de cotización pues su exigencia violaría los derechos a la salud y a la vida de las personas que, padeciendo de una enfermedad que requiere tratamiento de "alto costo", necesiten de atención médica y hospitalaria en forma inmediata. Los períodos de espera en esas situaciones constituyen un riesgo para la salud y ponen en peligro la vida de los usuarios".¹⁰⁸

¹⁰⁸ Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-112 de 1998, ya citada.

En caso similar, la Corte Constitucional tuvo ocasión de afirmar:

“La Corte, pues, aplicará su jurisprudencia, en el sentido de exigir al Seguro Social que, en el presente caso, reconozca la precaria situación económica de los afectados y, en consecuencia, no niegue al paciente la atención inmediata que requiere, ya que al hacerlo lesiona su derecho a la salud y pone en grave riesgo su derecho a la vida, dado el carácter y la naturaleza de la enfermedad que padece.¹⁰⁹

Para la Corte es claro que, en guarda del postulado constitucional en mención, si, aún conociendo el tiempo de cotización del afiliado, el tipo de enfermedad del que se trata y el diagnóstico sobre el tratamiento o procedimiento que debe practicarse, la E.P.S. remite al paciente a determinados puestos de atención bajo su dependencia, o con los cuales contrata, asume la obligación de culminar la prestación del servicio médico, quirúrgico, terapéutico o asistencial que se haya recetado por su personal científico, sin que pueda alegar después la falta de períodos mínimos de

¹⁰⁹ Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-469 del 6 de julio de 1999).....”

cotización ni otra causa para excusarse de actuar o para negar los cuidados requeridos por la persona.

d. Trabajando la Buena fe contractual, en concreto al analizar la demanda de inconstitucionalidad contra el inciso segundo del artículo 1948 del Código Civil, la Corte Constitucional, refiere a que la lesión enorme es un vicio objetivo, establecido como un mero ejercicio matemático entre el precio convenido y el precio justo al momento del negocio, dándose por sentado que en este interregno la buena fe está presente, por ello los frutos que se deben a partir del ejercicio de la acción, está en armonía con casos generales de restituciones mutua, dado que el poseedor de buena fe debe los frutos desde la demanda: “(...) ..Se propende más bien por un estado de cosas justo en cuanto reconoce los efectos propios de la buena fe contractual”.¹¹⁰

e. Respecto de la Buena fe procesal, enfatizó en sentencia C-426/97 que si una parte actúa de buena fe en un proceso, mal puede, mediante estrategias dilatar o impedir la búsqueda de la verdad, fin último del proceso:

¹¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-153/97. Expediente D-1429, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Santafé de Bogotá, D.C., 19 de marzo de 1997.

“(...)...Quien actúa de buena fe en un proceso civil, ¿cómo podría negarse a responder preguntas relativas a la cuestión controvertida, preguntas que se suponen encaminadas a establecer la verdad? La actuación de las partes en el proceso civil, al igual que en el laboral y en el administrativo, no puede basarse en artimañas, reticencias y engaños encaminados a ocultar la verdad.”¹¹¹

f. Acerca de la buena fe de la administración en la relación laboral, deja en claro que el principio es de doble vía: i) buena fe en las actuaciones de los particulares, ii) buena fe en las actuaciones de las autoridades públicas, última esta que está obligada a actuar de forma consecuente consigo misma y no defraudar la buena fe de los particulares. Si se relaciona con el derecho al trabajo, dada su naturaleza fundamental goza de una especial protección, por tratarse de un principio y valor constitucional.

“(...)..Así, pues, si un funcionario público otorga una autorización encaminada a que un particular pueda laborar para la administración, mientras que se surte el trámite pertinente de los

¹¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-426 de 1997.

actos de nombramiento y consiguiente posesión en el cargo, y por ello el particular, confiado en la autorización, empieza a trabajar, debe entonces la administración correr con las consecuencias que apareja dicho acto, esto es, con la carga específica de reconocer las obligaciones que de la relación entre ésta y el particular ha surgido.”¹¹²

g. En la Sentencia T- 202 de 2000¹¹³, cuyos hechos relevantes lo constituyen que el demandante en razón a haber obtenido una alta calificación en los exámenes de Estado, la Caja de Compensación Familiar, CAJACOPI a la que estaba inscrito le otorgó una beca por el 70 por ciento del valor de la matrícula en la Universidad que escogiese; para respaldar el contrato beca, suscribió un negocio jurídico con COMFENALCO, empero la entidad se niega a pagarle el costo de la matrícula, aduciendo que acorde con concepto del la Superintendencia, de subsidio familiar, la beca solo podía seguir otorgándose a los afiliados beneficiarios del sistema directo de subsidio familiar que cubre la caja familiar demandada.

¹¹² Corte Constitucional. Sentencia T-174 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-202 de 2000. M. P. Fabio Morón Díaz,

El demandante afirma que su madre es beneficiaria de CAJACOPI y esta entidad pertenece al sistema general de subsidio familiar, ante tal situación, predica vulneración de su derecho fundamental a la educación.

La Corte expone frente al caso en estudio, que el mecanismo de tutela es un instrumento apropiado para neutralizar aquellas acciones u omisiones que comporten la negación o limitación de las prerrogativas en que se materializa este derecho. Aduce que los derechos fundamentales estipulan un margen que condiciona la interpretación, ejecución y terminación de los contratos, puesto que no es permitido que se conduzcan estas actuaciones en una arbitrariedad por parte de uno de los signatarios del negocio jurídico, mas aún cuando en el incumplimiento del mismo se afecta un derecho fundamental como ocurre en el caso sub- examine, con la educación de uno de los contratantes.

Del análisis del negocio jurídico celebrado concluye que se estipularon todas las causales de terminación del mismo, en las cuales no se exige la calidad de beneficiario directo del subsidio familiar del becario para poder tener derecho a la beca otorgada por la caja de compensación.

Por tanto la beca no puede ser suspendida unilateralmente, sino conforme a las causas o motivos plasmados en el negocio jurídico de las partes, conforme a lo preceptuado por el artículo 1602 del Código Civil. Solo puede ser invalidado por causas legales o por mutuo consentimiento y al no ser declarado nulo, la caja de compensación tiene la obligación del pago de todas las prestaciones, pues el contrato se encuentra vigente con plenos efectos.

Concluye que la actuación del demandado constituye una violación al principio de la confianza legítima y de la buena fe que se presume en todo negocio jurídico, ya sea civil o comercial (Art. 83 CN).

Como bien viene de verse, con la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991, parecería que el mejor entendimiento del concepto de la buena fe, lo tiene el tribunal constitucional, al elevarlo a la categoría de principio general de derecho¹¹⁴, empero las normas del Código Civil que de principio consagraron la buena fe y la interpretación evolutiva que viene efectuando la Corte Suprema de Justicia sobre el tópico, atemperados a las disposiciones que al punto trae el Código de Comercio, como bien lo

¹¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-892/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

expresa HINESTROSA¹¹⁵ “(...) no es óbice para que el Código Civil por su propia entidad y generalidad, propicio al entendimiento de la universalidad y de la concepción integral del derecho, haya de mantener su condición central, punto de referencia y centro de información de los derechos sectoriales. Estas consideraciones argumentativas, estimo están, lejos de constituir una apología, algunos dirían necrología, del derecho civil, son simplemente un esfuerzo de rescate del valor interno del derecho privado, de su seriedad y de su rigor metodológico y en fin de su consistencia ética, como quiera que la buena fe, la corrección, la lealtad, la justicia contractual, no son criaturas de la post-modernidad”, deja en claro que tan alta corporación en sede ordinaria, avanza a pasos agigantados en la conceptualización y entendimiento de la buena fe, en la dinámica contractual, de cara a los cambios económicos y sociales.

Es así como la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la buena fe es “un criterio flexible de interpretación del contrato por el juez”¹¹⁶, o bien que se trata de un principio que “presupone que las partes se comporten de manera honesta, propia, honorable, transparente, diligente, responsable y

¹¹⁵ Hinestrosa Forero, Fernando. ob.cit. Pág. 8-9.

¹¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 9 de marzo de 2001.

sin ambigüedad se asimila entonces, *latu sensu*, la buena fe a la confianza, a una creencia legítima, a la lealtad, la corrección y para determinar si alguno de los contratantes no ha actuado de buena fe, es imperativo mirar su comportamiento integral, desde el origen hasta el final de la relación contractual, ya que cualquier cambio intempestivo pudiera conducir a la ruptura de dicha buena fe”.¹¹⁷

¹¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 2 de agosto de 2001.

3. DEL CONTRATO Y DE LA BUENA FE. EVOLUCION

El propósito de este capítulo, es resaltar la evolución histórica del contrato en general y la idea de libertad negocial aplicable al remate, definido como compraventa procesal, que acorde con el Art.741 del C.C.,”...en las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial a petición del acreedor en pública subasta, la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente y el juez su representante legal”, a fin que dentro de la categoría contractual en que subyace este convenio, igualmente se precise del reconocimiento de la buena fe en todas las fases, pretendiendo obtener identidad en su contenido. El ciclo evolutivo el contrato en general será importante para comprender como la manifestación de voluntad entre particulares, no es absoluta, sino limitada, enmarcada en el principio de la buena fe, por donde el elemento ético ingreso a lo jurídico.

El recorrido histórico del sistema contractual romano, desde el formalismo, inicia por la celebración del contrato mediante una complicada ceremonia en la que se utilizaba una vara y una balanza, en presencia del portabalanza y de cinco ciudadanos púberes como testigos, quedaba el deudor obligado luego de pronunciar la fórmula solemne: “*quum nexum faciet*

mancipiumque, ut lingua nuncupasset, ita jus esto”, que se morigera eliminando el *nexum* y sustituyendolo por *la stipulatio o sponsio*, bastando la promesa verbal, pero con la exigencia del empleo de palabras solemnes, hasta llegar a Justiniano que enseñó “basta que la respuesta convenga con la interrogación” y “ que haya en cada parte el sentido y la inteligencia de su conformidad” (Institutas de Justiniano, 3,15,1). Mas tarde, la obligación del deudor resultaba de la anotación que hacía el acreedor en su registro doméstico, con el consentimiento del primero y de *las inscripciones nomina transcripticia*.

En las posteriores etapas, (realismo y consensualismo) fueron suprimidas las ceremonias, las fórmulas estrictas y los asientos en registros, es así que en las Institutas de Justiniano (2, 13, 2), los contratos se forman “por la cosa, o por palabras, o por escrito o por el solo consentimiento”.

Existieron categorías contractuales, entre otros, contratos *verbis*, contratos *litteris*, contratos *re* donde era necesaria la entrega de la cosa para su conclusión, contratos solo *consensu*; algunos eran de estricto derecho y otros de buena fe, los primeros obligaban en los estrictos términos en que se habían concebido sus estipulaciones, comprendían los contratos *verbis*, los

contratos *litteris* y el mutuo (contrato *re*); los contratos de buena fe, obligaban, “... mas que por las palabras, por la real intención de las partes: “en los convenios debe estarse mas a la voluntad de los contratantes que a las palabras” (Digesto, 50, 16, 219); eran de buena fe todos los contratos solo *consensu* y de los contratos *re*, el comodato, el depósito y la prenda”.¹¹⁸

Se admitieron igualmente los contratos innominados, casos de *do ut des*, de *do ut facias*, de *facio ut des* y de *facio ut facias*.

El formalismo dominó durante un largo periodo histórico del derecho de los contratos, al extremo de que los contratantes mezclaban su sangre para formarlo (*blood-covenant*) o un festín acompañado de danzas rituales (*potlach*)¹¹⁹; las arras como señal de la voluntad de cumplir el contrato, que en Roma se representaba por un anillo, y en Francia la pieza que el comprador entregaba al vendedor al despedirse luego de convenida la venta.

¹¹⁸ ALTERINI Anibal.- “Algunos perfiles actuales del contrato”, en Derecho de los contratos en los Umbrales del siglo XXI: memorias de las Jornadas Internacionales de derecho de Contrato celebradas en la Habana, Cuba, periodo 2001-2007, MP Editora, 2007. Pág. 22.

¹¹⁹ CARBONNIER, J. Droit civil, t 4:Les obligations. 13, ed. Paris, 1988. Pág. 54.

“Los Códigos del siglo XIX adoptaron la concepción moderna del contrato, que considera a la voluntad humana “como eje de la obligación”, por lo cual “si alguien queda obligado es por que ha querido obligarse”¹²⁰

Dice este mismo autor que “las exigencias del tráfico imponen otorgar relevancia a los hechos exteriores, en cuanto generan en los demás la confianza de que su autor quiere realmente lo que expresa¹²¹ “la protección de la apariencia constituye un principio de derecho que se extrae de una interpretación integradora del ordenamiento jurídico, y deriva de la finalidad de cubrir las necesidades del tráfico, la seguridad dinámica y la buena fe” y “ el principio puede ser extendido fuera de los casos legalmente establecidos”; la confianza es una declaración de voluntad ajena “concorre a la estabilidad de las relaciones, que constituye, obviamente, un interés social ”¹²², y “la protección de la confianza” se realiza “en interés del tráfico”.¹²³ ”Un contrato, hablando estrictamente, nada tiene que ver con la intención personal o individual de las partes. Un contrato es una obligación ligada por la mera fuerza del derecho a ciertos actos de las partes,

¹²⁰ DIEZ-PICAZO,L; GULLON A. Instituciones de Derecho Civil. Vol. I. Madrid 1995. p.400. Se trata del dogma de la autonomía de la voluntad, o de la voluntad privada” P ALTERINI..... Pág.23.

¹²¹ ORGAZ, A. Hechos y actos o negocios jurídicos. Buenos Aires: 1963, Pág. 60.

¹²² X Jornadas nacionales de derecho Civil, Corrientes, Argentina, 1965

¹²³ II Jornadas nacionales de derecho Civil, Corrientes, Argentina, 1965.

habitualmente palabras, que ordinariamente acompañan y representan un propósito conocido”¹²⁴

El denominador común de todos los contratos es la confianza, la cual se explica “bien por la comunidad de intereses, bien por una amistad personal, y es un postulado de las creencias religiosas” y “no hay que maravillarse de ver así asociados dos conceptos que parecen contradictorios a un espíritu moderno, la fides y el formalismo.”¹²⁵

Expresa el tratadista ALTERINI, que la teoría general del contrato ha atenuado la exigencia de una declaración de la voluntad para su formación, reemplazándola por la de una mera manifestación, sobre la cual se sostiene el negocio jurídico “es una manifestación de voluntad que atiende “a la confianza de los demás”, tal manifestación es sinónimo de exteriorización, en cuanto indica “la aparición de un fenómeno en un ambiente exterior”¹²⁶.

Así explica que es preciso dar protección jurídica a la buena fe en razón de la confianza depositada en la apariencia y esta apariencia pasa a ser

¹²⁴ CUETO RUA, J.C. Una concepción objetiva del contrato. El caso del Common Law. En: TRIGO REPRESAS F.A; STIGLITZ R.S. (Dir) Contratos. Buenos Aires, 1989,p 31 ap.4, citando al juez Learned Hand en “ Hotchkiss v. National City Bank of New York”, S.D.N.Y. 200 F.287 (1911).

¹²⁵ OURLIAC, P. DE MALAFOSSE J., Derecho Romano y frances histórico. Trad. M. Fairen, Barcelona: 1960, p. 989.

¹²⁶ FONTANARROSA. R. O. Derecho Comercial argentino, T. II: Doctrina General de los contratos comerciales. Buenos Aires, 1979,p.20

jurídicamente relevante toda vez que los actos realizados por una persona engañada, por una situación jurídica contraria a la realidad, pero que exteriormente presenta características de una situación jurídica verdadera, son definitivos y oponibles, como lo son los actos fundados en situaciones absolutamente regulares.¹²⁷

Y afirma que en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Corrientes, 1985) entendieron los doctrinantes de su país que “ la protección de la apariencia constituye un principio de derecho que se extrae de una interpretación integradora del ordenamiento jurídico y deriva de la finalidad de cubrir las necesidades del tráfico, la seguridad dinámica y la buena fe “así como que “el principio puede ser extendido fuera de los casos legalmente establecidos”, concluyendo que la confianza en una declaración de voluntad ajena “concorre a la estabilidad de las relaciones jurídicas que constituye obviamente un interés social”¹²⁸

En su concepto al día de hoy, no se entiende el contrato como el resultado del cumplimiento de ciertas solemnidades o de la celebración de un acto

¹²⁷ BERGAMO A. La protección de la apariencia jurídica en el derecho español. Curso de Conferencias Colegio Notarial de Valencia, 1945, p. 243. PUIG BRUTAU J. Estudios de derecho comparado. La doctrina de los actos propios. Barcelona, 1951, Pág. 103.

¹²⁸ GOMES, O. Transformacoes gerais do Direito das Obrigacoes. Sao Paulo: 1967, Pág. 17.

jurídico, pues la expectativa del acreedor de ser satisfecho puede resultar también “de una actitud de quien se constituye en deudor en realizar una promesa de cumplimiento de la fuerza jurígena que se le asigna la generación de confianza. “El consentimiento juega una función vital en el desencadenamiento de obligaciones, pero solo una función secundaria (trivial) en conformar y dar sustancia al contrato “pues “la relación misma puede ser una fuente de obligaciones contractuales”¹²⁹

Bien claro se tiene que uno de los principios fundacionales de la teoría de los contratos es la “autonomía de la voluntad”, que se complementa con otros dos: la fuerza obligatoria de tal autonomía, *pacta sunt servanda*¹³⁰ y el efecto relativo¹³¹.

Estos tres principios pueden considerarse, factores de la eficacia del contrato, dado que lo que la autonomía permite que se acuerde es trascendente en función de la obligatoriedad que se le asigna y vincula a las partes que no a terceros, (*res inter alios acta aliis neque produsse neque*

¹²⁹ CUETO RUA J.C. Contrato como consentimiento y como relación. En Contratos. Homenaje a marco Aurelio Risolia. Buenos Aires, 1997, Pág. 143, ap III.

¹³⁰ Lo que las partes acuerdan debe cumplirse como la ley misma.

¹³¹ El contrato solo produce efectos entre las partes que lo celebran, sin perjuicio que pueda extenderse a quienes la ley asimila a ellas.

nocere potest, las cosas otorgadas entre otros, no pueden aprovechar ni perjudicar), atemperado dado que en veces se permite que el contrato produzca beneficios a terceros.

Tal libertad contractual no es absoluta, existen limitaciones generales impuestas por el orden público (de forma genérica al igual que expresado en normas legales específicas, no derogables entre las partes), la moral y las buenas costumbres, al igual que limitaciones especiales, tales la lesión, imprevisión y abuso del derecho, contenidas en el Código Civil.

Estos pilares del contrato, deben necesariamente enmarcarse en el principio de la buena fe, iteramos como el comportamiento honesto, acorde a la ley y la conciencia, creencia sobre la legitimidad de lo actuado, un estándar jurídico o modelo ideal, principio tácito que debe respaldar todas las soluciones jurídicas, razón para predicar de la concepción ética del contrato, aunada a la concepción económica y jurídica, RISOLIA¹³² es quien sostiene que el contrato, además de ser la fuente principal de las obligaciones, tiene una amplitud que supone una concepción económica, que acepta fundamentalmente la propiedad privada y permite disponer los bienes que

¹³² RISOLÍA, Marco Aurelio. “Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil. Ed. Abeledo-Perrot, Bs As., 1946, pag 76.

integran esta; una concepción o contenido ético, que es el respeto de la palabra empeñada- lealtad- y una concepción jurídica, pues sirve para la satisfacción de los intereses individuales y a través de ellos para lograr los fines superiores del derecho.¹³³

Para decirlo con GIORGI: “Todos los días y en todos los países se contrata; todos los hombres celebran contratos. Se hacen, ya para satisfacer las necesidades continuas de la vida física, ya para aplacar las más nobles necesidades de la vida intelectual; bien para contentar los deseos, las pasiones, los caprichos, las ideas; bien con el ánimo de especular o por espíritu de beneficencia. Se contrata con personas cercanas y lejanas, con nacionales y extranjeros. En todo el tiempo que la historia ha podido recorrer se han celebrado contratos, desde la más remota antigüedad hasta nuestros días. Innato ha sido siempre el sentido de la lealtad en la palabra, instintiva la tendencia imperiosa de confiar en las promesas de vivir seguros en los pactos; porque se ha comprendido siempre que la falta de seguridad en los contratos conduciría a la miseria, destruiría los vínculos del consorcio civil y reduciría a los hombres a la vida fiera y salvaje, porque en todo

¹³³ Citado por Gastaldi José María en la “Buena fe en el derecho de los contratos” Tratado de la Buen fe en el derecho, Tomo I, Buenos Aires La Ley, 2004, p 306

tiempo la necesidad de contratar ha sido compañera del hombre, desde su primer ingreso a la vida civil, siguiéndole fiel hasta que la muerte, fin de las cosas mundanas, le sustrae a la sociedad de los hombres”¹³⁴ y la razón de lo aquí expuesto, es precisada por el autor así: “ el fundamento del vínculo contractual está en el orden de las verdades necesarias, en los principios necesarios de la equidad material” y sostiene mas adelante que la autonomía de la voluntad y la consecencial fuerza obligatoria del contrato tiene su razón en el sistema de la *vericidad*, dado que el hombre tiene el deber de mantener sus promesas, por que la ley de naturaleza le obliga a decir la verdad; puede hablar o mantener silencio, pero si habla y al hacerlo promete, la vericidad, ley nacida con el hombre, le obliga al cumplimiento.

WIAECKER¹³⁵, sintetizó magistralmente el papel de la buena fe, reconociéndole varias funciones, afirmando que i) permite realizar el plan de valores de un ordenamiento, al concretar el plan legislativo, sobre todo el plan de protección, ejemplo el establecimiento del principio de interpretación a favor del deudor; ii) es una pauta para rechazar los casos

¹³⁴ Giorgi Jorge, “Teoría de las obligaciones en el derecho moderno” Imprenta de la revista de legislación. Madrid, 1910, Vol III, p,27

¹³⁵ Wiaecker Franz, “El principio general de la buena fe “ trad. Jose Luis Carro. Cuadernos Civitas, 1986, 2º edición

de insignificancia, es decir no hay lugar a una demanda de un contrato por incumplimiento cuando se debe a una prestación insignificante o se reclama por garantía de redhibición y el defecto oculta no revista ninguna gravedad ; iii) como pauta para rechazar el ejercicio de un derecho derivado de una posición jurídica creada por conducta antijurídica, es el caso de las empresas que crean usos y costumbres abusivos y pretenden derivar ejercitar derechos de tales usos, alegando su obligatoriedad; iv) permite corregir el derecho legal, función que describe como “ medio de ruptura ético-jurídico de la norma legal”, explicando que el juez puede declararlo, no conforme su propia valoración, sino tomando aquella que goce del más amplio consenso y en aquellos casos en que el legislador no regula la situación porque políticamente no puede o no quiere hacerlo; v) es una regla de interpretación de los negocios jurídicos, vi) es una regla para rechazar acciones inicuas o desconsideradas, que sería el caso de un reclamo que una persona medianamente decente no presentaría.

Destaca MOSSET ITURRASPE¹³⁶ la función de “creación jurídica” que cumple la buena fe, que se manifiesta cuando por ejemplo amplía las

¹³⁶ Mosset Iturraspe, Jorge, “Justicia contractual”. Ediar, Bs As, pag 152.

obligaciones contractuales expresamente asumidas y las integra con las obligaciones secundarias de conducta existentes y cuando permite aliviar las obligaciones asumidas en el contrato; al igual que aceptar modificaciones, resolviéndolas, si tales modificaciones son por ocasión de circunstancias sobrevenidas.

En Argentina, en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Buenos Aires en 1989, se resolvió que las funciones de la buena fe se concretan a: “a.- la regla de la buena fe integra el derecho objetivo con aptitud jurídica propia con independencia de su función de interpretativa. b.- En materia de relaciones negociales, el órgano jurisdiccional debe aplicarlas incluso cuando las partes hayan establecido una regla insuficiente. c.- Asimismo la buena fe marca y limita el ejercicio de los derechos subjetivos”

Se ha precisado de estos antecedentes históricos para denotar como en el pasado, las señales del acuerdo de voluntades que producían los efectos contractuales debían quedar explicitadas, ora por medio de las solemnidades arbitrariamente establecidas pero que debían ser rigurosamente cumplidas y que más tarde el legislador previó, o como factor de atribución de los

efectos negociales, empero tal entendimiento ha venido evolucionando de tal manera que el contrato se presenta como el “ropaje jurídico” de una operación económica¹³⁷.

“...la terminología en estos textos es lo suficiente homóloga en inglés; los conceptos están simplificados y responden mas a intereses prácticos que a los intereses teóricos que el jurista persigue; el objeto y el contenido del contrato prevalecen sobre la causa; el control de la licitud es encargado a los jueces nacionales, sobre todo en cuanto control de la seriedad de la intención de contratos y de la realización de los efectos; el contrato es considerado como fuente de obligaciones, antes que como instrumento de transferencia de propiedad; el contrato es considerado como esquema de repartición de riesgos, de ventajas y desventajas (...) el desequilibrio económico entre las prestaciones cede frente al desequilibrio jurídico y en todos los casos, corresponde al juez introducir elementos correctivos; los mismos comportamientos de las partes, en las distintas fases de la

¹³⁷ Alpa Guido. “Las nuevas fronteras del derecho contractual”. Pág. 1116 en “Estudios sobre el contrato en general. Ara Editores, 2º edición 2004

operación, son controlados mediante criterios de lealtad y razonabilidad(...)”¹³⁸

Es así como irrumpe en la vida de relación, la denominada fuerza jurígena de la confianza¹³⁹. Para Celia Weingarten, aparece un nuevo principio de la contratación, que tendrá un lugar relevante en el derecho privado económico de la próxima década, y define la confianza en la esfera del derecho de la siguiente manera: “...constituye una ventana por la cual el elemento ético ingresa en el mundo de lo jurídico, ya sea como *principio básico de la vida social* – sin la cual sería imposible concebir la convivencia de la sociedad- y también y fundamentalmente creando *deberes específicos de conducta* conforme a las expectativas creadas y razonables, por parte de los sujetos portantes”.¹⁴⁰

El concepto aséptico y neutro del contrato, se desvanece conforme la concepción de Guido Alpa, porque una “tonalidad económico-comercial

¹³⁸ Alpa Guido. Ob citada. Pág. 1117.

¹³⁹ WEINGARTEN CELIA, “La Confianza en el sistema jurídico”. Edi. Jurídicas Cuyo. Argentina, 2003, pag 22.

¹⁴⁰ Apel, Kare O. y otros, “Ética comunicativa y democrática” Pág 15. Ed. Critica, Barcelona, 1991), que nace según Celia Weingarten a “partir de lo que una situación de hecho o lo que la contraparte aparente, y que induce a un individuo a obrar en un sentido u otro” * obra citada, de Celia W. Pág. 22

matiza las diversas regulaciones”¹⁴¹, aunada la fuerza jurídica de la confianza.

Como bien viene de verse varias son las etapas de evolución histórica del contrato y de la idea de libertad negocial, conforme lo asevera MONSALVE¹⁴²: “(...) la primera es la del predominio aparentemente absoluto del contrato libre (propio de la revolución francesa), la segunda, la incorporación de las limitaciones a la libertad contractual caracterizado por un estado intervencionista, cuya inferencia del poder público irradiaba todos los estamentos sociales, (propios hasta los años 70’s del siglo XX) y la tercera es la época de las transformaciones sociales y económicas que conllevan la introducción de la política económica de libertad de mercado, caracterizada por la intervención excepcional del estado en las relaciones económicas de la mano con la irrupción del contrato dirigido y de adhesión”. Y ello es razón para predicar que la buena fe igualmente ha tenido su proceso histórico de evolución y desarrollo, tendiente a defender a la persona en todos los ámbitos, especialmente en el negocial.

¹⁴¹ Alpa Guido, Ob citada. Pág. 1117.

¹⁴² Monsalve, Vladimir. La integración de la buena fe objetiva en la etapa de formación de los contratos de consumo. Archivo inédito que saldrá publicado en la revista Vniversitas. Julio 2011.

Un régimen justo ha de proteger a un individuo contra todas las amenazas.¹⁴³

“Las diferencias entre las etapas históricas se muestra también en las maneras de desenvolver la buena fe. La edad media tuvo una alta exigencia al respecto, incluso con alcances de heroísmo y santidad. La modernidad en sentido amplio, en la que se incluyen las edades moderna y contemporánea, concibió al fin la buena fe con rasgos más “humanos”, pero también intensos. Por una parte, en la reforma, se desarrolló la importancia subjetiva de la buena fe, remitida a una moralidad revelada y a la bondad de lo que se hace por fe pero, por otra, se debilitaron las referencias a una moral de bases metafísicas y ontológicas¹⁴⁴. Uno de los grandes baluartes de la presunción de la buena fe fue el pensamiento rousseauiano. Al reclamar fraternidad, el lema revolucionario francés fortaleció el requerimiento de buena fe. La nueva “era” actual, que suele ser denominada “postmodernidad”, es un tiempo

¹⁴³ Philippe le Torneau. “La Ética de los negocios y de la Administración en el siglo XXI, trad. Ramón A, Abarca Fernández. <http://www.ucsm.edu.pe/rebarcf/enas01.htm> (16/1/2003)

¹⁴⁴ <http://www.ulg.ac.be/vinator/rida/DAJCZAK2.pdf> (2471/2003)

de la “desconfianza” y la “sospecha”, pero a su vez incrementa los requerimientos de buena fe, ejemplo en el espacio contractual.

La actitud respecto de la buena fe se vincula al fin con las grandes posiciones vitales. En tanto el optimismo predominante en la modernidad alimentó la presunción de buena fe, el relativo pesimismo de la postmodernidad lo debilita.”¹⁴⁵

Reitera MONSALVE en su artículo, que en la reciente Ley 1328 de 2009 (Estatuto de Protección al Usuario Financiero) se establecieron principios y reglas que protegen a los consumidores financieros, incorporando el término **relación contractual** en su artículo 2º, “...reconociendo que se tenía especiales obligaciones en la etapa de formación del contrato y al extender el ámbito de vinculación jurídica al incluir no solo el contrato (producto) sino también el concepto de servicios, como aquellas actividades conexas al desarrollo de las correspondientes operaciones y que se suministran a los consumidores financieros.” Y avanza en su posición, al dejar sentado que la buena fe, en cualquiera de sus acepciones (principio, como regla o como norma) es una disposición imperativa y se aplica de

¹⁴⁵Philippe le Torneau. Ob. citada

forma directa a la relación contractual, presentándose la buena fe objetiva “como una idea fundamental de la nueva legislación, la cual se integra en el deber de solidaridad social, consagrada en el moderno constitucionalismo europeo (...). En todo debemos observar que en el moderno concepto de la buena fe contractual a la que se refiere la ley, Art. 1603 C.C. y 863 del C. Co. sin importar la fase del contrato en la que nos encontremos, se relaciona también a la *fides* y de la *bona fides*, teniendo una identidad en su contenido desde la formación del contrato como fidelidad en el acuerdo celebrado o como compromiso de un cabal y obligatorio cumplimiento, así como en el sentido de cooperación mutua en todos los estadios contractuales”. Finaliza compendiando que el contrato no debe ser examinado como una simple relación obligatoria, con intereses contrapuestos, sino como una unión de propósitos en base a unos fines y un objeto, que coadyuvará en un mejor desenvolvimiento de la economía de un país. La relación jurídica contractual nacida en toda la fase del *iter* negocial es una relación económica regulada por una norma ora de carácter imperativo o dispositivo, o en un principio que deben ser observados en todas las fases contractuales y de esa manera se consolida su vinculatoriedad y su exigibilidad.

4. LA JUSTICIA Y LA BUENA FE:

Administrar justicia, no es tarea fácil. ¿Quién enseña a juzgar a los otros? ¿De que material debes estar hecho para acometer tremenda tarea?, ¿asumes el roll de juez por azahar o vocación? En este último evento enfrentas un concurso de mérito, y lo ganas¹⁴⁶, haces partes de una lista de elegibles, que posteriormente conlleva a la designación y posesión; arribas a un despacho judicial, donde encuentras por regla general un grupo reducido de colaboradores¹⁴⁷. Cada uno de manera parsimoniosa, empezando por el secretario, inician una perorata jurídica, para indicar el estado de los asuntos a cargo y que se arruman en el escritorio, creen que la información proporcionada es la adecuada y que con certeza has podido captar lo que a su manera informan y enfatizan en aquellos con prioridad que no dan espera, y los que ofrecen a primera vista problemas de solución, sazonado con la vida y milagros de las partes y sus apoderados.

¹⁴⁶ Después viene, lo que denomina la escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, “el curso concurso” y por seis meses, pretenden que ha de asimilarse, la colosal tarea a punto de acometer. Sigue la lista de elegibles, la designación del Tribunal Superior, comunicación, aceptación, entrega de documentos para confirmación y posesión.

¹⁴⁷ Que por la cara que hacen cuando observan la vacilación que se denota frente a la avalancha de asuntos pendientes por resolver, el impulso es salir corriendo, frente al terror que han infundido de la tarea que se va a acometer.

4.1. BUENA FE DEL FUNCIONARIO JUDICIAL.

A primera vista, esta dificultad para enfrentar el reto de administrar justicia, puede morigerarse, si existe suficiente preparación¹⁴⁸ en el área a desempeñar, si no se permite que los colaboradores metan baza en el resultado o decisiones a tomar, que se lidere el equipo en que se han convertido; actuando de buena fe e inspirando y generando confianza¹⁴⁹; confianza que igualmente debe traducirse frente a los otros compañeros jueces, usuarios y terceros en general; si se propende por el equilibrio y la justeza de las decisiones, por la protección de los derechos humanos; que la sentencia que dirime el asunto no se convierta en un simple ejercicio silogístico, de precisar premisas (mayor- menor) y sacar conclusiones, sino que el entendimiento lo sea, que frente al funcionario se tiene a personas, que han solicitado la protección del Estado en su vida, honra y bienes,

¹⁴⁸ Lo expuesto contrasta con la nota inserta en el periódico “La Nación” que se publica en Costa Rica, el día 3 de Enero de 2011, por el señor Julio Rodríguez en la columna titulada “En Vela”, que considera como un gran escándalo, la noticia que se produjo a raíz del comentario formalizado por el Magistrado Fernando Cruz en la sesión de Sala Plena del 29 de noviembre de 2010, respecto del hecho de la pérdida del examen para participar en el programa de Formación inicial para aspirantes a la judicatura , por una mayoría significativa , como que solo 11 de los 211 abogados ganaron el examen de conocimientos básicos. Considera el articulista que los abogados aspirantes a jueces deben ser los mejores, asunto que acorde con el pensamiento del magistrado Cruz es de la mayor trascendencia, junto con la integridad moral.

¹⁴⁹ V. Diccionario de la lengua.....” cit., “lealtad”, cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y hombría de bien; legalidad, verdad, realidad (T.II, 1992, p.1237) “leal” indica, en una de sus acepciones, fidedigno, verídico y fiel, en el trato o en el desempeño de un oficio o cargo. (Diccionario de lengua.....” cit, T. II, p.1237)

circundadas por un entorno socio-económico, cultural y político, del que mal pueden ser deslindadas, y hacia ese norte debe apuntar la solución del caso, buscando la(s) norma(s) mejor(es), el precedente existente que proporcione solución a sus problemas, aunado el tema probatorio inescindible en nuestro sistema jurídico.

Iteramos, la preparación del candidato a juez, se inicia con el conocimiento de los deberes, poderes y responsabilidades de los jueces, reglas contenidas en el CPC, que establecen sistemas de control, para asegurar la vigencia efectiva del principio de moralidad en el proceso civil.

Es así como el Art. 37 del C.P.C., precisa nueve deberes principales del juez, tales, la dirección del proceso; la igualdad de las partes; prevención de los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad , probidad y buena fe que deben observarse en el proceso; verificar los hechos de las partes empleando los poderes en materia probatoria siempre que lo considere conveniente; guardar la debida reserva sobre las decisiones; dictar las providencias dentro de los términos de ley; decidir aunque no existe ley aplicable al caso, o sea oscura o incompleta. La violación de estos deberes constituye falta disciplinaria sancionable conforme tal régimen.

A su turno, los poderes de que trata el Art. 38 del CPC.¹⁵⁰, de ordenación e instrucción, se concretan a la resolución de los procesos en equidad, si así lo solicitan las partes, la ley lo autoriza y se trata de derechos disponibles; al rechazo de peticiones notoriamente improcedentes o dilatorias.

El Art. 39 ibídem respecto de los poderes disciplinarios del juez, determina las sanciones, tales las multas a sus empleados, a los demás empleados públicos y a los particulares que sin justa causa incumplan las órdenes que les impartan en ejercicio de sus funciones, o demoren su ejecución, al igual que a los empleadores o representantes legales que impidan la comparecencia al despacho judicial de sus trabajadores o representados, para rendir declaración o atender cualquier otra citación que el juez les haga, convertibles en arresto, si no se consignan en oportunidad; el arresto inmutable hasta por cinco días a quienes le falten al debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas; orden de devolución de los escritos irrespetuosos para con los funcionarios, las partes o terceros; la expulsión de las audiencias y diligencias a quienes perturben su curso.

¹⁵⁰ Este artículo fue modificado por la ley estatutaria de la administración de la Justicia (Ley 270 de 1996, y adicionado por la ley 1285 de 2009, en su art 60A, revisado por la Corte Constitucional C-713 de 2008.

Y por último, las responsabilidades del juez, las encontramos en el Art. 40 C.P.C. Subrogado L. 270/96, Arts. 65 a 74, que precisan de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos imputables por acción u omisión de sus agentes judiciales, por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia¹⁵¹, por el error jurisdiccional¹⁵² y por la privación injusta de la libertad.¹⁵³

Si el Estado es condenado a la reparación patrimonial por daño antijurídico que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste, mediante acción civil presumiéndose que constituye culpa grave o dolo cualquiera de las siguientes conductas:

¹⁵¹ “Artículo 69. DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta ley, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación.”

¹⁵² “ARTÍCULO 66. ERROR JURISDICCIONAL. Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley.

ARTÍCULO 67. PRESUPUESTOS DEL ERROR JURISDICCIONAL. El error jurisdiccional se sujetará a los siguientes presupuestos:

1. El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial.
2. La providencia contentiva de error deberá estar en firme.”

¹⁵³ “ARTÍCULO 68. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.”

- a. La violación de normas de derecho sustancial o procesal, determinada por error inexcusable.
- b. El pronunciamiento de una decisión cualquiera, restrictiva de la libertad física de las personas, por fuera de los casos expresamente previstos en la ley o sin la debida motivación.
- c. La negativa arbitraria o el incumplimiento injustificado de los términos previstos por la ley procesal para el ejercicio de la función de administrar justicia o la realización de actos propios de su oficio, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer.

Tales instrumentos¹⁵⁴, como si se tratase de la toga que los identifica, deben portarse siempre con dignidad y utilizarse de mejor manera y efectivizarse frente a las partes y/o terceros que con sus incorrecciones, propugnen por dilatar el proceso, impedir su avance, evitar la práctica de las pruebas, en fin hacer nugatoria la actividad de la justicia. Y la aplicación de los poderes no puede convertirse en espada de Damocles, frente a las partes y/o los apoderados, para impedirles a su turno, el ejercicio efectivo el derecho de

¹⁵⁴ En especial los deberes escritos en letras mayúsculas.

defensa, insisto en el debido proceso, ni menos se puede convertir en arbitrariedad; lo mesurado y razonable de tal utilización, es el norte que guía en tal actividad al funcionario judicial.

Y continúa la preparación con el conocimiento estricto de la Constitución, de la ley sustantiva y procesal, de los instrumentos internacionales, al igual que la jurisprudencia y los precedentes de las altas Cortes, la doctrina nacional y extranjera, que le otorgaran un panorama amplio de escogencia, al momento de utilizar la norma que soluciona el caso a consideración, o la que se aproxima a lograrlo.

En este punto revisemos a RONALD DWORKIN, en su interpretación del derecho, de la ley, de la justicia y la labor hermenéutica de los jueces¹⁵⁵, que se inicia al interrogarse acerca de ¿Qué es el derecho? Y ello por qué importa. Se contesta, importa la forma en que los jueces deciden los casos.

E ilustra sus puntos de vista, citando casos paradigmáticos de la justicia norteamericana y londinense, y precisa sobre el caso Elmer (el nieto asesino de su abuelo y heredero único testamentario, impugnado por las otras hijas que consideran aberrante que el causante de la muerte sea el sucesor de la

¹⁵⁵ Ronald Dworkin. El Imperio de la Justicia.. Ed. Gedisa. 2º Impresión: Julio de 2005, Barcelona.

herencia), donde se buscó determinar si los jueces deben seguir la ley o ajustarla a los intereses de la justicia.¹⁵⁶

JOHN AUSTIN, abogado y orador del siglo XIX, dijo en referencia al positivismo legal, que la propuesta de la ley es verdadera dentro de una sociedad política en particular si registra en forma correcta una orden del pasado de alguna persona o grupo que haya ocupado la posición de soberano de dicha sociedad. Soberano definido como aquella persona o grupo cuyas órdenes son obedecidas y que no está acostumbrado a obedecer a nadie más¹⁵⁷. Por ello no obstante los debates intensos y las discusiones filosóficas y de los defectos que encontraron a la teoría y las correcciones y enmiendas sugeridas, su idea principal, de que el derecho es una cuestión de decisiones históricas tomadas por personas en posición de poder político, nunca ha perdido fuerza.

HART¹⁵⁸ en una nueva exposición sobre tal idea, rechazaba la justificación de AUSTIN de la autoridad legal como un hecho bruto de orden y obediencia habituales. Dijo que los verdaderos fundamentos del derecho

¹⁵⁶ Ronald Dworkin. Ob citada Pág. 15.

¹⁵⁷ J.L. Austin. The province of jurisprudence determined; H.L.A.Hart comp. Nueva York, 1954. Y Natural Law and Natural Rights, Nueva York, 1980

¹⁵⁸ H.L.HART , The concept of law, publicado en 1961 por primera vez. (Londres).

yacen en la aceptación de la comunidad, de una regla principal fundamental (que denominó “regla de reconocimiento”), que asigna a personas o grupos en particular la autoridad para hacer la ley. “De modo que las propuestas de ley son verdaderas no solo en virtud de las órdenes de las personas que por lo general son obedecidas, sino en virtud de convenciones sociales que representan la aceptación de la comunidad de un esquema de reglas que permiten a dichas personas o grupos en particular la autoridad para hacer la ley”¹⁵⁹

Otros dos grupos de teorías semánticas, que generalmente se consideran rivales, la escuela del derecho natural y la escuela del realismo jurídico, sostienen, la primera, que los abogados siguen criterios que no son totalmente reales, pero si morales hasta cierto punto para decidir que propuestas de ley son verdaderas, y la segunda, desarrollada a comienzos de este siglo, en particular en las escuelas de derecho norteamericanas, consistente en que las reglas lingüísticas que siguen los abogados convierten a las propuestas de ley en instrumentales y proféticas. La mejor

¹⁵⁹ Ronald Dworkin. Ob. citada. Pág. 37

versión sugiere que el significado exacto de una propuesta de ley depende el contexto¹⁶⁰.

Las disputas más intensas sobre la justicia son acerca de las pruebas correctas para la justicia y no sobre si los factores satisfacen alguna prueba ya acordada en un caso particular. La justicia es una institución que interpretamos¹⁶¹, como si tuviera una autoridad más global o trascendental, de modo que pueda servir como base para criticar las prácticas de justicia de otras personas, en especial cuando estas son diferentes¹⁶². La justicia también es especial en otro sentido, dado que es el más político de los ideales morales, proporciona un elemento familiar y natural en la interpretación de otras prácticas sociales.

El Convencionalismo, es una concepción de la práctica legal y la tradición¹⁶³. El reclamo distintivo del convencionalismo, relativo a que el

¹⁶⁰ Ronald Dworkin. Ob. citada. Pág. 38

¹⁶¹ La justicia y otros conceptos morales de orden superior son conceptos interpretativos, pero son mucho mas complejos e interesantes que la cortesía, aunque también menos útiles como analogía en el derecho. La diferencia más importante entre justicia y cortesía, en este contexto, yace en el alcance global latente del primero.(...)Pero si consideramos la justicia como un concepto interpretativo, debemos tratar las distintas concepciones de justicia desarrolladas de manera inevitable como interpretación de prácticas donde ellos mismos participan (personas de mi comunidad)

¹⁶² A Matter of Principle, cap-10.

¹⁶³ Ronald Dworkin. Ob citada. Pág .94

derecho se limita a aquello que ha sido sancionado por las convenciones legales, podría parecer ambiguo.

La parte positiva del convencionalismo¹⁶⁴ no puede ofrecer ningún consejo útil a los jueces que se enfrentan con casos difíciles. Estos serán, inevitablemente casos donde la extensión explícita¹⁶⁵ de las distintas convenciones legales no contengan nada de decisivo y el juez debe por lo tanto ejercer su discreción empleando normas extralegales. Le dice a los jueces que cuando se discuten los estatutos y cuando los precedentes tienen un impacto incierto, deben dejar de lado cualquier idea que implique que sus decisiones pueda basarse en derechos ya establecidos a través de actos políticos anteriores. Deben enfrentar sus nuevas responsabilidades políticas con imparcialidad.¹⁶⁶

“El objetivo del convencionalismo no es solo proteger a los litigantes contra la sorpresa, sino un objetivo mucho más complejo que incluye el hecho de lograr beneficios sociales, tanto de la actividad comercial como privada. Las personas necesitan reglas

¹⁶⁴ De que los jueces deben respetar la extensión explícita de las convenciones legales.

¹⁶⁵ La extensión explícita es el conjunto de propuestas que (casi) todos dijeron es participe de la convención como parte de su extensión. La extensión implícita es el conjunto de propuestas que surgen de la mejor o más sólida interpretación de la convención, formen o no parte de la extensión explícita.

¹⁶⁶ Ronald Dworkin. Ob citada. Pág. 100

para poder vivir y trabajar juntas y con eficiencia y necesitan estar protegidas cuando se apoyan en dichas reglas. Sin embargo, alentar y retribuir la confianza no posee siempre una importancia decisiva; a veces es mejor dejar un asunto sin reglamentar por convención para permitir el juego de juicios independientes por parte de ambos jueces y del público anticipadamente a lo que harían los jueces. Este equilibrio entre la confianza y la flexibilidad es posible gracias a la estructura bilateral del convencionalismo. La convención establece ciertos procedimientos de modo que cuando se adoptan reglas claras, según estos procedimientos, la gente puede confiar en la intervención del estado en su representación; también puede confiar en la no intervención del estado a instancias de otros ciudadanos salvo en la forma que estipulan estas reglas y pueden planear y coordinar sus asuntos de acuerdo a ello. Pero cuando estos procedimientos han dejado vacíos, la gente sabe que no tiene derecho a apoyarse en nada, salvo en que, si sus actividades provocan un pleito, los jueces decidirán su suerte construyendo

aquello que, según la opinión de los mismos jueces, es la mejor regla para el futuro”¹⁶⁷

4.2. CONDUCTAS DE LAS PARTES EN EL PROCESO:

Respecto de las partes, el proceder incorrecto inicia, desde el instante que propende por incoar una causa, sin ninguna justificación¹⁶⁸; por obtener la declaratoria de derechos, a sabiendas que el derecho le pertenece a otro; por interpretar y de forma amañada una cláusula contractual y de esa manera pretender el resarcimiento que no le corresponde; por inejecutar las obligaciones a su cargo, atribuyéndoselas a la contraparte, etc., en fin variadas las conductas anómalas para iniciar acciones del mismo talante, incluida la deficiente preparación profesional.¹⁶⁹

¹⁶⁷ Ronald Dworkin. Ob citada. Pág. 110

¹⁶⁸ Código Disciplinario del Abogado. Ley 1123 de 2007. Artículo 33, numerales 2 y 8: “2. Promover una causa o actuación manifiestamente contraria a derecho. (...)8. Proponer incidentes, interponer recursos, formular oposiciones o excepciones, manifiestamente encaminados a entorpecer o demorar el normal desarrollo de los procesos y de las tramitaciones legales y, en general, el abuso de las vías de derecho o su empleo en forma contraria a su finalidad. y Artículo 38, numeral 1: “1. Promover o fomentar litigios innecesarios, inocuos o fraudulentos.”

¹⁶⁹ Código Disciplinario del Abogado. Ley 1123 de 2007. Artículos 28, 30, 33, 34 y 38.

En el Uruguay, la aplicación de la regla moral en el proceso, es consustancial al denominado principio de moralidad¹⁷⁰ que implica excluir del proceso la malicia, la mala fe, la deshonestidad, la inmoralidad, las que jamás servirán para ganar pleitos.¹⁷¹

ADOLFO GELSI BIDART, indicaba que es necesario “...el acento –de la mayor significación ética– en el problema de la utilización del proceso, que como es un medio o instrumento jurídico, debe estar sujeto al enfoque adecuado al medio, a ética de los medios, que abarcan “lo que se hace” (el modus operandi), además de aquello para lo cual se hace(fin).”

“En rigor no puede nunca prescindirse del fin cuando se habla del medio. Aquel funciona como “causa” final de este; no se realiza el medio sino en vista de la finalidad que con él se persigue (y, a veces, se consigue: resultado). Pero además, el medio tiene consistencia propia, en parte modelada en vista del fin, pero que de ningún modo se confunde con este. Por ende, la eticidad del medio deberá establecerse más que en el fin perseguido (el objetivo que a veces se confunde con el objeto) que tiene su

¹⁷⁰ Pereira, Campos Santiago. “El principio de moralidad y el deber de veracidad en el Código General del proceso” en “Estudios en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart”....” Pág.552.

¹⁷¹ Ángel Landoni Sosa. “El principio de moralidad: Base fundamental para un proceso justo” en “Tratado de la Buen fe en el derecho”. Doctrina Extranjera. Tomo II, Pág. 391.

propia eticidad, en relación a: a) aquello en que el medio consiste; b) el modo de usar, de ejercer o de ejecutar, de realizar el mismo instrumento”¹⁷²

Y tal accionar, da pie para iniciar el tránsito por un sendero, en veces plagados de inequidades, que pueden culminar en decisiones injustas, si frente a tal debate se encuentra un juez inexperto, no estudioso, que no cumple con sus deberes, ni esgrime sus poderes.

Deben las partes y sus apoderados, proceder con corrección en la litis que enfrentan¹⁷³ y de manera tácita admitir y aceptar el código de conducta que el procedimiento les impone, así: la demanda como primer acto de comunicación, debe estar redactada de manera sencilla, siguiendo los lineamientos generales y especiales de ley, en concreto lo referido a las pretensiones, hechos, pruebas y notificaciones, allegando toda la documentación que se posea y que pretenda hacer valer frente a la contraparte.¹⁷⁴ “El abogado probo- indicaba Calamandrei - debe ser, más

¹⁷² Gelsi Bidart Adolfo. “La humanización del proceso”. Off-print from: “Towards a Justice with a human face. The first International Congress on the Law of civil Procedure” Ghent, 1977.

¹⁷³ Código Disciplinario del Abogado. Ley 1123 de 2007. Artículo 28, numerales 6, 8 y 11; artículo 30, numeral 4; artículo 33, numerales 2 y 8; artículo 34 y artículo 38.

¹⁷⁴ Gelsi Bidar Adolfo “proceso y regla moral” en revista de la facultad de derecho de México, Tomo 10 Enero-Dic- 1960, pag 67-69. Al juez se debe ir en el mismo estado de espíritu que a la consulta del medico, a señalarle sin ocultaciones, el problema, para que diga, en nombre del sistema jurídico la ultima palabra. Las partes no han sido capaces, ni por si, ni por intermedio de sus abogados de ponerse de acuerdo, con respecto a la cuestión que les divide y acuden ante el Juez, que es técnico en derecho por

que clínico, el higienista de la vida judicial; y precisamente por esta diaria obra de desinfección de la litigiosidad, que no se saca a la publicidad de los Tribunales, los jueces deberían considerar a los abogados como sus colaboradores más fieles”¹⁷⁵

Expresaba COUTURE, en la exposición de motivos de su Código “(...) A nuestro modo de ver, el deber de decir la verdad existe, porque es un deber de conducta humana. Pero lo que el proceso requiere no es solamente la verdad formal, requiere la lealtad, el juego limpio y no el subterfugio (...) El proyecto no ha querido hacer de la probidad procesal un problema de cátedra, sino una cuestión de vida o muerte para el prestigio de la Justicia”. Y en la búsqueda del equilibrio, encuentra que al poner el acento en la probidad, resalta al mismo tiempo el papel de la buena fe.

Se trata, decía, que si bien es necesario prevenir y remediar la malicia, es menester tener confianza en la honradez y en la rectitud natural de los hombres, indicando: “(...) es preciso tener fe y confianza en que los hombres no son normalmente falsificadores y perjuros”

autonomasia y que no solo conoce el derecho, sino que esta facultado para determinarlo irrevocablemente y con efectos prácticos para la vida. De ahí la consecuencia: hay que presentar al juez los hechos con sinceridad, diciendo claramente en donde radica la cuestión. “

¹⁷⁵ Calamandrei Piero, “Elogio de los Jueces escrito por un abogado” Edit. Góngora, Madrid 1936. Traducc. Santiago Sentís e Isaac J. Medina

Admitida la demanda por el juez, el impulso del proceso depende de la actividad del actor, de ahí la importancia del aporte que se efectúe para obtener la notificación de la parte demandada y la agilidad en su concreción. Si no es posible la notificación personal o cualesquiera de sus variantes, hay que solicitar el emplazamiento y propender por la publicación a la brevedad a fin de lograr la designación de Curador *ad litem*, si el demandado no se presenta en este interregno.

Lograda el trabamiento de la relación jurídico-procesal, esperar el despliegue de la defensa de la parte demandada, que en veces corre pareja al ritmo que le impone el actor o en contrario, impone su propio ritmo. En medio se encuentra un juez, que no solo atiende este, sino muchos otros asuntos, y pierde fácilmente el norte; en otros casos y cual se tratase de una flor exótica, topamos con un funcionario muy al pendiente de todos los casos, imprimiéndole importancia no solo a los asuntos menores, sino por igual a los de importancia mayúscula o trascendente, e imprime su propio ritmo.

COUTURE¹⁷⁶, precisaba que la independencia del juez es el secreto de su dignidad, pero la autoridad que se le revista será la clave de su eficacia.

4.3. DECISION DEL CONFLICTO Y LA BUENA FE

Al desatar el conflicto, a través de la sentencia, el juez realiza un proceso intelectual, que no puede separarse de la dirección que puntualmente ha llevado en el trámite procesal: está bien enterado del litigio, conoce las pretensiones deprecadas y la oposición de la contraparte; ha puesto en alto la inmediación, ha participado en el debate probatorio de forma activa y frente al estudio y análisis de los alegatos formulados por ambas partes, debe tomar partido, puntualizando respecto de la (s) norma (s) aplicable(s) al caso, (principios y reglas), la jurisprudencia que el tema ha suscitado, el precedente existente, los comentarios de doctrinantes, y buscar el “mejor argumento”, para de esa manera responder y dar razón, no de manera insular, sino revisando el entorno socio-económico, cultural y político que circunda al caso que examina, y de esa forma “(...) mediando una fundamentación argumentativa consistente y de corrección normativa, con

¹⁷⁶ La justicia inglesa.

una aplicación imparcial y no sesgada de la Constitución y de las leyes(...)"¹⁷⁷ dado que en la solución judicial no sólo se manejan reglas sino también principios, conforme lo expone HABERMAS.¹⁷⁸

El paradigma discursivo propuesto por Habermas permite comprender cómo el derecho logra por intermedio de las decisiones judiciales, solucionar los conflictos en sociedades altamente complejas, generando estabilidad al sistema.

El paradigma discursivo racional concibe la diferenciación entre moral y derecho, pero destaca su grado de complementariedad, en el sentido que los argumentos morales que corresponden a objetivos, se instalan en el ambiente o proceso de producción de normas, mientras que los argumentos

¹⁷⁷ BORGE Rafael, MONTERO Pedro, NAVARRO Sigfrido y PAJARO Lilian, año 2009. "El paradigma discursivo racional habermasiano frente a los derechos Fundamentales, el Tribunal Constitucional y la Administración de Justicia", ensayo presentado al Dr. Oscar Mejía Quintana en el desarrollo de la Maestría en derecho de la Universidad del Norte, no publicado al presente.

¹⁷⁸ HABERMAS Jürgen, "Indeterminación del derecho y racionalidad" en Facticidad y Validez, Madrid: Trotta, 1998, p.302. "el discurso jurídico no puede moverse autárquicamente en un universo herméticamente cerrado del derecho vigente, sino que a de mantenerse abierto argumentos de otra procedencia, en particular a las razones pragmáticas éticas y morales hechas valer en el proceso de producción de normas y, por ende, agavilladas en la propia pretensión de legitimidad de las normas jurídicas. Por otro lado, la corrección o rectitud de las correcciones jurídicas se mide en última instancia por el cumplimiento de condiciones comunicativas de la argumentación, que posibilitan la imparcialidad en la formación de un jurídico".

de principios corresponden a la legitimación y fundamentación del derecho¹⁷⁹.

El nuevo paradigma discursivo procedimental del derecho, constituye una superación explicativa de esa capacidad funcional integradora social atribuida al derecho, que le permite actuar de mediador entre el derecho y la democracia, la autonomía privada y la opinión pública del poder comunicativo, a través de la teoría de la acción, de la razón privada y la razón pública.

Así lo identifica Habermas: “(...) El principio discursivo manifiesta, en su estructura, formas reflexivas de comunicación tendientes a introducir en el derecho moderno tanto pretensiones de validez, provenientes de la acción comunicativa, como acciones dirigidas a la consecución de fines. Las pretensiones de validez deben producir, por tanto, en el derecho moderno, mecanismos de control para las acciones estratégicas.”¹⁸⁰

¹⁷⁹ *Ibíd.*, p. 6-7.

¹⁸⁰ Gerardo Durango Álvarez, “El principio discursivo y los derechos fundamentales en la teoría Habermasiana”, en revista *Opinión Jurídica* de la Universidad de Medellín, enero – junio, 2006/vol5, número 009, p.p. 19.

Enuncian cinco rasgos básicos que posee la estructura de cualquier argumentación, supuesto un proceso discursivo orientado al entendimiento:

- Nadie que pueda hacer una contribución relevante, debe ser excluido de la participación.
- A todos se les dan las mismas oportunidades de hacer sus aportes.
- El sentido de los juicios de validez ha de tener carácter general.
- La posibilidad de distinguir cognitivamente entre juicios morales correctos e incorrectos.
- La comunicación tiene que estar libre de coacciones, tanto internas como externas, susceptibles de crítica y motivadas por la fuerza de convicción del mejor argumento.¹⁸¹

El paradigma discursivo procedimental (según Habermas) supera el paradigma burgués liberal por cuanto no reduce la ley a formalidad legal y la justicia a igual distribución de derechos, que en este niega la participación a la opinión pública como fuente de inspiración normativa de

¹⁸¹ Ver, Jürgen Habermas. “La inclusión del otro”, Estudios de teoría política, Paidós, 1999, p.p. 76.

los procedimientos legales; igualmente sobrepasa el paradigma de bienestar social que reduce la ley a políticas burocráticas y la justicia a justicia distributiva¹⁸², el cual podría lograr la integración social que conduzca a una solución violenta.

Fiel a esa línea teórica, a las decisiones judiciales, para efectos de la legitimidad del orden jurídico, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, corresponde asegurar la igualdad de trato jurídico frente a casos análogos, además debe estar impregnada de una alta dosis de racionalidad que les permita su aceptación por los miembros de la comunidad jurídica, debiendo emanciparse de las contingencias del contexto de nacimiento del derecho, que implica una justificación interna que se extrapola a una justificación externa de las premisas previamente dadas. Para HABERMAS el problema de la racionalidad de la administración de justicia se centra fundamentalmente en la articulación que debe existir entre la justificación interna de la sentencia (premisas previamente señaladas) y su justificación

¹⁸² Mejía Quintana Oscar. La teoría del derecho y la democracia en JÜRGEN HABERMAS, conferencias de la maestría en Derecho Universidad del Norte, 2009, p.21-22.

externa racional, con lo cual se asegura al mismo tiempo la seguridad jurídica y la rectitud o corrección normativas¹⁸³.

DWORKIN presupone un juez Hércules que oscila entre la perspectiva de los ciudadanos, desde la que se legitiman los deberes del juez y la propia perspectiva (juez) que pretende un privilegio de reconocimiento y que cuando su interpretación se desvía de restantes interpretaciones, únicamente se revisa así mismo por considerar “única” o “correcta” la respuesta, en un monólogo que conlleva la soledad de la tarea¹⁸⁴. Para HABERMAS, la justicia es el resultado del esfuerzo de cooperación, resaltando la importancia del procedimiento cooperativo y comunicativo, no de un mero monólogo¹⁸⁵; en que la argumentación moral serviría para reconstruir un consenso perturbador.

¹⁸³ *Ibidem.* p. 268

¹⁸⁴ Jürgen Habermas. *Op cit*, Pág. 294

¹⁸⁵ “Jurgen Habermas ha argüido contra Rawls que las tareas deben ser resueltas en argumentaciones morales no pueden ser llevadas a cabo con monólogos sino que exigen un esfuerzo cooperativo. La argumentación moral sirve la finalidad de reconstruir un consenso perturbado. Pues conflictos en la esfera de interacciones orientadas por normas se remiten directamente al acuerdo normativo perturbado. La réplica de que esa objeción no es pertinente, pues en la original position rawlsiana cada participante tiene que poder justificarse frente a cualquier otro cuando pretende prioridad ética de su orden de pretensiones de validez, no es convincente.

Desde luego que él tiene que justificar esto, pero al hacerlo así queda sin duda en el “papel del solitario”. Aunque habría de preguntarse si la objeción de Habermas contra Rawls no se regresa contra él mismo, pues también en su obra el discurso y el consenso idealmente logrados no existen en la realidad, sino son ficticiamente supuestos. Tampoco existen un consenso real según esta teoría. La idea de una comunidad de argumentación libre, que fue fundada por Peirce, tiene solo el carácter de una idea regulativa que sirve

En conclusión el pensamiento de HABERMAS, respecto del paradigma discursivo que en antecedencia compendiamos, nos deja claro los siguientes aspectos puntuales sobre su concepción de la justicia:

El centro de la tesis procedimental sobre la justicia reside, en argüir cómo es posible derivar contenidos correctos o verdaderos a partir de un determinado procedimiento de comunicación racional, teniendo en cuenta el consenso fundamentado que está legitimado por la “fuerza del mejor argumento”. “La fuerza del argumento mejor, únicamente puede explicarse por las cualidades **formales** del discurso y no a través de **algo** que subyace al proceso argumentativo, como la consistencia lógica de proposiciones, o que se introduce en la argumentación **desde fuera**, como el carácter de experiencia”¹⁸⁶

a la pretendida validez de la reconstrucción argumentativa. Un supuesto consenso, una supuesta validez, debe ser tratado como si previamente el consenso de toda esta aseveración se pudiera confirmar. Ese consenso no puede ser conseguido de facto, más bien será bien será supuesto en la pretensión fáctica de validez, por tanto se simulará”

¹⁸⁶ Kaufman, Arthur. Filosofía del Derecho. Pág. 135-136.

5. EXPECTATIVAS Y REALIDADES DE LA LEY 546 DE 1999.

Después de más de diez años de vigencia de la Ley 546 de 1999, se creía que los problemas que se generaron en los procesos judiciales iniciados antes de su vigencia y con posterioridad, eran cosa del pasado. El criterio generalizado preveía que con la expedición de la ley, las relaciones entre deudores y entes financieros se morigerarían y las dificultades existentes, quedarían superadas. Empero han sido tantos y tan disímiles los temas que trata la Ley 546 de 1999, que aún al presente, se ha dificultado su comprensión, interpretación y análisis, encontrándonos frente a una segunda generación interpretativa que propende dar al traste con el fin del proceso específico (ejecutivo con título hipotecario) solución legal al alcance de los acreedores (entidades financieras), si el deudor mantiene la mora en el pago de las cuotas, después de la redenominación, liquidación, aplicación de alivios a la obligación y su reestructuración si ello se posibilita, que toca y de forma profunda al tercer adquirente.

5.1. ANTECEDENTES.

Empezamos por historiar lo acontecido antes de la expedición de la Ley 546 de 1999, y de la manera como el Congreso de la República ejerció la atribución contemplada en el numeral 19 literal d) del artículo 150 de la Constitución Nacional¹⁸⁷, pero no por su propia iniciativa, como lo ordenaba el artículo 49 transitorio de la carta, sino del Gobierno Nacional, y a instancia de la Corte Constitucional.

La presentación del proyecto de ley, tuvo su origen en la sentencia C-700 del 6 de septiembre de 1999, proferida por la Corte Constitucional, que declaró inexecutable todas las normas, que en el Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) estructuraban el sistema de unidades de poder adquisitivo constante UPAC, utilizado para la financiación de vivienda a largo plazo, y para otro tipo de adquisiciones atadas a una unidad de cuenta. Este fallo afectó todas las maneras de contratación que utilizaban esta modalidad de crédito y las que regulaban los destinados a los constructores, al desaparecer del mundo jurídico, las normas relativas al sistema de financiación de vivienda, ligadas a la

¹⁸⁷ “...d) Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.”

creación del UPAC y de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, para las compras de oficinas, locales, bienes comerciales y otros.¹⁸⁸

En antecedencia la Corte Constitucional mediante sentencias C-383 del 27 de mayo de 1999 y con posterioridad C-747 del 6 de octubre de 1999, declaró inexequibles, para los créditos otorgados bajo el desaparecido sistema UPAC, la inclusión del DTF y la capitalización de intereses.¹⁸⁹

¹⁸⁸ “Por tanto, el Presidente de la República carecía de competencia para expedirlas; invadió la órbita propia del Congreso de la República; vulneró el artículo 113 de la Constitución y desconoció las reglas previstas en los artículos 51, 150, numeral 19, literal 189, numerales 24 y 25 y 335 *Ibidem*, y, por supuesto, ejerció una representación, a nombre del pueblo, por fuera de los requisitos constitucionales, quebrantando el principio medular del artículo 3 de la Constitución”. Corte Constitucional. Sentencia C-700 del 16 de septiembre de 1999.

¹⁸⁹ (...)“4.7. Por ello, a juicio de la Corte al incluir como factor de la actualización del valor de la deuda el de la variación de las tasas de interés en la economía, se incurre en un desbordamiento de la obligación inicial, pues así resulta que aquella se aumenta no sólo para conservar el mismo poder adquisitivo, sino con un excedente que, por ello destruye el equilibrio entre lo que se debía inicialmente y lo que se paga efectivamente, que, precisamente por esa razón, aparece como contrario a la equidad y la justicia como fines supremos del Derecho, es decir opuesto a la “vigencia de un orden justo”, como lo ordena el artículo 2º de la Constitución.

4.8. Semejante sistema para la financiación de vivienda, no resulta a juicio de la Corte adecuado para permitir la adquisición y conservación de la misma, como de manera expresa lo ordena el artículo 51 de la Carta en su inciso segundo, pues ello desborda, como es lógico la capacidad de pago de los adquirentes de vivienda sobre todo si se tiene en cuenta que los reajustes periódicos de los ingresos de los trabajadores y de las capas medias de la población no se realizan conforme a la variación de las tasas de interés en la economía, sino bajo otros criterios” (Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-383 del 27 de mayo de 1999)

(...)“4.2. En torno a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los apartes acusados del artículo 121 del Decreto Ley 0663/93, se encuentra por esta Corporación que la “capitalización de intereses” en créditos concedidos a mediano o largo plazo, per se, no resulta violatoria de la Constitución, por lo que no puede declararse su inexequibilidad de manera general y definitiva para cualquier clase de crédito de esa especie.

4.3. Sin embargo, cuando se trate de créditos para la adquisición de vivienda, es evidente que la “capitalización de intereses, sí resulta violatorio del artículo 51 de la Constitución, pues, como ya se dijo en Sentencia C-383 de mayo de 1999, (Magistrado ponente, doctor Alfredo Beltrán Sierra), y hoy se reitera como fundamento expreso de la declaración de inexequibilidad de los apartes acusados del artículo 121 del Decreto Ley 0663 de 1993, “la Constitución establece el “derecho a vivienda digna” como uno de los derechos sociales y económicos de los colombianos, el cual, desde luego, no puede por su propia índole ser de realización inmediata sino progresiva.”(Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-747 del 6 de octubre de 1999. M.P.: Dr. Alfredo Beltrán Sierra)

Esta decisión (Sentencia C-700/99) contempló una vigencia ultra-activa de las normas declaradas inconstitucionales, para que el Gobierno Nacional, dentro de la órbita de sus respectivas competencias dictara el marco normativo y su desarrollo, de las materias que venían regidas por aquellas, extendiéndose su vigencia de forma extraordinaria hasta el 16 de Junio de 2000, fecha en que expiraba la legislatura ordinaria del congreso, que para la época se encontraba en funciones.

Fue presentado el proyecto de ley por los ministros de Hacienda y Crédito Público y Desarrollo, el día 8 de octubre de 1999. El Gobierno Nacional remitió mensaje de urgencia el 11 de Octubre de 1999 y un segundo mensaje de urgencia el 2 de Noviembre de 1999, iniciándose el estudio y análisis en conjunto de las comisiones terceras de Senado y Cámara el 24 de noviembre de 1999, surtiéndose lo debates reglamentarios previstos en la Carta para su aprobación, ajustándose así al trámite de urgencia previsto.

5.2. DE LA LEY 546 DE 1999 Y SU CONSTITUCIONALIDAD (SENTENCIA C-595/00):

Importante precisar el contenido de la ley, y su estudio de constitucionalidad por la Corte Constitucional, deteniéndonos en los aspectos que consideramos relevantes y que mayores problemas han planteado en su interpretación y puesta en marcha por los contratantes y que a posteriori constituyen basamento para incoar acciones o formular medios exceptivos y acciones constitucionales, que en veces no otorgan las mejores soluciones en el ámbito judicial, ni menos en el ámbito extra-judicial.

5.2.1. CONTENIDO.

La Ley 546 de 1999 contiene nueve capítulos:

I.-Disposiciones generales

II.-Recursos para financiación de vivienda

III. Titularizaciones

IV.- Régimen tributario de los bonos hipotecarios y de los títulos representativos de cartera hipotecaria.

V.-Régimen de financiación de vivienda a largo plazo

VI.- Vivienda de interés social

VII.- Mecanismos de solución de conflictos

VIII.- Régimen de transición.

IX.- Otras disposiciones.

Para efectos expositivos nos detendremos someramente en los capítulos I , V,VI,VIII y IX, al igual que en los artículos que hacen expresa referencia al tema que nos concita, dejando establecido de principio la forma como quedó el articulado una vez realizado el estudio de exequibilidad por la Corte Constitucional, en Sentencia C-955 de 26 de Julio de 2000, demandas de inconstitucionalidad contra la Ley 546 de 1999, con ponencia del Magistrado Dr. José Gregorio Hernández, precisando delantadamente que se tomaran los apartes relevantes de tal sentencia de constitucionalidad, tal y como fueron analizados por esta Corporación , ya que nos servirá para arribar al problema que vislumbramos y su solución.

5.2.1.1. CAPITULO I.

El primer artículo¹⁹⁰ señala el ámbito de aplicación de la ley, trazando las normas generales y criterios a los que se debe atener el ejecutivo para regular un sistema especializado de financiación de vivienda a largo plazo, unido al índice de precios al consumidor, y determina condiciones especiales para la vivienda de interés social, urbana y rural.

En su párrafo confiere autorización a cualquier entidad, inclusive diferente de los establecimientos de crédito, para otorgar créditos de vivienda denominados en moneda legal o en UVR, siempre que los sistemas de amortización no contemplen capitalización de intereses, ni se impongan sanciones por prepagos parciales o totales.

Respecto de la democratización del crédito, la Corte Constitucional precisó que al momento en que una persona ejercite el derecho a la adquisición de

¹⁹⁰ Artículo 1: “Esta ley establece las normas generales y señala los criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular un sistema especializado de financiación de vivienda individual a largo plazo, ligado al índice de precios al consumidor y para determinar condiciones especiales para la vivienda de interés social urbana y rural

PARAGRAFO. Sin perjuicio de lo establecido en la presente ley, las entidades del sector solidario, las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito, las cooperativas financieras, los fondos de empleados, el Fondo Nacional del Ahorro y cualesquiera otra entidad diferente de los establecimientos de crédito, podrán otorgar créditos de vivienda denominados en moneda legal colombiana o en Unidades de Valor Real, UVR, con las características y condiciones que aprueben sus respectivos órganos de dirección, siempre que los sistemas de amortización no contemplen capitalización de intereses, ni se impongan sanciones por prepagos totales o parciales.”

una vivienda digna (Arts. 51 y 335 de la C.N), las posibilidades de financiación deben estar a su alcance, aún si es de escasos recursos, indicando que las condiciones demasiado onerosas de los préstamos, los sistemas de financiación que hacen impagables los créditos, las altas cuotas, el cobro de intereses de usura, exentos de control o por encima de la razonable remuneración del prestamista, la capitalización de los mismos, entre otros, quebranta la Constitución Política y deben rechazarse. Así, ninguna disposición de la ley puede ser interpretada ni aplicada de forma tal que facilite estas prácticas u obstaculice el legítimo acceso de las personas al crédito o al pago de sus obligaciones.

Por tanto frente a tan especial protección estatal, que merecen las personas en cuanto al crédito para adquisición de vivienda, las tasas de intereses y las condiciones de los préstamos, no pueden dejarse al libre pacto entre las partes, porque viene demostrado que el deudor es débil frente a las entidades crediticias, y los contratos que celebran se convierten en la práctica en contratos de adhesión.¹⁹¹

¹⁹¹ “.....la parte necesitada del crédito es despojada de toda libertad para la discusión y acuerdo en torno a los términos contractuales. Entonces, esas tasas y condiciones contractuales son intervenidas por el

El numeral segundo explicita el propósito de proteger y fomentar el ahorro destinado a vivienda, manteniendo la confianza en el público, en los instrumentos de captación y en los establecimientos de crédito que los emiten.

Para la Corte Constitucional, la protección y el fomento del ahorro destinado a la financiación y a la construcción de vivienda constituye objetivo esencial dentro de la política económica del Estado y desarrolla de forma puntual los preceptos constitucionales, enmarcados en los postulados del Estado social del derecho (art. 1 de la C.N), en el mandato de democratización del crédito (art 335 de la C.N) y en la permanente intervención estatal en las actividades financieras, cuya libertad de empresa no es absoluta, al supeditarse a una función social que implica obligaciones, responsabilidades y restricciones (Arts. 333,334,335 C.N) y la intervención y vigilancia estatales (Art. 335 C.N.)

Estado; están sujetas a la fijación de topes por la Junta Directiva del Banco de la República, que a su turno está obligada a establecerlos y a impedir desbordamientos o alzas desmedidas que rompan el equilibrio financiero y la estabilidad de los deudores en la ejecución y cumplimiento de sus obligaciones. En otros términos, no son tasas que puedan comportarse como las demás, según las leyes del mercado, sino que en ellas deben intervenir las autoridades monetarias y crediticias, tal como lo exigen las normas constitucionales vigentes y, aparte de este Fallo, las sentencias C-481 del 7 de julio de 1999 y 208 del 1 de marzo de 2000, proferidas por esta Corte, que son obligatorias para el Estado y para los particulares (Decreto 2067 de 1991).” Sentencia citada.

El artículo 3¹⁹², consagra lo relativo a las Unidades de valor real (UVR), creadas por el Decreto 856 de 1999, concebida para mantener actualizado el valor de las inversiones en títulos de deuda pública TES, reemplaza las extinguidas “unidades de poder adquisitivo constante” UPAC, con un único propósito, salvaguardar al acreedor por la depreciación de la moneda causada por la inflación.¹⁹³

En este artículo 3° de la Ley 546 de 1999, la UVR aparece definida como una unidad de cuenta que refleja el poder adquisitivo de la moneda con base exclusivamente en la variación del índice de precios al consumidor certificada por el DANE.¹⁹⁴

Enfatiza la Corte Constitucional que a partir de esta sentencia, la Junta Directiva del Banco de la República, tiene a su cargo el cálculo de la UVR, sin considerar para el efecto factor alguno distinto, puesto que adicionar

¹⁹² Artículo 3. La Unidad de Valor Real (UVR) es una unidad de cuenta que refleja el poder adquisitivo de la moneda, con base exclusivamente en la variación del índice de precios al consumidor certificada por el DANE”.

¹⁹³ “El préstamo se ajusta de acuerdo con la corrección monetaria en términos de la inflación y se le adiciona una tasa de interés que es establecida por las CAV. De esta manera los usuarios tienen que cubrir el préstamo original mas el ajuste de la inflación más la tasa de interés” Concepto emitido y presentado a la Corte por el economista Eduardo Sarmiento Palacio.

¹⁹⁴ “Se entiende entonces que la UVR, no es una moneda, pues no tiene existencia física ni jurídica como tal, y carece en si misma de poder liberatorio; no sustituye al peso como unidad monetaria ni es medio de pago. Mediante ella solamente se actualiza el valor de los pesos prestados, según evolucione la inflación” Sentencia citada. Pág. 111.

otros elementos o factores extraños que hagan crecer la UVR más que la inflación, significaría cobrar el deudor lo que no debe por concepto del puro ajuste de los saldos a su cargo.¹⁹⁵

Desde el principio, al momento de contratar, el deudor debe contar con la seguridad suficiente acerca de la obligación que contrae y la forma de su evolución, para que no lo tomen por sorpresa las alzas imprevistas o injustificadas, razón para que el sistema de cuantificación y actualización de las cuentas establecidas deba ser suficientemente claro y específico, en cuanto a la modalidad del cálculo previsto y la manera como se reflejará en las cuotas.

Advierte la Corte Constitucional que la inconstitucionalidad que se declara tendrá efecto hacia el futuro, en lo que toca con la conversión de UPAC a UVR, porque las equivalencias fijadas por el Gobierno, lo fueron con base a la norma acusada que se hallaba en pleno vigor.

¹⁹⁵ “...la UVR no pueda contener nada distinto, en su cuantificación, de la variación del índice de precios al consumidor, como tope exclusivo.” Sentencia citada, Pág. 112.

5.2.1.2. CAPITULO V.

Respecto de los intereses remuneratorios (Art.17 numeral 2º.), los créditos para adquisición de vivienda nueva o usada o a la construcción de vivienda individual a largo plazo pueden denominarse en UVR o en moneda legal colombiana, siempre que tales operaciones de crédito se otorguen con una tasa fija de intereses durante todo el plazo del préstamo, los sistemas de amortización no contemplen capitalización de intereses y se acepte expresamente el prepago total o parcial, de las obligaciones, sin ningún tipo de penalidad.

Insiste la Corte que el acceso a la vivienda digna es un derecho de rango constitucional que el Estado debe efectivizar (art 51 C.P.)¹⁹⁶.

Las tasas de interés remuneratorio de los créditos para vivienda a largo plazo, no deben estar descontroladas, ni sujetas a las variables propias del

¹⁹⁶ Sent. Citada.“(...)En efecto, en lo que hace al primer aspecto, debe insistir la Corte en que, por ser el del acceso a vivienda digna un derecho de rango constitucional que el Estado debe hacer efectivo (art. 51 C.P.), y por haberse establecido como objetivo prevalente en la Constitución de 1991 la democratización del crédito (art. 335 C.P), según los lineamientos del Estado Social de Derecho (art. 1 C.P.), las tasas de interés aplicables a los créditos de vivienda deben ser intervenidas por el Estado; no pueden ser pactadas por los contratantes en un plano de absoluta autonomía por cuanto su determinación según las fluctuaciones del mercado hace posible que las instituciones financieras, prevalidas de su posición dominante, impongan a sus deudores tasas y márgenes de intermediación excesivamente altos, haciendo nugatorios sus derechos constitucionales a la vivienda y al crédito, y que se produzca un traslado patrimonial a favor de las entidades que implique la ruptura del equilibrio que debe existir en esas relaciones contractuales, y por el cual deben velar las autoridades competentes.

mercado y dado que las de la intermediación de vivienda son las más altas, deben ser reducidas significativamente por la Junta Directiva del Banco de la República, para hacer posible la realización del derecho a una vivienda digna y sea verdadera la democratización del crédito. Estas tasas a fijar deben ser las menores de todas las tasas reales que estén cobrando el sistema financiero y a esta tasa menor se le descontara la inflación para que no se cobre doblemente.

Esta interpretación no admite comparación con otros créditos similares a los de vivienda, porque la protección constitucional y la finalidad social que se les prohíja a estos últimos deben estar sujetas a reglas especiales, que impliquen una sustancial diferencia de las restantes tasas respecto de los demás créditos.

El entendimiento del cobro de intereses sobre la UVR (Art. 17 numeral 2º), lo es respecto de que lo que debe ser objeto de actualización son los saldos insolutos, en la medida que se paguen las cuotas por el deudor, amortizando en ellas desde el principio a capital.

Lo exequible es que los intereses en este particular crédito se cobren en forma vencida y que no se capitalicen. Fundamenta tal postura con el

argumento que el crédito en un Estado social de derecho está sujeto al control y a la intervención del Estado (art 335 C.P) y el crédito de vivienda en particular goza de especial protección con miras a garantizar el verdadero ejercicio del derecho consagrado en el Art. 51 C.P.

La prohibición de capitalizar intereses, no es sino la consecuencia asumida por la ley, del principio de la cosa juzgada constitucional (Art. 243 C.N), dado que tal modalidad financiera en los créditos de vivienda fue declarada inexecutable por Sentencia C-747 de Octubre 6 de 1999.

Con miras a establecer la estabilidad en la relación jurídica y en garantía a la debida certidumbre de los deudores respecto de la tasa de interés que estén pagando, se declaró la exequibilidad del numeral 2º del artículo 17 de la Ley 546 de 1999, en cuanto exige que la tasa de interés sea fija durante toda la vigencia del crédito de vivienda, salvo que las partes acuerden una reducción a la misma y que se exprese única y exclusivamente en términos de tasa anual efectiva.

Es así como en términos generales, la tasa de interés debe permanecer fija o inmutable durante la vigencia del crédito, pero ello no obsta para que disminuya, si las condiciones del mercado varían o si las circunstancias

personales del deudor así lo exijan. Es por esto que la Corte Constitucional deja en claro que este precepto debe entenderse y aplicarse en armonía con la parte final del artículo 29 ibídem, que indica que con base en una información clara y comprensible que deberán recibir los deudores de créditos individuales hipotecarios, que implique el tema de los intereses a pagar anualmente, que deberán cobrarse en las cuotas mensuales en el mismo período, pudiendo solicitar a los establecimientos de crédito, dentro de los dos primeros meses de cada año, la reestructuración de sus créditos para ajustar el plan de amortización a su real capacidad de pago, pudiendo ampliar el plazo inicial previsto para la cancelación, y a ello no pueden negarse las entidades financieras, si se dan las condiciones objetivas para ello. Si existe discusión sobre el tema, la Superintendencia Financiera decidirá. Tal preceptiva respecto del acuerdo sobre reducción de intereses, es de aplicación en todos los créditos vigentes, y en los nuevos, al otorgarse tratamiento uniforme en estos tópicos a todos los deudores hipotecarios de créditos para vivienda, en la norma del Art. 17 -2 y la del Art. 20 ib.

En los créditos vigentes, las tasas de intereses deberán ser modificadas con arreglo a las directrices aquí trazadas, si contemplan intereses superiores, “a

los que surgirán del ejercicio que de su competencia haga la Junta Directiva del Banco de la República, al indicar, previa certificación de la Superintendencia Bancaria, cual es la tasa máxima que se puede cobrar en este tipo de créditos que será inferior a la menor o más baja de todas las que se estén cobrando en el sistema financiero”. (Sentencia citada)

En referencia al plazo de amortización (Art. 17, numeral 3), ningún reparo encontró la Corte Constitucional en los comprendidos entre cinco años mínimo y treinta años máximo, empero tales plazos pueden ser modificados por las partes, en los casos de reestructuración del crédito y en los eventos en que al cumplir lo dispuesto en esta sentencia, sin aumentar las cuotas que se vienen pagando, se amortice a capital desde la primera.

La garantía mediante hipoteca (Art. 17, numeral 4º) tampoco es inconstitucional, justificándose las garantías reales en créditos como los que prevé esta Ley, a fin de neutralizar el riesgo que corre el acreedor, al colocar altas sumas de dinero destinadas a financiar viviendas.

La relación que debe existir entre el valor de lo prestado y el valor de la vivienda financiada con el crédito (Art. 17, numeral 5º), plasma un principio de razonabilidad del sistema, impidiendo que las personas

contraigan obligaciones muy superiores a sus verdaderas capacidades de pago. De esa forma se impide que se comprometan todos los recursos individuales y familiares en un mismo objeto, precipitándolos a una futura imposibilidad de cumplimiento de la obligación.

El numeral 6° del Art. 17, precisa que la primera cuota de los créditos de vivienda individual, no podrá representar un porcentaje superior al que establezca el Gobierno Nacional por reglamento. Propende tal disposición por proteger de forma simultánea tanto al deudor como a la entidad financiera, al consultar respecto del primero su capacidad de pago, delimitando por norma de orden público la cuota que debe pagarse, y a la segunda facilitándole por medio de esta regla que la atención del crédito sea viable, empero se condiciona su exequibilidad entendiendo por “primera cuota” no sola la referida al primer pago que haga el deudor al iniciar la ejecución del crédito, sino también la primera que se efectúe después de haber sido reestructurado el mismo.

Los sistemas de amortización (Art. 17, numeral 7°) en los créditos para vivienda tienen que ser expresamente aprobados por la Superintendencia Bancaria hoy Financiera, por ello, no cualquier plan de amortización puede

ser aprobado, por ejemplo, entiende la Corte Constitucional que si se permitieran planes, en que los deudores paguen únicamente sus cuotas de intereses sin amortizar nada a capital, no disminuiría la base de liquidación de los créditos.

Por tanto la norma se atempera a la Constitución si se condiciona a que ningún plan de amortización en materia de financiación de vivienda puede permitir que en las cuotas mensuales solo se paguen intereses, y por tanto debe contemplarse la amortización al capital para que el saldo vaya disminuyendo y sobre los saldos insolutos, actualizados según evolucione la inflación, es que se deben cobrar los intereses remuneratorios en los términos de esta sentencia. Por tanto ello no debe traducirse en el aumento de las cuotas que se vienen pagando, por ello, si es posible, se podrá ampliar el plazo inicialmente pactado.

Se autoriza que los créditos puedan prepagarse total o parcialmente en cualquier momento sin penalidad de ninguna clase (Art. 17, numeral 8°). Con esta regla se está dando cumplimiento a la Sentencia C-252 de mayo 26 de 1998 y acatamiento al principio de cosa juzgada constitucional (Art. 243 C.N).

La disposición referida a la información adecuada, completa y oportuna del deudor y la previsible evolución del crédito (Art. 17, numeral 9º), otorga transparencia y seguridad a las operaciones crediticias.

La asegurabilidad contra los riesgos (Art. 17 numeral 10º), no es sino una pauta necesaria para preservar la garantía que se otorga y la conservación del patrimonio del deudor. En su segunda parte tienen los deudores la posibilidad que sus obligaciones puedan red denominarse en moneda legal colombiana, si al entrar en vigencia la ley, ya estaban vigentes, pero denominadas en UPAC.

Que los desembolsos de los créditos (Art. 18) se hagan en moneda legal - regla general- o a solicitud del deudor, en bonos hipotecarios expresados en UVR, no vulnera la Constitución.

Los intereses de mora (Art. 19) en estos créditos no se presumen, así que tienen que pactarse. Y una vez pactados, la norma legal, determina un monto máximo: no podrán ser superiores a una y media veces el interés remuneratorio pactado y solo podrán cobrarse sobre las cuotas vencidas. Pero si en los contratos vigentes, este interés de mora era superior al que resulte de la definición general que en desarrollo de esta providencia fije la

Junta Directiva del Banco de la República, debe ajustarse de inmediato, con la necesaria repercusión en los intereses de mora, en los anteriores términos.

Igual se aviene a la Constitución, la segunda parte del artículo, así los créditos de vivienda no podrán contener cláusulas aceleratorias que consideren de plazo vencido la totalidad de la obligación hasta tanto no se presente la correspondiente demanda judicial.

La Superintendencia bancaria hoy financiera, en cumplimiento del estricto mandato que compete a la Presidencia de la República de control y vigilancia, de las entidades financieras debe establecer condiciones uniformes (Art. 20) para los documentos contentivos de las condiciones del crédito y sus garantías, mediante los cuales se formalicen las operaciones activas de financiación de vivienda individual a largo plazo; de esta forma se otorga seguridad jurídica a las partes, y al deudor conocer desde el inicio las reglas del contrato, en igualdad de condiciones de todas las demás personas en sus mismas condiciones

El inciso 2º del Art. 20 es importante, en cuanto garantiza a los usuarios del crédito de vivienda, desde el instante en que se inicia la relación jurídica y

de forma permanente a lo largo de la vigencia del préstamo, la certidumbre acerca de las condiciones económicas de la obligación, de los intereses que se cobran, la forma como se estructuran sus cuotas mensuales y la amortización que van efectuando. Así, durante el primer mes de cada año calendario, los establecimientos financieros deben remitir a sus deudores de créditos individuales hipotecarios para vivienda, una información clara y comprensible, que incluya mínimamente una proyección de los intereses por pagar en el periodo anual, los que se cobrarán en las cuotas mensuales, de conformidad con las instrucciones que imparte la Superintendencia Financiera anualmente.

Considera la Corte Constitucional que con esta disposición desaparece la ignorancia generalizada entre los usuarios en torno al desenvolvimiento de sus relaciones financieras con la entidad de crédito y el estado actual de sus obligaciones, dado que buena parte de esta crisis del sistema UPAC y las dificultades para el afianzamiento del nuevo esquema de financiación de vivienda obedecen a la desinformación del público y en concreto, de los deudores, sobre la normatividad en vigor y la manera como se liquidan y discriminan los distintos pagos incluidas las cuotas periódicas a su cargo.

Igual derecho de información tienen los titulares de créditos vigentes, pues la norma no hace ninguna discriminación, y de esa forma se configuran unas condiciones de transparencia y flujo de información, en virtud de las cuales, las entidades y los usuarios conozcan sus obligaciones y derechos y de forma simultáneamente los deudores gocen de los necesarios conocimientos y documentos respecto de sus créditos, para formular, si así lo consideran, las pertinentes reclamaciones. Propósito último, destacado en el artículo que se analiza, que los deudores debidamente informados, puedan solicitar y obtener la restructuración de sus créditos para ajustar el plan de amortización a su real capacidad de pago.¹⁹⁷ Lo que significa que los planes de amortización no son inmodificables durante la vida del crédito y por otra “ que la oportunidad de restructuración, llamada a hacer posible y efectivo el pago de la obligación, se tendrá periódicamente- dentro de los dos primeros meses de cada año calendario- evitando situaciones insalvables e irreversibles desde el punto de vista financiero, que conduzcan a las circunstancias de incumplimiento forzado, que

¹⁹⁷ Sentencia Citada. Parte resolutive. Numeral 16 “Declárese EXEQUIBLE el artículo 20 de la Ley 546 de 1999, en el entendido de que la restructuración del crédito pedida por el deudor dentro de los dos primeros meses de cada año, si hay condiciones objetivas para ello, debe ser aceptada y efectuada por la institución financiera. En caso de controversia sobre tales condiciones objetivas decidirá la Superintendencia Bancaria. Bajo cualquier otra interpretación el artículo se declara INEXEQUIBLE.”

constituyeron una de las causas primordiales de la crisis que mediante la Ley 546 de 1999, se ha pretendido conjurar”. (Sentencia citada)

Respecto de este inciso se declaró su constitucionalidad condicionada en el sentido que conocida por la institución financiera las condiciones objetivas del deudor, acepte y efectúe la reestructuración solicitada. Además, con o sin solicitud expresa, existe obligación a cargo de las instituciones financieras de remitir dicha información durante el primer mes de cada año calendario, a todos sus deudores de créditos individuales hipotecarios para vivienda, acatando de esta forma los cánones 15 y 20 de la Carta Política.

La Corte Constitucional conceptúa que respecto de los créditos para la construcción de vivienda (Art. 25), en punto de los desembolsos, les será aplicable el artículo 17 numerales 2 y 4 y el art. 18 ibídem, en el entendido de que también son extensivos a los constructores, los condicionamientos de este fallo y particularmente el relativo al interés máximo que podrá cobrarse en este tipo de crédito.

5.2.1.3. CAPITULO VI.

Y respecto del interés de los créditos otorgados para vivienda de interés social (Art. 28), la exequibilidad se condiciona, a que de la tasa prevista (11%) deberá deducirse la inflación, y en lo sucesivo, cuando el tope ya señalado pierda vigencia, la Junta Directiva del Banco de la República, deberá fijar las condiciones de financiación de este especial tipo de créditos (vivienda de interés social), de forma adecuada y favorable, a fin que consulten la capacidad de pago de los deudores y protejan su patrimonio familiar, bajo el entendido que la tasa real de interés remuneratorio no comprenda la inflación y sea inferior al vigente para los demás créditos de vivienda.

5.2.1.4. CAPITULO VIII.

Los artículos 39 a 49 se dedican a prever el régimen de transición entre el antiguo y el nuevo sistema de financiación de vivienda a largo plazo, ello en razón de la declaración de inexecutable de las normas del Decreto 663 de 1993.

Respecto de tal articulado la Corte Constitucional, declaró que su mayor grado de concreción no las hace inconstitucionales, previendo las reglas

para el tránsito normativo en torno a las relaciones jurídicas en curso, que se iniciaron con la celebración de un contrato y otorgamiento de préstamos hipotecarios al amparo de disposiciones legales precedentes, que deben continuar ejecutándose bajo el imperio de las nuevas leyes, porque en su gran mayoría son de orden público, y por su propia naturaleza de efectos inmediatos, tendiente a solucionar el conflicto generado respecto de miles de deudores hipotecarios, por la crisis del sistema UPAC.

Para la Corte Constitucional es un hecho público, conocido por todos y que no es menester sustentar con cifras, el que las deudas en UPAC se hicieron impagables en la mayoría de los casos, al punto que se extendió la mora, y la cartera hipotecaria de difícil o imposible cobro creció de forma desmesurada, conduciendo a la iniciación de incontables procesos ejecutivos, de remates y daciones en pagos, con las naturales consecuencias para la economía y para la estabilidad del crédito, a lo que se agrega la desvalorización de los inmuebles, como una expresión de la recesión que ha venido afectando al país en los últimos años.

Con la Ley 546 de 1999, el legislador, encontró frente a una situación creada, de excepcional gravedad de cuya solución dependía la búsqueda

reactivación económica, la atención inmediata a la crisis individual y familiar causada por los factores enunciados en antecedencia, anticipándose el Estado a reconocer su eventual responsabilidad, al menos parcial, en las razones del colapso, asumiendo voluntariamente los costos inherentes al resarcimiento de los deudores perjudicados, tendiente a reliquidar sus créditos y a la devolución o abonos de las cifras canceladas en exceso, adelantándose, mediante reglas ordinarias a la circunstancia de una posible declaratoria de emergencia económica y social por la Presidencia de la República.

Es así, anota la Corte, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial del Estado, por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por acción u omisión de las autoridades públicas, las que deberán establecerse judicialmente en cada caso, que el mismo Estado, con miras a la prevalencia del bien común, aporte, sin previo requisito de un fallo judicial, algunos de los recursos necesarios para contener la perturbación del orden social, justificando de esta manera, normas legales que ordenaron abonos en cabeza de los antiguos deudores del sistema financiero en virtud de contratos hipotecarios expresados en UPAC, hoy en UVR.

Respecto del artículo 38, lo declara exequible, dado que la norma se limita a ordenar una conversión de las obligaciones expresadas en términos de un sistema desaparecido (UPAC), al que la nueva ley se establece (UVR), siempre que las reliquidaciones deberán acatar con exactitud lo previsto en las sentencias C-383, C-700 y C-747 de 1999, de tal manera que los pagos efectuados por conceptos inconstitucionales (DTF o capitalización de intereses) debían ser devueltos o abonados a los deudores.

El artículo 39 que consagra la obligación de los establecimientos de crédito de ajustar los documentos contentivos de las condiciones de los créditos de vivienda individual a largo plazo, desembolsados con anterioridad a la fecha de vigencia de la ley a las disposiciones previstas en la misma, es consecuencia del cambio del sistema, el que repercute en los contratos que se venían ejecutando.

Es igualmente constitucional, que por ministerio de la ley, los pagarés mediante los cuales se instrumenten las deudas, así como las garantías de los mismos, cuando estuvieren expresadas en UPAC o en pesos, se entiendan por su equivalencia en UVR previa la reliquidación en los

términos precedentes, ello no implica novación de la obligación, y no causa impuesto de timbre.

A su turno el párrafo 2º del artículo 39, preceptúa que quien el 31 de Diciembre de 1999, se encontraba atendiendo un crédito de vivienda que estuviese a nombre de otra persona natural o jurídica, puede requerir de las instituciones financieras, actualización de la información y que procedan a la subrogación siempre y cuando demuestre tener la adecuada capacidad de pago, una vez realizada la subrogación podrán ser objeto de los abonos previstos en la ley.

El párrafo 1º del artículo 40, precisa que los abonos a que se refiere solamente se harán “para un crédito por persona”, de forma que si alguien tiene más de un crédito para vivienda a largo plazo, deberá elegir aquel sobre el cual se hará el abono e informarlo a la entidad financiera; y si existe más de un crédito para la financiación de la misma vivienda, el abono podrá efectuarse sobre todos ellos.

Quien acepte más de un abono en contravención a lo dispuesto, deberá devolverlos en un plazo máximo de 30 días, junto con sus intereses de mora

a la tasa más alta permitida; si así no lo hiciera, incurrirá en sanciones penales por la desviación de recursos públicos.

La suspensión de los procesos en curso, por petición del deudor u oficiosamente por el juez, tiene por objeto que la reliquidación se efectúe y una vez producida, debe dar lugar a la terminación de los procesos y su archivo sin más trámite, como lo ordena la norma.¹⁹⁸

Goza el acreedor del derecho de iniciar nuevo proceso ejecutivo contra su deudor, pero no puede retomar el proceso expirado en la etapa en que se encontraba cuando se produjo la suspensión, ya que implica atribuir efectos ultraactivos a situaciones previas ya definidas, combinándola con hechos nuevos en contra de las partes, desequilibrándose la relación jurídica procesal.

El artículo 48 trata dos temas disímiles, lo relativo a las normas tributarias y el principio de igualdad y las reliquidaciones de créditos contraídos en UPAC, a fin de morigerar, al menos en parte, una grave situación social.

¹⁹⁸ Sentencia citada “En este orden de ideas, la suspensión de los procesos en curso, ya por petición del deudor, o por decisión adoptada de oficio por el juez, tiene por objeto que se efectúe la liquidación del crédito y, producida ella, debe dar lugar a la terminación del proceso y a su archivo sin más trámite, como lo ordena la norma, que en tal sentido, lejos de vulnerar, desarrolla el postulado constitucional que propende al establecimiento de un orden justo (Preámbulo y artículo 2 C.P.) y realiza los principios de prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P) y de acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P.)”

La Corte puntualiza, que el impuesto creado cumple de forma cabal los requisitos exigidos por los artículos. 338 y 359 de la Constitución, ya que señala de forma expresa que se trata de un impuesto nacional y establece su objeto. Considera que con este impuesto, que define como renta nacional de destinación específica, destinado a una finalidad de interés colectivo y que se cobra a las instituciones que prestan recursos para financiación de vivienda, no se contrarían los principios de equidad tributaria y de eficiencia y no tiene un carácter regresivo.

Con respecto al último tema de la demanda de constitucionalidad relativo al principio de igualdad y las reliquidaciones de créditos contraídos en UPAC, empieza memorando que se hacía necesaria una ley marco de vivienda, que contemplara las reglas aplicables a la transición entre el sistema anterior de financiación y el nuevo, al igual que los criterios para fijar las equivalencias entre la UPAC y la UVR.

Como bien se denota, los temas que en antecedencia se subrayaron, abordados por la Corte Constitucional, al efectuar el análisis de constitucionalidad de la Ley 546 de 1999, fueron tomados, coetáneamente y a posteriori, como argumentos por los deudores, cuyos procesos

ejecutivos hipotecarios estaban en curso o se iniciaron luego de la vigencia de la ley, distorsionándolos, buscando de esta manera, obtener beneficios que no habían sido otorgados, en concreto respecto de la metodología del cálculo para la reliquidación de los créditos otorgados en la unidad de valor de cuentas UPAC y sus conversión a UVR, que era el eje de mayores problemas, en tanto los deudores no denotaban una disminución considerable de sus obligaciones y la nueva unidad de cálculo, parecía un calco del antiguo sistema; lo atinente a condicionar la orden de pago deprecada, con el allegamiento de una serie de anexos que la ley sustantiva, ni procesal exige, amen que la Ley 546 de 1999 no introdujo cambios en la estructura del proceso de ejecución¹⁹⁹; lo referido a la terminación de los procesos ejecutivos hipotecarios “por ministerio de la ley” incoados antes de Diciembre 31 de 1999, una vez producida la reliquidación del crédito; formular excepciones al respecto de las cláusulas de aceleramiento pactadas, tildándolas de ilegales; lo que han denominado inconstitucionalidad de la UPAC y de las reliquidaciones efectuadas por las entidades financieras; revisión del contrato de mutuo y pago parcial de la

¹⁹⁹ Hernán Fabio López Blanco. La ley de vivienda y sus implicaciones en el campo procesal civil-Dupre Edit. Bogotá.

obligación en razón de los supuestos cobros indebidos, entre otros tantos y disímiles temas propuestos como defensa.

E igual distorsión respecto de los créditos otorgados inicialmente en pesos y convertidos a UVR, sin la aquiescencia del deudor, realizadas por algunas de las entidades financieras acreedoras, actuando en contravía de sus propios actos.

5.3. PRIMERAS DISTORSIONES Y LAS RESPUESTAS JUDICIALES.

a. En relación con la actitud de algunas entidades financieras, que malinterpretando la orden proveniente de la Superintendencia Bancaria, referida al ajuste del sistema de amortización, variaron los créditos inicialmente obtenidos en moneda legal al nuevo sistema de UVRs, la Corte se pronunció otorgando protección constitucional a los deudores, al considerar que dicha conducta desconocía el principio de buena fe y el respeto al acto propio, al abusar de su posición dominante.²⁰⁰

²⁰⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-793 de 2004. M.P: Álvaro Araujo Rentería. “(...)“Ello resulta desvirtuado si se considera que en el presente caso, la ruptura del principio de buena fe, el desconocimiento del la prohibición de atentar en contra de los propios actos y el abuso de la posición dominante por parte de la demandada se traduce en la violación del derecho fundamental al debido proceso, entre otros⁸. La actuación del Fondo Nacional de Ahorro, tal y como se ha reiterado en múltiples

b. Con respecto al condicionamiento de la orden de pago deprecada, la mayoría de los funcionarios judiciales razonaron de la siguiente o similar manera: el proceso de ejecución tiene como finalidad específica, asegurar que el titular de una relación jurídica que crea obligaciones, pueda obtener, por medio de la intervención estatal, el cumplimiento de ellas, compeliendo al deudor a ejecutar la prestación a su cargo, si ello es posible o si no, conduciéndolo a que indemnice los perjuicios patrimoniales que su inobservancia ocasionó, para lo cual deberá tenerse presente que es el patrimonio del deudor el llamado a responder por sus obligaciones, que pueden estar contenidas en un documento emanado directamente de las partes, entre los que se tienen los títulos valores.²⁰¹

oportunidades en esta sentencia, goza de un especial interés afín con los fines constitucionales y es por ello por lo que la entidad debe ceñir sus actuaciones al máximo respeto de los procedimientos establecidos. Considera la Sala, en este caso, que por tratarse de una relación contractual, el primero y elemental era contar con la aquiescencia del señor (...). En caso de la renuencia de éste, la entidad demandada debía acudir al juez competente para obtener de éste un pronunciamiento en relación con la materia.

Ahora bien, sin profundizar en el tema, no resultaba necesario para el Fondo Nacional de Ahorro abusar de su posición dominante y desmotar el crédito sin que el beneficiario de éste pudiese participar de ninguna manera en el proceso, sino que incluso le era dable a la entidad, si percibía que existía una indebida forma de amortización, conservar para su afiliado el sistema de pesos, pero ajustando la forma de liquidación de intereses a los parámetros legales.⁹ Además debe tenerse en cuenta que, según lo transcribe la misma entidad demandada, la orden proveniente de la Superintendencia Bancaria en virtud de la cual tomó la decisión de modificar el crédito del autor, instaba al Fondo a ajustar los sistemas de amortización, mas no a variar los créditos obtenidos en moneda legal al sistema de unidades de valor real, UVR.

²⁰¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de agosto 10 de 2001. M. Ponente: Nicolás Bechara Simancas. “Revisados los pagarés que fungen como base de recaudo ejecutivo demandado, encuentra la Corte que, sin excepción, ellos contienen los requisitos suficientes para ser considerados como títulos ejecutivos,

Expresar que el título valor en este tipo de asuntos en concreto, donde por regla general se firma un pagaré y se constituye garantía hipotecaria respecto del bien inmueble, es complejo, es desnaturalizar su esencia. El título valor es un documento autónomo, que en razón del principio de incorporación, el entendido que se tiene es que la obligación cartular está contenida en las cuatro esquinas del documento. Y de esa manera, el título legitima al tenedor por sí mismo, en cuanto es suficiente para incoar el derecho incorporado. Mal se pueden crear aditamentos artificiales al título valor, por cuanto su misma naturaleza no lo permite.²⁰²

pues reúnen los requisitos suficientes para ser considerados como títulos ejecutivos, pues reúnen las condiciones generales para ser tenidos como tales en los términos del artículo 488 del C.P.C., esto es , son documentos provenientes de los deudores y contienen obligaciones claras, expresas y exigibles de pagar cantidades liquidas de dinero, circunstancias que en principio los convierte en aptos para sustentar en ellos el mandamiento ejecutivo que en efecto se profirió.”

²⁰² Sentencia citada “(...) Pero además, tales documentos cumplen satisfactoriamente los requisitos específicos del pagaré, exigidos por el art. 709 del C. Co, convirtiéndose en títulos valores de los que es propio predicar su suficiencia para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora, según las voces del artículo 619 del C. Co.

Cosa distinta es, como aconteció, que exhibiendo un título ejecutivo de aquellos suficientes al tenor del artículo 488 del C.P.C., la suma pretendida en la demanda con fundamento en ellos, sea superior a la consignada en el documento, sin que en el cuerpo mismo del instrumento se indique por sí mismo la variación del monto demandado, lo cual desborda su literalidad en cuanto esta señala un límite de responsabilidad a cargo del deudor, que fue indicado al momento de su suscripción, dando autonomía y legitimación del mismo por aquel valor allí expresamente declarado.”

c. Se distorsiona por el deudor la ley y lo dispuesto por la Corte Constitucional, al solicitar la declaratoria de la mal llamada inexistencia del título valor (cuando lo supuestamente pretendido debió ser la ineficacia). Bien claro se tiene que los títulos creados antes de la promulgación y puesta en vigencia de la Ley 546 de 1999, periodo antecedente en el cual regía el sistema monetario de Unidades de Poder Adquisitivo Constante, UPAC, se encontraban ajustados a la legalidad en el momento de su creación y suscripción, basta para ello revisar el fallo de la Corte Constitucional C-700 de septiembre 16 de 1999, por el cual se declaró la inexecutable de las normas que estructuraban el sistema UPAC, donde quedó precisado, que habían desaparecido del mundo jurídico todas las normas relativas al sistema de financiación de vivienda ligado a la creación el UPAC, afectándose todas las formas de contratación que utilizaban tal modalidad de crédito y de esta manera el Congreso de la República expidió la Ley 546 de 1999, en la que se establece un periodo de transición que “.... resulta imperativo para el legislador habida cuenta de la declaración de inexecutable de las normas que en el Decreto 663, contemplan el ordenamiento aplicable”²⁰³.

²⁰³ Corte Consitucional. Sentencia C-955 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

d. La excepción de inejecutabilidad del título ejecutivo por inconstitucionalidad de la metodología en la fórmula que compone la UVR²⁰⁴, sustentada en estudios realizados por personas que se dicen expertas y que consideran al sistema UVR como perjudicial para todos aquellos que adquirieron vivienda a largo plazo, queda desvirtuado puesto que por regla general, ninguna duda se tiene que la Junta Directiva del Banco de la República es la autoridad encargada de fijar y certificar el valor del la UVR, ligada exclusivamente a la inflación (IPC) y a fin de dar cumplimiento a la sentencia C-955 de 2000, mediante Resolución Externa No. 13 del 11 de agosto de 2000, su Junta Directiva señaló la manera de calcular el valor de la UVR, antes regida por el Decreto 2703 de 1999, validez respaldada por el Consejo de Estado “ (....)...y su decisión tiene efectos de cosa juzgada constitucional en lo que hace referencia a la facultad del Gobierno para dictar el acto”(....)...”Más aún, la propia Corte Constitucional ha reconocido que si bien es cierto que la fórmula para el cálculo en pesos de la UVR presenta cierta complejidad, no por ello puede

²⁰⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-212 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa “(...) De otro lado, por medio del Decreto 2703 de 1999 se adoptó la fórmula para establecer el valor de UVR. Esta fórmula permite establecer a cuánto ascienden los créditos adquiridos en UPACs y posteriormente denominados en UVRs. En efecto, después de la sentencia de C-700 de 1999 se adoptó una nueva forma de cálculo del costo de los recursos asignados por el sistema financiero para esa finalidad.”

negarse la eficacia jurídica al Decreto 2703 de 1999. Así lo explicó en la Sentencia T-212 de 2004, donde reconoció validez a los títulos convertidos de UPAC a UVR bajo la fórmula indicada en el mencionado decreto.²⁰⁵

e. Es realidad que los deudores de créditos en UPAC, tenían derecho a solicitar la revisión de los contratos de mutuo para determinar si en la reliquidación se ha dado cumplimiento a la Sentencia C-383 de 1999, soportado en las bases de la metodología para efectuar la reliquidación del crédito dadas por la ley de vivienda, 546 de 1999, sentencia C-955 de 2000 y las instrucciones impartidas por la Superintendencia Bancaria, hoy financiera, como entidad gubernamental encargada de la vigilancia y control de las entidades financieras, por medio de la Circular 007 de enero 27 de 2000 y circulares modificatorias; así solo existió un único procedimiento para efectuar la reliquidación, que debió ser observado por las entidades financieras, correspondiéndole a la Superfinanciera la revisión de todas ellas, creando la proforma F-0000-50 en la que aparece lo referido a tal tópico; no se tiene en cuenta la corrección monetaria que debe aparecer en ceros y no obstante la moratoria del deudor se simula su pago,

²⁰⁵ Eduardo Montealegre Lynnet. Constitución y Vivienda. Estudio sobre la liquidación y reliquidación de los créditos de vivienda en los sistemas UPAC y UVR. Pág. 186.

sin incluir intereses de mora que se condonan; se toman todos los pagos efectuados por el deudor durante la historia crediticia y se aplican en las mismas fechas en que se recibieron, pero sobre un saldo en UVR, originando la reducción del saldo del capital.

f. El tema de la terminación del proceso, una vez producida la reliquidación viene tratado in extenso por la Corte Constitucional. En la sentencia T-606 de 2003 estableció que “una vez concluido el trámite de la reliquidación del crédito, los procesos iniciados antes del 31 de diciembre de 1999, iniciados para hacer efectivas obligaciones hipotecarias convenidas en UPACs, terminaron por ministerio de la ley...”.

La Corte en la mencionada providencia dejó bien establecido que todos los procesos ejecutivos hipotecarios terminaban por ministerio de la ley, sin considerar el estado del proceso en particular.²⁰⁶

²⁰⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-606 de 2003, M.P.: Alvaro Tafur Galvis “No sobra advertir, (...), que la finalización de los procesos en curso, en los términos del parágrafo 3° del artículo 42 de la Ley 546 de 1999, es una modalidad especial en cuanto da lugar a la terminación de los procesos sin efectos de cosa juzgada material y sin novar la obligación, por disposición expresa de la ley.”

En suma, una vez concluido el trámite de la reliquidación del crédito, los procesos iniciados antes del 31 de diciembre de 1999, para hacer efectivas obligaciones hipotecarias convenidas en UPACs, terminaron por ministerio de la ley, pero una vez adecuados los documentos contentivos de la obligación y al caer nuevamente en mora el deudor en el pago de su obligación, pueden iniciarse por el acreedor, esta vez para solucionar créditos convenidos en UVR(s), si el deudor admitió la redenominación del pagaré contentivo de la obligación o si reestructuró su crédito, a fin de satisfacer o solucionar la obligación con el acreedor.

Esta posición la reiteró en la Sentencia T-701 de 2004²⁰⁷, arribando a la conclusión que la interpretación razonable del artículo 42 de la Ley 546 de 1999, debía entenderse que todos los procesos ejecutivos hipotecarios que se iniciaron antes del 31 de diciembre de 1999 por mora en el pago, debían darse por terminados.

“(…)…Porque así lo dispone el parágrafo 3° del artículo 42 de la Ley 546 de 1999, normatividad expedida con el objeto de solucionar una crisis social y económica de grandes proporciones, motivada en gran parte por el gran número de procesos ejecutivos en curso i) dado que las obligaciones superaron el monto de pago de los deudores, y en muchos casos el valor de las viviendas; ii) en razón de que los deudores fueron compelidos a trasladar a las entidades prestamistas sumas superiores a lo realmente adeudado; y iii) toda vez que los obligados no conocían el monto de sus obligaciones, siéndoles imposible proyectar sus pagos, como también solicitar la reestructuración del crédito para adecuarlo a sus reales condiciones de pago”

²⁰⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-701 de 2004. M.P: Rodrigo Uprimny Yepes. ““El parágrafo 3° del artículo 42 de la Ley 546 de 1999 disponía, en un aparte que fue declarado inexecutable, que sólo si el deudor manifestaba por escrito a la entidad financiera el deseo de acogerse a la reliquidación de su crédito, dentro de los tres meses siguientes a la vigencia de la ley, habría lugar a la realización del mismo. Ahora bien, si luego de la sentencia de control, la reliquidación debía aplicarse a todos los créditos hipotecarios, así el deudor no se hubiera manifestado en tal sentido, y si, además, la reliquidación era la condición de terminación de los procesos, puede concluirse válidamente que la consecuencia ineludible de la reliquidación es la terminación de los procesos ejecutivos hipotecarios. La tesis de la continuidad del procesos ejecutivos en aquellos casos en los que, luego de efectuada la reliquidación, quedaron saldos en mora y, además, no hubiera habido acuerdo de reestructuración de la obligación, podía ser admisible antes de la sentencia de control. Luego de proferida dicha providencia, la tesis de la continuación de los procesos ejecutivos, aunque tiene algún sustento en la función del proceso ejecutivo, que es lograr el pago integral del crédito, en cambio no se adecua a la sentencia C-955 de 2000. Se ajusta, pues la decisión del Tribunal demandado, al sentido de la norma luego de que fuera objeto de control de constitucionalidad. Y es que la propia sentencia C-955 de 2000 dice expresamente que la condición para dar por terminados los procesos ejecutivos hipotecarios en trámite a 31 de diciembre de 1999 era la reliquidación de la deuda y no hace distinción alguna respecto de la existencia de saldos insolutos o de que se hayan o no logrado acuerdos de reestructuración”

Igual posición sentó en la Sentencia T-199 de 2005²⁰⁸, sentencia T-282 de 2005²⁰⁹, Sentencia T-394 de 2005²¹⁰, y en otros pronunciamientos, particularmente en las sentencias T-495/05²¹¹, T-472/05²¹² y T-844/05²¹³.

Finalmente, la posición asumida por la Corte Constitucional fue acogida por el Consejo de Estado²¹⁴.

²⁰⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-199 de 2005. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. “La Corte ha abundado en razones para explicar por qué razón, tras la expedición de la Sentencia C-955 de 2000, la interpretación del párrafo 3° del artículo 42 de la Ley 546 de 1999 que se acomoda a la Constitución es aquella que indica que, tras la reliquidación del crédito en UVRs, los procesos ejecutivos seguidos en contra de deudores morosos de créditos de vivienda adquiridos en UPACS deben darse por terminados”

²⁰⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-282 de 2005. M.P.: Rodrigo Escobar Gil. “De manera automática y sin trámite adicional alguno, la norma le ordenó a los jueces ordinarios la cancelación de los procesos en el estado en que se encuentran, sin entrar a hacer ninguna consideración sobre el estado del crédito luego de aplicado el alivio ni las actuaciones del deudor para acordar una reestructuración del crédito. Ello es así, pues la única condición que señaló el legislador para terminar y archivar los procesos ejecutivos en trámite fue la reliquidación de los créditos, que en todo caso debía ser adelantada a petición del deudor o de oficio luego de la sentencia que efectuó el control de constitucionalidad de la norma:

“(…)

“Si una vez adecuado el título al nuevo sistema de UVR el deudor no se aviene a la reestructuración o incurre en mora, el acreedor puede iniciar un nuevo proceso ante la jurisdicción civil como juez natural de los conflictos suscitados con ocasión de la ley de vivienda. Esas discusiones deben ventilarse en otro proceso diferente del proceso ejecutivo que se encontraba en curso y que debió haberse terminado por ministerio de la ley.

“Para la Corte, entonces, esta es la interpretación que mejor se ajusta al sentido del artículo 42 de la Ley 546 de 1999 vigente, a las finalidades del nuevo sistema de acceso a la vivienda y al ordenamiento Superior.”

²¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-394 de 2005. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra. “En conclusión, una vez finalizado el trámite de la reliquidación del crédito, los procesos iniciados antes del 31 de diciembre de 1999, para hacer efectivas obligaciones hipotecarias convenidas en UPACS, terminaron por ministerio de la ley”

“Porque así lo dispone el párrafo 3° del artículo 42 de la Ley 546 de 1999, el cual no estableció una modalidad de terminación por pago total de la obligación, sino la finalización de los procesos ejecutivos en curso por ministerio de la ley, sin consideración al estado del mismo, ni de la cuantía del abono especial, como tampoco de las “gestiones” del deudor para cancelar las cuotas insolutas del crédito”.

²¹¹ Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil

²¹² Magistrado ponente: Humberto Sierra Porto

²¹³ Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil

Como bien se denota son múltiples las decisiones de la Corte Constitucional respecto del Art. 42 párrafo 3° de la ley 546/99 de terminación de los procesos en curso por “ministerio de la ley” , luego de la sentencia de constitucionalidad, pretendiendo así zanjar las discusiones de los deudores al interior del proceso que es propio de las entidades financieras: ejecutivo con título hipotecario, empero se inicia un ciclo interpretativo que ha dado origen a una segunda generación de distorsiones.

5.4. CICLO INTERPRETATIVO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

El ciclo interpretativo del tema en concreto, inicia expresando de manera simple que se trataba de una modalidad especial de terminación de procesos, que no tendría efectos de cosa juzgada, ni de novación de la obligación luego de concluido el trámite de la reliquidación del crédito,

²¹⁴ Sentencia N° 08001-23-31-000-2002-0609-01, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, MP, doctor Mario Alario Méndez. “Pero según lo establecido en el párrafo 3° del artículo 42 de la Ley 546 de 1999 y de conformidad con la Sentencia C-955 de 26 de julio de 2000 dictada por la Corte Constitucional, producida la reliquidación del crédito debió terminarse el proceso y proceder a su archivo, sin más trámite. Y la nueva mora en que incurriera daría lugar a la iniciación de un nuevo proceso contra los deudores, pero no podía acumularse a la que había motivado el proceso ejecutivo iniciado por Concasa contra los demandantes.”

empero más adelante incluye un nuevo tópico, en las subreglas deducidas de la Ley 546/99 tal, la diligencia del deudor al interior del proceso, de utilizar todos los mecanismos a su alcance en ejercicio de su derecho de defensa, con resultados inanes, aunado el pedido de terminación y archivo del proceso en virtud de la nueva ley, catalogando como vía de hecho la negativa a la anterior solicitud²¹⁵, en otra oportunidad, Sentencia T-199 de 2005²¹⁶, reitera tal línea jurisprudencial, y en la sentencia T-472 de 2005²¹⁷,

²¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-1243 de 2004 “Como se observa, la accionante no presentó de manera oportuna los recursos ordinarios disponibles dentro del proceso ejecutivo. La solicitud de nulidad se ha venido tramitando, con las vicisitudes procesales antes mencionadas. Por lo anterior, la Sala Tercera de Revisión confirmará el fallo de instancia, pero por las razones expuestas y reitera lo dicho en la T-535 de 2004 en el sentido de que, *mutatis mutandi*, ‘no se da la violación al debido proceso (...) de la manera como lo presenta la peticionaria, pues si no ha hecho uso de las herramientas que la ley procesal ha puesto a su disposición dentro del proceso, (...) no puede sostenerse válidamente la violación mencionada’ ”.

²¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-199 de 2005. M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra. “la presencia de la anterior línea jurisprudencial vertida por esta Corte y también por el Consejo de Estado no es suficiente para que pueda entenderse de manera general que la acción de tutela prospera para lograr la terminación del proceso que en aquellos juicios ejecutivos dentro de los cuales se llevó a cabo la reliquidación del crédito, pero que, no obstante esa circunstancia, el juez no decretó la terminación inmediata del proceso. En efecto, para que la acción de amparo prospere para tales objetivos, es menester que se hayan utilizado infructuosamente los medios ordinarios de defensa dentro del proceso en curso”.

²¹⁷ “Con todo, la mencionada Ley 546 de 1999, consideró necesario que para obtener los beneficios que ella comportaba, era pertinente cumplir con algunos requerimientos básicos, que se encontraban claramente determinados en el artículo 42 de dicha ley. Pero junto con dichos requerimientos legales, la sentencia C-955 de 2000, así como posteriores providencias de esta Corporación proferidas en casos similares al que hoy se revisa, señalaron unos condicionamientos adicionales que permitieran no solo beneficiarse de lo dispuesto por dicha norma -en el eventual caso que esta fuera mal interpretada por los jueces-, sino también, que se pudiera acudir a la acción de tutela en busca de protección a sus derechos fundamentales conculcados”.

“Las subreglas que se pueden deducir de la misma Ley 546 de 1999, y de la interpretación que esta Corporación ha hecho de la misma en varias de sus sentencias de tutela y constitucionalidad son las siguientes:

“(...

“Segundo. Que la actitud del actor haya sido diligente en el proceso ejecutivo y haya agotado en consecuencia los mecanismos de dicho proceso para solicitar la cancelación del mismo.

agregó otros condicionamientos que permitiesen el beneficio de la ley en caso de una indebida interpretación del juez y que pudieran acudir a la acción de tutela para protección de derechos constitucionales fundamentales. Esta posición fue reiterada en Sentencia C-495 de 2005²¹⁸, y en la Sentencia T-199 de 2006, agrega de la importancia de la verificación por el funcionario judicial, de la diligencia del deudor en el

“Ciertamente, el demandado dentro del proceso ejecutivo hipotecario deberá haber asumido y adelantado una posición activa al interior de dicho proceso, haciéndose parte del mismo e igualmente agotando todos los mecanismos legales de que dispone dentro del mismo para solicitar la cancelación de su proceso. Sin embargo, si de los hechos se demuestra que tal actuación brilla por su ausencia, no puede dicho particular pretender que por vía de tutela se puedan corregir o adelantar aquellas actuaciones que de manera negligente o imprudente dejó pasar sin hacer uso de ellas.

“(…)

“En estas circunstancias, si el particular demandado en el proceso ejecutivo no tuvo una conducta activa al interior de dicho proceso a fin de reclamar la terminación del mismo, no podría considerarse entonces que la actuación seguida por parte del juez que conoce del proceso ejecutivo hipotecario, fuera contraria a la ley”.

²¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-495 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil. “Ahora bien, la actuación irregular de los jueces que no decretaron la terminación inmediata de los procesos ejecutivos hipotecarios iniciados antes del 31 de diciembre de 1999, constitutiva de una vía de hecho, no justifica por sí misma la procedencia del amparo constitucional. Teniendo en cuenta el carácter subsidiario y residual que identifica la acción de tutela -con el que se busca impedir que la misma sea utilizada para sustituir los medios ordinarios de impugnación-, la jurisprudencia ha señalado que, en estos casos, la posibilidad de que se declare la existencia de una vía de hecho y se otorgue la protección constitucional a los derechos violados, está condicionada a que previamente el juez de tutela establezca si el afectado ha hecho uso oportuno de los recursos previstos en el proceso ejecutivo para reclamar la defensa de sus derechos, concretamente, si ha solicitado la terminación y archivo del mismo, o si ello no ha sido posible por causas insuperables ajenas a su voluntad”.

“(…)

“De este modo, la jurisprudencia tiene previsto que, para determinar la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales por la configuración de una vía de hecho derivada de una indebida y errada aplicación del artículo 42 de la Ley 546 de 1999, no basta con que ese hecho tenga ocurrencia. También es imprescindible determinar si el afectado adelantó acciones tendientes a obtener la terminación del proceso ejecutivo hipotecario seguido en su contra, a través de los mecanismos y recursos instituidos para tal fin en el mismo proceso judicial”

trámite procesal, tendiente a hacer uso de todos los mecanismos ordinarios puestos a su alcance y en últimas para defender vía acción de tutela los derechos fundamentales que considere vulnerados.

El trasegar interpretativo de la Corte Constitucional lo creíamos culminado en la sentencia SU-813 de 2007 donde de manera puntual responde tres problemas jurídicos que se evidencia en 14 acciones de tutela que acumula, y que enuncia de la siguiente forma:

a. Hay vulneración de los derechos fundamentales, al debido proceso, igualdad y vivienda digna de unas personas que, por incumplimiento en el pago de unos créditos de vivienda, fueron demandadas mediante acciones ejecutivas hipotecarias, antes del 31 de diciembre de 1999 y que, aún, después de cumplir los requisitos establecidos en el artículo 42 de la Ley 546 de 1999, no les han decretado la terminación de los respectivos procesos ejecutivos?

b. Que pasa si después de aportada la reliquidación de que trata la Ley 546 de 1999, quedan saldos o remanentes?

c. Debe darse por terminado un proceso ejecutivo hipotecario cuando, a pesar de cumplir con los requisitos de que habla la Ley 546/99, el bien inmueble objeto de demanda, ya fue rematado y adjudicado?

La respuesta al primer problema jurídico es positiva, iterando así la profusa jurisprudencia que sobre el tópico de la terminación de los procesos ejecutivos con título hipotecarios atados a la extinta unidad de cuenta UPAC habían sido iniciados antes de la vigencia de la Ley 546/99 y que cumplían los requisitos del artículo 42 de la ley mencionada, al considerar que la decisión negativa a tal pedimento, era constitutiva de vía de hecho.

El segundo problema apuntaba a lo que se ha denominado un caso de resistencia judicial²¹⁹, dado que la mayoría de jueces y Tribunales del país, avalados por la Corte Suprema de Justicia, consideraban que si allegada la reliquidación quedaban remanentes, por economía procesal debía continuarse el asunto por el saldo adeudado, que si bien era criterio razonado y razonable, era contrario a la doctrina constitucional que constituía cosa juzgada y precedente obligatorio para todos los

²¹⁹ Vasquez Alfaro, Mónica. “El Upac, un caso de resistencia judicial”. Doctorado en derecho. Universidad de los Andes.2008. Artículo sin publicar.

funcionarios, motivo por el cual se abría paso igualmente la acción constitucional.

El tercer aspecto no es más que la protección a los terceros adquirentes de buena fe, que en pública subasta remataron el inmueble y les fue adjudicado. Empero la Corte Constitucional, hace la distinción entre el proceder del accionante-deudor al interior del proceso y la actitud después de propuesta la acción constitucional. Con la respuesta otorgada, parecería que la Corte Constitucional por primera vez, concedía protección constitucional a los terceros adquirentes de buena fe en pública subasta, dentro de los procesos ejecutivos iniciados por las entidades bancarias a fin de solucionar las obligaciones insolutas, situación que ya venía analizada y solucionada por la Corte Suprema de Justicia.²²⁰

Al recordar la Corte Constitucional en esta sentencia SU- 813 de 2007, que por tratarse de acción de tutela contra decisiones judiciales, era importante como requisito de procedibilidad, cumplir con el principio de inmediatez, este término razonable para defensa de los derechos fundamentales de la persona afectada y evitar lesiones de derechos de terceros, lo sería en el

²²⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Marzo 30 de 2006. M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

lapso comprendido desde la negativa de la decisión judicial de no dar terminado el proceso hasta el registro del auto aprobatorio del remate, momento en que se perfecciona la tradición del dominio en cabeza de un tercero adquirente.

Aquí cabría una pequeña disquisición, ¿cuando se considera propietario a un adquirente en remate? .Con la diligencia propiamente dicha, donde hace su postura y le es aceptada; con las copias autenticas del auto aprobatorio del remate o con la respectiva inscripción en la oficina de registros públicos. Veamos la manera cómo interpreta la Corte Constitucional, a la luz de la doctrina nacional la diligencia de remate de un bien:

“(…)…Aunque la doctrina contemporánea discute que el remate pueda asimilarse a una tradición como lo hace el C.C. en la norma citada (741), considera que las providencias judiciales de adjudicación constituyen un modo atípico de adquirir el dominio. Más exactamente considera que el conjunto de providencias judiciales, proferidas con ocasión del remate, constituyen un acto jurídico complejo, que desde una perspectiva sustancial configuran un modo especial de adquirir el dominio. En este sentido la doctrina ha llegado a decir lo siguiente: “Queda así establecido que una vez culmina el remate, se dicta el auto que adjudica el bien dentro de la

diligencia de subasta y luego el aprobatorio del remate. Este conjunto de decisiones judiciales concretan este modo especial de adquirir el dominio, aunadas, naturalmente, a la sentencia que ordena proseguir la ejecución”²²¹. Bien se sabe que el remate es un acto complejo e híbrido²²²: procesal y sustantivo. Procesal porque el tercero que interviene, debe acatar todas y cada una de las reglas procesales establecidas para lograr la adjudicación del bien. Sustantivo, porque constituye un contrato de compraventa, correspondiéndole al juez el doble papel de la dirección del proceso y de vendedor y al tercero la calidad de comprador, que debe estar suficientemente informado de lo que ha acontecido al interior del asunto, dado que habiéndose ordenado por decisión firme, que la ejecución siga adelante, y por ende la venta en pública subasta del inmueble gravado con hipoteca, a efectos de solucionar la obligación deprecada, confía que ningún obstáculo se interpondrá en su manifestación de voluntad: adquirir

²²¹ Corte Constitucional. Sentencia T-659 de 2006, cfr López Blanco y Valencia Zea. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Ed. Temis. Bogotá 1989. Pág. 341

²²² “...La Corte Suprema de Justicia desde tiempo atrás viene asignándose al remate la característica de fenómeno híbrido en el cual se combinan elementos del derecho civil y procesal, y como corolario la posibilidad de la doble impugnación, es decir, sustancial y procesal. Concretamente en sentencia de 23 de Marzo de 1981 (G.J.T. CLXVI, pág. 372 y ss), afirmó que “Tanto la doctrina como la jurisprudencia han advertido que la venta de bienes realizada por los órganos de la jurisdicción es un fenómeno realmente híbrido, en el cual se combinan los elementos del derecho civil y del derecho procesal. Por consiguiente el remate lo han considerado como un acto de compraventa y como diligencia judicial.” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de diciembre 1º de 2000. Exp. 5517, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

el inmueble por un precio base, que por regla general es inferior al avalúo que le viene otorgado (base de la licitación 70% del avalúo. Artículo 523 C.P.C.) o si existen otros postores e inclusive el mismo acreedor acrecentara gradualmente.

Esta sentencia de unificación, es la primera que cobija a los terceros adquirentes de buena fe, empero la protección está condicionada a que el auto aprobatorio de remate, debe encontrarse debidamente registrado antes de la formulación de la acción constitucional, porque si ello se realiza durante su trámite, la orden que debe expedirse es la cancelación de este registro y el reembolso del dinero al rematante y mas allá la restitución del bien, si ha mediado la entrega. Como bien viene de verse, la protección de los terceros adquirentes mediada vía acción constitucional, hace nugatorio sus derechos, dado que la situación jurídica del adquirente, se consolida, con el registro del auto aprobatorio del remate; imponer un espacio temporal para determinar, si la formulación de la acción constitucional da al traste con la situación jurídica del tercer adquirente, no es garantía de protección alguna, por el contrario la fuerza de tal protección queda al margen de cualquier razonabilidad.

Esta sentencia igualmente direcciona la labor judicial, y en la *ratio decidendi*, deja en claro cuales son las órdenes que debe proferir el juez constitucional, así: a) al amparar los derechos constitucionales deprecados decreta la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso ejecutivo con título hipotecario que se encontraba en curso al 31 de diciembre de 1999, a partir de la actuación siguiente a la reliquidación del crédito y de esa manera asegura la terminación del proceso y el archivo del proceso, b) dentro de los de los cinco días siguientes a partir de la notificación de la sentencia de tutela, solicitar al deudor que manifieste si está de acuerdo con la reliquidación y en caso de objeción se resuelva por la Superintendencia Financiera, c) definida la reliquidación, se decretará la terminación del proceso, sin imponer condena en costas, d) ordenará al acreedor que reestructure el saldo de la obligación²²³, e imparta las demás órdenes que considere pertinentes e) si se hubiese registrado el auto aprobatorio del

²²³ Corte Constitucional. Sentencia SU-813 de 2007. M.P. Jaime Araujo Rentería. “(...)ordene a la entidad financiera ejecutante que reestructure el saldo de la obligación vigente a 31 de diciembre de 1999, de conformidad con la Ley 546 de 1999 y la sentencia c-955 de 2000 y sin el cómputo de intereses que pudieron haberse causado desde el 31 de diciembre de 1999. La reestructuración deberá tener en cuenta criterios de favorabilidad y viabilidad del crédito, así como la situación económica actual del deudor. En todo caso, deberá atender a las preferencias del deudor sobre alguna de las líneas de financiación existentes o que se creen. En el caso en el que exista un desacuerdo irreconciliable entre la entidad financiera y el deudor corresponderá a la Superintendencia Financiera definir lo relativo a la reestructuración del crédito con estricta sujeción a los criterios mencionados y dentro de un plazo no superior a treinta (30) días contados a partir de la solicitud presentada por cualquiera de las partes. En ningún caso podrá cobrarse intereses causados antes de definida la reestructuración del crédito. No será exigible la obligación financiera hasta tanto no termine el proceso de reestructuración.”

remate, en el trámite de la tutela, ordenará la cancelación del registro y el reembolso del dinero al rematante y la entrega del bien, si ha mediado la entrega.²²⁴

Como bien viene de verse son tantas las órdenes que acorde con esta decisión unificadora debe realizar el funcionario judicial, que se ha dejado de lado el verdadero sentido de la Ley 546 de 1999 y su sentencia de constitucionalidad C-595 de 2000.

Claro ejemplo de tal inconsistencia es lo referido a la reestructuración²²⁵, que es posible en cualquier momento de la vida del crédito de vivienda, siempre y cuando, se itera, se acuerde por la entidad financiera y el deudor, atendiendo los criterios de favorabilidad y viabilidad del crédito, y la situación económica actual de este, sus preferencias sobre las líneas de financiación existentes o que se creen. Claramente se observa que la Ley 546 de 1999 en su artículo 20, solo consideró la reestructuración a petición del deudor, al expresar que durante el primer mes de cada año calendario,

²²⁴ Sentencia citada. La Corte Constitucional remarca que la acción de tutela es improcedente cuando se ha interpuesto con posterioridad al registro del auto aprobatorio del remate o adjudicación del inmueble.

²²⁵ Que acorde con lo preceptuado en el artículo 20 de la Ley 546 de 1999 y la Circular Básica de la Superintendencia Financiera, debe ser entendida como la modificación de una o varias de las condiciones originales del crédito, acordada entre el deudor y la entidad financiera, con el fin de facilitarle al primero el pago del crédito, cuando tenga dificultades reales o potenciales de solución.

las entidades financieras deben enviarles (a sus deudores), toda la información respecto del comportamiento del crédito durante el año y de esa forma se tenga certidumbre por el deudor acerca de las variaciones de la obligación, y estos “podrán solicitar a los establecimientos de crédito acreedores, durante los dos primeros meses de cada año calendario, la reestructuración de sus créditos para ajustar el plan de amortización a su real capacidad de pago, pudiéndose de ser necesario ampliar el plazo inicialmente previsto para su cancelación total”. Denotamos que la exequibilidad de la norma en concreto (Art. 20 de la Ley 546 de 1999), se condicionó de la siguiente manera: “...en el entendido que la reestructuración del crédito pedida por el deudor dentro de los dos primeros meses de cada año, si hay condiciones objetivas para ello, debe ser aceptada y efectuada por la institución financiera.....”. Bien claro se tiene respecto de este tópico que mal puede darse una orden al acreedor en tal sentido, dado que ello se posibilita si la reestructuración es solicitada por el deudor a la entidad financiera, en razón del cambio operado en su situación económica actual, último este que debe ineludiblemente aceptarla y efectuarla, atendiendo criterios de favorabilidad y viabilidad del crédito. Se reitera, es potestativo del deudor solicitar a la entidad financiera la

reestructuración de su obligación, por obedecer a un acuerdo entre acreedor y deudor, con miras a consultar las condiciones económicas de este último.

Pero allí no para en mientes la interpretación de la Corte Constitucional, dado que en la Sentencia T-1240 de 2008²²⁶, impone otros condicionamientos para la terminación de los procesos, conforme a la Ley 546 de 1999.

Se trata de la revisión de los fallos proferidos por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué y por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, en el trámite de la acción de tutela incoada por Jairo Luis Polanía Carrizosa y Hayde Sabogal Portela contra el Juzgado Segundo (2º) Civil del Circuito de Espinal y el Banco Colmena S.A.

Según se relata en los hechos, el Banco Colmena S.A. presentó en contra de los accionantes, demanda ejecutiva hipotecaria que le correspondió al

²²⁶ Sentencia T-1240 de 2008. Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Magistrados firmantes: Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Araújo Rentería. Aclaración de voto de Jaime Araujo Rentería.

Juzgado Segundo Civil del Circuito de Espinal (Tolima). El pagaré, título ejecutivo de la demanda instaurada, fue firmado por los accionantes el 21 y 15 de Agosto de 1998 en “intereses UPAC”, por lo que le sería aplicable, conforme aserto de los accionante, el artículo 42 de la Ley 546 de 1999.

Que el 2 de Noviembre de 2007, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Espinal libró mandamiento de pago en su contra. A su vez, fueron notificados e interpusieron recurso de reposición, negado por el Juzgado en mención. Señalan que tanto el Juzgado como el demandante desconocieron el requisito de procedibilidad contenido en la Sentencia SU-813 de 2007, respecto de reestructuración del saldo de la obligación por la entidad financiera y la no exigibilidad de la obligación hasta tanto no terminara tal proceso.

Por todo lo anterior, solicitan, el amparo de sus derechos fundamentales y, como consecuencia de ello, se ordene a la accionada, Banco Colmena S.A. hoy BCSC S.A., reestructure el saldo de la obligación vigente al 31 de diciembre de 1999, de conformidad con lo establecido en la Sentencia C-955 de 2000, se de por terminado el proceso Ejecutivo Hipotecario No. 200-00182 y, su archivo.

Es de aclarar que el accionado ya había presentado previamente un proceso en contra de los accionantes, el día 12 de Marzo de 1999, por la misma obligación ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Girardot, quien libró mandamiento de pago, proceso asignado al Juez Primero Promiscuo de Familia de Girardot por orden del Tribunal Superior de Cundinamarca, ante el cual los accionantes presentaron solicitud de terminación del proceso fundamentándose en el artículo 42 de la Ley 546 de 1999, negada por el mencionado Juzgado y, posteriormente por el Tribunal Superior de Cundinamarca. En tal pretérita ocasión, los accionantes interpusieron tutela en contra de las anteriores decisiones, que finalmente le fueron resueltas de manera favorable por la Corte Constitucional por medio de la Sentencia T-894A de 2006, amparando los derechos alegados por los accionantes, y orden de dar por terminado el proceso ejecutivo de la referencia.

En esta nueva acción de tutela contra el Banco B.C.S.C. S.A. y el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Espinal, la H. Corte Constitucional se refirió a lo señalado en el artículo 42 de la Ley 546 de 1999, denotando que a pesar de las directrices establecidas en la Jurisprudencia, operadores jurídicos y entidades financieras no aplicaron tal precedente, estableciendo un procedimiento legal establecido en el Parágrafo 3º del artículo 42 de la

Ley 546 de 1999. Que a partir de la Sentencia C-955 de 2000, la única tesis admisible con relación al procedimiento de suspensión y terminación de los procesos ejecutivos en curso a diciembre 31 de 1999, una vez reliquidado el crédito, sería la terminación y el posterior archivo, sin trámite adicional alguno.

Señala también la Corte, que la Jurisprudencia fue unificada en la Sentencia SU-813 de 2007, insistiendo en que los procesos ejecutivos en curso a 31 de Diciembre de 1999, debían declararse terminados por el juez competente, por tanto, una violación de este precepto constituiría una vía de hecho por defecto sustantivo al desconocer un precedente constitucional.

Indica la Corte, basada en el anterior precedente, que una vez terminado el proceso ejecutivo hipotecario, en ningún caso la obligación será nuevamente exigible hasta que no se termine con el proceso de reestructuración.

Con relación al caso en concreto y con referencia a la ya mencionada Sentencia T-894A de 2006, estableció “[d]e manera que esta Sala habrá de conceder la protección, porque, una vez reliquidada la obligación suscrita por los accionantes en UPAC para adquirir vivienda, el Juzgado Primero

Promiscuo de Familia de Girardot tenía que terminar y archivar la actuación sin más trámite, como lo dispone el artículo 42 de la Ley 546 de 1999, sin que para el efecto incida la circunstancia de que la demanda se hubiere presentado antes de que la citada disposición hubiere entrado en vigor, si se considera que la norma se previó precisamente para solucionar la crisis generada por las obligaciones pendientes de pago y el sin número de procesos ejecutivos entonces en curso”.

E indica finalmente :“De los elementos de juicio que se acaban de analizar se deduce que el proceso ejecutivo hipotecario adelantado en el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Girardot contra Jairo Luis Polanía Carrizosa y Hayde Sabogal Portela se inició el 12 de marzo de 1999 y que estaba vigente el 31 de diciembre del mismo año; que el título ejecutivo en ese proceso consistía en el pagaré No. 0535909, por la suma de \$19.000.000 de capital, pactados en UPAC, destinado a la adquisición de vivienda, siendo acreedora la Corporación Social de Ahorro y Vivienda Colmena S.A. y deudores Jairo Luís Polanía Carrizosa y Hayde Sabogal Portela. Por consiguiente, a ese proceso son aplicables los efectos generales de la Sentencia SU-813 de 2007 en cuanto dice que “[n]o será exigible la obligación financiera hasta tanto no termine el proceso de

reestructuración”, pues dichos efectos se surten a partir de la fecha de su expedición y son aplicables a los procesos ejecutivos hipotecarios iniciados antes del 31 de diciembre de 1999, extendiéndose por disposición de la misma a todos los procesos que estaban en curso en ese momento, iniciados antes del 31 de diciembre de 1999, que se refieran a créditos de vivienda y en los cuales no se haya registrado el auto de aprobación del remate o de la adjudicación del inmueble, requisitos y condiciones que se cumplen en este caso respecto del proceso ejecutivo mencionado...(…)

(…) En conclusión, el mandamiento de pago, de fecha 2 de noviembre de 2007, y el auto de fecha 14 de abril de 2008, que negó el recurso de reposición contra el mandamiento de pago, vulneran los derechos fundamentales al debido proceso en conexidad con el de vivienda digna de los señores Jairo Luís Polanía Carrizosa y Hayde Sabogal Portela, y por lo tanto es viable la acción de tutela para su protección, ordenando que el Juez Segundo Civil del Circuito de Espinal, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, decrete la nulidad de todo lo actuado a partir del mandamiento de pago (inclusive), dentro del proceso ejecutivo hipotecario No. 2007-182-00 adelantado por el Banco Colmena S.A. -hoy BCSC S.A.- contra Jairo Luís Polanía Carrizosa

y Hayde Sabogal Portela. Lo anterior, a fin de que proceda a realizar un nuevo análisis del título, según las exigencias previstas en la Ley 546 de 1999 y de acuerdo con los lineamientos trazados por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-813 de 2007”.

En extenso hemos querido plasmar esta decisión, porque a partir de su expedición se ha creado una segunda generación de distorsiones, respecto de su *ratio decidendi* y el precedente, la SU-813 de 2007.

Básicamente consiste tal distorsión, en plantear ante el funcionario judicial, en la segunda demanda que se proponga, que la obligación no es exigible por no haberse efectuado la reestructuración del crédito, y la respuesta judicial que se obtiene, es la revocatoria del auto ejecutivo aceptando la denominada inexigibilidad de la obligación. El funcionario judicial debe analizar y con detenimiento la situación que subyace en el plenario, para no proceder a la ligera, porque la solución no implica la sencillez que se le pretende enrostrar; cada caso ofrece su propio panorama, y mal puede calcarse una solución para todas las situaciones que se analizan. Menos se puede generalizar sobre los temas de que trata la Ley 546/99 en la denominada transición de la ley, a nuevas situaciones, después de haber el

deudor consentido por años, luego de la reliquidación y alivio aplicado, de conocer en demasía el sistema de financiación que de manera consensuada admitió y adoptó, de la redenominación de que el título valor fue objeto, actuando en contravía de sus propios actos, esgrimir la supuesta falencia de falta de exigibilidad, al no haberse dado el proceso de reestructuración, que como bien se ha demostrado, es actitud potestativa del deudor, acorde a su situación económica.

Esta manera incorrecta de actuación del deudor, conlleva a colisiones de derechos, en concreto con los terceros adquirentes, que ante tal protección, que suponían ya había sido otorgada desde el año 2000, estén aún al presente pendientes de los amparos otorgables, que ineludiblemente da al traste con sus derechos, máxime que la Corte Constitucional ha establecido un espacio temporal para incoar la acción, espacio que otorga inmunidad al deudor y desprotege al adquirente, (aunada la interpretación no coherente con la línea jurisprudencial que ha venido trazando) que confiado como lo venimos pregonando de la seriedad que la justicia le ofrece, de cara al objeto del remate, sin obstáculo hace su postura, concreta la negociación, pagando el precio, y procede a registrar su título, nada de lo cual vale, si como viene expuesto en las decisiones de la Corte Constitucional, tal *iter*

negocial se realiza y concluye en trámite de la acción constitucional, frustrando sus legítimas expectativas.

Para la Corte Suprema de Justicia, igual protección debe prohiarse en el ámbito constitucional, analizando, y de forma detenida, la situación que subyace en un caso en particular, y esa manera de irradiar el postulado de la buena fe alcanza a ese tercero de buena fe. Es así como el contenido del principio de la buena fe en la etapa post-negocial, debe propender porque los derechos adquiridos del tercero se establezcan en su cabeza y pueda gozar, disponer y usar de la propiedad a su arbitrio. Nada debería perturbar su ejercicio y menos enturbiar su relación negocial, que a tal altura, se encuentra debidamente consolidada.

5.5. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL TERCER ADQUIRENTE DE BUENA FE:

La sentencia T-199 de 2006 dimanante de la Corte Constitucional, es el eje de otra pronunciada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, donde refulge el principio de la buena fe del tercer adquirente en

remate y la adecuada protección, vía acción constitucional que se le otorga por tan alta Corporación.

Este tercer ADQUIRENTE de buena fe, frente a la decisión de la Corte Constitucional, que dejó sin efecto toda la actuación procesal surtida y no los citó a fin que ejercitaran su derecho al debido proceso y a la defensa, al igual que a la vivienda digna, obtuvo de parte de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado ponente: William Namén Vargas, la Sentencia, Agosto 28 de 2008²²⁷, igual protección constitucional.

Según se relata, el 2 de noviembre de 2004, se adjudican al banco ejecutante los inmuebles, vendiéndolos el 8 de agosto de 2005 a Alba Josefa Mogollón de Sierra, quien los enajenó a la peticionaria Nancy María Sánchez González, el 26 de octubre de ese año. La ejecutada Marina Rico de Pinto presentó acción de tutela contra el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bucaramanga, solicitando la terminación del proceso de conformidad con el artículo 42 de la Ley 546 de 1999, siéndole concedida por la Corte Constitucional en sentencia T-199 de 16 de marzo de 2006, en

²²⁷ Corte Suprema de Justicia. Ref.: 68001-22-13-000-2008-00094-01

la cual, se dejó sin efecto la actuación procesal surtida, sin citar al trámite a los terceros de buena fe ni pronunciarse respecto de sus derechos.

El Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bucaramanga, mediante providencia de 8 de junio de 2006, ordenó la entrega de los bienes a la parte ejecutada y la cancelación de las anotaciones 10 y 11 realizadas en las matrículas inmobiliarias Nos. 300-2344440 y 300-2344470, correspondientes a las ventas anotadas, “afectando con esta decisión, estos negocios jurídicos ajenos e independientes a la actuación judicial”.

Por tal razón, la señora Nancy María Sánchez González presentó acción constitucional de tutela contra el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bucaramanga y el Banco AV Villas, aduciendo la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, vivienda digna, propiedad privada e igualdad, en calidad de tercero adquirente de buena fe de los inmuebles rematados y adjudicados en el proceso ejecutivo hipotecario instaurado por la entidad bancaria contra Marina Rico de Pinto. En consecuencia, solicitó ordenar a la autoridad judicial acusada dejar sin efecto el despacho comisorio librado para la práctica de la diligencia de

entrega, anular la orden de cancelación de las anotaciones 10 y 11 de los respectivos folios de matrícula inmobiliaria, reelaborar las escrituras públicas, y como medida transitoria ordenar a la Secretaría de Gobierno – Coordinación de Inspecciones Civiles Municipales abstenerse de cumplir la misión encomendada.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala Civil-Familia, ordenó vincular a la Corte Constitucional y, en oportunidad, con oficio 05904-094/08, el entonces Presidente de la Sala de Revisión y ponente de la Sentencia T-199 de 2006 manifestó: “(...) atendiendo el contenido de dicha providencia, los hechos que fueron objeto de análisis en el caso correspondiente no consignan la existencia de terceros de buena fe en el trámite del proceso ejecutivo demandado. Por tal razón, la sentencia no analizó la situación jurídica de la señora Nancy María Sánchez”. Finalmente, el Tribunal Superior del Distrito de Bucaramanga declaró improcedente la acción de tutela deprecada por haber operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

La Corte Suprema de Justicia, como órgano de segunda instancia, inicia el estudio de la acción, en la consideración de la existencia de falta de vinculación por la Corte Constitucional al trámite de revisión, de los terceros adquirentes de buena fe del dominio de los bienes, con antelación a la sentencia T-199 de 16 de marzo de 2006, circunstancia, que como ella misma señala en el escrito enviado al a-quo, no analizó la situación jurídica de la señora Nancy María Sánchez.

Advierte la Corte Suprema, la improcedencia de la tutela frente a fallos de tutela o por causa de su trámite, como ha sido sostenido por la Corte Constitucional en reiteradas jurisprudencias²²⁸, salvo “en determinadas circunstancias, en particular, cuando se vulnera el debido proceso, derecho constitucional fundamental de aplicación inmediata inherente al principio de legalidad (artículos 29 y 85 Constitución Política)”²²⁹.

²²⁸ Sentencias SU-1219/01, T-021/02, T-192/02 T-217/02, T-354/02, T-432/02, T-623/02, T-944/05, T-059/06, T-104 de 2007

²²⁹ Corte Constitucional. Auto 021 de 2000. “La simplificación del trámite a que está sometida la acción de tutela no puede significar un desconocimiento del debido proceso a que están sometidas las actuaciones judiciales y administrativas (art. 29 C.P.). De ahí que el juez constitucional en asuntos de tutela deba comunicar la iniciación del trámite tanto al sujeto pasivo de la acción como a terceros que resulten afectados con la decisión.”

Por todo lo anterior, manifiesta la Corte Suprema de Justicia no existe cosa juzgada respecto a la accionante al no haber sido parte del trámite, menos la sentencia de tutela (T-199 de 2006) le es oponible, dado que la tutela tiene efectos *inter partes e inter comunis* (Artículo 36 del Decreto 2591 de 1991). Afirma que son supuestos indisociables de la cosa juzgada, la identidad del objeto, identidad de la cosa y la identidad de las partes. Es claro entonces que para el presente caso no se cumple el supuesto de identidad en las partes.

A continuación procede a analizar la situación del tercero adquirente de buena fe, respecto del registro inmobiliario y su publicidad, considerando procedente el amparo constitucional, única y exclusivamente en lo que concierne a la protección de los derechos adquiridos de buena fe.

Y enfatiza en el principio de buena fe:

“La buena fe, constituye un principio general del derecho, se presume del artículo 83 de la Constitución Política irradiando todo el ordenamiento cuanto “adamantino axioma, insuflado al

ordenamiento jurídico –constitucional y legal- y, en concreto, engastado en un apreciable número de instituciones” (cas. civ., 2 de julio de 2001, exp. 6146) y se equipara “a la conducta de quien obra con espíritu de justicia y equidad” (cas. civ. Sentencias de 23 de junio de 1958, LXXXVIII, 234; 20 de mayo de 1936; XLIII, 46 y ss., 2 de abril de 1941, LI, 172; 24 de marzo de 1954, LXXXVIII, 129; 3 de junio de 1954, LXXXVII, 767 y ss.)”

“Justamente, en casos como el presente, la buena fe de terceros se basa en un elemento objetivo externo, pues, el registro inmobiliario según el artículo 1º del Decreto 1250 de 1970, es “un servicio del Estado” prestado por servidores públicos, cuyos datos se presumen ciertos, en forma que los particulares pueden consultarlos, atenerse a la información allí contenida y resultan oponibles a terceros, particularmente, tratándose de la calidad del titular del derecho real de dominio respecto de bienes o derechos sujetos a esta formalidad, a punto que en tales situaciones, la “confianza legítima” y la protección de los derechos de terceros

de buena fe, resultarían conculcados cuando sobre la hipótesis de la situación hecha pública en el registro, se desconocen”

Finalmente afirma la Corte en la sentencia bajo estudio:

“La secuela necesaria de los pronunciamientos de la Sala sobre la cuestión jurídica que atañe, ninguna duda deja sobre la protección que se ha prohiado a los terceros que con arreglo a la ley han adquirido un inmueble, y que luego se ven sorprendidos con una determinación judicial que invalida su derecho, entendiéndose tal postura, en la medida que son adquirentes de buena fe exenta de culpa, que no le pueden ser trasladadas las vicisitudes de una causa judicial ajena y que la seguridad jurídica impone el respeto de los actos jurídicos que los particulares han realizado conforme a las reglas y procedimientos consagrados por el legislador”.

Por todo lo anterior, concluye la Corte Suprema que si Marina Rico de Pinto adquirió la propiedad de dos inmuebles que, conforme a los documentos públicos pertinentes, no tenían registro de medidas cautelares o

procesos judiciales pendientes, no puede posteriormente privársele de dicho derecho constitucional, bajo el argumento de haberse declarado la “ilegalidad”, “invalidez” o “falta de eficacia” de unas actuaciones judiciales, dentro de las cuales se encontraba una venta forzada.

La providencia de tutela T-199/2006, como expresó la Corte Constitucional, no analizó la situación jurídica de la tercera adquirente de buena fe de los bienes y, por consiguiente, al no ser parte del proceso donde se profirió ni contener análisis ni decisión respecto de ella, no la vincula, le es inoponible, así como las providencias y actuaciones posteriores.

En consecuencia, revoca la sentencia de primera instancia, para amparar los derechos fundamentales, declarando la inoponibilidad de las providencias antedichas respecto de la tercera adquirente de buena fe de los bienes y ordenó al Juzgado accionado adoptar las medidas respectivas para la cesación de todo efecto jurídico respecto de la accionante de los actos por los que se dispuso la orden de entrega de los inmuebles a que se ha hecho alusión, así como de las decisiones que invalidan los registros correspondientes a los mismos y sustentan el dominio de la tutelante.

Es esta la decisión que de mejor manera otorga respuesta al tercer adquirente, y llena de contenidos al principio de la buena fe, pasado por alto por la Corte Constitucional en la sentencia T-1999/2006, al obviar el estudio de un aspecto trascendental, los folios de matrícula inmobiliaria donde refulgía que los inmuebles pertenecían a otra persona, que los adquirió en la pública subasta judicial.

En antecedencia a esta decisión trascendental, la Corte Suprema se había pronunciado, en la Sentencia de 30 de marzo de 2006²³⁰, del siguiente tenor:

“Bien es verdad que en el proceso ejecutivo que dio origen a esta tutela no se dio cumplimiento a lo que disponía la por entonces recién expedida Ley 546 de 1999, en torno a la reliquidación del crédito y demás secuelas allí previstas. De modo, pues, que irregularidad hubo. Siendo así, la declaratoria de nulidad que con causa en ello decretó el juez natural, no debiera tener objeción,

²³⁰ Expediente 2006-00159-01, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado ponente: Manuel Isidro Ardila Velásquez.

situación legal que por demás es protectora de los derechos de todo ejecutado que se halle en tales circunstancias.

“(…) al punto que ya no sólo aparece el ejecutado como damnificado sino también el rematante, una tercera persona, generando un panorama en el que colisionan múltiples derechos. El ejecutado a quien no le aliviaron la deuda conforme lo ordenaba la ley, y el rematante que se hizo al bien en la subasta comentada. Así que sin poner previamente en la balanza los diversos derechos en cita, es difícil acertar.

“Sometido todo a un atemperamiento conveniente, juzga la Sala que drástica en extremo sería que los efectos de aquel error se cargaran al rematante. Un tercero que asistido de la confianza que de suyo genera la venta que se realiza a través de un juez, obtiene que le sea adjudicado el bien; diligencia esa que, naturalmente tras comprobarse que el rematante cumplió lo de su parte, es merecedora de aprobación por parte del juez; como consecuencia empezó a figurar como propietario tras la inscripción inmobiliaria; y, finalmente, entregado que le fue, empezó a disfrutarlo con su

familia, durante largo tiempo por cierto. Resultar, sin embargo, despojado varios años después del inmueble, implica traicionar una confianza legítima.(...)

(...) Es el derecho que a un bien adquirió amparado en la legitimidad de las actuaciones judiciales. Él quiere el bien, el inmueble, no el dinero.

(...) “Para recapitular, dígase que la tensión de derechos conculcados en el presente asunto, lo resuelve la Corte amparando al rematante, a quien se le violaría el derecho al debido proceso en caso contrario, como de hecho estima la Sala que se violó con la sanción anulatoria que aquí se revisa. Él aceptó unas reglas de juego procesales que ahora, inopinadamente, no es posible desconocerle. Y todo porque, itérase, el juez aplicó objetivamente una regla jurídica, sin un análisis global de la situación.(...)

Igual postura de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 18 de octubre de 2007²³¹ :

“(…)

“Desde otra óptica, la transferencia del inmueble efectuada por la entidad demandante a la señora (…) quien es un tercero cuya buena fe no ha sido desvirtuada, y que adquirió el inmueble de la persona que aparecía como propietario en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria, no podía ser sorprendida con una nulidad posteriormente declarada sin que hubiera sido citada al proceso a fin de que pudiera ejercer el derecho de defensa. Por lo demás, ello evidencia que la decisión aquí cuestionada se tomó contrariando el ordenamiento jurídico, pues al ignorar la mutación del dominio efectuada conculcó los derechos legalmente adquiridos del citado tercero”.

²³¹ Expediente 2007-01599-00, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

Y en Sentencia de 29 de octubre de 2007²³²:

“(…)Y en esa medida, habrá de dispensarse el amparo solicitado, pues en verdad se vulneraron los derechos al debido proceso y a la vivienda digna del promotor del amparo cuando se anuló la adjudicación que otrora había hecho el juzgado a favor del banco, situación que, desde luego, dejó en el limbo su título de propietario, amén que atentó contra su confianza legítima y, por si fuera poco, alteró una situación de seguridad jurídica que se creó desde cuando adquirió los antedichos predios.(…)”

Y concluye la Corte Suprema en la sentencia 2008-00094-01 de Agosto 28 de 2008, M.P. Dr. William Namen Vargas:

“La secuela necesaria de los pronunciamientos de la Sala sobre la cuestión jurídica que atañe, ninguna duda deja sobre la protección que se ha prohiado a los terceros que con arreglo a la ley han adquirido un inmueble, y que luego se ven sorprendidos con una determinación judicial que invalida su derecho, extendiéndose tal

²³² Expediente 2007-01652-00, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

postura, en la medida que son adquirentes de buena fe exenta de culpa, que no le pueden ser trasladadas las vicisitudes de una causa judicial ajena y que la seguridad jurídica impone el respeto de los actos jurídicos que los particulares han realizado conforme a las reglas y procedimientos consagrados por el legislador.”

6. CONCLUSIONES:

Pretendiendo dejar esclarecido el contenido del principio de la buena fe en la relación contractual del tercer adquirente en remate, en concreto en procesos ejecutivos con título hipotecario, donde el contrato principal, mutuo o préstamo con las entidades, a largo plazo se convino en un sistema de financiación que de principio se denominó UPAC y que después de la Ley 546 de 1999, trocó en la UVR, encontramos en el tema de investigación, escollos en la dinámica negocial y procesal, en razón del carácter protector no solo de la aludida ley sino de su confrontación con expresiones concretas de los derechos fundamentales constitucionales de los deudores, referente a la vivienda digna y debido proceso. Se pensó que el problema económico y social generado en los años 1998 y 1999, por el impago de las cuotas de miles de deudores y la pérdida de los inmuebles destinados para vivienda, se debía fundamentalmente a la actitud negativa, prepotente y de posición dominante de las entidades financieras, empero claro quedó con las sentencias que precedieron a la expedición de la Ley 546 de 1999, que el eje problemático, se encontraba en el cálculo de las aludidas unidades de cuenta y el sistema de capitalización de intereses que

venía aplicado, razón para que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en su momento declararan su inconstitucionalidad y la nulidad de las directrices impartidas con fundamento en tales leyes y decretos. A posteriori, la mayor controversia, devino de la interpretación de la Ley 546 de 1999 por los operadores de justicia, proclives a admitir sin reticencia, los medios defensivos de los deudores, presentados de manera inadecuada, permitiendo la moratoria aún generalizada y de contera dejando desprotegidos a los terceros adquirentes, ajenos a la primigenia relación contractual, pero confiados en la adquisición realizada en la pública subasta. Tal empeño, nos llevó a rastrear los orígenes del principio de la buena fe, desde el derecho romano, y encontramos la extraordinaria importancia que los pueblos de la antigüedad concedieron a la *fides*, aplicable en distintos campos (relaciones internacionales, relaciones internas), tomando diversos significados conforme el sentido en que se empleaba y desarrollándose para lo que nos interesa en las estructuras de las instituciones privadas.

En los distintos ordenamientos europeos denotamos una oscilación entre la admisibilidad de la buena fe instalada en la cúspide del derecho de obligaciones; en una concepción moral o línea de tendencia moralizadora de las relaciones sociales, donde los jueces deben apreciar las conductas de las

partes en las relaciones obligacionales; como ignorancia de la lesión que ocasiona un interés de otra persona que se halla tutelado por el derecho; confianza en una situación jurídica objetiva; rectitud y honradez en los tratos y supone una manera de proceder, a las que las partes deben atenerse en el desarrollo del contrato²³³.

En Colombia, una fue la inicial interpretación de la buena fe como norma y otra la manera dinámica como en la actualidad se concreta, aceptándose que a ello contribuyó la consagración constitucional como principio del derecho y la manera audaz de su desarrollo, insertado en una perspectiva y visión global del derecho, mecanismo de construcción social y económico, columna de tales relaciones.

Pretender abarcar un único tema, el de los terceros adquirentes, que subyace al interior de la ejecución forzada, del tipo de la que hemos analizado, donde la propensión del Legislador, del ejecutivo y de la justicia se direccionaron a diseñar, implementar e interpretar un nuevo sistema que permitiera a los deudores conservar sus viviendas, buscando todas las favorabilidades para que ello se posibilitara, concatenando las relaciones

²³³ Díez Picazo.-Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo I. Sexta Edición. Edt. Thomson. Civitas 2007.

obligacionales de la parte deudora, considerada débil, a los derechos fundamentales constitucionales al debido proceso, defensa y derecho a la vivienda digna, aunada la obligatoriedad del precedente constitucional, iterada en casi todas las decisiones, permitió que los adquirentes plenamente confiados, al realizar el negocio, no tuviesen idéntica protección constitucional y ello no es óbice para que se piense en contrario, el derecho desde cualesquier prisma donde se le mire, debe estar imbuido de los valores y principios constitucionales. Lo criticable es la inacabada tarea interpretativa y la no coherencia de las líneas jurisprudenciales.

La buena fe en estos supuestos fácticos viene a obrar como bastión, estandarte ético en doble vía: derechos que deben ejercerse de buena fe y las obligaciones de idéntica naturaleza, y sus contenidos no mesurables, interpretados moderada y razonablemente por el juez.

El mensaje implícito que se le otorga a los funcionarios judiciales, es la confianza que deben suscitar tanto a las partes contractuales intervinientes, como de aquel tercero que adquiere en subasta pública el bien, confianza que se incrementa en la medida en que es conocedor cual más de las normas aplicables (constitucionales, sustantivas y procesales), de los derechos

fundamentales constitucionales que subyacen y que lo debe llevar a efectuar una interpretación integral basada en reglas, principios y valores, de tal manera que tal actuar correcto, razonado y proporcionado, no deja margen para que se inserte la incertidumbre, reafirmando la seguridad jurídica, la igualdad y la justicia de todos los intervinientes.

BIBLIOGRAFIA

TEXTOS

- ALFERILLO, PASCUAL EDUARDO. “Reflexiones sobre la vinculación de la “mala fe” en los factores de atribución subjetivos” en Tratado de la buena fe en el Derecho. Tomo I. Editorial La ley. Reimp. 2005.
- ALPA, GUIDO. “Las nuevas fronteras del derecho contractual”, en “Estudios sobre el contrato en general. Ara Editores, 2º edición 2004
- ALPA, GUIDO. “Prime note di raffronto tra i principi dell Unidroit e il sistema contrattude italiano”. En “Contratto e Impresa”. 1996.
- ALTERINI, ANIBAL.- “Algunos perfiles actuales del contrato”, en Derecho de los contratos en los Umbrales del siglo XXI: memorias de las Jornadas Internacionales de derecho de Contrato celebradas en la Habana, Cuba, periodo 2001-2007, MP Editora, 2007.
- ALTERINI, JORGE “la buena fe y los perjuicios ante las adquisiciones a titulo gratuito”. Anales Año XLVI, Segunda época, No 39. La ley. Buenos Aires, abril 2002.

- BERGAMO A. La protección de la apariencia jurídica en el derecho español. Curso de Conferencias Colegio Notarial de Valencia, 1945.
- BERNAL FANDIÑO, MARIANA. “El solidarismo contractual. Especial referencia al derecho francés” en Vniversitas, Bogotá, nume. 114 julio-diciembre 2007
- BIANCA C, MASSIMO. . Derecho Civil - 3 El contrato Universidad Externado de Colombia, 2007.
- BORGE, RAFAEL – MONTERO, PEDRO – NAVARRO, SIGFRIDO Y PAJARO, LILIAN. Año 2009. “El paradigma discursivo racional habermasiano frente a los derechos Fundamentales, el Tribunal Constitucional y la Administración de Justicia”, ensayo presentado al Dr. Oscar Mejía Quintana en el desarrollo de la Maestría en derecho de la Universidad del Norte, no publicado al presente.
- CALAMANDREI PIERO, “Elogio de los Jueces escrito por un abogado” Edit. Góngora, Madrid 1936. Traducc. Santiago Sentís e Isaac J. Medina
- CAMARA LAPUENTE, S. “Un derecho privado o un Código Civil para Europa” en Derecho privado Europeo, Madrid, Colex. 2003

- CARBONNIER, J. Droit civil, T 4. Les obligations. 13, ed. Paris, 1988
- CIURIO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL. en “Aspectos filosóficos de la Buena fe, en Tratado de la Buena fe en el derecho. Ed. La ley. Tomo I, Re.ed. 2005.
- COROMINAS, JOAN, con la colaboración de Pascual, José A., “Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico”. Madrid, Gredos,tII,1980,”fe”.
- COSSIO. El dolo en el derecho civil, Ed. Revista de derecho privado, Madrid, 1955.
- CUETO RUA J.C. Contrato como consentimiento y como relación. En Contratos. Homenaje a Marco Aurelio Risolia. Buenos Aires, 1997, p. 143, ap III.
- CUETO RUA, J.C. Una concepción objetiva del contrato. El caso del Commom Law. En: TRIGO REPRESAS F.A; STIGLITZ R.S. (Dir) Contratos. Buenos Aires, 1989,p 31 ap.4, citando al juez Learned Hand en “ Hotchkiss v. National City Bank of New York”, S.D.N.Y. 200 F.287 (1911).
- DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS “El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español” Ed. Bosch,Barcelona, 1956.

- DIETER MEDICUS. Tratado de las relaciones obligacionales. Volumen II. Bosch, Casa Editorial S.A.1995.
- DIETER MEDICUS. Tratado de las relaciones obligaciones. Volumen I. Bosh, Casa Editorial S.A. 1995.
- DIEZ- PICAZO LUIS, prologo al libro de WIEACKER “El principio general de la buena fe. Cuadernos Civitas. Ed. Civitas S.A. trad. de José Luis Carro, 2º. Ed. 2º.Reim., Madrid 1986.
- DIEZ –PICAZO. Fundamentos del derecho civil Patrimonial. Tomo I, 6º Edicion. Ed. Thomson.Civitas. 2007.
- DIEZ-PICAZO L, ROCA TRIAS E., MORALES M.A.”Los Principios del derecho europeo de Contratos”.Civitas.2002.
- DIEZ-PICAZO, GULLON, ANTONIO. Sistema de derecho Civil.Volumen I, Ed. Tecnos 31. Madrid 10 edic. 2001.
- DIEZ-PICAZO, L. Fundamentos de derecho civil patrimonial, tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- DIEZ-PICAZO, L; GULLON A. Instituciones de Derecho Civil. Vol. I. Madrid 1995. p.400.

- DURANGO ÁLVAREZ, GERARDO. “El principio discursivo y los derechos fundamentales en la teoría Habermasiana”, en revista Opinión Jurídica de la Universidad de Medellín, enero – junio, 2006/vol5, número 009.
- DWORKIN, RONALD. El Imperio de la Justicia.. Ed. Gedisa. 2º Impresión: Julio de 2005, Barcelona.
- FONTANARROSA. R. O. Derecho Comercial argentino, T. II: Doctrina General de los contratos comerciales. Buenos Aires, 1979.
- FRANZONI, MASSIMO. “La buena fe y la equidad como fuentes de integración del contrato” Pág. 696 en “Estudios sobre el contrato en general” Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002) Ara Editores. 2 Ed. 2004).
- GARCÍA VILLEGAS, M – RODRÍGUEZ, C. En derecho y Sociedad en América Latina. Propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos. Bogotá. Ilsa, Universidad Nacional de Colombia 2003). Santos, Boaventura de Sousa (1998b) de la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad. Bogotá. Ediciones Uniandes, Siglo del Hombre.
- GASTALDI, JOSE MARÍA. La buena fe en el derecho de los contratos. Tratado de la Buena fe en el derecho. Doctrina nacional. Tomo I Ed. La ley.2005.

- GELSI BIDAR, ADOLFO “proceso y regla moral” en revista de la facultad de derecho de México, Tomo 10 Enero-Dic-1960.
- GELSI BIDART, ADOLFO. “La humanización del proceso”. Off-print from: “Towards a Justice with a human face. The first International Congress on the Law of civil Procedure” Ghent. [s.a.]
- GIORGI, JORGE, “Teoría de las obligaciones en el derecho moderno” Imprenta de la revista de legislación. Madrid, 1910, Vol III.
- GOMES, O. Transformacoes gerais do Direito das Obrigacoes. Sao Paulo: 1967.
- GÓMEZ ACEBO. La buena y la mala fe: su encuadramiento en la teoría general del derecho y su eficacia en el Código Civil en RDP, 1952.
- GROSSO. Enciclopedia del diritto, V, voce “buona fede”.
- H.L.HART, The concept of law, publicado en 1961 por primera vez (Londres).

- HABERMAS, JÜRGEN. “La inclusión del otro”, Estudios de teoría política, Paidós, 1999.
- HABERMAS, JÜRGEN, “Indeterminación del derecho y racionalidad” en Facticidad y Validez, Madrid: Trotta, 1998.
- HINESTROSA FORERO, FERNANDO. Codificación y Dispersión normativa en Realidades y tendencias del derecho del siglo XXI. Edit. Temis. Tomo IV, vol II.
- J.L. AUSTIN. The province of jurisprudence determined; H.L.A.Hart comp. Nueva York, 1954. y Natural Law and Natural Rights, Nueva York, 1980
- KAUFMAN, ARTHUR. FILOSOFIA del Derecho.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “La buena fe en la ejecución de los contratos” Revista de Derecho Privado y Comunitario No 18 “responsabilidad Contractual- II” Editores Santa fe-Argentina-1998.
- LANDONI SOSA, ÁNGEL. “El principio de moralidad: Base fundamental para un proceso justo” en “Tratado de la Buen fe en el derecho”. Doctrina Extranjera. Tomo II.
- LE TORNEAU, PHILIPPE. “La ética de los negocios y de la administración en el siglo XXI. Trad. Ramón A, Abarca

Fernandez. <http://www.ucsm.edu.p/rebarcf/eneas01.htm>
(16/01/2003).

- LOMBARDI, Dalla “fides” alla “bona fides”, Milano, 1961, parte prima. Citado por Luís De Los Mozos.
- LÓPEZ BLANCO, HERNAN FABIO. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Ed. Temis. Bogotá 1989.
- LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. La ley de vivienda y sus implicaciones en el campo procesal civil-Dupre Edit. Bogotá.
- LÓPEZ DE ZAVALIA, FERNANDO J. “Teoría de los contratos” t. I-Parte general, Zavalia editor, Buenos Aires, Argentina, 11984.
- MARTÍNEZ CÁRDENAS, BETTY MERCEDES. Buena fe en la interpretación del contrato de seguros. En Realidades tendencias del derecho civil en el siglo XXI. Edit Temis.Tomo IV, volumen I .2010.
- MEJÍA QUINTANA, OSCAR. La teoría del derecho y la democracia en JÜRGEN HABERMAS, conferencias de la maestría en Derecho Universidad del Norte, 2009.

- MONSALVE CABALLERO, VLADIMIR. Responsabilidad precontractual. La ruptura injustificada de los negocios. Ed. Ibañez.2010.
- MONSALVE CABALLERO, VLADIMIR. La integración de la buena fe objetiva en la etapa de formación de los contratos de consumo. Archivo inédito. Revista Vniversitas. Julio 2011.
- MONTEALEGRE LYNNET, EDUARDO. Constitución y Vivienda. Estudio sobre la liquidación y reliquidación de los créditos de vivienda en los sistemas UPAC y UVR.
- MORELLO AUGUSTO, MARIO. “Mora y buena fe objetiva en el cumplimiento del contrato de compraventa” J.A. 1978-I-509 MOSSET ITURRASPE, JORGE “código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, t.3C-arts 1190/1433, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE, “Justicia contractual”. Ediar, Bs As.
- NARVÁEZ GARCÍA, JOSÉ IGNACIO. Gestación del Código de Comercio Terrestre. en García- Muñoz, José Alpiniano; Oviedo Alban, Jorge. Estudios de derecho económico, t,1. Instituciones de derecho Comercial. Bogota, Editorial Jurídica Gustavo Ibañez, 2003.
- ORGAZ, A. Hechos y actos o negocios jurídicos. Buenos Aires: 1963.

- OURLIAC, P. DE MALAFOSSE J., Derecho Romano y francés histórico. Trad. M. Fairen, Barcelona: 1960.

- OVIEDO ALBAN, JORGE. Consideraciones sobre la Unificación del derecho de contratos. En derecho de Contratos en los umbrales del siglo XXI. Jornadas Internacionales de derecho de contratos celebradas en la Habana, Cuba, en el periodo 2001-2007. Academia Brasileira de Direito MP Editora.

- PEREIRA, CAMPOS SANTIAGO. “El principio de moralidad y el deber de veracidad en el Código General del proceso” en “Estudios en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart””.

- PETIT, EUGENE, “tratado elemental de derecho romano”, trad. José Ferrandez González. Bs.As., Albatros, 1954, Pág. 912 y ss.

- PUIG BRUTAU J. Estudios de derecho comparado. La doctrina de los actos propios. Barcelona, 1951.

- RIPERT, GEORGE. La regla moral en las obligaciones civiles. Editorial La gran Colombia Bogotá. 1946.

- RISOLÍA, MARCO AURELIO. “Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil. Ed. Abeledo-Perrot, Bs As., 1946.

- S. CÁMARA LAPUENTE. “El núcleo común del derecho privado europeo. Proyecto de Trento” en Derecho privado Europeo. Madrid .Colex, 2003, citado por Lidia Garrido Cordobera, en “Transformaciones del derecho contractual y principios de libertad y autonomía” .realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. Edit. Temis. 2010.
- SALAZAR VARGAS, CARLOS. Las políticas públicas, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- SCAVO LOMBARDO .Enciclopedia del Diritto,V.
- SPOTA, ALBERTO G. “Tratado de derecho Civil “t I. Parte general, Volumen I. Ed. De palma, Buenos Aires, 1947.
- Teoría General del derecho Civil alemán. II-1, trad.cast., Buenos Aires,1947,no135,pag 150-151.
- VALENCIA ZEA ARTURO. Derecho civil, t.I; parte general y personas.12.ed. Temis, 1989.
- VALLEJO, FELIPE. El concepto de la buena fe en los contratos. Estudios de derecho Civil Obligaciones y Contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de rectoría 1963-2003.

- VÁSQUEZ ALFARO, MÓNICA. “El Upac, un caso de resistencia judicial”. Doctorado en derecho. Universidad de los Andes.2008. Artículo sin publicar.
- VON THUR- Teoría general II-2.
- WEINGARTEN, CELIA, “La Confianza en el sistema jurídico”. Edi. Jurídicas Cuyo. Argentina,.2003.
- WIEACKER, FRANZ, “El principio general de la buena fe “ trad. José Luís Carro. Cuadernos Civitas, 1986, 2º edición.
- WIEACKER. “La penetración ético-jurídica en el derecho legal”.
- YORIO, ELVIRA MARÍA, “El abuso del derecho”, revista Notarial del colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires, No 853-1980, p.2224, citado por Pascual Eduardo Alferillo “reflexiones sobre la vinculación de la “mala fe” con los factores de atribución subjetivos”, en Tratado de la buena fe en el derecho. t,I, 2ª Reimp. 2005.

DISPOSICIONES NACIONALES

- BANCO DE LA REPUBLICA. RESOLUCION 10 DE JUNIO 1º DE 1999.
- CODIGO CIVIL.

- CODIGO DE COMERCIO.
- CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.
- CÓDIGO DISCIPLINARIO DEL ABOGADO, LEY 1123 de 2007.
- CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA DE 1991.
- DECRETO AUTONOMO 1319 DE 1988.
- ESTATUTO ORGANICO DEL SISTEMA FINANCIERO, DECRETO 663 DE 1993.
- LEY 1285 DE 2009.
- LEY 31 DE 1992.
- LEY 546 DE 1999.
- LEY ESTATUTARIA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA, LEY 270 DE 1996.

DISPOSICIONES EXTRANJERAS

- **CÓDIGO CIVIL ALEMÁN.** Burgerliches Gesetzbuch. Director Albert. Lamarca Marques. Marcial Pons. Madrid. 2008.
- **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA,** “Diccionario de la lengua española” 21ª ed. Madrid, t.I, 1992, “fe”.

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO.

- **CONSEJO DE ESTADO,** Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia No. 08001-23-31-000-2002-0609-01. Diciembre 12 de 2002. M.P. Mario Alario Méndez.
- **CONSEJO DE ESTADO.** Sección Cuarta. Sentencia de mayo 21 de 1999.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

- **CORTE CONSTITUCIONAL.** Sentencia C-560 de 1994. M.P. Jose Gregorio Hernández Galindo.
- **CORTE CONSTITUCIONAL.** Sentencia C-153 de 1997. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-174 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-426 de 1997. M.P. Jorge Arango Mejía.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-089 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-112 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-383 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-747 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-2244-08 de 1999. M.P. Dr. José Gregorio Hernández.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 021 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-202 de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-955 de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-892 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-1219 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-021 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-192 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-217 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-354 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-432 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Treviño.

- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-623 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-606 de 2003. M.P. Alvaro Tafur Galvis.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-212 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-701 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-793 de 2004. M.P. Álvaro Araujo Rentarúa.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1243 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-199 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-394 de 2005. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-495 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-944 de 2005. M.P. Jaime Araujo Rentería.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-059 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-104 de 2007. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-813 de 2007. M.P. Jaime Araujo Rentería.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-838 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1240 de 2008. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia de mayo 20 de 1936.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia de junio 23 de 1958.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia de noviembre 12 de 1959.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Casación Civil. Sentencia de diciembre 16 de 1959.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia de junio 26 de 1964.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia de julio 4 de 1968.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación de Casación Civil. Sentencia de diciembre 16 de 1969.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia de octubre de 19 de 1994. Exp. 3972. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia de marzo 8 de 1995. Exp. 4473. M.P. Pedro Lafont Pianeta.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia de diciembre 1º de 2000. Exp. 5517, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de marzo de 2001.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de agosto de 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia de agosto 10 de 2001. M. P: Nicolás Bechara Simancas.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de Marzo 30 de 2006. M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Expediente 2006-00159-01, M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Expediente 2007-01599-00.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia de Octubre 29 de 2007. M.P.: Edgardo Villamil Portilla.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Ref.: 68001-22-13-000-2008-00094-01

PAGINAS DE INTERNET

- MARTINS – COSTA, JUDITH. A boa-fe objetiva e os deveres laterais, en www.texeiradefreitas.adv.br/camila/artigos.
- <http://www.ulg.ac.be/vinator/rida/DAJCZAK2.pdf> (2471/2003).