



Revista de Derecho Privado

ISSN: 0123-4366

revderprivado@uexternado.edu.co

Universidad Externado de Colombia
Colombia

Neme Villarreal, Martha Lucía

El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano

Revista de Derecho Privado, núm. 11, julio-diciembre, 2006, pp. 79-125

Universidad Externado de Colombia

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417537587004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano

MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL

Sumario: I. La legislación colombiana consagra expresamente el principio de buena fe.- II. Ámbito de aplicación del principio en materia contractual.- III. Características del principio de buena fe.- IV. Las reglas que emanan del principio.- V. Remedios a que da lugar la aplicación del principio de buena fe.- VI. Ductilidad del principio.- VII. Carácter imperativo de la buena fe.- VIII. Tensiones presentes en la aplicación del principio de buena fe.- A. Buena fe como límite de la autonomía contractual.- B. Regulación del riesgo contractual y principio de buena fe.

I. LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA CONSAGRA EXPRESAMENTE EL PRINCIPIO DE BUENA FE

El principio de buena fe se encuentra hondamente arraigado en nuestro sistema jurídico; ya ANDRÉS BELLO, adelantado a su época, no sólo consagró expresamente (art. 1603 C. C. colombiano), que "los contratos deben ejecutarse de buena fe", sino que evidenció que la integración del contrato con todos aquellos deberes que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella, es consecuencia directa del principio de buena fe¹.

El Código de BELLO con su característica originalidad, nutrida por la tradición jurídica castellana, el Código francés y en muchos aspectos directamente por las fuentes romanas, presenta innovaciones en materia de "buena fe", al dar un paso adelante frente a la propuesta legislativa del Código italiano de 1865 que reunía, a diferencia del francés, en un sólo artículo lo atinente a la ejecución de buena fe y la integración del contrato.

1 Así el Código Civil de BELLO promulgado para Chile, pero que se erigió en modelo para los códigos de Colombia, Ecuador, El Salvador y Honduras. Con ligeros matices el código de Uruguay de 1868, que también recibió influencia de los proyectos de TEIXEIRA DE FREITAS, de VÉLEZ SÁRSFIELD y de ACEVEDO, sigue el texto de BELLO, incluyendo adicionalmente la equidad dentro de elementos integradores.

En efecto, mientras el citado Código italiano agrupó los dos argumentos bajo la partícula copulativa "y", el Código de BELLO no sólo los reúne, sino que los con- juga en una relación de dependencia utilizando la expresión "y por consiguien- te", con lo que directamente hace derivar de la 'buena fe' la necesidad de integrar el contrato, no sólo con lo expresamente pactado, sino con todo aquello que emana de la naturaleza de la obligación, de la ley o de la costumbre.

Dicho precepto se encuentra igualmente recogido en el Código de Comer- cio de Colombia, que data de 1971², en lo relativo a la aplicación de la buena fe objetiva en el periodo precontractual (art. 863³), y en el artículo 871 que extien- de la aplicación de la buena fe a la celebración y ejecución de los contratos y dis- pone que, "en consecuencia, los contratos obligan no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mis- mos, según la ley, la costumbre o la equidad natural".

Adicionalmente, con la reforma constitucional de 1991, el principio de bue- na fe ha sido elevado a precepto constitucional; en cuanto tal, el artículo 83 C. P. dispone que "las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas de- berán ceñirse a los postulados de la buena fe", erigiéndose así en eje central del ejercicio de los derechos y de las obligaciones entre particulares y en directiva de la gestión institucional del Estado⁴.

Otras disposiciones de carácter legal recogen de manera expresa el deber de respetar el principio de buena fe; a título de ejemplo señalemos:

Aquellas relativas a la normativa que sanciona la competencia desleal, pues en tal sentido la Ley 256 de 1996⁵ dispone que "los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial"⁶, y

2 Decreto Extraordinario 410 del 27 de marzo de 1971.

3 Artículo 863 C. Co. colombiano: "Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período pre-contractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se cau- sen".

4 La Corte Constitucional en sentencia C-575 de 1992, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CA- BALLERO, sostuvo: "El artículo 83 de la Constitución Política, consagra el principio ge- neral de la buena fe, el cual pretende simultáneamente proteger un derecho y trazar una directiva para toda la gestión institucional. El destinatario de lo primero es la persona y el de lo segundo el Estado. El derecho que se busca garantizar con la presunción de la buena fe es el derecho de las personas a que los demás crean en su palabra, lo cual se inscribe en la dignidad humana, al tenor del artículo 1.º de la Carta. Ello es esencial para la protección de la confianza tanto en la ética como en materia de seguridad del tráfico jurídico".

5 Que recoge la preceptiva del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994.

6 "Artículo 7.º *Prohibición general*. Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial./ En concordancia con lo establecido por el numeral 2 del artículo 10 *bis* del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comer- cial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del com- prador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado".

en consecuencia prohíbe actos de desviación de la clientela, actos de desorganización, actos de confusión, actos de engaño, actos de descrédito, actos desleales de comparación, actos de imitación, actos de explotación de la reputación ajena, actos de violación de secretos industriales o empresariales, actos de inducción a la ruptura contractual, actos de realización en el mercado de una ventaja competitiva significativa adquirida mediante la infracción de una norma jurídica, así como pactos desleales de exclusividad⁷.

Estas disposiciones que prohíben la competencia desleal han sido objeto de particulares desarrollos en los sistemas financiero, asegurador y previsional en lo relativo a la competencia y a la protección del consumidor⁸.

De otra parte, el deber de obrar conforme a las reglas que emanan de la buena fe ha merecido especial consagración en materia societaria y en particular en los deberes de los administradores de sociedades, a que alude la Ley 222 de 1995⁹; deberes que por demás hoy en día constituyen uno de los pilares fundamentales del buen gobierno corporativo. A partir de este deber general de buena fe a cargo de los administradores de sociedades, se desprenden toda una serie de deberes que se han considerado como fundamentales para el normal y próspero desarrollo de las actividades comerciales: hablamos de los deberes de cooperación y lealtad entre los administradores y los socios en preservación del interés de la sociedad, que se reflejan particularmente en la protección de secretos de la sociedad, en un adecuado manejo de la información privilegiada¹⁰ y de los con-

7 Cfr. artículos 8.º a 19 de la Ley 256 de 1996. En relación con este último, relativo a los pactos desleales de exclusividad, debe tenerse en cuenta que fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-535 del 23 de octubre de 1997, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, en los términos de la Sentencia, que resalta que "el tipo de pacto que se proscribe es únicamente el que tiene el efecto real de restringir el acceso de los competidores en el mercado, vale decir, el que es capaz de producir de conformidad con los criterios anotados un efecto sustancial en la disminución de la competencia existente".

8 Sobre el particular cfr. el instructivo de la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera, contenido en la Circular Externa 007 de 1998, capítulo sexto: "este Despacho considera pertinente recordar a las entidades vigiladas la prohibición de realizar actos, acuerdos o convenios entre sí, o adoptar decisiones de asociaciones empresariales y prácticas concertadas, que directa o indirectamente tengan por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro de los sistemas financiero, asegurador o previsional, o cualquier acto que constituya un abuso de posición dominante, así como celebrar pactos que tengan como propósito excluir a la competencia del acceso al mercado o a los canales de distribución del mismo. Los usuarios de los sistemas vigilados deben contar con la posibilidad de obtener en el mercado diversas alternativas de inversión o de consumo, de suerte que puedan acceder en un contexto de absoluta transparencia a productos o servicios de mayor calidad y rentabilidad o menor costo según se trate".

9 Art. 23 de la Ley 222 de 1995: "*Deberes de los administradores*. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados...".

10 Art. 258 C. Penal: "*Utilización indebida de información privilegiada*. El que como empleado o

flictos de interés¹¹, en el respeto por las oportunidades de negocios en cabeza de la sociedad, en la abstención de incurrir en actuaciones fraudulentas¹²; así mismo nos referimos a los deberes de información tanto al interior de la compañía¹³, como

directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad privada, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de su cargo o función y que no sea objeto de conocimiento público, incurrirá en multa./ En la misma pena incurrirá el que utilice información conocida por razón de su profesión u oficio, para obtener para sí o para un tercero, provecho mediante la negociación de determinada acción, valor o instrumento registrado en el registro nacional de valores, siempre que dicha información no sea de conocimiento público”.

- 11 La Supersociedades, mediante Circular Externa 20 del 4 de noviembre de 1997, fijó algunos criterios sobre el uso de información privilegiada, los actos de competencia desleal y los conflictos de interés. A su turno, la Ley 795 de 2003, artículo 26, que adiciona el artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dispone: “6. *Conflictos de interés*. Dentro del giro de los negocios de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria –hoy Superintendencia Financiera–, los directores, representantes legales, revisores fiscales y en general todo funcionario con acceso a información privilegiada tiene el deber legal de abstenerse de realizar cualquier operación que dé lugar a conflictos de interés./ La Superintendencia Bancaria impondrá las sanciones a que haya lugar cuando se realicen operaciones que den lugar a conflicto de interés, de conformidad con el régimen general sancionatorio de su competencia. Así mismo, podrá establecer mecanismos a través de los cuales se subsane la situación de conflicto de interés, si a ello hubiere lugar./ Adicionalmente, la Superintendencia Bancaria podrá calificar de manera general y previa la existencia de tales conflictos respecto de cualquier institución vigilada”.
- 12 Un ejemplo de lo que el legislador ha considerado como conductas fraudulentas, en este caso en el desarrollo de operaciones de una sociedad que actúa en el mercado de valores, lo presenta la Resolución 0157 de 2002 de la Superintendencia de Valores –hoy Superintendencia Financiera– por la cual se adiciona la Resolución 1200 de 1995 al disponer medidas de carácter general para proteger los sanos usos y prácticas en el mercado de valores: “Artículo 4.1.1.1. *Conductas contrarias a los sanos usos y prácticas*. Se considera contrario a los sanos usos y prácticas del mercado de valores:/ 1. Participar en cualquier forma en compraventas de valores en las que cualquiera de las condiciones de la operación sea acordada previamente, o en las que una o varias personas hayan asumido una obligación previa de hacer postura por todos o por parte de los valores ofrecidos o demandados, cuando las respectivas compraventas se realicen: (i) en los sistemas o módulos transaccionales de las bolsas de valores o de los sistemas centralizados de operaciones o de los sistemas centralizados de información para transacciones; ó, (ii) en el mercado secundario, como resultado de ofertas públicas sobre acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, incluyendo las que se realicen a través de los remates, martillos o subastas que se efectúen en las bolsas de valores./ 2. Realizar, colaborar, cohonestar, autorizar, participar de cualquier forma o coadyuvar con transacciones u otros actos relacionados, que tengan como objetivo o resultado: i) afectar la libre formación de los precios en el mercado de valores; ii) manipular el precio o la liquidez de determinado valor; iii) aparentar ofertas o demandas de valores; iv) disminuir, aumentar, estabilizar o mantener, artificialmente, el precio o la oferta o la demanda de determinado valor; v) obstaculizar la posibilidad de otros para interferir ofertas sobre valores; vi) hacer fluctuar artificialmente la cotización de determinado valor...”.
- 13 A título de ejemplo, en el sector financiero la Ley 795 de 2003 dispone en su artículo 23: “Modifícase el numeral 1 del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual quedará así:/ 1. *Información a los usuarios*. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del merca-

frente a los mercados en que esta participe¹⁴; a los deberes de transparencia en el obrar de la administración¹⁵; a los deberes de diligencia en el cumplimiento de sus funciones¹⁶, no solamente por omitir conductas lesivas para la sociedad, sino fundamentalmente por la obligación de adoptar una conducta dinámica por parte del administrador dirigida al cabal logro de los fines de la empresa social, dentro del marco de las disposiciones legales que regulan la respectiva actividad.

do y poder tomar decisiones informadas. En tal sentido, no está sujeta a reserva la información correspondiente a los activos y al patrimonio de las entidades vigiladas, sin perjuicio del deber de sigilo que éstas tienen sobre la información recibida de sus clientes y usuarios". En consonancia con el artículo 21 de la Ley 546 de 1999, que dispone que "los establecimientos de crédito deberán suministrar información cierta, suficiente, oportuna y de fácil comprensión para el público y para los deudores respecto de las condiciones de sus créditos, en los términos que determine la Superintendencia Bancaria", y con el artículo 80 de la Ley 510 de 1999, relativo a la obligación de los establecimientos de crédito de enviar a todos sus deudores de créditos individuales hipotecarios para vivienda una información clara y comprensible, que incluya como mínimo una proyección de lo que serían los intereses a pagar en el próximo año, y los que se cobrarán con las cuotas mensuales en el mismo período.

- 14 En este sentido, en la denominada Ley de Reforma del Mercado de Valores, Ley 964 de 2005, se dispone: "Artículo 1.º *Objetivos y criterios de la intervención.* El Gobierno Nacional ejercerá la intervención en las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores, con sujeción a los siguientes objetivos y criterios: / [...] / 4. Preservar el buen funcionamiento, la equidad, la transparencia, la disciplina y la integridad del mercado de valores y, en general, la confianza del público en el mismo [...] / 5. Que se evite impedir o restringir la competencia / [...] / 7. Que el mercado de valores esté provisto de información oportuna, completa y exacta...".
- 15 Ejemplo de ello encontramos en la Resolución 0116 del 27 de febrero de 2003, de la Superintendencia de Valores, hoy Superintendencia Financiera, que adiciona la parte segunda de la Resolución 1200 de 1995, artículo 2.3.1.1, en la que, con apoyo en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, que consagra que los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad, y con la diligencia de un buen hombre de negocios, declara prácticas ilegales, no autorizadas e inseguras algunas conductas en materia de participación y representación de accionistas en asambleas: aquellas que incentiven, promuevan, o sugieran a los accionistas el otorgamiento o la recepción de poderes donde no aparezca claramente definido el nombre del representante para las asambleas de accionistas de las respectivas sociedades; aquellas que, tratándose de quienes por estatutos ejerzan la representación legal de la sociedad, de los liquidadores, y de los demás funcionarios de la sociedad emisora de acciones, consistan en el sugerir o determinar el nombre de quienes actuarán como apoderados en las asambleas a los accionistas, así como recomendar a los accionistas que voten por determinada lista, o sugerir, coordinar, convenir con cualquier accionista o con cualquier representante de accionistas, la presentación en la asamblea de propuestas que hayan de someterse a su consideración, al igual que sugerir, coordinar o convenir con cualquier accionista o con cualquier representante de accionistas, la votación a favor o en contra de cualquier proposición que se presente en la misma. Así mismo dispone la obligación de suspender dichas prácticas cuando las mismas se realicen por interpuesta persona.
- 16 La Ley 964 de 2005 en su artículo 52, al señalar los criterios que se tendrán en cuenta para el ejercicio de la facultad sancionatoria administrativa por parte de la Superintendencia de Valores –hoy Superintendencia Financiera–, para la graduación de las sanciones por las infracciones administrativas, dispone que se atenderán los siguientes criterios: "h) El grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas pertinentes".

La aplicación de las reglas que derivan del principio de buena fe asume especial relevancia en la regulación relativa a la protección del consumidor en términos de obligatoriedad de observancia de deberes de información¹⁷, de publicidad¹⁸, de diligencia¹⁹, de prohibición de abuso de posición dominante²⁰, de responsabilidad por la idoneidad y calidad de bienes y servicios²¹ y por la efectividad de las respectivas garantías²², entre otros.

- 17 En materia de servicios financieros la Ley 795 de 2003 dispone en su artículo 25 la adición del siguiente numeral al artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: "5. Con el propósito de garantizar el derecho de los consumidores, las instituciones financieras deberán proporcionar la información suficiente y oportuna a todos los usuarios de sus servicios, permitiendo la adecuada comparación de las condiciones financieras ofrecidas en el mercado. En todo caso, la información financiera que se presente al público deberá hacerse en tasas efectivas..."; en materia de servicios públicos domiciliarios la Ley 689 de 2001, por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994, crea en su artículo 14 el sistema único de información de los prestadores de servicios públicos sujetos a control, inspección y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, y dispone el deber de facilitar el ejercicio del derecho de los usuarios de obtener información completa, precisa y oportuna, sobre todas las actividades y operaciones directas o indirectas que se realicen para la prestación de los servicios públicos.
- 18 El Estatuto del Consumidor, Decreto 3466 de diciembre de 1982, contempla diversas disposiciones relativas al cumplimiento del deber de información, que impone la buena fe, sobre la calidad y características del producto o servicio tanto en el empaque mismo, como en los programas publicitarios acerca de los mismos, en materia de veracidad y suficiencia acerca de la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios (art. 14); tratándose de bienes o servicios que, por su naturaleza o componentes, sean nocivos para la salud el deber de informar sobre su nocividad y las condiciones o indicaciones necesarias para su correcta utilización, así como las contraindicaciones del caso y en materia de productos perecederos, la obligación de indicar claramente y sin alteración de ninguna índole, la fecha de su expiración (art. 17).
- 19 Sobre este particular deber obsérvese lo dispuesto en la Ley 964 de 2005: "Artículo 4.º *Intervención en el mercado de valores.* Conforme a los objetivos y criterios previstos en el artículo 1.º de la presente ley, el Gobierno Nacional intervendrá en las actividades del mercado de valores, así como en las demás actividades a que se refiere la presente ley, por medio de normas de carácter general para: / [...] / c) Establecer la regulación aplicable a las entidades sometidas a la inspección y vigilancia permanente de la Superintendencia de Valores incluyendo [...] el deber de actuar ante los clientes como expertos prudentes y diligentes". De otra parte, la Ley 795 de 2003 en su artículo 24 dispone la modificación del numeral 4 del artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: "4.1 Las instituciones sometidas al control de la Superintendencia Bancaria –hoy Superintendencia Financiera–, en cuanto desarrollan actividades de interés público, deberán emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes a fin de que éstos reciban la atención debida en el desarrollo de las relaciones contractuales que se establezcan con aquellas y, en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones".
- 20 *En materia de servicios financieros*, la Ley 795 de 2003, artículo 24, mediante el que se modifica el numeral 4 del artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dispone: "4. Debida prestación del servicio y protección al consumidor [...] Igualmente, en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones –se refiere a las instituciones sometidas al control de la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera– deberán abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante pue-

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO EN MATERIA CONTRACTUAL

La buena fe debe estar presente en todo el *iter* contractual y sin solución de continuidad, desde las negociaciones que preceden la formación del contrato, incluida

dan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante". En materia de servicios públicos domiciliarios, el artículo 133 de la Ley 142 de 1994 establece un amplio catálogo de cláusulas en las que hay lugar a presumir el abuso de la posición dominante por parte de la empresa prestadora del servicio frente al suscriptor o usuario, entre otras, aquellas relativas a: la exclusión o limitación de la responsabilidad, el traslado de la carga de la prueba, la facultad de disolver el contrato o cambiar sus condiciones o suspender su ejecución, condicionar al consentimiento de la empresa de servicios públicos el ejercicio de cualquier derecho contractual, la determinación de contraprestaciones a cargo del suscriptor o usuario que no tenga relación directa con el objeto del contrato, la limitación de su libertad para escoger a quien pueda proveerle ese bien o servicio, o aquellas que lo obliguen a comprar más de lo que necesite; la limitación de la libertad de estipulación del suscriptor o usuario en sus contratos con terceros, la renuncia anticipada a cualquiera de los derechos que el contrato le concede, la autorización anticipada para que la empresa pueda ejercer alguno de los derechos que ella tiene frente al suscriptor o usuario; la limitación a término o a condición no previsto en la ley, el uso de los recursos o de las acciones o la renuncia a remedios judiciales, la oponibilidad de ciertas excepciones frente al suscriptor o usuario que, de otra forma, no le serían oponibles, el conferir mayores atribuciones a la empresa prestadora ante el evento de acudir a decisiones arbitrales o de amigables componedores, la determinación por la empresa de factores que puedan determinar la competencia arbitral o judicial, los plazos excesivos o indeterminados a favor de la empresa para el cumplimiento de una de sus obligaciones o para la aceptación de una oferta, el conferir a la empresa la facultad de modificar sus obligaciones cuando los motivos para ello sólo tienen en cuenta sus intereses, las presunciones de manifestación de voluntad del suscriptor o usuario sin un plazo prudencial para manifestarse en forma explícita y aclarando el significado que se atribuiría a su silencio, la presunción de actos a cargo de la empresa que la ley o el contrato consideren indispensables para determinar el alcance o la exigibilidad de las obligaciones y derechos del suscriptor o usuario y las que la eximan de realizar tal acto, salvo autorización legal; hacer particularmente gravoso el ejercicio del derecho de terminación anticipada del contrato por parte del suscriptor o usuario u obligar a preavisos muy largos, limitar el derecho del suscriptor o usuario a pedir la resolución del contrato, o perjuicios, en caso de incumplimiento total o parcial de la empresa; la limitación de la obligación de la empresa a hacer efectivas las garantías de la calidad de sus servicios y de los bienes que entrega o tornar gravoso el hacer efectiva esa garantía; la limitación del plazo previsto en la ley para que el suscriptor o usuario ponga de presente los vicios ocultos de los bienes y servicios que recibe, la prolongación excesiva del contrato, la aceptación anticipada por parte del suscriptor o usuario de la cesión que la empresa haga del contrato, la adopción a cargo del suscriptor o usuario de formalidades poco usuales o injustificadas, la limitación del derecho de retención que corresponda al suscriptor o usuario, el impedir al suscriptor o usuario compensar el valor de las obligaciones claras y actualmente exigibles que posea contra la empresa. Así mismo, se presume el abuso de la posición dominante en cualquier otra cláusula que limite en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que ponga en peligro la consecución de los fines del mismo. No obstante, la presunción de abuso de la posición dominante puede desvirtuarse si se establece que las cláusulas aludidas, al considerarse en el conjunto del contrato, se encuentran equilibradas con obligaciones especiales que asume la empresa. La presunción se desvirtuará, además, en aquellos casos en que se requiera permiso expreso de la comisión para contratar una de las cláusulas a las que el citado artículo se refiere, y ésta lo haya dado.

21 Arts. 23 y 38 del Estatuto del Consumidor, Dcto. 3466 de diciembre de 1982.

22 Art. 29 del Estatuto del Consumidor, Dcto. 3466 de diciembre de 1982.

su celebración o concreción, hasta el período post-contractual, pasando por supuesto por la ejecución del mismo, por lo que, como ha sostenido la jurisprudencia, dicho principio está presente *in extenso*, además de que dicha presencia se caracteriza por su marcada "intensidad", durante todas las etapas en comento, razón por la cual cuando haya de juzgarse si el comportamiento de las partes se ajustó o no a los postulados de la buena fe, ello debe evaluarse de manera integral, revisando las posturas de las mismas en todos y cada uno de los momentos del negocio *sub examine*:

Señala la Corte en efecto:

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

De consiguiente, a las claras, se advierte que la buena fe no es un principio de efímera y menos de irrelevante figuración en la escena jurídica, por cuanto está presente, *in extenso*, amén que con caracterizada intensidad, durante las etapas en comento, tanto más si la relación objeto de referencia es de las tildadas de "duración" [...] Quiere decir lo anterior que para evaluar si un sujeto determinado actuó o no de buena fe, resulta imperativo examinar, en cada una de las precitadas fases, la conducta por él desplegada, pero de manera integral, o sea en conjunto, dado que es posible que su comportamiento primigenio, en estrictez, se ciña a los cánones del principio rector en cita y ulteriormente varíe, en forma apreciable y hasta sorpresiva, generándose así su inequívoco rompimiento. De allí que la buena fe no se pueda fragmentar, en orden a circunscribirla tan sólo a un segmento o aparte de una fase, por vía de ejemplo: la precontractual —o parte de la precontractual—, ya que es necesario, como corresponde, auscultarla *in globo*, según se indicó, valorando las diversas oportunidades que los interesados tuvieron para actuar con lealtad, corrección (*correttezza*) y diligencia, según sea el caso. Al fin y al cabo, sin excepción, ella se predica de la integridad de eslabones que, analizados en retrospectiva, conforman la cadena contractual (*iter contractus*), rectamente entendida. No es gratuito que el citado artículo 863 del Código de Comercio, *expressis verbis*, establezca un débito de comportamiento que cobija todo el "... período precontractual", sin distingo de ninguna especie²³.

23 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de agosto de 2001, exp. 6146, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

Debe destacarse que ya de tiempo atrás la jurisprudencia había declarado la obligatoria aplicación del principio de buena fe a la etapa que precede la celebración o formación del contrato aún antes de que así fuera expresamente establecido por el artículo 863 C. Co.²⁴.

Así mismo, no debe perderse de vista la trascendental importancia que adquiere la observancia del principio de buena fe incluso una vez finalizado el contrato, como quiera que la extinción de los derechos y las obligaciones emanadas del contrato no implica que las partes puedan dejar de cumplir los deberes inherentes al principio de buena fe, en todo aquello que guarde relación con la conservación de los efectos del contrato. De ahí que conforme a las exigencias de la buena fe los contratantes deberán omitir toda conducta mediante la cual se despoje a la otra parte de las ventajas del contrato o se divulgue o utilice indebidamente información confidencial obtenida en razón del mismo.

De otra parte, desde la perspectiva de los participantes en el negocio, hace igualmente énfasis la jurisprudencia en el carácter sinalagmático del principio, de lo que se deriva que la buena fe sea exigible por igual a todas las partes en el contrato²⁵.

Adicionalmente, en cuanto a la aplicación del principio de buena fe en lo concerniente a otras esferas de la contratación diversas de la privada, como aquella del derecho administrativo ha de señalarse la reiterada jurisprudencia y doctrina en el sentido de que dicho principio resulta plenamente aplicable en este ámbito.

La Corte Constitucional²⁶ así lo ha reiterado al resaltar la existencia y aplicación del principio de buena fe dentro del régimen colombiano de contratación estatal, expresamente contenido en el artículo 28 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública-Ley 80 de 1993²⁷, régimen que integra aquellos principios consustanciales a los contratos bilaterales, sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas que como el de buena fe promueven el equilibrio de

24 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia del 16 de diciembre de 1969.

25 En la citada sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 2 de agosto de 2001, la Corte resalta que la buena fe "es bipolar, en razón de que ambas partes deben observarla, sin que sea predicable, a modo de *unicum*, respecto de una sola de ellas, *v. gr.*: el tomador del seguro, ya que el asegurador predisponente, entre otras conductas a su cargo (positivas y negativas), debe abstenerse de introducir en el clausulado –que someterá a consideración de su cocontratante– cláusulas abusivas (Cas. Civ. de 2 de febrero de 2001, exp. 5670), y, en general, llegado el momento respectivo, honrar la palabra empeñada, cumpliendo para dicho fin la prestación asegurada, lo que supone estricto apego al postulado en referencia, en su vertiente objetiva (vid. Cas. Civ. de 19 de abril de 1999, exp. 4929, en la cual la Sala preconizó que la buena fe es 'un postulado de doble vía, que se expresa –entre otros supuestos– en una información recíproca')".

26 En sentencia T-209 del 17 de marzo de 2006, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

27 "En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos".

la relación jurídica contractual y, según lo señala la Corte, obligan 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, y a ceñirse en sus actuaciones a los postulados que la orientan, lealtad y honestidad, a la vez que contribuyen 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 administrados²⁸.

III. CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO DE BUENA FE

Bajo esta perspectiva cabe preguntarse: ¿cuáles son los efectos que se derivan de la condición de principio que nuestro sistema legal reconoce a la buena fe?

En primer término, resalta el carácter normativo de la buena fe, esto es, su capacidad para crear permanentemente reglas que las partes deben cumplir durante el *iter* contractual y su efecto integrador del contrato, en virtud del cual no se hace necesario pactar la buena fe para que los efectos derivados de la misma operen sobre todo contrato, sea mediante la imposición de reglas no previstas por las partes o mediante la restricción o modificación de las estipulaciones contractuales o del ejercicio abusivo de los derechos²⁹.

En efecto, a nuestro juicio la amplitud del principio, ese *manare latissime* o significado profundo y amplio del que hablaba CICERÓN (*de off.* 3. 17.70), que hace que la buena fe esté presente en las cosas fundamentales de la vida social, y que vincula al principio con deberes de honestidad, de probidad, de consideración de los intereses de la contraparte y por ende de colaboración y de solidaridad, de claridad, de diligencia, de equilibrio, de reciprocidad y de lealtad, entre otros muchos, que conducen a vedar el abuso del derecho o el enriquecimiento sin causa, todas reglas que emanan del principio de buena fe, lejos de diluir el principio de buena fe en una norma moral abstracta, hace que por el contrario lo concreten en valores objetivos, determinados por la riqueza de las reglas que emanan de la buena fe, que no admiten discrecionalidad alguna, pues el propio juez en su aplicación está sometido a los preceptos del principio. De otra parte, la buena fe no sólo integra el contenido

28 Corte Constitucional. Sentencia C-892 de 2001, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

29 Sobre este particular nos separamos de la posición asumida por el insigne profesor GABRIEL ESCOBAR SANÍN, para quien dada su amplitud "acaba por diluirse la buena fe en el inmenso campo de la moral. Pero no obstante lo anterior debe observarse que, si todos los principios del derecho cumplen la importante función de llenar los vacíos de las leyes y los contratos (arts. 4.º y 8.º Ley 153 de 1887), la buena fe lo hace con la cotidiana exigencia de las gentes que aunque ignoran su significado –bien difícil de precisar por juristas, sociólogos y moralistas– la intuyen, la presienten, la suplican y la determinan en sus efectos prácticos para cada situación concreta": G. ESCOBAR SANÍN. *Negocios civiles y comerciales, El contrato*, II, Bogotá, Biblioteca Jurídica Dike, 1994, 248-249.

del contrato en lo no contemplado por la ley o en los vacíos dejados por las partes en el ejercicio de su autonomía contractual, sino que en diversas oportunidades como principio constitucional impone la preservación de los postulados que de él emanan aun por encima de aquellos, tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia que se examinará en los acápite sucesivos. Ciertamente, como se observará, la tradición jurídica nacional ha reconocido ampliamente la primacía del principio de buena fe sobre la autonomía contractual, desde el propio artículo 1603 C. C. que imperativamente obliga a la integración del contenido del contrato conforme a las reglas de la buena fe; integración que debe hacerse de manera orgánica y sistemática, que no se reduce a llenar las lagunas de la convención, ni limita la función del juez a la aplicación de la buena fe como criterio de valoración de la ejecución del contrato con miras a la preservación del pacto contractual, ni le depara la mera función de guarda de la estática fidelidad al vínculo contractual o a la reconstrucción del mismo, sino que muy por el contrario conduce a que la buena fe se imponga sobre las previsiones contractuales cuando estas quebranten el principio de buena fe, lo que no implica un desconocimiento de la naturaleza del negocio, ni de la consideración de los intereses propios de la específica operación económica que las partes pretenden realizar.

No obstante, la aplicación de las reglas que derivan del principio no puede hacerse de una manera mecánica, sino teniendo en consideración el tipo contractual, las particulares reglas del contrato y la razón de ser de su propio equilibrio, así como las circunstancias del caso, tal y como lo exige la ductilidad del principio de buena fe.

Así mismo, se evidencia el *carácter de orden público* del principio, que como tal es inderogable y por ende no puede ser objeto de supresión o de limitación por virtud de un acuerdo entre particulares. Su obligatoriedad, como se dijo, está consagrada en el artículo 83 C. P., tanto para las actuaciones de los particulares como de las autoridades públicas.

Ahora bien, *la buena fe no es un criterio que amplía los poderes del juez*, como quiera que el propio juez está sometido a los preceptos del principio su aplicación no admite discrecionalidad, pues dado el carácter objetivo que se expresa en las reglas que del mismo emanan, tales reglas vinculan con igual fuerza al juez, descartando toda arbitrariedad de su parte; de manera que el fallador so pretexto de la aplicación del mismo no puede transgredir el propio principio.

Como lo ha reconocido la Corte Constitucional³⁰, en sentencia en la que con apoyo en la doctrina española sostiene:

... la aplicación del principio de la buena fe ha sido mirada con desconfianza por algunos. Sin embargo [...] a propósito de la aplicación del principio de la buena fe por

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

parte de los jueces, él "no supone la quiebra de la seguridad jurídica ni el imperio de la arbitrariedad ni disolver la objetividad del derecho; que los jueces, al enfrentarse en cada caso concreto con la actuación de la Administración pública y de los administrados, tengan siempre muy presente, entre los principios generales aplicables, aquel que protege el valor ético de la confianza. Interpretando las normas y actos en el sentido más conforme al mismo, y reaccionando por los medios adecuados frente a cualquier lesión que pueda sufrir, a fin de restablecer el orden jurídico perturbado"³¹.

IV. LAS REGLAS QUE EMANAN DEL PRINCIPIO

La fuerza de la buena fe, como principio normativo, integra el contenido del contrato, formándolo permanentemente a través del establecimiento de reglas concretas por virtud de las cuales se otorga la exacta dimensión al contenido de las obligaciones de las partes a la luz de la buena fe o en razón de la reducción o modificación de las previstas en el acuerdo, así como mediante la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos³².

En este orden de ideas, la buena fe obliga no solo a lo fijado en la convención y a los cuidados generales usuales entre personas honorables, sino a todas aquellas prestaciones accesorias que las circunstancias que rodean el negocio en cada momento vayan poniendo de manifiesto, con independencia de que hayan o no sido pactadas expresamente. Por tal razón se agregan al contrato, por ejemplo, obligaciones de información, de vinculación al pacto celebrado, no a la letra sino al verdadero interés de las partes, de lealtad, de diligencia, de cooperación, de transparencia, de solidaridad, de no contrariar los actos propios, etc., todas las cuales por virtud de la fuerza integradora de la buena fe y de su carácter norma-

31 J. GONZÁLEZ PÉREZ. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, 1989.

32 Ha señalado la jurisprudencia que la regla que prohíbe el abuso del derecho tiene su fundamento último en el principio de buena fe: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de agosto de 2000, exp. 5372, M. P.: JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES. En el mismo sentido la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 19 de octubre de 1994, exp. 3972, M. P.: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS, sostiene que "es precisamente penetrando con profundidad en esta idea —se refiere a la ética colectiva— como puede llegarse a percibir, sin que medie objeción valedera alguna, la evidente conexión que, en el plano de las relaciones contractuales, existe entre la prohibición del abuso y la exigencia de buena fe consagrada en los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil, ello hasta el punto de poder afirmarse sin 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 ilícito 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 hoy indiscutido', es válido 'para cualquier nexo jurídico existente, y fundamenta en el marco de éste no sólo deberes, sino que restringe también el ejercicio de facultades. Siempre que exista entre determinadas personas un nexo jurídico, están obligadas a no defraudar la confianza razonable del otro, tratando de comportarse tal como se puede esperar de una persona de buena fe' (*Derecho civil. Parte general*, cap. II. par. 13)" (se resalta).

tivo se entienden incorporadas al contrato, atendiendo a la naturaleza del mismo y de las particulares circunstancias del caso, sin necesidad de que hayan sido expresamente pactadas por las partes.

Pero como se expresó, la buena fe no sólo integra el contenido del contrato mediante la adición del contenido contractual, sino que también lo hace mediante la exclusión o modificación de las cláusulas contenidas en el acuerdo, como en el caso de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* o teoría de la imprevisión, la lesión enorme, la anulación de cláusulas abusivas, etc.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia colombiana, para la cual la buena fe comporta la obligación de cumplir las prestaciones con lealtad, honestidad y moralidad³³, además de señalar que la fuerza obligatoria de los contratos consagrada en el artículo 1602 C. C. colombiano, comporta que

... se deriva la necesidad, para cada uno de los contratantes, de ejecutar su prestación de conformidad con una serie de reglas jurídicas que son aplicables, unas, a todos los contratos, y otras, a los contratos sinalagmáticos únicamente. Las reglas aplicables a todos los contratos son estas: a) Las convenciones deben ser ejecutadas de buena fe, lo que vale decir que los contratantes deben proceder honesta y lealmente y ajustándose en un todo a los dictados de la equidad, y que deben cumplir sus obligaciones y ejercitar sus derechos sobre la base de que, habiendo sido como fue consagrada por la ley la obligación en razón de su utilidad social, no se puede abusar del derecho ni perder de vista la finalidad de la convención. b) El deudor de la obligación debe poner, en el cumplimiento de ésta, la diligencia y el cuidado de un buen padre de familia, cuando se trata de convenciones como la que se estudia, hechas en beneficio recíproco de las partes³⁴.

Ciertamente la buena fe ha sido reconocida reiteradamente como creadora de obligaciones:

33 Corte Constitucional. Sentencia C-865 del 7 de septiembre de 2004, exp. D-5057, medianate la cual se resuelve la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 252 (total) y 373 (parcial) del Código de Comercio, M. P.: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL, en la que la Corte expresa: "Según el principio de buena fe contractual, las partes obligadas por un acto jurídico actúan bajo los parámetros de la recta disposición de la razón dirigida al cumplimiento fiel de las obligaciones derivadas del acto. Se trata de reconocer que al momento de aceptar la realización de una determinada prestación, se procederá con honestidad, lealtad y moralidad". En el mismo sentido Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 23 de junio de 1958.

34 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de febrero de 1936, M. P.: EDUARDO ZULETA ÁNGEL, a la vez que la Corte Constitucional se pronuncia sobre la extensión del principio al señalar que "el contenido y alcance de esta disposición –se refiere al artículo 83 de la Constitución– se descubre en la voluntad expresada por el Constituyente de que *este principio ilumine 'la totalidad del ordenamiento jurídico'* y lo haga a título de garantía del particular ante el universo de las actuaciones públicas" (se resalta); así mismo Corte Constitucional. Sentencia T-487 del 11 de agosto de 1992, exp. T-2047, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Posición esta reiterada por la misma Corte. Sentencia T-075 del 7 de febrero de 2002, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

Aludir a la buena fe en materia de la formación y ejecución de las obligaciones, aparea ajustar el comportamiento a un arquetipo o modelo de conducta general que define los patrones socialmente exigibles relacionados con el correcto y diligente proceder, la lealtad en los tratos, la observancia de la palabra empeñada, el afianzamiento de la confianza suscitada frente a los demás; en síntesis, comportarse conforme se espera de quienes actúan en el tráfico jurídico con rectitud, corrección y lealtad. Y cabalmente, a tan amplio espectro de actuación se refiere el citado artículo 863 del Código de Comercio, de manera, pues, que el proceso de creación de las relaciones obligatorias debe sujetarse a ciertas normas sociales concretas que subyacen en la conciencia ético-jurídica de las comunidades, o sectores de las mismas y que imponen a las personas guardar fidelidad a la palabra dada, no traicionar la confianza despertada en los demás, no interrumpir abrupta e injustificadamente las negociaciones, entre otras³⁵.

De manera que apelando al mencionado principio, la jurisprudencia destaca la lealtad con que deben comportarse las partes en el plano negocial, la cual reviste un aspecto tanto activo como pasivo³⁶, con fundamento en lo cual sostiene que la buena fe obliga a las partes a tener un comportamiento leal entre sí, lo que prohíbe todo tipo de maniobras deshonestas en el ámbito de la competencia comercial³⁷, al igual que veda un malintencionado cumplimiento formal de los términos del contrato, so pretexto de la vinculación al contrato mismo que manda la buena fe, cuando con ello se configura una conducta desleal que termina por transgredir el propio principio³⁸.

35 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de agosto de 2000, exp. 5372, M. P.: JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES.

36 Sobre este particular la Corte Constitucional en sentencia C-544 del 1.º de diciembre de 1994 señaló: "La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma" (M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA).

37 Constituyen transgresión de la lealtad y por ende de la buena fe las prácticas comerciales desleales, como el *dumping*: Corte Constitucional. Sentencia del 28 de octubre de 1993, rad. T-492-93, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL: "Las responsabilidades a que la Constitución condiciona la 'libre competencia', suponen en la práctica una serie de limitaciones a su ejercicio, que no se pueden desconocer porque de hecho se entra en el terreno de lo indebido, del abuso del derecho a competir, o si se prefiere, en el campo de la 'competencia desleal'. En este ámbito, se desplaza la lealtad por las maniobras deshonestas, el libre juego entre los competidores por las prácticas de mala fe, todo ello reñido, como es obvio, con la rectitud comercial. La venta a precio de *dumping* es una práctica contraria a la competencia leal, y como tal constituye un 'abuso del derecho'".

38 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de marzo 2003, M. P.: JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES, en la cual se demandaba el incumplimiento de una promesa de compraventa de un inmueble por no haberse presentado una de las partes en la notaría a la hora señalada en el texto de la promesa a pesar de que previamente ambas partes se habían acercado a la notaría y sus funcionarios les habían informado que por aspectos administrativos de la notaría sólo se les podría atender en horario diferente al fijado en la promesa; al respecto señala la Corte: "la hora a la que, a la pos-

De otra parte, la buena fe otorga especial realce al deber de información que se deben las partes como manifestación de los deberes de corrección y lealtad exigibles en todo trato negocial³⁹; deber que no se agota en la etapa precontractual, sino que debe cumplirse durante todo el desarrollo del negocio⁴⁰.

Señala al efecto la jurisprudencia que dentro de los deberes de corrección y lealtad que se exigen a toda persona que emprenda tratos negociales, "se encuentra el que atañe con las informaciones o declaraciones que está llamado a suministrar, cuando a ellas hay lugar, en relación con el objeto, circunstancias o particularidades del acuerdo en camino de consumación, y cuya importancia, si bien variable, resulta substancial para efectos de desembarazar el consentimiento del destinatario de artificios o vicios que lo afecten"⁴¹.

Dicho deber de información cobra vital importancia en las complejas negociaciones modernas, tanto por la naturaleza de los bienes y servicios ofrecidos⁴²,

tre, debía otorgarse el instrumento de venta no era la de las 9 a.m., señalada en la promesa, sino la de las 3 de la tarde –según el turno asignado en la notaría–; lo que el accionante en definitiva pretendía era aprovecharse malintencionadamente de esa situación, contrariando con ello los postulados de la buena fe contractual".

39 Un trabajo detallado y profundo en materia del deber de información en el ámbito del derecho de seguros ha sido recientemente publicado en esta *Revista* por el profesor A. ORDÓÑEZ. "Los deberes recíprocos de información en el contrato de seguro. Y especialmente el deber de información del asegurador frente al tomador del seguro", *Rev. der. priv.* 9, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, 75-114.

40 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de agosto de 2001, exp. 6146, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO. La Corte por su parte, después de hacer un análisis sobre la extensión del deber de buena fe, en el sentido de que el mismo incumbe a las dos partes y está presente en todo el *iter* contractual, señala que "aplicado el discurso que antecede al contrato de seguro, concretamente a su fase precontractual (buena fe *in contrahendo*), salta a simple vista su conexión y pertinencia, puesto que la carga (*onere* u *Obliegenheit*) de declarar el estado del riesgo, radicada en cabeza del candidato a tomador, no se agota por completo al momento de responder el cuestionario formulado por el asegurador, como *prima facie* pudiera parecer de una inconexa y avara lectura del primer inciso del artículo 1058 C. Co., habida consideración que la plausible –y terminante– exigencia de 'declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo', en sí misma considerada, posee un espectro más amplio y, por contera, es titular de una proyección sustancialmente mayor, como tal llamada a trascender el diligenciamiento del cuestionario en comento, que servirá como aquilatada brújula para orientar la tipología de sus respuestas, pero en manera alguna para entender que, una vez obtenidas, cesa –o fenece– dicha exigencia".

41 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de abril de 2001, exp. 5716, M. P.: JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES.

42 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 octubre de 1995, exp. 4640, M. P.: PEDRO LAFONT PIANETTA, en la que se señala: "en lo tocante al contrato de seguro el concepto de buena fe adquiere mayor severidad porque, a diferencia de muchos otros contratos en que la astucia o habilidad de las partes pueden llevarlas a obtener ciertas ventajas amparadas por la ley, en el contrato de seguro esta noción ostenta especial importancia, porque tanto en su formación como en su ejecución él se supedita a una serie de informaciones de las partes, que muchas veces no implican verificación previa, generalmente estas manifestaciones en lo que respecta al tomador o asegurado las hace al solicitar el seguro, las que exige la ley deben hacerse con pulcritud, que sean verídicas y que no haya callado ni ocultado circunstancias que de conocerlas el asegurador, no habría consentido en el contrato, o habría consentido en él bajo otras

como por la desigual posición que asume la parte débil en la negociación, trátase de consumidor o de empresas comercialmente subordinadas, de manera que tal deber no sólo debe atender a la calidad de los participantes, sino a la naturaleza del contrato y a las particularidades del negocio.

De ahí que la jurisprudencia haya advertido con agudeza que el deber de información que emana de la buena fe no se encuentra desligado del propio deber de diligencia que incumbe a la contraparte que lo reclama, cuando quiera que su carácter de profesional, las condiciones impuestas en el negocio y su particular posición dominante en el contrato indican que dicha parte pretende aprovecharse de omisiones de información de su contraparte para no cumplir un contrato que ahora alega como viciado, a pesar de que poseía elementos de juicio, o debió obtenerlos, que suplían la ausencia de información de la contraparte, por lo que en este caso la buena fe obliga al cumplimiento del contrato.

Sobre este particular señala la jurisprudencia:

... así las cosas, si en función de la peculiar mecánica inherente a la formación del consentimiento en el contrato de seguro, connatural a determinados negocios de confianza, el legislador lo que persigue es evitar que la aseguradora sea sorprendida, engañada o timada por su cocontratante, o que aun siéndolo, según sea el caso, éste obtenga un beneficio ilícito de ello, es más que consecuente entender que el conocimiento previo radicado en cabeza del virtual afectado, purifica la relación negocial y purga, *in radice*, la sanción legal en cuestión, consistente en la nulidad relativa derivada de la reticencia o inexactitud en la que materialmente incurrió el candidato a tomador, dado que tuvo a su alcance la información adecuada e indicativa para escrutar su querer, por manera que si contrató, debe suponerse que lo hizo en condiciones de razonable equilibrio informativo. Situación diferente, aun cuando no en sus efectos – que son simétricos–, es que no lo haya hecho, pudiéndolo efectivamente hacer [...] Y

condiciones. Las exigencias legales sobre la obligación de declarar sinceramente todas las circunstancias necesarias para apreciar exactamente el riesgo que se va a cubrir, además de ser requisito del objeto, constituyen la motivación para contratar. De allí que el estatuto de comercio contenga en los dos primeros incisos del artículo 1058 severos parámetros de conducta al tomador del seguro, a quien le ordena que declare ‘sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado de riesgo según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador’, y le señala las consecuencias que le conlleva si procede con reticencia o inexactitud. Se trata como ya se anotó, de exigencias legales para la contratación, tendientes a que el consentimiento del asegurador se halle libre de todo vicio, especialmente del error, para que pueda conocer en toda su extensión el riesgo que va a asumir, exigencias que deben cumplirse cualquiera [*sic*] que sean las circunstancias en que se produzcan tales declaraciones, esto es, que bien se hagan a iniciativa del particular o de la compañía aseguradora; ora sean precedidas o no de efectos, situaciones o contrataciones anteriores. Es decir, de una u otra manera, lo primordial, lo importante es que las declaraciones que el tomador del seguro haga, sean sinceras, exactas y sin reticencias [...] Contempla el citado artículo que la reticencia o inexactitud del asegurado en la declaración de los hechos o circunstancias necesarias para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión del riesgo, producen la nulidad relativa del contrato de seguro o la modificación de las condiciones”.

es que resulta razonable que si la entidad aseguradora, como un indiscutido profesional que es, en tal virtud "debidamente autorizada" por la ley para asumir riesgos, soslaya información a su alcance racional, de suyo conducente a revelar pormenores alusivos al estado del riesgo; o renuncia a efectuar valoraciones que, intrínsecamente, sin traducirse en pesado –u oneroso– lastre, lucen aconsejables para los efectos de ponderar el riesgo que se pretende asegurar, una vez es enterado de posibles anomalías, o en fin deja de auscultar, pudiendo hacerlo, dicientes efectos que reflejan un específico cuadro o estado del arte (existencia de ilustrativas señales), no puede clamar, *ex post*, que se decrete la nulidad, como si su actitud fuera la de un asegurador acucioso y diligente, presto a ser informado, es cierto, pero igualmente a informarse [...] Como se tiene claramente establecido, no es suficiente que se aduzca la mera gestación de estado de desconocimiento o de ignorancia fáctica acerca de unos específicos hechos, porque es menester que dicho estado o ignorancia se generen en forma legítima o se tornen excusables ("carga de diligencia") [...] Quiere decir lo anterior que si bien el asegurador es sujeto pasible de intensa y plausible protección de cara al fraude, a la deformación consciente de la realidad, o a la mera inexactitud patrocinados por determinados e inescrupulosos candidatos a tomadores que socavan el acrisolado postulado de la buena fe, aquel no puede asumir invariable e irrestrictamente, una actitud rayana en la pasividad, más propia de espectadores que de partícipes en una relación negocial, así sea en potencia, *a fortiori* cuando sobre él gravita, como acontece en general con todo extremo de un acuerdo volitivo, un correlativo deber de colaboración que, desde un ángulo más solidario –bien entendido–, se orienta a la satisfacción del interés de su contratante, lo que específicamente supone, según reconocida doctrina jusprivatista, una dinámica cooperación en beneficio ajeno, vívida explicitación de una de las múltiples aplicaciones del consabido postulado de conformidad con un criterio de reciprocidad, referido a la buena fe objetiva, continente de los –llamados– deberes instrumentales o secundarios alusivos al comportamiento *inter partes*, incluido el precontractual⁴³.

De otra parte, la buena fe exige el deber del respeto de los derechos ajenos y la prohibición del abuso de los propios⁴⁴, y así lo ha reconocido la jurisprudencia cuando declara que la condena jurídica de los comportamientos abusivos del titular de un derecho subjetivo se inspira en los postulados de la "buena fe"⁴⁵. Entendiendo como abusivas y, subsecuentemente, generadoras de la obligación

43 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de agosto de 2001, exp. 6146, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO. En igual sentido, 18 de octubre de 1995, exp. 4640, M. P.: PEDRO LAFONT PIANETTA.

44 En relación con el tema del abuso del derecho es preciso consultar el destacado trabajo del profesor E. RENGIFO GARCÍA. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

45 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia del 19 de octubre de 1994; en otras jurisprudencias la Corte extiende el abuso del propio derecho al embargo excesivo de bienes del deudor: sentencia del 30 de octubre de 1935; a la temeraria denuncia criminal: sentencia del 5 de agosto de 1937; a la insistencia en el secuestro de bienes no pertenecientes al ejecutado: sentencia del 19 de mayo de 1941; al abuso del derecho a litigar: sentencia del 22 de junio de 1943.

indemnizatoria aquellas actividades protegidas por el derecho que se ejecuten anómala o disfuncionalmente, motivadas por intereses inconfesables, ilegítimos o injustos que se aparten de los fines económico-sociales que le son propios o que comportan el ejercicio malintencionado o inútil del derecho subjetivo⁴⁶.

Agrega otra jurisprudencia que constituyen

... características arquetípicas de las cláusulas abusivas –primordialmente–: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial –vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe, probidad o lealtad–, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes⁴⁷.

En este orden de ideas, constituye ejemplo de abuso del derecho: el ejercicio abusivo del llamado “poder de negociación”, pues como señala la jurisprudencia,

... la ética colectiva, aquella que la sociedad ampara y procura hacer efectiva con su aprobación o con su rechazo, le dispensa holgada cobertura al ordenamiento positivo el cual, sin las ataduras impuestas por indoblegables guiones conceptuales, recoge las normas de comportamiento individual exigibles para asegurar una convivencia social justa [...] y un ejemplo sin duda persuasivo de esa clase de comportamientos irregulares, lo suministra el ejercicio del llamado “poder de negociación” por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación⁴⁸ (se resalta).

Especial reproche merece asimismo en particular el ejercicio de la “posición dominante”, en cuanto rompe el equilibrio contractual⁴⁹, o se traduce en conductas

46 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de agosto de 2000, exp. 5372, M. P.: JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES.

47 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de febrero de 2001, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

48 La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 19 de octubre de 1994, exp. 3972, M. P.: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS, en la que se plantea el abuso derivado del hecho de que una entidad financiera colocada en posición dominante frente a los usuarios del servicio, exige prestaciones complementarias bajo la modalidad de contratos ligados que, por obra de sus propias cláusulas o debido a la forma como la institución los ejecuta para ventaja suya, redundan en daño para quienes en la práctica se ven obligados a aceptarlos. En el mismo sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de agosto de 2000, exp. 5372, M. P.: JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES.

49 Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. Sentencia T-321 del 1.º de abril de 2004, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA, en la que se discute si constituye un abuso de posición dominante la pretensión de un banco de conservar hipotecados en su favor los inmuebles

mediante las que "se saca provecho de los desequilibrios económicos o se induce a los mismos"⁵⁰.

A título de ejemplo traemos a colación lo que ha sostenido la Corte en materia de contratación con entidades financieras:

Para esa Sala de Casación el abuso del derecho en prácticas bancarias está ligado al abuso de la posición dominante que ostenta la entidad financiera respecto del usuario [...] La posición dominante de la entidad financiera le permite a ésta incidir no sólo en las condiciones en que se celebra el contrato sino también en la ejecución y cumplimiento del mismo, por lo cual debe entenderse que se presenta abuso de tal

cuya obligación hipotecaria ya ha sido satisfecha, con el propósito de obtener el cumplimiento de otra obligación, a su vez respaldada con una hipoteca diferente, so pretexto de que la primera hipoteca es abierta y sin límite de cuantía, por lo que respaldaría todas las obligaciones presentes y futuras de la cliente frente a la entidad financiera, en relación con lo cual la Corte señala: "la posición dominante de la entidad financiera le permite a ésta incidir no sólo en las condiciones en que se celebra el contrato sino también en la ejecución y cumplimiento del mismo, por lo cual debe entenderse que se presenta abuso de tal posición cuando, por acción o por omisión, la entidad saca provecho de los desequilibrios económicos o los induce. Ello muestra que el uso de la posición dominante por parte de la entidad financiera puede traducirse en ciertos eventos en un abuso de los derechos de la misma. Esa traducción opera en aquellos casos en los cuales el banco, abusando de su posición dominante, no sólo modifica las reglas de juego establecidas sino que además hace uso indebido de las prerrogativas que el ordenamiento jurídico le ha atribuido. Por ello [...] siempre que la entidad financiera agravie intereses de los usuarios sin que le asista para el efecto un fin serio o legítimo, o sin que los medios que emplee sean necesarios para el logro de un fin jurídicamente válido, se estará ante un abuso del derecho. La Sala considera que esa doctrina elaborada por la Sala de Casación Civil es perfectamente aplicable al caso bajo estudio, pues está basada en una lectura del texto constitucional –art. 95 num. 1– compatible con la lectura que del mismo ha efectuado la Corte Constitucional, cual es que la persecución de fines *prima facie* legítimos por parte de los particulares que prestan un servicio público es constitucional siempre que los medios empleados sean proporcionales para alcanzar esos fines y no existan otros medios que revistan la misma efectividad y sean más benignos con los derechos fundamentales del usuario de la entidad que se halla en posición dominante [...] En tal sentido, se observa que las medidas adoptadas por aquel tendientes a conservar hipotecados los inmuebles cuya liberación solicita la actora por vía de tutela, aparecen como innecesarias y, por lo mismo, como carentes de proporcionalidad". En igual sentido, Casación Civil. Providencia del 9 de agosto de 2000, exp. 5372, M. P.: JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES. Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia, en casación del 19 de octubre de 1994, sostuvo: "Y un ejemplo sin duda persuasivo de esa clase de comportamientos irregulares, ha dicho la Corte, lo suministra el ejercicio del llamado 'poder de negociación' por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación". En este sentido Corte Constitucional. Sentencia T-105 de 1994.

50 Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. Sentencia del 1.º de abril de 2004, exp. T-826130, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

posición cuando, por acción o por omisión, la entidad saca provecho de los desequilibrios económicos o los induce. Ello muestra que el uso de la posición dominante por parte de la entidad financiera puede traducirse en ciertos eventos en un abuso de los derechos de la misma. Esa traducción opera en aquellos casos en los cuales el banco, abusando de su posición dominante, no sólo modifica las reglas de juego establecidas sino que además hace uso indebido de las prerrogativas que el ordenamiento jurídico le ha atribuido. Por ello [...] siempre que la entidad financiera agrave intereses de los usuarios sin que le asista para el efecto un fin serio o legítimo, o sin que los medios que emplee sean necesarios para el logro de un fin jurídicamente válido, se estará ante un abuso del derecho⁵¹.

Así mismo, la jurisprudencia entiende configurado el abuso del derecho en la etapa precontractual, cuando quiera que se abusa del derecho a no contratar:

Cierto que en el marco de las negociaciones no solamente se compromete la responsabilidad que deviene por el incumplimiento de las obligaciones nacidas de un vínculo jurídico acabado. Porque siendo verdad que a una relación de esta índole originada en un contrato no se llega siempre de manera instantánea, no conviene mirar con dejamiento todos aquellos pasos que previamente se cumplen a menudo con el fin de lograr ese acuerdo de voluntades que lo caracteriza. Allí, en tal etapa, se realizan esfuerzos de la más variada índole, precisamente encaminados a cristalizar expectativas y planes económicos, notándose la presencia de una serie de encuentros, de contactos, de intercambios de opiniones y de consulta entre las partes, todo lo cual no puede resultar frustrado inicua y no más que respaldados por el principio de la libertad contractual [*sic*]; antes bien, la conducta que deben observar quienes así se contactan en pos de un designio contractual deben ajustarla al principio de la buena fe. Traduce esto que cuando alguien abusa del derecho de no contratar, es preciso pasar de largo ante tan cimero postulado de la libertad que se tiene para contratar, y ver entonces comprometida igualmente su responsabilidad civil, la que por tener su génesis en el camino cumplido para llegar a un contrato que finalmente no se produjo, ha dado en denominarse responsabilidad precontractual [...] Por lo mismo, se trata de una responsabilidad que impide "que una parte abuse de su libertad para concluir o no el contrato proyectado, en daño de aquella otra cuyo interés ha sido solicitado por ella"; de modo tal "que una interrupción intempestiva de las negociaciones sin motivo justo (*culpa in contrahendo*) puede dar derecho a una indemnización por el daño que sea consecuencia de la defraudación de la confianza en la seriedad de los tratos que venían realizándose"⁵².

Dicho abuso del derecho a no contratar adquiere relieves de iniquidad cuando se trata de la negativa de una entidad financiera a realizar el desembolso de un cré-

51 Ídem. En igual sentido Casación Civil. 9 de agosto de 2000, exp. 5372, M. P.: JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES.

52 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de marzo de 1998, exp. 4962, M. P.: RAFAEL ROMERO SIERRA. En igual sentido, Casación Civil. 28 de junio de 1989, M. P.: RAFAEL ROMERO SIERRA, sin publicar.

dito, no obstante haber procedido a recibir del futuro deudor garantías reales que ampararan dicho crédito, so pretexto de que en la escritura de constitución de tales garantías se expresó que el otorgamiento del instrumento en mención no implicaba obligación o promesa alguna para la entidad financiera de celebrar operaciones de cualquier clase o modalidad con el deudor, abuso que es calificado de *culpa in contrahendo* y que para la jurisprudencia da lugar al pago de perjuicios generados por el no desembolso del crédito⁵³.

Igualmente, es la buena fe la que impone el deber de diligencia con que deben comportarse las partes⁵⁴, a la vez que hace énfasis en el deber de claridad en los términos del contrato, a fin de que se brinde la certeza y la seguridad jurídica respecto del contenido de las prestaciones acordadas, deber que incorpora el valor ético de la confianza mutua, cuya relevancia se hace mayor en los contratos de adhesión⁵⁵.

Precisamente, es la buena fe la que impone el respeto por la firmeza de los acuerdos y la vinculación a los mismos que se ha expresado con la máxima *pacta sunt*

53 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 27 de marzo de 1998, exp. 4798, M. P.: JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ. En esta jurisprudencia se debate la procedencia de la declaratoria de responsabilidad civil y por ende el deber de sufragar los perjuicios materiales y morales ocasionados al demandante, por no haber efectuado la entidad financiera el desembolso de un crédito, no obstante "estar cubierto con garantías reales", constituidas mediante escritura en cuya cláusula cuarta el comprador expresó que el otorgamiento de la escritura pública en mención no implicaba obligación o promesa alguna para la caja de celebrar operaciones de cualquier clase o modalidad con el deudor, pues ella quedaba en libertad de hacerlo. Al respecto sostiene la corporación: "la Corte no puede dejar pasar por alto el contenido de notoria iniquidad que comporta la inteligencia que el Tribunal le confirió a la cláusula contractual, exhibida por la parte demandada como exonerativa de cualquier compromiso con el demandante, porque de admitirse esa como una interpretación aceptable para ese tipo de cláusulas de estilo, se estarían desconociendo directrices jurisprudenciales que en el campo de la hermenéutica han sido propuestas, amén de dar pábulo a prácticas irregulares que a su vez se tornan abusivas, porque con fundamento en tales interpretaciones y concurriendo circunstancias como las que el caso en estudio ofrece, se deja al usuario del servicio de crédito en manos de la entidad financiera, que de por sí en una economía de mercado tiene una posición dominante, más cuando se trata del incumplimiento de cláusulas fundamentales del contrato. Recuérdese que la entidad demandada suscribió la escritura de compraventa del barco, donde aparece que parte del precio sería pagado con el préstamo otorgado por la demandada, siendo ésta, entonces, una legítima expectativa que la entidad financiera no podía defraudar sin causa justificativa, pues ella con su propia conducta había contribuido a formarla. De manera que la llamada 'razonabilidad del contrato', no permite frente a cláusulas de esa estirpe un control de contenido distinto a aquel que tenga como norte el postulado de la buena fe, que es el único que al fin y al cabo permite no sólo mantener el equilibrio contractual, que cláusulas como la comentada tienden a desvirtuar, sino controlar el poder efectivo de una de las partes".

54 Sostiene la Corte Suprema de Justicia que conforme a la buena fe, el deber de información en el contrato de seguro impone diligencia de la aseguradora: Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 19 de mayo de 1999, exp. 4923, M. P.: JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ; así mismo, señala de manera expresa la Corte Constitucional que la buena fe implica diligencia: sentencia del 3 de febrero de 1999, rad. C-054-99, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

55 Corte Constitucional. Sentencia T-105 del 24 de marzo de 1998.

servanda. En efecto, como se ha reconocido desde antaño, la buena fe implica el respeto a la palabra empeñada, la escrupulosa y sincera observancia de las promesas y de los pactos, la veracidad y la constancia en los compromisos asumidos⁵⁶.

Ahora bien, el mismo principio nos previene en el sentido de que la buena fe no puede ser entendida como simple respeto de la palabra empeñada, sino que más allá del acatamiento formal del pacto convenido, la buena fe responde a una concepción sustancial, conforme a la cual, no basta el cumplimiento literal de los compromisos asumidos y el mantener la palabra empeñada en los términos estrictamente convenidos, como quiera que ello puede no tener en cuenta cabalmente las exigencias del principio. Ciertamente la buena fe comporta además adoptar en el cumplimiento del propio compromiso un comportamiento leal, propio de una persona honesta, que observe los especiales deberes de conducta que se deriven de la naturaleza de la relación jurídica y de las finalidades perseguidas por las partes, todo lo cual puede conducir a una interpretación de las obligaciones derivadas del contrato en términos que se aparten de la literalidad del mismo⁵⁷.

No de menor trascendencia resulta el hecho de que justamente es la buena fe la que pone en relación dicho principio con deberes de cooperación con la contraparte⁵⁸, de honestidad y de respeto a un determinado estándar de usos sociales y buenas costumbres⁵⁹.

- 56 Corte Constitucional. Sentencia del 19 de febrero de 1998, rad.: SU-039-98, M. P.: HERNANDO HERRERA VERGARA, en la que la Corte al considerar que la buena fe "se entiende comprendida como parte integral e inescindible de la relación jurídica establecida entre las partes", alude a la firmeza de los acuerdos con fundamento en el aludido principio: "Lo anterior, pues no es posible admitir que con posterioridad a la celebración del respectivo contrato se modifiquen en forma unilateral las prestaciones que deben ser asumidas". En el mismo sentido las sentencias relativas a las modificaciones unilaterales a los contratos de mutuo suscritos con sus afiliados, realizadas por el Fondo Nacional del Ahorro: Corte Constitucional. Sentencia T-793 del 23 de agosto de 2004, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 7 de octubre de 2004, C. P.: LIGIA LÓPEZ DÍAZ.
- 57 En este sentido la precedentemente citada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 17 de marzo de 2003, en la cual se demandaba el incumplimiento de una promesa de compraventa, en razón de que una de las partes se había presentado a la notaría en hora diversa de la fijada en el texto de la promesa, desconociendo deslealmente que tal circunstancia obedeció al hecho de haber sido fijado por la notaría, en presencia de ambas partes, una hora diferente por razones administrativas, lo cual a la luz de la buena fe hace imposible el pretender acogerse a la literalidad del acuerdo.
- 58 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de mayo de 2003, exp. 7125, M. P.: JORGE SANTOS BALLESTEROS: "Se trata en síntesis de un comportamiento remiso, desplegado por el asegurado con ocasión de la objeción al siniestro que reclamó y continuado luego en el mismo proceso en que demanda judicialmente el pago de la prestación asegurada, que de ninguna manera encaja dentro de los deberes de lealtad, probidad y buena fe que las partes, en cualquier contrato y más en éste de seguro, se deben recíprocamente, deberes que apuntalan la coherencia intrínseca y total que debe ostentar el comportamiento contractual de una parte frente a la otra, de modo que tanto en la etapa de preparación como en la de ejecución del contrato —que es la que acá

Deberes estos que atañen igualmente al carácter sinalagmático del principio que implica no sólo la preservación del equilibrio de los intereses de las partes sino también la existencia de reciprocidad⁶⁰, que se evidencian como sustento de la *exceptio non adimpleti contractus* y de la acción resolutoria⁶¹, por ejemplo.

Particular interés ha suscitado tanto para la doctrina⁶², como para la jurisprudencia colombiana y la jurisdicción arbitral, la regla que prohíbe el *venire contra factum proprium*, teoría de los actos propios o protección de la confianza legítima, que como manifestación del principio de buena fe, ha procedido a aplicar en materia contractual⁶³ en diversas oportunidades:

se debate— se manifieste una actitud de cooperación y no de entramamiento, deberes éstos ínsitos en los artículos 1074 y 1075 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 1603 del Código Civil, en lo que hace a la fase contractual. Porque en relación con la fase procesal en que se vierte la reclamación judicial, es obvio que la lealtad y la buena fe también gobiernan la conducta de las partes, como así lo proclama el artículo 71 del Código de Procedimiento Civil" (se resalta).

59 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 23 de junio de 1958.

60 Laudo arbitral del 11 de octubre de 2001 que decidió las controversias suscitadas entre Andino Capital Markets S. A. Comisionista de Bolsa en liquidación e Interamericana de Seguros S. A. Participaron como árbitros: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO, JORGE SUESCÚN y ANDRES ORDÓÑEZ. En dicho laudo manifestó el tribunal que la inclusión de una cláusula abusiva dentro del contrato que comportaba una carga probatoria excesivamente gravosa para una de las partes "comporta un desequilibrio contractual evidente que podría llegar a hacer nugatoria la reciprocidad esencial del contrato".

61 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de febrero de 1936, M. P.: EDUARDO ZULETA ÁNGEL: "Así —mediante las dos instituciones explicadas: *exceptio non adimpleti contractus* y acción resolutoria— se asegura en los contratos sinalagmáticos el equilibrio de los intereses de las partes; se realiza el principio de simetría contractual derivado de la reciprocidad y correlación de los compromisos surgidos de las convenciones bilaterales, y se atiende a las consecuencias que en el mecanismo de tales convenciones tienen el principio de la buena fe, la noción de causa y la de móviles determinantes del acto jurídico". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de septiembre de 1938, M. P.: JUAN FRANCISCO MUJICA: "La excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*) y la excepción de contrato no cumplido pertinentemente (*exceptio non rite adimpleti contractus*), que se fundamentan en notorios principios de justicia y en una de las consecuencias de la buena fe con que deben ejecutarse los pactos, son distintas del derecho legal a resolver un contrato".

62 M. L. NEME VILLARREAL. "Venire contra factum proprium, prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe", en AA. VV. *Estudios de derecho civil, Obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de Rectoría 1963-2003*, III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, 11 a 56.

63 Al respecto cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-478 de 1998, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, reiterada en sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001, en las que la Corte sostiene: "el principio constitucional de buena fe, que se manifiesta en la protección de la confianza legítima, garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente, tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias. En estos casos, la actuación posterior es contraria al principio de la buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación [...] según la máxima latina *venire contra factum proprium non valet*".

Así lo ha hecho al señalar que la conducta de una parte que entiende surtidos los requisitos para obligarse en una relación contractual la vincula, imposibilitándole defraudar la confianza generada en la contraparte al pretender posteriormente desconocer el contrato alegando la omisión de alguno de tales requisitos⁶⁴; al igual que al manifestar que la voluntad de renunciar a la exigencia de la prestación en los términos inicialmente convenidos, impide que posteriormente se pretenda pedir su cumplimiento en tales términos⁶⁵.

Así mismo, el mencionado deber de coherencia hace exigible la vinculación a la palabra empeñada, con independencia de la observancia de las formalidades, cuando la actuación precedente de una de las partes así lo ha admitido⁶⁶; al igual que el comportamiento de una de las partes en la etapa pre-contractual la vincula, obligándola a preservar la confianza generada en la contraparte⁶⁷; además de que el retardo desleal en el ejercicio de un derecho vincula y, en cuanto tal, obliga a preservar la confianza justificada de la contraparte en que el titular no hará uso de tal derecho⁶⁸.

En fin, constituyen aplicaciones de la prohibición de obrar contra los actos propios, la prohibición de alteración unilateral de los términos contractuales causada por alguna de las partes⁶⁹; al igual que la conducta de una entidad financiera

64 La Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas. Sentencia del 28 de febrero de 2000, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ, se pronunció sobre la revisión de la tutela instaurada por un estudiante contra una caja de compensación familiar, que habiendo otorgado una beca al accionante por razón de méritos académicos, pretende dar por terminado el contrato con el becario, con base en un concepto rendido por la Superintendencia de Subsidio Familiar, en el sentido de que a los becados sólo se les podrá pagar sus estudios si estos son beneficiarios directos del subsidio familiar de la entidad que otorga la beca, situación en la que no se encontraba dicho estudiante.

65 Laudo arbitral del 24 de octubre de 2002, del Tribunal de Arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, constituido por los árbitros principales SAÚL SOTOMONTE SOTOMONTE, GASPAR CABALLERO SIERRA y FRANCISCO REYES VILLAMIZAR.

66 Laudo arbitral del tribunal de arbitramento de Multiphone S.A. contra Bellsouth Colombia S.A. del 17 de marzo de 2004, proferido por el tribunal integrado por GILBERTO PEÑA CASTRILLÓN, presidente, MARCELA CASTRO DE CIFUENTES y ERNESTO RENGIFO GARCÍA; en el mismo sentido el laudo arbitral del 26 de enero de 2001, proferido por el tribunal de arbitramento constituido por NICOLÁS GAMBOA MORALES, JORGE CUBIDES CAMACHO y LUIS FERNANDO SALAZAR LÓPEZ para dirimir, en derecho, las diferencias presentadas entre la convocante, una sociedad constructora, la Sociedad Proctor Ltda., y la Caja de Compensación Familiar Comcaja.

67 Consejo de Estado. Providencia del 10 de septiembre de 1992, exp. 6822, C. P.: JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA, actor: Suramericana de Construcciones S. A., contra el Instituto de Crédito Territorial (hoy Inurbe).

68 Laudo arbitral del 10 de julio de 2000, proferido por el tribunal de arbitramento constituido por JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO, JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR y JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA para resolver las controversias surgidas entre la sociedad demandante, Occidente y Caribe Celular S. A., Ocel S. A., y la Nación-Ministerio de Comunicaciones.

69 Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. Sentencia del 23 de agosto de 2004, exp. T-816848, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA, donde se sostiene que el principio de buena fe "incorpora la doctrina que proscribe el *venire contra factum proprium*, según la cual a na-

que remite a sus clientes una información errónea en la que dice reflejar el estado actual y real de las obligaciones que éstos poseen con dicha entidad, otorgando como consecuencia un paz y salvo, crea en el usuario una confianza cierta acerca del estado de las mismas, la cual no puede ser variada unilateralmente por el banco alegando error en la liquidación del crédito, que una vez revisado pone en evidencia la existencia de saldos pendientes a cargo del deudor⁷⁰.

Tampoco puede una entidad financiera aprovechando su posición dominante en la relación comercial, modificar e imponer nuevas condiciones a sus clientes financieros al proceder a la reliquidación unilateral del contrato de mutuo, ni siquiera alegando su condición de entidad pública o la obediencia de una instrucción de la entidad de supervisión y control.

Señala la Corte que el banco vulneró los derechos del actor, como quiera que por su propia decisión modificó en forma unilateral la reliquidación del crédito

die le es permitido ir en contra de sus propios actos. La buena fe implica la obligación de mantener en el futuro la conducta inicialmente desplegada, de cuyo cumplimiento depende en gran parte la seriedad del procedimiento, la credibilidad de las partes y el efecto vinculante de los actos. Para la Corte no hay duda de que la alteración unilateral de los términos contractuales causada por alguna de las partes, desconoce el principio de buena fe y el respeto a los actos propios, es decir el desconocimiento de la máxima según la cual a nadie le es permitido ir en contra de sus propios actos, cuando no obedece a una conducta legítima".

70 Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. Sentencia del 17 de junio de 2004, exp. T-856416, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. Resuelve la sentencia el caso de una deudora de una entidad financiera que adquirió un crédito hipotecario en el año de 1996 y posteriormente, en razón de la expedición de la Ley 546 de 1999, el crédito hipotecario asumido por la accionante se vio beneficiado con un alivio financiero otorgado mediante crédito del Fogafin, el cual le fue aplicado por el banco el 18 de marzo de 2000, tal y como se lo informó el mismo banco. La accionante procedió al pago de la totalidad de la obligación hipotecaria pendiente en los primeros días del mes de mayo del año 2000 con fundamento en el saldo que el banco le informara, y en consecuencia la entidad financiera procedió a otorgarle el paz y salvo respectivo. No obstante, el mismo banco, en comunicación de 13 de junio de 2003, le informó que a raíz del proceso de revisión y vigilancia surtido por la Superintendencia Bancaria, se había observado un error en el proceso de liquidación y aplicación del alivio financiero otorgado por la Ley 546 de 1999, razón por la cual, luego de reliquidar el monto del alivio y aplicarlo a su crédito hipotecario, éste presentaba aún un saldo pendiente por cancelar. Reconoce el banco que el saldo pendiente por cancelar no fue consecuencia de la omisión o retraso de la accionante, razón por la cual le ofrecía facilidades para su pago, aclarando de antemano que dicho monto se encontraba congelado. Al respecto señala la Corte: "Una entidad financiera al remitir a sus clientes una información en la que se refleja el estado actual y real de las obligaciones que éstos poseen con dicha entidad, no sólo establece un canal de comunicación cliente-entidad financiera, sino que además, la entidad financiera expone a su cliente su actual posición jurídica respecto de tales obligaciones, y en consecuencia, crea en el usuario una confianza cierta acerca del estado de las mismas. Es por esta razón, que sentada la posición por parte de la entidad bancaria, ésta no podrá variarse de manera unilateral e inconsulta, pues de hacerlo, no sólo evita que su cliente controvierta la nueva posición jurídica que se le quiere imponer, sino que además, viola su derecho al debido proceso y desconoce abiertamente el principio de respeto al acto propio". En igual sentido, Corte Constitucional. Sentencias T-295 de 1999 y T-083 de 2003.

hipotecario, cuando tenía a su disposición otros medios para el efecto. Es claro que en virtud de esa relación contractual entre acreedor y deudor, con la anuencia de éste, podría haberse convenido una reliquidación del crédito a propuesta del acreedor si consideraba que en la primera existía un error. El mutuo consentimiento, como se sabe, es una de las formas en que pueden modificarse las obligaciones contractuales. No obstante, si el deudor no otorga su consentimiento, el ordenamiento jurídico le otorga a la entidad financiera la posibilidad de acudir al juez competente para dirimir la controversia así suscitada en torno a las obligaciones contractuales. Pero en este caso, el banco ni obtuvo el consentimiento del deudor para la modificación de la cuantía de la obligación, ni tampoco acudió a la jurisdicción del Estado para dirimir la controversia. Por el contrario en forma que por ello resulta arbitraria optó por imponer su decisión para manifestar luego que si el otro contratante no la acepta es a él al que le corresponde acudir ante los jueces. Agrega la Corte que el banco al percatarse de su yerro impuso su posición dominante frente al usuario, obligándolo a acogerse a la voluntad unilateral de éste, no teniendo el deudor alternativa distinta que la de aceptar so pena de verse avocado a los juicios judiciales pertinentes, con la posibilidad de perder su vivienda pues, precisamente, la entidad financiera por ostentar una posición más fuerte y tener a su alcance la posibilidad de un mecanismo de defensa apto como es un proceso ejecutivo hipotecario, impone su voluntad sin tener el más mínimo reparo en la situación particular y concreta del usuario. Alega el banco además que como entidad estatal maneja recursos públicos y por lo tanto debe exigir el pago de lo debido, razón por la cual frente al error cometido se ve en la "necesidad objetiva" de reliquidar el crédito a fin de proteger esos dineros del Estado. No cabe duda que las entidades del Estado están en la obligación de proteger los recursos del Estado en beneficio mismo de toda la colectividad, pero ello no puede ser utilizado como justificación para imponer su voluntad a los usuarios de los servicios públicos, sorprendiéndolos con decisiones unilaterales que van, como en este caso, en detrimento de su patrimonio⁷¹.

Otra prueba de que la jurisprudencia ha sido prolífica en el señalamiento de reglas que emanan del principio de buena fe la constituye el reconocimiento de la importante función que cumple la buena fe en materia de interpretación de los negocios⁷², al punto que el juez en la labor de interpretación de los contratos no

71 Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. Sentencia del 20 de febrero de 2003, exp. T674589, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA. En igual sentido, sentencias T-280 de 1998, exp. T760580; T-295 de 1999; T-1085 de 2002; T-083 de 2003; T-141 de 2003; T-346 de 2003; T-083 de 2003; T-141 de 2003; T-323 de 2003; T-346 de 2003; T-546 de 2003.

72 La Corte Constitucional. Sentencia del 4 de mayo de 1999, exp. T-190164, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, invoca el principio de la buena fe, "que como principio general del derecho, ha sido reconocido por la jurisprudencia colombiana especialmente desde 1935, citándose la jurisprudencia y doctrina francesa y sobre todo el artículo 1603 del Código Civil colombiano [...] Norma que tiene su correspondencia en numerosos artículos del Código Civil y que en la década del treinta también tendrá en Co-

puede circunscribir su atención exclusivamente a las reglas hermenéuticas que tienden a evidenciar la común voluntad de las partes, sino que en dicha tarea de interpretación debe atender a las exigencias del principio de buena fe:

... la Corte, en jurisprudencia reiterada, ha resaltado que si la misión del intérprete, es la de recrear la voluntad de los extremos de la relación contractual, su laborío debe circunscribirse, únicamente, a la consecución prudente y reflexiva del aludido logro, en orden a que su valoración, de índole reconstructiva, no eclipse el querer de los convencionistas (cas. civ. 14 de agosto de 2000, exp. 5577). De allí que la operación interpretativa del contrato parta necesariamente de un principio básico: la fidelidad a la voluntad, a la intención, a los móviles de los contratantes. Obrar de otro modo es traicionar la personalidad del sujeto comprometida en el acto jurídico, o en otros términos, adulterar o desvirtuar la voluntad plasmada en él (CCLV, 568). A lo anterior se agrega que, tratándose de contratos mercantiles, el juzgador no puede circunscribir su atención exclusivamente a las precitadas reglas hermenéuticas, todas ellas establecidas en el Código Civil, pero aplicables a los negocios jurídicos de esa estirpe, por la integración normativa que dispone el artículo 822 del Código de Comercio, sino que debe igualmente atender los principios o directrices que, de manera especial, consagra esta última codificación, entre ellos, por vía de ejemplo, el que aparece entronizado en el artículo 871, conforme al cual, los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo estipulado expresamente en ellos, sino además a todo lo que corresponde a su naturaleza, según la ley, la costumbre o la equidad natural⁷³.

El papel de la buena fe en materia de interpretación contractual cobra especial relevancia tratándose de contratos de adhesión⁷⁴, en los que ante la falta la claridad necesaria, la duda debe interpretarse en favor del adherente, las condiciones gravosas a este último deben interpretarse restrictivamente, a la vez que se admi-

lombia importante tratamiento doctrinal: *De ahí que se hable de la buena fe como de un criterio primordial en la interpretación de las convenciones, gracias al cual el juez puede sacar triunfante la equidad sobre los rigores del formalismo* (se resalta).

73 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 2005, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

74 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de mayo de 2002, exp. 7288, M. P.: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO, en la que se sostiene: "en materia de aplicación e interpretación de las cláusulas de un contrato se conjuga una compleja investigación, pues, a la par que exige escrutar sus términos y la verdadera intención de las partes contratantes para encontrarle a aquéllas su fuerza y eficacia, no puede perderse de mira, entre otros aspectos, el postulado de la buena fe con que deben obrar los sujetos participantes en la creación del vínculo; todo con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de éste, y de evitar que pueda presentarse un menoscabo patrimonial injustificado en contra de alguno de ellos y en favor del otro; en esa tarea, el juez debe desempeñar un papel activo en grado sumo, sobre todo tratándose de contratos que por imperativo de la masa de relaciones económicas que suele cubrirse con ellos, se hallan preestipulados, imponiéndose sus cláusulas a quienes los celebran por adhesión, o sea sin mediar una genuina y libre discusión de aquéllas, cual acontece, de ordinario, en el contrato de seguro".

te que "los usos" puedan prevalecer sobre una cláusula precisa y en general que mediante una interpretación conforme con los cánones de la buena fe se evite que una de las partes se exonere directa o indirectamente de sus obligaciones contractuales o se enriquezca injustamente a expensas de la otra.

Tratándose de contratos de adhesión, señala la Corte:

... constituyen ellos un campo excepcionalmente propicio para la aplicación extensiva de tres de los principios clásicos de la interpretación de los actos jurídicos, a saber: a) las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes se interpretarán contra ella; b) conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; c) entre dos cláusulas incompatibles el juez puede preferir la que parezca expresar mejor las intenciones del adherente [...] El contenido del contrato, cualquiera que sea, tiene pues para las partes fuerza de ley. Pero más de una reserva viene a atemperar el rigor de esta solución: en primer lugar las cláusulas de la póliza deben ser claras y precisas; la póliza debe fijar nítidamente el riesgo garantizado y la prima pagable. Cuando falta la claridad necesaria la duda debe interpretarse en favor del deudor de la prima contra el cual se ha invocado una caducidad, y cuando las cláusulas impresas están en contradicción con cláusulas manuscritas, el juez les atribuye a éstas un mayor valor y puede rehusar darles efecto a las primeras [...] En fin, la Corte de Casación va todavía más lejos al admitir que el uso puede prevalecer sobre una cláusula precisa y formal de la póliza y al negarse a darle efecto a la cláusula de caducidad por retardo del asegurado en el pago de la prima cuando ésta se ha estipulado en el contrato en una forma contraria a los hábitos adoptados por las compañías de seguros. Es necesario que las cláusulas de los contratos no sean trampas tendidas a las partes con el objeto de que una de ellas se exonere directa o indirectamente de sus obligaciones contractuales o se enriquezca injustamente a expensas de la otra⁷⁵.

En fin, señala autorizada doctrina:

la buena fe como principio cumbre del derecho, se vierte en la disciplina del contrato a partir de las negociaciones, sigue el proceso de la oferta y la celebración del contrato, está presente en el transcurso de la ejecución de las prestaciones y va, inclusive, hasta después de la terminación del contrato. Buena fe, lealtad, corrección, que incluye tanto los deberes de información como los de confidencialidad, tan significativos en los contratos relativos a la tecnología contemporánea⁷⁶.

75 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de diciembre de 1936, M. P.: EDUARDO ZULETA ÁNGEL.

76 F. HINESTROSA. "De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato", *Revue de Droit Uniforme*, vol III. 2/3. (a la memoria de MALCOM EVANS), Roma, Unidroit, 1998. Reproducido en Material III, *Corso di Perfezionamento e di Magister in "Sistema Jurídico Romanístico o unificación del derecho y derecho de integración"*, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata". Centro di Studi Latinoamericani, 1998, 98. En relación con la buena fe como elemento integrador del contrato y sobre el contenido de la buena fe cfr. tam-

V. REMEDIOS A QUE DA LUGAR LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA FE

En general las secuelas de la violación del principio van desde la privación de las ventajas que corresponden a quien actúa conforme a los postulados de la buena fe y se extienden hasta la sanción de invalidez o ineficacia del acto o negocio jurídico de que se trate, y consecuentemente dan lugar al nacimiento de la responsabilidad civil, con la obligación de resarcir los daños derivados del tal conducta⁷⁷.

Es por virtud de este carácter normativo del principio que la transgresión de la buena fe ha sido valorada por la jurisprudencia como una circunstancia que da lugar al incumplimiento del contrato, por ende de ella puede derivarse la resolución del contrato, la condena al cumplimiento⁷⁸ o el resarcimiento del daño, sea por violación del principio en la etapa precontractual⁷⁹, como por los daños que tales transgresiones generen en el desarrollo del contrato mismo⁸⁰.

bien F. HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, 1, "Concepto, estructura y vicisitudes", 2.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, 112-113 y 560-561.

77 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de febrero de 2005, exp. 9124, M. P.: PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA: "Como quiera que la inobservancia de los dictados de la buena fe denota un comportamiento antijurídico, prontamente se advierte que del mismo deben desgajarse diversas consecuencias adversas para quien incurre en él, secuelas que, según cada caso, van desde la privación de las ventajas que corresponden a quien actúa de buena fe; o la sanción contra la validez o eficacia del acto o negocio jurídico de que se trate; o, justamente, el nacimiento de la responsabilidad civil, con la obligación de resarcir los daños derivados del tal conducta". En igual sentido, Casación Civil. 9 de agosto de 2000, exp. 5372.

78 Como se evidencia en Corte Constitucional. Sentencia del 19 de febrero de 1998, M. P.: HERNANDO HERRERA VERGARA, en donde pone en acto el principio de buena fe como rector en la interpretación de los contratos, ordenando el cumplimiento del contrato con arreglo a la regla *pacta sunt servanda* al sostener: "a juicio de la Corte, la compañía desconoce el principio de la buena fe que debe presidir las relaciones contractuales, y pone en peligro la salud y la vida de los usuarios cuando se niega a autorizar –a su cargo– la prestación de servicios, la práctica de operaciones y la ejecución de tratamientos y terapias referentes a enfermedades no incluidas en la enunciación de la referencia –que, se repite, es taxativa–, pues ella se entiende comprendida como parte integral e inescindible de la relación jurídica establecida entre las partes".

79 Como en el caso en que la jurisprudencia reconoce al principio de buena fe como sustento de la *responsabilidad civil* no contractual del daño causado con el *rompimiento injustificado del proceso de negociación*: Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 23 de noviembre de 1989; aquella que reconoce, incluso, los *perjuicios morales generados por la transgresión a los deberes de buena fe en la etapa precontractual*: Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 23 de noviembre de 1989. Aquellas que sostienen que la transgresión de los deberes de "buena fe" en la etapa precontractual implica la obligación de resarcir el llamado "interés negativo", esto es, el relativo a los gastos ocasionados por las negociaciones frustradas y el lucro cesante por el excepcional rechazo de otras reales contrataciones en la perspectiva de dichas negociaciones, ello en atención a la culpa *in contrahendo*: Corte Suprema de Justicia. Sentencias del 28 de junio de 1989 y del 27 de junio de 1990.

80 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 19 de octubre de 1994, exp. 3972, M. P.: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS, en la que la Corte sostiene que el abuso en el terreno de las negociaciones contractuales "puede justificar la reparación pecuniaria de daños conforme a las reglas de la responsabilidad contractual (G. J. CXLVII, 82)".

De otra parte, la transgresión de la buena fe puede dar lugar a la exclusión de una cláusula abusiva o vejatoria⁸¹, sea de aquellas que consagran una franca irresponsabilidad por la obligación esencial contraída por virtud del contrato⁸², o que pretenden descargar responsabilidad por obligaciones, si bien no expresamente asumidas, inherentes al contrato en cuanto derivadas de los usos o costumbres, o de las particulares circunstancias del negocio y por ende del principio de buena fe, como aquella de custodia propia de un vendedor de un cuerpo cierto no entregado inmediatamente⁸³, o como aquella de la misma naturaleza de guarda derivada en relación con un vehículo respecto del cual se asume una obligación de lavado, en la que por demás la exoneración de responsabilidad por su custodia se pretende hacer efectiva por vía de declaración unilateral mediante fijación de letrero en tal sentido⁸⁴.

De igual manera el carácter vigilante del principio de buena fe en relación con las limitaciones de responsabilidad se extiende al ámbito societario, como quiera que la jurisprudencia llega incluso a desconocer la limitación de la responsabili-

81 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de mayo de 2002, exp. 7288, M. P.: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO: "debe ser examinado el comportamiento de ambos contratantes, y particularmente, desde el punto de vista de la aseguradora, cumple verificar si la cláusula cuestionada por el Tribunal alcanza a ser vejatoria o abusiva de su parte, pues en caso de serlo se impone excluir la disposición contractual".

82 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de diciembre de 1936, M. P.: ANTONIO ROCHA: "Las cláusulas que contienen una exención franca de responsabilidad, o sea aquellas por las cuales se estipula, al asumirse una obligación contractual, que el deudor no será responsable si la obligación permanece inejecutada, contradicen la noción misma de obligación. La inejecución de una obligación constituye en derecho la culpa; se es responsable, en efecto, cuando no se ha ejecutado la obligación. Es una contradicción contraria al orden social, decir que se asume la obligación y convenir al mismo tiempo que se rehúye la responsabilidad en caso de inejecución. Y como obligación y responsabilidad son términos correlativos, aquella cláusula no puede tener valor".

83 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de diciembre de 1936, M. P.: ANTONIO ROCHA, quien citando doctrina francesa señala: "Solamente que de un contrato nacen casi siempre no solamente las obligaciones que en él se han enunciado expresamente sino una serie de obligaciones particulares que le son anexas por la ley o por los usos y que nacerán de las circunstancias ante las cuales se encontrará el deudor. Es así como el vendedor de un cuerpo cierto no entregado inmediatamente se constituye guardián de la cosa como un efecto del contrato. Como guardián estará obligado a una serie de obligaciones particulares, tales como no dejar la cosa en lugar abierto, y si la tiene en un almacén, no dejar este almacén sin custodia. Si el vendedor no quiere asumir estas obligaciones, hay el medio de decir: quiero vender, pero entregando inmediatamente; no quiero conservar la cosa conmigo después de la venta. Pero si así no lo hace, él llega a ser su guardián, quiéralo o no. No puede estipular que no asumirá las obligaciones de la custodia si efectivamente él guarda la cosa aceptando no entregarla inmediatamente: habría contradicción en afirmar en el contrato que no será obligado en calidad de guardián y en asumir al mismo tiempo la situación de un guardián que conserva la cosa consigo. En este caso, aunque este vendedor haya estipulado en el contrato una cláusula de no responsabilidad, esta cláusula permanecerá ineficaz porque, asumiendo de hecho el papel de guardián, asume las obligaciones de tal (ESMEIN. "Clauses de non responsabilité", *Revue trimestrielle*, 1926, 313)".

84 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de marzo de 1972.

dad de entes societarios aun cuando esté prevista en la ley y, en consecuencia, exige de los socios la reparación del daño acontecido, cuando quiera que se vulnere el principio de buena fe contractual al ser utilizada la sociedad de riesgo limitado con el propósito de defraudar los intereses de terceros:

Señala la Corte al respecto:

... cuando se vulnera el principio de buena fe contractual y se utiliza a la sociedad de riesgo limitado no con el propósito de lograr un fin constitucional válido, sino con la intención de defraudar los intereses de terceros, entre ellos, los derechos de los trabajadores, es que el ordenamiento jurídico puede llegar a hacer responsables a los asociados, con fundamento en una causa legal distinta de las relaciones que surgen del contrato social. Es entonces en la actuación maliciosa, desleal o deshonesta de los accionistas generadora de un daño para con los terceros, en donde se encuentra la fuente para desconocer la limitación de la responsabilidad y exigir de los socios la reparación del daño acontecido.

Estas herramientas legales se conocen en la doctrina como la teoría del levantamiento del velo corporativo o *disregard of the legal entity* o *piercing the corporate veil* cuya finalidad es desconocer la limitación de la responsabilidad de los asociados al monto de sus aportaciones, en circunstancias excepcionales ligadas a la utilización defraudatoria del beneficio de la separación. Al respecto, ha sostenido la doctrina: "El ente hermético se abre siempre que surja o se perciba un asomo de mala fe, fraude, abuso del derecho o simulación. Así mismo cuando se forma para burlar el ordenamiento jurídico, o si después de constituida con arreglo a la ley se desvía de su finalidad, o la persona es utilizada para actos o propósitos ilícitos, se configura el ejercicio anormal de un derecho que merece correctivos para que no persista el abuso"⁸⁵.

En otras oportunidades la jurisprudencia ha apelado igualmente al principio de buena fe con el objeto de declarar como inválidas las cláusulas contractuales que "favorecen excesiva o desproporcionalmente la posición contractual del predisponente y perjudican inequitativa y dañosamente la del adherente", por ejemplo en cuanto contienen una "limitación indebida de los medios de prueba, o pactos que modifiquen la distribución de la carga de la prueba conforme al derecho aplicable", en la medida en que tales cláusulas constituyen un abuso del derecho, que conduce al desequilibrio contractual, todo lo cual es violatorio del principio.

Sostiene la jurisprudencia:

... en caso de preterirse el equilibrio contractual, no solo se utiliza impropriamente un esquema válido –y hoy muy socorrido– de configuración del negocio jurídico, en el que no obstante que "el adherente no manifieste una exquisita y plena voluntad sobre

85 Corte Constitucional. Sentencia C-865 del 7 de septiembre de 2004, exp. D-5057, mediante la cual se resuelve la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 252 (total) y 373 (parcial) C. Co., M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

el clausulado, porque se ve sometido al dilema de aceptar todo el contrato o renunciar al bien o al servicio", en cualquier caso, "no puede discutirse que existe voluntad contractual", o que ese acto no reviste "el carácter de contrato", sino que también abusa de su derecho y de su específica posición, de ordinario dominante o prevalente, en franca contravía de los derechos de los consumidores (arts. 78, 95 num. 1 y 333 inc. 4.º C. P. y demás disposiciones concordantes), eclipsando al mismo tiempo el potísimo axioma de la buena fe, dada la confianza que el tomador-consumidor, *lato sensu*, deposita en un profesional de la actividad comercial, al que acude para trasladarle –figuradamente– un riesgo por el que ha de pagarle una prima (art. 1037 C. Co.), en la seguridad de que si el suceso incierto configurativo del riesgo asegurado se materializa, esto es, cuando éste muda su condición ontológica (*in potencia* a *in actus*), el asegurador asumirá las consecuencias económicas o patrimoniales desfavorables que de él deriven, pues esta es su "expectativa objetivamente razonable", como lo enseñan determinados autores, la que precisamente sirvió de báculo para contratar el seguro.

De ahí que la doctrina especializada haya calificado como abusiva –y de indiscutida inclusión en las llamadas "listas negras", contentivas de las estipulaciones que, *in radice*, se estiman vejatorias–, aquella cláusula que "favorece excesiva o desproporcionalmente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente", entre las cuales se encuentra "la limitación indebida de los medios de prueba o los pactos que modifiquen la distribución de la carga de la prueba conforme al derecho aplicable", restricción objetiva que en el caso sometido a escrutinio de la Sala, se "acordó" en la cláusula 13 de las condiciones generales del seguro de cumplimiento tomado por la sociedad demandada, al estipularse como única manera de probar el siniestro, la copia auténtica de la sentencia o del laudo arbitral ejecutoriado, que declare el incumplimiento del afianzado (fl. 149, cdno. 1), lo que significa, lisa y llanamente, que a través de esa aludida –y cuestionada– cláusula, se modificó un precepto de carácter imperativo, en perjuicio del asegurado-beneficiario, lo cual tampoco resulta de recibo en el ordenamiento colombiano, no solo desde el punto de vista legal, como ha quedado expuesto, sino también desde una perspectiva constitucional, si se tiene en cuenta que es deber de toda persona no abusar de sus derechos (num. 1 inc. 2.º art. 95 C. P.); que el Estado debe evitar o controlar "cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional" (inc. 4.º art. 333 *ibíd.*), e igualmente velar por los derechos de los consumidores (art. 78 *ibíd.*).

Por eso la Sala ya ha puesto de presente, con innegable soporte en las normas constitucionales reseñadas y al mismo tiempo en el artículo 830 del Código de Comercio, que en la formación de un contrato y, específicamente, en la determinación de "las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas", ejemplo prototípico de las cuales "lo suministra el ejercicio del llamado 'poder de negociación' por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de do-

minio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación" (CCXXXI, 746)⁸⁶.

Así mismo, la jurisprudencia ha dejado sin efectos una cláusula contractual, al declarar la ineficacia de las cláusulas abusivas impuestas por una entidad financiera colocada en posición dominante frente a los usuarios del servicio, mediante las que exige prestaciones complementarias, bajo la modalidad de contratos ligados, como presupuesto indispensable para financiar un determinado proyecto, prestaciones que resultan en ventaja suya y redundan en daño para quienes en la práctica se ven obligados a aceptarlos⁸⁷.

En la buena fe se fundan otra serie de remedios que responden de una manera más precisa a las exigencias del principio. Por ejemplo, se ha individuado que antes que decretar el resarcimiento, en algunos casos aquello que resulta procedente es impedir la lesión, de suerte que se proceda a negar efectos a los comportamientos contrarios a la buena fe: es el caso de las sentencias que han ordenado tener por no realizadas las modificaciones unilaterales de un organismo de crédito, el Fondo Nacional del Ahorro, en el sentido de ampliar el plazo y modificar el sistema de amortización⁸⁸, frente a las cuales la Corte Constitucional y el Consejo de Estado⁸⁹ han ordenado retrotraer la situación contractual según las condiciones inicialmente previstas por las partes⁹⁰.

Al respecto señala la Corte:

... la aplicación de este principio –se refiere al de buena fe– no se limita al nacimiento de la relación jurídica, sino que despliega sus efectos en el tiempo hasta su extinción.

86 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de febrero de 2001, exp. 5670, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

87 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 19 de octubre de 1994.

88 Convirtiendo el sistema originario de amortización en pesos, al cíclico decreciente en sistema UVR.

89 Corte Constitucional. Sentencia T-793 del 23 de agosto de 2004, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA.

90 Ordena en efecto la Corte en la citada sentencia T-793 del 23 de agosto de 2004: "En resumen, esta Sala considera que la conducta del Fondo Nacional del Ahorro es violatoria de los derechos fundamentales del actor. En consecuencia ordenará a esta entidad restablecer el crédito en pesos según lo pactado inicialmente con el actor. Una vez cumplido aquello, la entidad demandada deberá verificar si dicho crédito cumple o no con lo que esta misma Corporación y la Ley han establecido en relación con la prohibición de capitalización de intereses. En caso de que se verifique que el crédito del actor resulta contrario a lo que se ha establecido en dicho sentido, el Fondo Nacional del Ahorro deberá dar al señor F. S. información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de dicha condición, de manera tal que éste conozca suficientemente cómo opera el crédito, la composición de las cuotas, el comportamiento del crédito y cuál va a ser el procedimiento a seguir por parte del Fondo Nacional del Ahorro para ajustar el crédito a la prohibición de capitalización de intereses, conservando el pacto inicial en el sentido de que aquel se denominaría en pesos [...] pero el FNA podrá acudir ante el juez competente para dirimir la controversia contractual". En el mismo sentido Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 7 de octubre de 2004, C. P.: LIGIA LÓPEZ DÍAZ.

Además, el principio incorpora la doctrina que proscribe el *venire contra factum proprium*, según la cual a nadie le es permitido ir en contra de sus propios actos. La buena fe implica la obligación de mantener en el futuro la conducta inicialmente desplegada, de cuyo cumplimiento depende en gran parte la seriedad del procedimiento, la credibilidad de las partes y el efecto vinculante de los actos. Para la Corte no hay duda de que la alteración unilateral de los términos contractuales causada por alguna de las partes, desconoce el principio de buena fe y el respeto a los actos propios, es decir el desconocimiento de la máxima según la cual a nadie le es permitido ir en contra de sus propios actos, cuando no obedece a una conducta legítima.

Y agrega:

... la ruptura del principio de buena fe, el desconocimiento de 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 otros.

En relación con esta última afirmación de la Corte vale la pena señalar que a nuestro juicio, si bien se transgrede el derecho fundamental al debido proceso en razón del desconocimiento de la buena fe, tal y como lo ha sostenido la Corte Constitucional en repetidas oportunidades⁹¹, dicha violación del principio de buena fe tiene lugar en verdad como consecuencia del quebrantamiento de la regla que le otorga carácter vinculante a los acuerdos: *pacta sunt servanda*, regla que emana también de la buena fe, antes que la propia regla del *venire contra factum proprium*, que si bien contempla entre sus elementos la vinculación a los compromisos, su configuración requiere que se presenten además los otros elementos que la configuran: nos referimos a la generación de una confianza legítima, a la incorrección traducida en la incoherencia del comportamiento de quien pretende desconocer sus propios actos y la adecuación de la contraparte a la situación de hecho cuya confianza se crea; no obstante este tema amerita ser objeto de un análisis más detallado en otro foro.

91 La garantía del debido proceso, plasmada en la Constitución colombiana como derecho fundamental de aplicación inmediata, comprende no solamente el derecho de defensa y las garantías a que alude el artículo 29 C. P., en términos de legalidad, al juez natural, al derecho de contradicción, y desde luego a la plena observancia de las formas propias de cada proceso según sus características y a la presunción de inocencia, sino que hoy en día la jurisprudencia le otorga alcances más amplios. En efecto, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia, el derecho fundamental al debido proceso pretende garantizar un orden justo, por lo que comprende "no sólo las garantías del artículo 29 de la Carta, sino también otro cúmulo de valores y principios de la misma raigambre constitucional que hacen que vaya más allá del cumplimiento de los requisitos que la ley procesal impone, a través de la irrestricta observancia de los demás derechos que permitan la vigencia de un orden justo. Dentro de esos valores y principios, resulta relevante el análisis del principio de la buena fe": Corte Constitucional. Sentencia T-209 del 17 de marzo de 2006, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

La buena fe opera igualmente como especie de inhibidora del ejercicio de derechos, en cuanto permite denegar protección jurídica a aquellas pretensiones que no obstante estar amparadas formalmente en un derecho contrarían los postulados del principio⁹².

En esta misma línea, en virtud de la aplicación del principio de buena fe resulta factible impedir temporalmente al acreedor que exija el cumplimiento de una obligación al deudor, diferir su exigibilidad, o cambiar las condiciones en que ésta había sido pactada inicialmente, cuando particulares circunstancias ajenas a la voluntad del deudor y a su órbita de control impidan el cumplimiento en los términos y condiciones pactados⁹³.

En otras oportunidades el principio de buena fe puede dar lugar a la revisión de las condiciones del contrato, cuando quiera que hayan surgido posteriormente a la celebración de éste ciertos hechos que no pudieron ser previstos cuando el contrato se celebró y que vienen a generar un gravoso desequilibrio en la prestación de alguna de las partes, de tal naturaleza que "hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes, amén de injusta y exorbitante ante las nuevas circunstancias"⁹⁴.

En relación con la llamada teoría de la imprevisión o cláusula *rebus sic stantibus* sostiene la jurisprudencia:

En efecto, mucho se ha discutido acerca del efecto concreto que tenga la aplicación práctica de la teoría. Para unos su efecto se asemeja al de la resolución del contrato por el evento de una condición resolutoria. Desaparecida la obligación y retrotraídas las cosas al estado que tenían al tiempo de nacer el vínculo jurídico, queda abierto a las partes el camino para llegar a un nuevo acuerdo sobre las circunstancias modificadas. Para otros el efecto sería la resiliación del contrato. El juez estaría facultado para determinar hasta qué momento obliga la ejecución del contrato y desde qué instante las partes quedan exoneradas en presencia de los acontecimientos constitutivos de la imprevisión. Y para la mayoría de los partidarios de la teoría, la solución más satisfactoria es la de la revisión de las condiciones del contrato como medio de adaptarlo a las nuevas necesidades, bien obligando el juez a las partes a convenir en las nuevas condiciones del contrato, amenazándolas con la resolución, o ya asumiendo el juez

92 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 19 de octubre de 1994, exp. 3972, M. P.: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS, en la que la Corte sostiene que el abuso en el terreno de las negociaciones contractuales "permite denegar protección jurídica a pretensiones que impliquen el ejercicio en condiciones abusivas de las facultades en que se manifiesta el contenido de situaciones jurídicas individuales activas de carácter patrimonial".

93 Esta fue la solución que le dio la Corte Constitucional al caso de una entidad financiera que demandó por incumplimiento de una obligación de mutuo a una persona secuestrada; la Corte declaró la inexigibilidad de las cuotas de la deuda durante el término del secuestro y fundamentó su fallo en la violación al principio de buena fe alegando deslealtad y abuso del derecho por parte del banco: Sala Quinta de Revisión. Sentencia del 26 de junio de 2003, exp. T-620041, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

94 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de mayo de 1938, M. P.: ARTURO TAPIAS PILONIETA.

directamente la facultad de señalar esas nuevas condiciones, en ausencia del acuerdo de las partes. Pero sea cualquiera el efecto que se le asigne a la teoría, la imprevisión tiene que formularse en instancia, probarse y debatirse ampliamente. Consistiendo en un remedio de aplicación extraordinaria, débese establecer con creces que las nuevas circunstancias exceden en mucho las previsiones que racionalmente podían hacerse al tiempo de contratar, y que esos acontecimientos son de tal carácter y gravedad que hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes, amén de injusta y desorbitante ante las nuevas circunstancias. Todo esto, como es obvio, requiere la concurrencia de un conjunto de hechos complejos y variados, que deben alegarse y probarse y ser materia de decisiones especiales de los jueces de instancia. A todo lo cual cabe añadir, como observación final, que según lo dijo esta misma Corte en casación de 29 de octubre de 1936, la teoría de la imprevisión "no puede aplicarse sino a los contratos en ejecución, pero no a los ya cumplidos, porque entonces el acto jurídico ya no existe, de suerte que por más que pudiera ampliársela no se podría llegar a la revisión del contrato por ministerio de la justicia, puesto que la teoría sólo se inspira en la idea del equilibrio contractual" (*Gaceta Judicial* n.º 1918-1919, 457)⁹⁵.

En aplicaciones específicas de la omisión del deber de información que emana de la buena fe como manifestaciones de los deberes de corrección y lealtad, ha sostenido la jurisprudencia que la omisión del mencionado deber de información puede dar lugar a responsabilidad civil del infractor o incluso a nulidad relativa del contrato, a vicio del consentimiento, a la revocación del negocio o a su inmediato cumplimiento⁹⁶.

95 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de mayo de 1938, cit. Sobre este particular también Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Sentencia del 25 de febrero de 1937, M. P.: JUAN FRANCISCO MÚJICA; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de octubre de 1936, M. P.: LIBORIO ESCALLÓN.

96 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de abril de 2001, exp. 5716, M. P.: JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES, en la que se sostiene: "Bien puede acontecer, entonces, que, estando compelido uno de los negociantes a suministrar ciertas informaciones, carga cuya existencia se juzga, cuando las partes o ley no la determinan, atendiendo consideraciones de diversa índole, como la naturaleza del proyecto o las calidades de sus intervinientes, omite hacerlo o lo haga con graves inexactitudes, y que tal incorrección repercuta en una responsabilidad civil del infractor; o, por el contrario, puede suceder que, ora porque así lo prescribe de manera expresa la ley, o porque concierne con los móviles determinantes del contrato conocidos por la contraparte, la incorrección despuente en una nulidad relativa del negocio jurídico finalmente acordado. Todo esto, sin dejar de lado aquellas hipótesis donde la malintencionada manipulación de la información por parte del contratante se trastoque en dolo que vicie el consentimiento del otro. Por supuesto que cosa muy distinta resulta ser que dentro de las obligaciones que son de la naturaleza de algunos contratos se encuentre la de suministrar ciertas informaciones, cual sucede con la notificación de la alteración del estado del riesgo en el contrato de seguro, o las modificaciones domiciliarias en la compraventa con pacto de reserva de dominio, entre otros, supuestos todos estos que, como es patente, presuponen la existencia de un contrato que le imponga tal obligación al contratante y cuya infracción puede dar pie a distintas consecuencias, tales como la revocación del negocio o su inmediato cumplimiento".

De otra parte, no ha de olvidarse que la jurisprudencia a su vez ha otorgado a la buena fe importantes efectos en la etapa precontractual cuando la contempla como sustento de la responsabilidad civil extracontractual del daño causado con el rompimiento injustificado del proceso de negociación⁹⁷, que ha catalogado como abuso del derecho de no contratar⁹⁸ y que en otras oportunidades abarca la obligación de reparar los perjuicios cuando la invitación a contratar se efectúa "por conducto de publicidad que no se realiza con apego a la sinceridad y seriedad que es de esperarse, de modo de inferir que la confianza del consumidor ha sido traicionada"⁹⁹.

Todos estos remedios se fundamentan en reglas que emanan del principio de buena fe, y su aplicación a casos concretos que no preveían expresamente tales reglas reside justamente en la función integradora de la buena fe.

97 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de marzo de 1995, M. P.: PEDRO LAFONT PIANETTA: "por expreso mandato del legislador se incurre en responsabilidad civil siempre que por un error de conducta de una 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 negociación 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 pueda exigirse la reparación del daño causado alegando para el efecto responsabilidad derivada de incumplimiento contractual, lo cual no significa sin embargo que no se 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. En consecuencia, dicha indemnización tiende a compensar los menoscabos de todo orden, materiales y morales, resultantes de haberse seguido manifestaciones contractuales frustradas', cual lo dijo esta Corporación en sentencia del 23 de noviembre de 1989 (G. J. CXCVI, n.º 2435, 123), reiterada en fallo 239 del 27 de junio de 1990". En el mismo sentido Casación Civil. 23 de noviembre de 1989, M. P.: JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO, G. J. CXCVI, n.º 2435, 123, y Casación. 27 de junio de 1990, actor: GUSTAVO ARANGO ESCOBAR, demandado: FERNANDO BUITRAGO y Sociedad Globo T. V. Ltda.

98 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 31 de marzo de 1998, M. P.: RAFAEL ROMERO SIERRA: "cuando alguien abusa del derecho de no contratar, es preciso pasar de largo ante tan cimero postulado de la libertad que se tiene para contratar, y ver entonces comprometida igualmente su responsabilidad civil, la que por tener su génesis en el camino cumplido para llegar a un contrato que finalmente no se produjo, ha dado en denominarse responsabilidad precontractual [...] descargando en cada uno de los futuros contratantes el deber de comportarse de buena fe, como una fórmula comprensiva de los varios deberes (seriedad, probidad y diligencia) que pueden integrar el criterio fundamental de la rectitud en el tráfico jurídico, a pesar de que todavía no estén ligados por el vínculo contractual al que a la postre quieren llegar". En igual sentido, Casación Civil. 28 de junio de 1989, M. P.: RAFAEL ROMERO SIERRA, actor: Sociedad Conquistador S. A., no publicada.

99 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de diciembre de 2001, M. P.: MANUEL ARDILA VELÁSQUEZ. En igual sentido, Casación Civil. 2 de agosto de 2001, exp. 6146, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO, actor: DOLLY MEJÍA MONTES, no publicada.

VI. DUCTILIDAD DEL PRINCIPIO

Pero debemos estar atentos, no se trata de un catálogo de reglas de aplicación inmediata; la complejidad del principio de buena fe se pone de manifiesto en la propia naturaleza dúctil del principio, que hace imposible determinar el contenido de la buena fe en términos preestablecidos, según reglas fijas e inmutables, pues por el contrario, en la aplicación al caso concreto estas reglas se encuentran sujetas a una valoración conforme al principio mismo, lo que hace que a veces aquellas reglas no sean aplicables o incluso lo sean de una manera contraria, pues de emplearse automáticamente sin consideración a la sustancia misma de la buena fe, se estaría vulnerando el propio principio. De ahí la importancia de observar la aplicación práctica del principio que se concreta en el sometimiento de los casos particulares a la decisión judicial a la luz del principio, que impone de por sí la consideración de los intereses de las partes y del particular equilibrio contractual fijado por las mismas.

VII. CARÁCTER IMPERATIVO DE LA BUENA FE

De otra parte, es necesario resaltar su carácter imperativo, que como principio de orden público es inderogable y por ende no puede ser objeto de supresión por virtud de un acuerdo entre particulares, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia¹⁰⁰.

Pero las cosas no resultan tan claras cuando no se trata de la renuncia o derogación integral del principio, sino de la limitación de alguna de las obligaciones que emanan de la buena fe: en este caso en un primer análisis podría sostenerse que tal desarrollo de la autonomía contractual sólo podrá tener lugar en el marco de ciertas negociaciones y con sujeción al respeto de elementales condiciones de probidad. Ciertamente, a nuestro juicio tales limitaciones al principio sólo resultarán legítimas:

– Cuando se lleven a cabo entre partes que se encuentren en *condiciones equiparables*, de manera que no resulta procedente en los negocios en los que una de las partes contratantes puede ser catalogada como *parte débil*, como el consumidor, ni en aquellos contratos de *adhesión* donde las posibilidades de negociación son nulas, como tampoco en aquellos en que se haga evidente el *abuso de la posición dominante en el mercado*, ni menos aún en aquellos *contratos reglados* por expresa disposición del legislador, tratándose de cláusulas cuya inclusión o exclusión resultan de obligatoria observancia¹⁰¹.

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

101 A la conformación de tal convicción podrían contribuir las sentencias que, si bien admiten la existencia del principio de autonomía contractual en los contratos de adhesión, nos alertan sobre los peligros de este tipo de contratación y la necesidad de estar

– Debe tratarse además de renunciaciones que versen sobre la asunción de determinados riesgos, responsabilidades o garantías que en manera alguna pueden llegar a comprometer la exoneración del *dolo*, de la *culpa grave*, de la *lealtad* o de la *honestidad* en el comportamiento de las partes¹⁰².

– Siempre que ello no conduzca al *desconocimiento integral* o *renuncia absoluta* del principio de buena fe, vale decir, siempre que por vía de tales renunciaciones individuales no se llegue a vaciar de contenido al principio que por su carácter de tal opera y se hace realidad en la expresión concreta de las reglas que de él emanan, de manera que si lo dejamos sin contenido, renunciando una a una a sus reglas, ello equivaldría a la renuncia del entero principio, que por tal vía se reduciría a un mero cascarón sin sustancia alguna.

VIII. TENSIONES PRESENTES EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA FE

A. Buena fe como límite de la autonomía contractual

Ahora bien, la aplicación del principio de buena fe supone enfrentar una serie de tensiones como las que se presentan cuando entran en colisión varios principios, en particular buena fe y autonomía contractual.

Establecer el alcance de la buena fe ante la autonomía contractual y en particular cómo conciliar los dos principios, esto es, en qué circunstancias la autonomía privada debe ceder ante el principio de buena fe, cuándo esta última se impone dictando reglas que contradicen las expresas estipulaciones contractuales, resulta uno de los aspectos más intrincados de resolver en la materia.

La doctrina¹⁰³, la jurisprudencia y los tribunales de arbitramento han venido midiendo esa especie de pulso en que se debaten la autonomía contractual y la buena fe.

atentos a evitar que por tal conducto se introduzcan cláusulas leoninas: Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 15 de diciembre de 1970, M. P.: GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ.

102 Ha sostenido de antaño la Corte Suprema de Justicia que son ineficaces las cláusulas que exoneran de responsabilidad cuando estas tienen origen en un comportamiento atribuible a *dolo* o *culpa grave* (tratando el tema de las cláusulas de exoneración absoluta de responsabilidad de entidades financieras por el pago de cheques falsos): sentencia del 9 de diciembre de 1936, M. P.: ANTONIO ROCHA; así como aquellas que establecen que el deudor no será responsable en ningún caso si la obligación objeto del contrato no es ejecutada, esto es, cuando por virtud de una cláusula contractual los elementos constitutivos de la responsabilidad desaparecen: Corte Suprema de Justicia. Sentencias del 9 de diciembre de 1936, 15 de julio de 1938, 6 de marzo de 1972.

103 Sobre el particular, F. HINESTROSA. "Límites y cargas de la autonomía privada", en *Estudios de derecho privado*, Bogotá, 1986, 9-47; E. CORTÉS. "Fuentes del derecho, fuentes del contrato y justicia contractual. El ejemplo de las cláusulas abusivas", ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre Formación y Revisión del Contrato, Bogotá, Universidad Externado de Colombia en asocio con el *Centro di Studi Giuridici Latinoamericani* de la Universidad de Roma "Tor Vergata", 3, 4 y 5 de septiembre de 2001, ponencia en curso de publicación.

La concepción clásica la Corte Suprema de Justicia¹⁰⁴ se ha manifestado sobre la libertad de estructuración del contenido de los contratos, poniendo a salvo las normas imperativas que restringen aquella libertad. Esto es, prohibiendo la derogación por convenios particulares de algunos preceptos, en cuanto ello sea contrario al orden público, a las buenas costumbres o a los derechos de la personalidad.

Mientras que hoy en día la Corte Constitucional vas más allá, al señalar que el contrato no escapa *al deber de solidaridad social*¹⁰⁵, en miras al logro de una *justicia sustancial*¹⁰⁶, y hace énfasis, por ejemplo, en lo relativo a la protección de la parte débil y a la prohibición del abuso de una posición dominante en el mercado¹⁰⁷, todo bajo la luz de los postulados de la buena fe.

104 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencias del 31 de mayo de 1938, M. P.: JUAN FRANCISCO MÚJICA, y del 12 de diciembre de 1936, M. P.: EDUARDO ZULETA ÁNGEL.

105 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 19 de octubre de 1994, exp. 3972, M. P.: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS, en la que se sostiene que "es la moral social predominante en una comunidad que reconoce en la 'solidaridad de las personas' una de las directrices medulares de su organización política (art. 1.º de la Carta) e inspirada, por lo tanto, en los postulados de buena fe y respeto por las buenas costumbres, todo ello en aras de hacer efectiva 'la prevalencia del interés general' según lo propugna también el mismo texto superior recién citado. Son estas, sin duda, las bases más claras que hoy en día, a la luz de estos postulados constitucionales, le suministran vigoroso sustento a la doctrina en cuestión".

106 Corte Constitucional. Sentencia del 23 de junio de 1993, rad. T-240-93, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, en la que sostiene que "los límites a la libertad de contratación, en la medida que ella se encuentra íntimamente conectada con diversos derechos constitucionales, puede no sólo vulnerar el valor mismo de la libertad, la personalidad y la dignidad del sujeto que se reflejan decisivamente bajo la óptica del contrato, sino el ámbito de tales derechos si aquéllos no se conforman a los fines constitucionalmente permitidos y se socava su contenido esencial. La libertad de contratación deriva de la Constitución una doble garantía: su propia condición exige que sus limitaciones generales tengan base legal y que se justifiquen socialmente en cuanto se enderecen a garantizar relaciones justas y libres. Esto último debe hacerlo la ley cuando la autonomía privada se revele insuficiente para asegurarlas y dicha intervención venga exigida por el principio de solidaridad y la necesidad de imponer la igualdad sustancial, particularmente si la autonomía sólo resulta predicable de algunos agentes económicos o sujetos y el poder privado llega a traducirse en abuso, daño o expoliación de la parte débil cuya libertad negocial pasa a ser puramente formal. En últimas, no se trata de los consabidos límites externos a la libertad de contratación conocidos de antiguo, sino del nuevo sentido que a la luz de la Constitución ella ha adquirido como instrumento del particular cuyo ejercicio debe hacerse dentro de los límites del bien común y consultando el principio de la solidaridad social (C. P. arts. 1.º y 333). Si la propiedad, la empresa y la iniciativa económica, todas tienen una función social e implican responsabilidades (C. P. arts. 58 y 333), no puede la institución del contrato —trasunto de la idea de la colaboración social en el intercambio y satisfacción de las necesidades humanas— a través de las cuales ellas se expresan ser una ínsula alejada del influjo y proyecciones de los principios de la solidaridad y de utilidad social a los cuales debe subordinarse".

107 Corte Constitucional. Sentencia T-375 de 1997, donde sostiene: "Los elementos del caso, llevan a la Corte a preguntarse si se define como un evento de abuso de la posición dominante que ejerce en el mercado local la empresa demandada, la conducta suya consistente en abstenerse de suministrarle un producto —que públicamente ofrece a todos— a un pequeño empresario para el que constituye su principal materia prima, sólo porque éste último denunció y comprobó ante las autoridades inexactitudes

Esta relevancia de la valoración de la conducta de los contratantes conforme a la buena fe, no significa en nuestro entender que se quiera desconocer el rol que las determinaciones contractuales de las partes, el orden negocial y el equilibrio económico por ellas establecido asumen en el programa contractual; por el contrario, tales particularidades y la naturaleza misma del negocio han de tenerse muy presentes en la determinación de las reglas de la buena fe aplicables al respectivo negocio, como quiera que la buena fe supone la consideración de las condiciones contractuales adoptadas en forma sincera y honesta, sin confusiones deliberadas u oscuras.

En relación con las tensiones presentes entre la autonomía contractual y la buena fe señala la Corte:

... importa poner de relieve que aunque la buena fe es un postulado general que protege a cualquier persona creadora de actos con trascendencia jurídica, no puede sin embargo convertirse en cortapisa para desvirtuar condiciones contractuales que reflejan el interés de las partes adoptadas en forma sincera y honesta, sin confusiones deliberadas u oscuras, motivo por el cual es preciso situarlo en su dimensión exacta que propende por irradiar confianza respecto de las obligaciones que emanan de la declaración de voluntad¹⁰⁸.

La interpretación de esta jurisprudencia no puede hacerse de manera descontextualizada, en ella no se sostiene la prevalencia de la autonomía contractual sobre el principio de buena fe, sino que se aboga por entender la necesaria interacción entre los citados principios y fundamentalmente por precisar la extensión del principio de buena fe en relación con la autonomía contractual.

La Corte no afirma que los términos del acuerdo han de imponerse en cualquier caso por encima de una interpretación conforme a los postulados de la buena fe, sino que centra la controversia sobre el ejercicio del derecho que le asiste al asegurador de delimitar los riesgos y en cómo tal ejercicio, plasmado en un contrato incluso de adhesión, no es contrario a la buena fe, cuando quiera que no se

en su pesaje. La posición dominante se refiere a un poder de mercado que le permite a un agente económico actuar con independencia de sus competidores, por lo menos dentro de un grado relativamente amplio y apreciable. El poder de mercado implica menos participación colectiva en la fijación de precios y cantidades y, correlativamente, mayor unilateralidad y relevancia de las decisiones que sobre estos extremos adopten las fuerzas dominantes que, de llegar a ser avasallantes, sustituyen los mecanismos de mercado. Las normas sobre competencia se enderezan a evitar concentraciones en los mercados y, desde este punto de vista, pueden proponerse evitar que se den posiciones dominantes. Sin embargo, cuando estas se presentan o cuando la ley las tolera, lo que puede obedecer a razones de eficiencia, lo que en modo alguno se puede permitir es que, además de este factor de pérdida de competitividad, las personas o empresas en esa situación hagan un uso abusivo de su posición dominante o restrinjan y debiliten aún más el nivel de competencia existente (C. P. art. 333)".

108 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de mayo de 2002, M. P.: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO.

erija en una cláusula vejatoria o abusiva de su parte, cuando su inclusión no genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes, en fin, cuando no se quebrante la buena fe "desde una perspectiva objetiva: buena fe, probidad o lealtad", pues si ello fuera así, se impone excluir la disposición contractual.

Como puede observarse, la Corte, en lugar de desconocer el principio de buena fe, lo que hace es darle plena eficacia, como quiera que es justamente dicho principio el que impone al intérprete tener bien presente las particularidades del negocio, lo convenido, la vinculación al pacto, si bien más allá del mero sentido literal de la palabra, en respeto de los intereses de las partes contratantes, ciertamente la buena fe no habilita *per se* a desconocer el contenido del contrato, sólo lo hace en aquellos eventos en que se presente un abuso del derecho, una falta de lealtad, de honestidad o corrección que genere un desequilibrio significativo en el contrato, una lesión injustificada a los intereses de la contraparte, *verbi gratia*. Vale decir que el desconocimiento del contenido del contrato no es arbitrario, sino que para decidirlo el juez debe apoyarse con estricta sujeción en las propias reglas que emanan del principio de buena fe.

Ahora bien, cuando la Corte señala que "el sentenciador al desconocer el valor del acuerdo contractual en lo relativo a las exclusiones, *sobre la base de reconocer por encima de ella la buena fe del tomador y asegurado*, incurrió en aplicación indebida de los artículos 835 y 871 del C. de Co., los cuales no venían al caso, motivo por el cual no solo quebrantó la voluntad de las partes sino los preceptos que, como el artículo 1602 del C. Civil, le otorgan al contrato la fuerza de ley"; y cuando agrega que "con esa fórmula de exclusión la compañía aseguradora pactó una cláusula de contenido netamente objetivo, *en el cual la buena fe de las partes no tuvo injerencia*, razón por la cual no contraviene los principios generales del derecho ni las normas de orden público" (se resalta)¹⁰⁹, *la Corte no está diferenciando adecuadamente el concepto de buena fe objetiva (deber de comportamiento leal, probo, honesto, diligente, etc.) respecto del de buena fe subjetiva (creencia de no estar lesionando derecho alguno)*.

En efecto, si bien la buena fe creencia o subjetiva no es relevante en materia contractual a efectos de establecer el cumplimiento de los deberes frente a la contraparte, sí lo es la buena fe objetiva, esto es, la exigencia de obrar conforme a los postulados de la buena fe frente a la otra parte, por lo que en verdad, como bien lo afirma la Corte, una creencia subjetiva de estar obrando conforme a derecho no tiene por qué tener injerencia en la ejecución o interpretación del contrato, y respecto de tales creencias, la del asegurado de no estar incurso en la causal de exclusión prevista en el contrato, se impone el contenido del contrato mismo celebrado por las partes sin violación del principio; tratándose en cambio de la buena fe objetiva, ésta por el contrario tiene toda aplicación en el ámbito contractual, y es justamente merced a su aplicación que la cláusula de exclusión de

109 Ídem.

amparo tiene plena validez, dado el efecto de obligatoriedad de respeto por los pactos que impone la buena fe, en cuanto en tales pactos no se desconozcan las exigencias del principio de buena fe a que hemos aludido¹¹⁰.

No obstante, el ejercicio de la autonomía privada a la luz de la buena fe, requiere considerar valores que no han sido tenidos en cuenta por las partes, y es allí donde el criterio de resolución de los eventuales conflictos debe confiarse a los valores que emanan del principio de buena fe. Pero adicionalmente, en algunos casos, incluso la buena fe tiene por virtud desconocer expresas estipulaciones contractuales, que es donde se presentan las mayores complejidades.

Es evidente que toda valoración del contrato conforme a la buena fe no puede dejar de considerar la concreta realidad negocial, el tipo de contrato escogido, el precio pactado, la repartición de ventajas y beneficios, la determinación de riesgos y responsabilidades establecidos por los contratantes, valores todos estos intrínsecos al contrato y cuyas particularidades determinarán el concreto equilibrio contractual.

Sin embargo, no puede perderse de vista que la buena fe opera como principio rector de todo el *iter* contractual, de suerte que si bien las particulares estipulaciones de las partes nutren una adecuada interpretación del contrato de conformidad con la buena fe, tales estipulaciones no pueden prevalecer cuando resultan contrarias al citado principio¹¹¹.

De ahí que el apego al principio de buena fe en la valoración del orden negocial previsto por las partes no implique, como se teme, un desconocimiento de la naturaleza del negocio, ni la no consideración de los intereses propios de la específica operación económica que se pretende realizar, cuya valoración ciertamente constituye garantía de coherencia en la determinación del concreto equilibrio económico. Por el contrario, es justamente en la valoración integral de esos elementos que puede lograrse de manera más precisa la elaboración de un juicio según los parámetros de la buena fe, sin embargo, cuando tales previsiones quebrantan los postulados del principio carecen de legitimidad, pierden el carácter de valores intrínsecos del contrato y no podrán oponerse como inmunidad ante la buena fe, argumentando que se trata de previsiones específicas, particulares del negocio, previstas por las partes.

110 Para una interpretación diversa a la propuesta cfr. ORDÓÑEZ. *Los deberes recíprocos de información en el contrato de seguro*, cit., 101; al igual que RENGIFO GARCÍA. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, cit., 305-309.

111 En sentencia T-460 de 1992, se expresó: "El principio de la buena fe se erige en arcotoral de las instituciones colombianas dado el especial énfasis que en esta materia introdujo la Carta del 91, a tal punto que las relaciones jurídicas que surjan a su amparo no podrán participar de supuestos que lo desconozcan. En el diario acontecer de la actividad privada, las personas que negocian entre sí suponen ciertas premisas, entre las cuales está precisamente el postulado que se enuncia, pues pensar desde el comienzo en la mala fe del otro sería dar vida a una relación viciada" (M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO).

No de otra manera podría entenderse el reconocimiento de la función integradora de la buena fe, si ella no puede traducirse en reglas concretas que considerando las características específicas del negocio, no solo reconstruyan el contenido del mismo en lo no previsto por las partes, sino que además se impongan sobre las previsiones contractuales cuando estas quebranten el principio de buena fe¹¹². Encontramos ejemplos de tales aplicaciones en el caso de nulidad de cláusulas abusivas, en los eventos de abuso del derecho en general, en la lesión enorme, en la cláusula *rebus sic stantibus* o teoría de la imprevisión, en la aplicación de ciertos casos de la regla que prohíbe el *venire contra factum proprium*¹¹³, por ejemplo.

De particular interés resultan las aplicaciones del principio de buena fe en las que este se impone sobre las previsiones contractuales con fundamento en razones de solidaridad, que al no ser observadas se traducen en verdaderas deslealtades e incluso en ejercicio abusivo de los derechos, como cuando se interpone una demanda por incumplimiento de un contrato contra una persona que ha sido secuestrada, conociendo previa o posteriormente que su incumplimiento se debió al secuestro¹¹⁴.

112 Ya por su parte un considerable número de disposiciones legales, que constituyen manifestaciones del principio de buena fe, nos ilustran acerca de las diversas situaciones en las que la autonomía privada debe ceder ante el carácter imperativo de las reglas en que se concreta el principio de buena fe: es el caso de la inserción o exclusión automática de ciertas cláusulas, aun en contra de lo previsto por las partes; piénsese además, a título de ejemplo, en las disposiciones que impiden la exclusión o limitación de la responsabilidad cuando esta constituye condonación de dolo o culpa grave; en aquellas relativa a la rescisión por lesión enorme; las concernientes a intereses usureros, en las relativas a la excesiva onerosidad sobreviniente, entre otras.

113 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 17 de marzo de 2003, exp. 6688, M. P.: JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES, en la que se pone de presente el valor de la buena fe en su función integradora del contrato aun por encima de cláusulas expresas, específicamente en la aplicación de la regla que prohíbe el *venire contra factum proprium* que en el caso en estudio se entiende violada cuando se pretende dar cumplimiento estricto a cláusulas del contrato en contravención a la buena fe, como es el caso de demandar el incumplimiento de la firma de la escritura en la hora señalada en el contrato cuando la notaría ha otorgado hora distinta.

114 Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. Sentencia del 26 de junio 2003, exp. T620041, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL: "Por otra parte, además de las normales limitaciones a la libertad negocial que enfrenta ordinariamente el individuo por el sólo hecho de vivir dentro de una sociedad que acepta el sistema de mercado, existen otras circunstancias que afectan gravemente la posibilidad fáctica de cumplir sus obligaciones. Ello ha dado lugar a la incorporación de ciertas instituciones de protección a los deudores por parte de nuestra cultura jurídica romano-germánica. Figuras como la buena fe, la fuerza mayor, el caso fortuito o la imprevisión, suponen el reconocimiento de circunstancias ajenas a la voluntad del deudor, que escapan de su control y que impiden el cumplimiento de sus obligaciones o lo hacen excesivamente oneroso. En consecuencia, estas instituciones imponen límites al principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual, y específicamente, al principio de *pacta sunt servanda*, impidiéndole al acreedor exigir el cumplimiento de la obligación al deudor, difiriendo su exigibilidad, o cambiando las condiciones en que ésta había sido pactada inicialmente. En tales casos, el desconocimiento de una circunstancia que impide cumplir una obligación contractual, o que la hace demasiado onerosa, puede comportar la violación del derecho a la igual-

B. Regulación del riesgo contractual y principio de buena fe

Otro de los aspectos que presentan una particular tensión en la aplicación del principio de buena fe frente a la autonomía contractual, es la incidencia de la distribución convencional de los riesgos derivados del contrato, respecto de la aplicación de la teoría de la imprevisión o cláusula *rebus sic stantibus*.

En efecto, la teoría de la imprevisión, que constituye una regla que emana de la buena fe, pone en relación al principio de autonomía contractual con otros aspectos como el equilibrio contractual, la consideración de los intereses de la contraparte y la solidaridad, frente a la libertad y a la seguridad jurídica.

Ha de partirse del presupuesto de que la teoría de la imprevisión no vulnera el principio de la autonomía contractual, en la medida en que la imprevisión busca regular aspectos *de facto*, posteriores a la celebración del contrato, que afectan lo estipulado, a fin de restablecer el equilibrio contractual dentro de un espíritu de solidaridad y cooperación que debe presidir la ejecución de buena fe de los negocios jurídicos. Esto, siempre que las partes no hubieren pactado libremente un régimen específico de distribución de riesgos, de acuerdo con el cual una de ellas deba asumir las secuelas de tales hechos sobrevinientes¹¹⁵, trátase de riesgo comercial o de mercado¹¹⁶, riesgo regulatorios¹¹⁷, riesgo cambiario o riesgo de las variables macroeconómicas¹¹⁸, entre otros.

dad y del derecho al libre desarrollo de la personalidad, y en esa medida, constituye un límite al principio de autonomía de la voluntad, y a la libertad contractual. Como se señaló antes en esta sentencia, en diversos pronunciamientos la Corte ha reconocido que el secuestro constituye una circunstancia de fuerza mayor que obliga al empleador a pagar los salarios a las familias de sus trabajadores secuestrados. En consecuencia, debe establecerse en qué medida, y por qué motivos se vulneran el derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, al exigir una obligación civil sin tener en cuenta los efectos del secuestro en cabeza del deudor [...] Si bien en el presente caso no existe prueba de que las medidas cautelares hubieran puesto en riesgo el pago del rescate del demandante o de su concuñado, resulta absolutamente inexcusable que los bancos demandados hubieran proseguido con los procesos, una vez conocieron las circunstancias del señor xxx. Esto no sólo comporta una conducta desleal de los bancos, que viola el principio constitucional de buena fe aplicable a las relaciones contractuales, también es un ejercicio abusivo del derecho de acceso a la administración de justicia, en la medida en que desconoce las circunstancias del incumplimiento. De tal modo, los bancos no pueden exigir judicialmente el pago de la deuda a una persona que ha sido secuestrada sino después del año siguiente a su liberación, so pena de vulnerar sus derechos fundamentales. Interponer una demanda contra una persona que ha sido secuestrada, conociendo previa o posteriormente que su incumplimiento se debió al secuestro constituye una conducta contraria al principio de buena fe, y un abuso del derecho de acceso a la administración de justicia”.

115 Laudo arbitral del tribunal de arbitramento de Empresa de Energía de Boyacá S. A. e.s.p. vs. Compañía Eléctrica de Sochagota S. A. e.s.p., Bogotá, 21 de octubre de 2004, árbitros: JORGE SUESCÚN MELO, MARÍA CRISTINA MORALES DE BARRIOS y CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS.

116 Como por ejemplo fluctuaciones de la demanda, fluctuaciones de las tarifas, causadas por diversas circunstancias, tales como las repercusiones de ciclos económicos, el cambio en los hábitos de consumo, el incremento de precios, el cambio en el crecimiento

Al respecto ha sostenido la jurisdicción arbitral:

... la teoría de la imprevisión solo cabe frente a ocurrencias extraordinarias respecto de las cuales las partes no hayan hecho estipulaciones, al momento de contratar, respecto de quién habría de asumir las consecuencias de su acaecimiento. En caso contrario, esto es, si los contratantes pactaron, dentro de la distribución de riesgos acordada, que por tal ocurrencia y por sus secuelas habría de responder una ellas, en este supuesto la parte afectada por el advenimiento del evento riesgoso en cuestión, no puede invocar la teoría de la imprevisión para así dejar de asumir las consecuencias de la contingencia por la que se comprometió a responder¹¹⁹.

Ello no significa una excepción al principio de buena fe, sino por el contrario, justamente una aplicación del mismo, que impone atender en la interpretación y ejecución del contrato a los aspectos atinentes a la naturaleza del negocio celebrado. De manera que la distribución de riesgos es un aspecto sustancial que determina seguramente un particular equilibrio contractual. Pretender imponer la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* o teoría de la imprevisión de manera mecánica sin atender las circunstancias contractuales sería ir en contravía del propio principio.

Ahora bien, un aspecto que adquiere gran relevancia es el establecer cuáles son los riesgos susceptibles de ser asumidos por las partes en la relación contractual, particularmente cuando se trata de relaciones donde una de las partes ostenta una posición de prevalencia¹²⁰, puesto que en muchos casos, lejos de ser asumidos por

de la economía, la competencia imperante en el mercado, el aumento de la capacidad de generación, etc.

117 A propósito del riesgo regulatorio habrán de examinarse las implicaciones de la reciente regulación sobre estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia: Ley 963 del 8 de julio de 2005, cuyo artículo 1.º establece: "*Contratos de estabilidad jurídica*. Se establecen los contratos de estabilidad jurídica con la finalidad de promover inversiones nuevas y de ampliar las existentes en el territorio nacional. Mediante estos contratos, el Estado garantiza a los inversionistas que los suscriban, que si durante su vigencia se modifica en forma adversa a estos alguna de las normas que haya sido identificada en los contratos como determinante de la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo./ Para todos los efectos, por modificación se entiende cualquier cambio en el texto de la norma efectuado por el Legislador si se trata de una ley, por el Ejecutivo o la entidad autónoma respectiva si se trata de un acto administrativo del orden nacional, o un cambio en la interpretación vinculante de la misma realizada por autoridad administrativa competente".

118 Tales como crecimiento de la economía, nivel de consumo, etc.

119 El citado laudo arbitral del tribunal de arbitramento de Empresa de Energía de Boyacá S. A. e.s.p. vs. Compañía Eléctrica de Sochagota S. A. e.s.p. señala: "no puede deducirse que mediante la teoría de la imprevisión puedan dejarse de lado los pactos válidamente celebrados en torno a la distribución de riesgos entre los contratantes. Por el contrario, los riesgos asumidos dentro del ámbito permitido por el ordenamiento constituyen un factor que hace parte de la ecuación económica del negocio y que, dentro de la órbita de lo estipulado, no es susceptible de revisión por el acaecimiento de circunstancias sobrevinientes" (se resalta).

120 Es el caso de los contratos celebrados con el Estado, en los que el derecho a la preservación del equilibrio económico se inspira en consideraciones de orden público, que obedecen a razones de interés general, por lo que la jurisprudencia ha dado gran

los contratantes dentro del ámbito de libre estipulación que les ofrece el postulado de la autonomía de la voluntad¹²¹, obedecen a exigencias del predisponente. A este respecto se ha preguntado la jurisprudencia si la asunción de riesgos puede versar "sobre aquellos normales del contrato y no sobre los anormales o extraordinarios, que sean de tal entidad como para afectar la estructura económica del contrato, hasta el punto de impedirle obtener los beneficios, utilidades o provechos pecuniarios contractualmente presupuestados"¹²², o si por el contrario resulta posible el asumir riesgos extraordinarios sin que con ello se viole el principio de buena fe¹²³. Dada la realidad de nuestro entorno, que nos enfrenta en no pocas oportunidades a la contingencia de riesgos extraordinarios, parecería más adecuado trasladar la atención de este debate al ámbito de la economía del contrato, es decir, centrar la atención en si la asunción de estos riesgos, aun extraordinarios, se reflejan en el equilibrio del contrato; como quiera que si ello no es así podríamos encontrarnos ante una posición de abuso del predisponente.

Pero antes que pensar como atendible una renuncia anticipada y genérica de la cláusula *rebus sisc stantibus*, entre otras cosas hipotéticamente sólo admisible entre contratantes en términos de igualdad, en contratos libremente negociados y ajena a toda deshonestidad, la atribución de responsabilidad por riesgos extraordinarios debe obedecer a razones que reflejen una especial regulación de intereses dentro del programa contractual, en que el equilibrio específico del contrato se sustente en la asunción de tales riesgos y por ende en la inamovilidad del contrato en términos de revisión, con fundamento en el cambio de las condiciones cuyo riesgo asumió a título de garantía una de las partes.

Estos y otros múltiples aspectos constituyen el centro del debate en materia de buena fe en el sistema jurídico colombiano. Con independencia de la diversidad de opiniones que puedan surgir en algunos tópicos y con la claridad de que la buena fe es un producto refinadísimo de la experiencia¹²⁴, se percibe consenso en aceptar las enseñanzas de EPICETEO: "la humanidad está orientada hacia la buena fe y el que esto subvierte, subvierte lo propio (la naturaleza) del ser humano".

relevancia al derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato que prohija la ley, estimando que se trata de un derecho del contratista, que no puede derogarse por convenios particulares: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 1992, exp. 6353; laudo arbitral del 19 de marzo de 1996 en el proceso de Mora-Mora, Conciviles vs. Incora. Derecho que en todo caso excluye el hacerse cargo de costos y gravámenes eventuales que puedan concretarse por voluntad futura del legislador: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 1992, cit.

121 Como parece darse por presupuesto en el laudo arbitral del 29 de noviembre de 2000 en el proceso del Instituto de Desarrollo Urbano-IDU vs. Sociedad Ingenieros Civiles Asociados S.A. de CV-ICA.

122 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 9 de mayo de 1996, exp. 10151.

123 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 26 de febrero de 2004, exp. 14043.

124 "La buena fe no es un producto de inducción lógica, sino de experiencia y razón práctica": VON THUR. "La buena fe en el derecho romano y en el derecho actual", *RDP*, 1025, 337.

