

# Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos

MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL\*

Sumario: I. Antecedentes. II. La buena fe objetiva y la buena fe subjetiva en el derecho moderno. A. La distinción entre buena fe subjetiva y objetiva. 1. Buena fe subjetiva. 2. Buena fe objetiva. B. Los conceptos de buena fe subjetiva y de buena fe objetiva en el código de Bello. C. La relación entre culpa y buena fe subjetiva. D. Imposibilidad de identificar la buena fe objetiva con la subjetiva. E. La particular posición de una parte de la jurisprudencia colombiana frente a los conceptos de buena fe objetiva y subjetiva. 1. Aplicaciones de la buena fe subjetiva cualificada o exenta de culpa. III. El confundir los conceptos de buena fe objetiva y buena fe subjetiva y en particular el concepto de buena fe exenta de culpa con el de buena fe objetiva ha conducido a errores gravísimos. A. Asumir equivocadamente que la buena fe objetiva comprende tanto una buena fe exenta de culpa como una buena fe en la que la diligencia no resulta exigible. B. Entender erradamente que la regla que prohíbe el ir contra los actos propios está regida por la buena fe subjetiva y es una manifestación de la teoría de la apariencia. C. El pretender admisible con sustento en la buena fe subjetiva una vinculación al acuerdo conforme a la mera letra del contrato en claro desconocimiento del carácter objetivo de la regla de vinculatoriedad que trasciende la simple formalidad del texto del contrato. D. Asumir en claro desconocimiento de las reglas del principio de buena fe que en algunos casos dicho principio debe ceder ante la autonomía contractual. E. Tratándose de obligaciones contractuales frente a la contraparte, se pretende erradamente proteger a nombre del principio de buena fe la representación mental del deudor que cree haber cumplido, su mera creencia de haber satisfecho adecuadamente los intereses de su acreedor, desconociendo la exigencia de la buena fe objetiva que impone desplegar un comportamiento efectivo. F. Apremiar de manera equívoca los alcances de la presunción de buena fe

## Resumen

El presente escrito tiene por objeto dejar en evidencia la confusión que en cierto sector de la jurisprudencia colombiana existe entre el concepto de buena fe objetiva

\* Profesora de derecho civil y romano de la Universidad Externado de Colombia; doctora en derecho de la Universidad de Roma "Tor Vergata". Correo electrónico: nemevilla@hotmail.com

Fecha de recepción del artículo: mayo de 2009. Fecha de aceptación: julio de 2009.

y el concepto de buena fe subjetiva, que ha trascendido, por demás, a una parte de la doctrina y la legislación (C. Co., art. 863), pero, sobre todo, busca advertir sobre los graves equívocos a los que dicha confusión conduce, entre los que se cuentan: asumir que la buena objetiva comprende tanto una buena fe exenta de culpa como una buena fe en la que la diligencia no resulta exigible; pretender que la regla que prohíbe el ir contra los actos propios está regida por la buena fe subjetiva y que es una manifestación de la teoría de la apariencia; pretender proteger a nombre del principio de buena fe la representación mental del deudor que cree haber cumplido, desconociendo la exigencia de la buena fe objetiva que impone desplegar un comportamiento efectivo; y apreciar de manera errónea los alcances de la presunción de buena fe; equívocos que llevan a plantear la necesidad de retomar los senderos del derecho romano, en el que el concepto originario de buena fe estuvo siempre atado al deber de comportamiento probo y leal frente a la otra parte en el contrato, es decir, a lo que hoy entendemos como buena fe objetiva y donde la exigencia de buena fe en la posesión del comprador (convicción o creencia) debió ser una utilización particular de la *bona fides* contractual adaptada en función de la problemática posesoria, que luego se extendería a otras situaciones que se engloban hoy bajo el nombre de la teoría de la apariencia.

Palabras clave: buena fe objetiva, buena fe subjetiva, buena fe exenta de culpa, presunción de buena fe, teoría de la apariencia, *venire contra factum proprium*.

## I. ANTECEDENTES

En el siglo XIX tomó fuerza la discusión doctrinal en torno a la diferenciación entre los conceptos de buena fe objetiva y buena fe subjetiva. Especial atención suscitó la disputa surgida en Alemania en torno a 1870, entre BRUNS y WÄCHTER, sobre la "buena fe", enmarcada en las fuentes romanistas<sup>1</sup>. Los citados autores controvierten sobre diversos aspectos, entre los que se cuenta la naturaleza ética o psicológica de la "buena fe", sobre su concepto y acerca de si debe ser concebida en modo positivo o negativo.

Para WÄCHTER, el concepto de "buena fe" indica la simple ignorancia de dañar el derecho ajeno y se consume en una falsa creencia, determinada por cualquier error<sup>2</sup>, sin tener en cuenta la excusabilidad o no del error, en una concepción que se denominará, después, subjetiva.

Para BRUNS, en cambio, la "buena fe" designa la rectitud de la conducta, el espíritu escrupuloso y franco con el cual es necesario estrechar acuerdos y comportarse en el consorcio humano<sup>3</sup>, dentro de una visión que denomina ética, en la que la mirada se

1 Cfr. D. CORRADINI. *Il criterio de la buona fede e la scienza del diritto privato*, Milán, Giuffrè, 1970, 111.

2 C. G. WÄCHTER. *Rechtsgutachten*, 15 y ss.; ÍD. *Die bona fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigentums*, Leipzig, 1871, 13-14.

3 C. G. BRUNS. *Das Wesen der bona fides bei der Ersitzung*, Berlín, 1872, 79.

dirige al contenido exterior de tal conducta, a aquello que resulta observable y enfatiza en la corrección, la honestidad, por lo que considera irrelevante lo que se piensa, se quiere o se cree, destacando que como sustento de un comportamiento probo y leal debe estar un error excusable<sup>4</sup>. Así mismo, BRUNS contrapone a la "buena fe" no solamente el dolo, sino la falta de cuidado, *no excusable* y la culpa grave<sup>5</sup>; con lo que desplaza la tesis, originalmente planteada desde una perspectiva, totalmente objetiva al campo del error excusable que se mueve en el ámbito subjetivo que pretendió evitar<sup>6</sup>, por lo que al final la concepción de BRUNS continuó envolviendo el concepto de buena fe objetiva con parte del manto que cobija a la buena fe subjetiva.

Para iluminar esta confusión nada mejor que retornar a los orígenes de estos conceptos en el derecho romano. Al respecto, vale la pena tener presente que ya para el segundo siglo el derecho de las obligaciones se encuentra ampliamente permeado por la *fides bona*, mientras que frente a los derechos reales la buena fe como tal no hace sentir su influencia, pues aún no había aparecido la acción publiciana<sup>7</sup> mediante la cual, con base en las obligaciones derivadas de la *fides bona* a cargo del vendedor, se protegía al comprador que no se encontraba seguro de haber adquirido la propiedad de la cosa. Recuérdese que la compraventa clásica no era traslativa de la propiedad sino meramente obligatoria y que dicho contrato era precisamente un contrato del *ius gentium* en el que la *fides bona* está presente y exige del vendedor la transferencia efectiva de la propiedad del bien<sup>8</sup>.

De manera que el concepto originario de buena fe estuvo siempre atado, entonces, al deber de comportamiento probo y leal frente a la otra parte en el contrato, es decir, a lo que hoy entendemos como buena fe objetiva.

Más adelante, la usucapición viene a tutelar la posesión del comprador y su ejercicio supone la *bona fides*, que es requerida en cabeza del comprador al momento del contrato como presupuesto de dicha tutela. Tal exigencia de buena fe debió ser una utilización particular de la *bona fides* contractual adaptada en función de la problemática posesoria<sup>9</sup>.

En este proceso el concepto ético de *bona fides* que permanecía formalmente idéntico paulatinamente se fue desvinculando de su contenido contractual que esencialmente se traducía en "exigencias de comportamiento", para asumir un contenido específicamente posesorio de "convicción de haber adquirido del legítimado para enajenar", que luego sería típico de la buena fe exigida al poseedor.

4 Ibid., 92.

5 Ídem. Cfr. G. DEL VECCHIO. *Storia de la filosofía del diritto*, Turín, Giuffrè, 1958, 17.

6 Cfr. CORRADINI. *Il criterio de la buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., 115.

7 La acción publiciana decía así: D. 6.2.7.11 "Si Aaulo Gellio compró de buena fe un esclavo y la fue entregado, suponiendo que lo hubiere poseído durante un año y entonces ese esclavo del cual se trata hubiere debido ser suyo de acuerdo con el derecho de los quirites [...]"; véase también GAYO 4.36.

8 L. LOMBARDI. *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, Milán, Giuffrè, 1960, 234-247.

9 Ibid., 234-235.

Este tránsito de un concepto netamente objetivo a uno preponderantemente subjetivo en el campo de la posesión dio lugar a una notable confusión en la mente de los intérpretes, comoquiera que la *bona fides* aplicable en la posesión como consecuencia de un deber objetivo de conducta exigible al comprador, la transferencia de la propiedad de la cosa, asumía ahora un significado de "creencia, de opinión"<sup>10</sup>.

La *bona fides* desempeña una función supletoria del criterio de la justa causa, en cuanto la existencia de una *iusta causa* hace presumir la convicción de actuar conforme a derecho y por ende la buena fe; de manera que la *fides bona* tutela los intereses tanto del verdadero propietario, en cuanto le permite demostrar la mala fe del adquirente<sup>11</sup>, como al adquirente mismo, en cuanto no hace más gravosa la situación de quien habiendo adquirido con un título válido ignoraba la existencia de un derecho ajeno, lo cual se ve reflejado procesalmente en el hecho de que al usucapiente le compete la carga de la prueba del acto constitutivo del derecho: la *causa possessionis*, mientras que la contraparte deberá probar el hecho impeditivo: el conocimiento de que con su actuar daña derecho ajeno<sup>12</sup>.

No obstante que no se lograra una neta diferenciación entre las dos posiciones inicialmente contrapuestas, la polémica entre BRUNS y WÄCHTER constituye en el derecho moderno el preludio de la separación entre el análisis de la buena fe como convicción psicológica y la buena fe como manifestación concreta de deberes de comportamiento en términos positivos, esto es, como principio ético, aun cuando todavía, por largo tiempo, los estudiosos se mostrarán propensos a referirse a la buena fe subjetiva y a descuidar la profundización del concepto de buena fe objetiva.

## II. LA BUENA FE OBJETIVA Y LA BUENA FE SUBJETIVA EN EL DERECHO MODERNO

### A. La distinción entre buena fe subjetiva y objetiva

#### 1. Buena fe subjetiva

La expresión "buena fe subjetiva", que de manera general ha sido considerada como "un estado de igno rancia y error"<sup>13</sup>, denota un estado de conciencia, un

10 *Ibíd.*, 248-249.

11 D. 41,4,2,1. PAULO. Comentarios al Edicto, libro *LLV*. La causa de la posesión es distinta de la de la usucapición; porque se dice con verdad que uno compró, pero con mala fe, a la manera que posee como comprador el que a sabiendas compró una cosa ajena, aunque no la usucapía; D. 41,4,2,15.

12 D. 41.7.5 pr. POMPONIO. Comentarios a Sabino, libro *XXXII*. Si te hubiere comprado una cosa que poseías habiéndose tenido por abandonada, sabiendo yo que se hallaba en esta condición, es sabido que la usucapiré; y no obsta que no haya estado en tus bienes; porque el mismo derecho hay también si a sabiendas así hubiere yo comprado una cosa a ti donada por tu mujer, porque esto lo harías como queriéndolo y concediéndolo su dueño.

13 R. SACCO. "Cosa'è la buona fede oggettiva?", en *Il principio de buona fede*, Milán, Giuffrè, 1987, 45.

convencimiento; y se dice subjetiva justamente porque para su aplicación debe el intérprete considerar la intención del sujeto de la relación jurídica, su estado psicológico, su íntima convicción; se trata por lo tanto de una idea de ignorancia, de creencia errónea acerca de la existencia de una situación regular, la cual se funda en el propio estado de ignorancia, o en la errónea apariencia de cierto acto, que se concreta en el convencimiento del propio derecho o en la ignorancia de estar lesionando el derecho ajeno<sup>14</sup>.

En suma, la buena fe subjetiva consiste en un estado psicológico y no volitivo, cuyo substrato está fundado bien en la ignorancia o en un error<sup>15</sup>. De ahí que "el comportamiento de una persona pueda ser objetivamente antijurídico; empero el derecho lo considera honrado y justo teniendo en cuenta la situación subjetiva en que su autor se encontraba. El error incide aquí en la titularidad o en la legitimidad de la propia conducta [...] o en la legitimidad de la conducta de la contraparte"<sup>16</sup>.

Debemos no obstante hacer énfasis en punto a que la buena fe subjetiva no se predica respecto "al contenido o a los efectos de la relación misma"<sup>17</sup>, sino que se refiere exclusivamente a la corrección del sujeto dentro de la relación jurídica, esto es, "a la conciencia del sujeto en relación con la propia situación, o con la ajena, de la que deriva su derecho"<sup>18</sup>, de no estar dañando un interés ajeno tutelado por el derecho.

## 2. Buena fe objetiva

En cuanto concierne a la buena fe objetiva, se le ha entendido como "principio jurídico que introduce en el contenido de las obligaciones *deberes* coherentes con un modelo de comportamiento objetivo"<sup>19</sup>, el del *bonus vir*<sup>20</sup>, que se expresa a través de las reglas de honestidad y corrección propias de dicho modelo.

De manera que este tipo de buena fe se erige en *regla de conducta* fundada en la honestidad, en la rectitud, en la lealtad y principalmente en la consideración del interés del otro visto como un miembro del conjunto social que es jurídicamente

14 J. MARTINS COSTA. "A boa-fé no direito privado", *Revista Dos Tribunais*, Sao Paulo, 1999, 410-412.

15 R. CRISTOFARI. "Diligenza e buona fede soggettiva: il problema del collegamento tra i due fenomeni", en revista virtual *Persona e danno*, publicado el 7 de febrero de 2009 [www.personaedanno.it/cms/data/articoli/013567.aspx27] (consultado el 3 de julio de 2009).

16 J. MOSSET ITURRASPE. *Justicia contractual*, Buenos Aires, Ediar, s. d., 152.

17 JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS. *El principio de buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*, Barcelona, Bosch, 1965, 57.

18 *Ibidem*.

19 R. CARDILLI. *Bona fides tra storia e sistema*, Turín, Giappichelli, 2004, 100. El resaltado es añadido.

20 Que equivale al modelo del hombre honesto y correcto.

tutelado<sup>21</sup>. La buena fe objetiva presupone *que se actúe* con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces<sup>22</sup>, entre otros deberes que emanan de permanentemente de su profuso carácter normativo.

La doctrina resalta con beneplácito<sup>23</sup> que haya sido superada la tendencia prevaleciente por largo tiempo de asimilar la buena fe objetiva, propia de la ejecución de las obligaciones, con la buena fe subjetiva inicialmente posesoria y que después se extendiera a otras situaciones que se engloban hoy bajo el nombre de la teoría de la apariencia; tendencia que ha sido sustituida por la clara autonomía de la buena fe objetiva que implica una exigencia de comportamiento "diligente, advertido, pundonoroso, y la consiguiente carga probatoria del sujeto que ha de comportarse así"<sup>24</sup>.

En efecto, ya de tiempo atrás ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que "la concepción jurídica de la buena fe tiende a alejarse del criterio que la considera exclusivamente como la creencia de no hacer mal a nadie o de no hacer nada ilegítimo, esto es, como un simple hecho psicológico, de creencia, por un criterio jurídico más actuante y real", de manera que "la aplicación de este criterio a los casos particulares no reposa sobre deducciones lógicas sino sobre una apreciación de valores", en la que "la buena fe no es el producto de un razonamiento lógico; no es tampoco un objeto del saber sino una cuestión de experiencia de la vida y de sentido práctico" que impone "*considerar la bona fides como una realidad y no simplemente como una intención de legalidad y una creencia de legitimidad*"<sup>25</sup>.

21 MARTINS COSTA. "A boa-fé no direito privado", cit., 410-412.

22 Corte Suprema de Justicia. Casación del 2 de agosto de 2001.

23 FERNANDO HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, 2.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, 561.

24 Ídem.

25 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Bogotá, 1.º de diciembre de 1938 (MP: HERNÁN SALAMANCA), donde señala que "La concepción jurídica de la buena fe tiende a alejarse del criterio que la considera exclusivamente como la creencia de no hacer mal a nadie o de no hacer nada ilegítimo, esto es, como un simple hecho psicológico, de creencia, por un criterio jurídico más actuante y real que estima que la cuestión predominante consiste menos en la creencia misma que en cómo y por qué se cree. Esta concepción profunda, que puede llamarse ético-jurídica, no desprecia la naturaleza psicológica del contenido de la buena fe, especialmente en cuanto constituye una creencia; pero coloca en el mismo plano que corresponde a los elementos morales que permiten calificar la buena fe y constituyen su valor, las características jurídicas que la elevan a la categoría de un verdadero principio de derecho (Francois Gorphe).

El derecho y la equidad, lo mismo que las reglas de la buena fe, no son otra cosa que lo que el Pretor prescribía a las partes y al juez bajo el nombre de *bona fides* para la ejecución y el juzgamiento de la mayor parte de las obligaciones. La aplicación de este criterio a los casos particulares no reposa sobre deducciones lógicas sino sobre una apreciación de valores, esto es, sobre el hecho de que de dos intereses opuestos el uno parezca tener un valor superior y por lo tanto decisivo para fijar la importancia de la prestación debida. La costumbre podrá servir al juez para apreciar la buena fe porque aparece como el resultado de un examen razonable y repetido. En efecto: la buena fe no es el producto de un razonamiento lógico; no es tampoco un objeto del saber sino una cuestión de experiencia de la vida y de sentido práctico (Andreas von Tuhr).

Bajo este entendido, un parangón entre los conceptos de buena fe subjetiva y objetiva se plantea claramente cuando se señala que la buena fe objetiva "no supone la creencia o ignorancia que justifica un error—buena fe en sentido subjetivo— sino la aprobación de una conducta o proceder, según el parecer unánime de personas razonables y honradas con base en los usos sociales imperantes en una determinada circunstancia"<sup>26</sup>.

## B. Los conceptos de buena fe subjetiva y de buena fe objetiva en el código de BELLO

El artículo 706 del Código Civil chileno –768 del colombiano<sup>27</sup>– identifica de manera expresa en materia de prescripción adquisitiva la buena fe con la "conciencia", de ahí que se diga que "de acuerdo con esta disposición, pues, hay una buena fe que consiste en una conciencia o en un estado de conciencia. Por eso

Entendemos por buena fe una norma jurídica que en la decisión de un caso concreto representa el derecho objetivamente justo. Por eso la buena fe no consiente que una persona sea rebajada a simple medio de los apetitos unilaterales de otra, sino que exige que se tengan los mayores miramientos posibles con cada cual, conciliando las prestaciones recíprocas de ambas partes. (R. Stamier).

Esta manera de considerar la bona fides como una realidad y no simplemente como una intención de legalidad y una creencia de legitimidad, se proyecta también en la apreciación de su modalidad antitética, en la estimación de la mala fe, en su apreciación probatoria que debe ser plena y completa para que pueda tener la capacidad destructora de la presunción legal de que la fe es buena. "El efecto de la presunción es hacer considerar la cosa presunta como probada, mientras no se demuestre lo contrario. Según esto, la parte a la cual se opone una presunción no puede limitarse a afirmar lo contrario, sino que debe destruir la presunción misma con una clara prueba de los hechos en que funda su impugnación" (RICCI). La mala fe no debe ser tampoco simplemente una creencia en cuya formación no intervenga la razón jurídica, ni el producto de un razonamiento exclusivamente lógico, sino algo más real que debe reflejarse evidentemente sobre el plano de las realizaciones jurídicas. La mala fe debe ser la deducción acertada hecha sobre la plena comprobación de hechos precisos de naturaleza incompatible con la *bona fides*, como lo sería, en tratándose de la buena fe contractual, la demostración evidente de una visible ventaja pecuniaria en una negociación celebrada con un incapaz que mostrara un aprovechamiento inhonesto del estado de inferioridad en que concurrió una de las partes a su celebración, es decir, la prueba de que se abusó de un estado de debilidad para obtener un indebido e injusto provecho, apreciable en el desequilibrio de los valores. Sin olvidar tampoco que la calificación de la fe jurídica, el rigor con que se exige o es exigible buena en los negocios, no es un concepto uniforme, rígido e invariable, sino una cuestión de hecho, conformada probatoriamente adoptada en las situaciones de cada caso."

26 MARTÍNEZ-CALCERRADA. "La buena fe y el abuso del derecho", en *Revista de Derecho Privado*, 1979, 436.

27 Artículo 768. Buena fe en la posesión. La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de todo otro vicio. Así, en los títulos traslaticios de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.

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

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

suele llamársela subjetiva. En materia posesoria, esta conciencia es sobre i) haber adquirido el dominio de la cosa; ii) haberlo adquirido por medios legítimos; iii) haberlo adquirido exento de fraude y iv) haberlo adquirido exento de todo otro vicio. *Como se trata de una conciencia, ninguno de estos extremos necesitan ser reales. Si todos o algunos son falsos pero el poseedor tiene conciencia de ser verdaderos, es decir cree que lo son, se dice que le asiste la buena fe*" (se resalta)<sup>28</sup>.

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

### C. La relación entre culpa y buena fe subjetiva

Sobre cómo afecta la presencia de la culpa a la buena fe subjetiva han sido diversas las posiciones asumidas por la doctrina:

Por su parte el Código civil italiano de 1942, en el artículo 1147<sup>29</sup> inciso tercero, en materia posesoria en general dispone que "*La buena fe no beneficia si la ignorancia depende de culpa grave*"<sup>30</sup>, disposición que se replica en materia del error del poseedor

28 A. GUZMÁN BRITO. "La buena fe en el Código Civil de Chile", en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, v, II, Padova, Cedam, 2003, 316.

29 C. C. italiano, art. 1147: "es poseedor de buena fe quien posee ignorando lesionar derecho ajeno.

La buena fe no beneficia si la ignorancia depende de culpa grave.

La buena fe se presume y basta que haya existido al tiempo de la adquisición".

30 Sobre el concepto de culpa grave: *Culpa grave: D. 50.16.213.2 ULPIANO*; Reglas, libro 1. Es culpa lata la demasiada negligencia, esto es, no entender lo que todos entienden; *D. 50.16.223. PAULO*; Sentencias, libro II. Es el límite de la culpa lata no entender lo que todos entienden. Por su parte, el *Código Civil colombiano* dispone al respecto: *Artículo 63*. La ley distingue tres especies de culpa y descuido:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre



de bienes hereditarios<sup>31</sup>; es decir que en las dos únicas disposiciones en las que la legislación civil italiana se pronuncia expresamente sobre la relación buena fe subjetiva-culpa, dicho ordenamiento no exige ausencia de culpa leve, o lo que es lo mismo, un comportamiento diligente, sino que basta para el reconocimiento de la buena fe subjetiva que la conducta de la parte se encuentre libre de dolo y de culpa grave, culpa esta última que ha sido entendida como una negligencia tan crasa que por sus efectos se equipara al dolo.

En relación con las citadas disposiciones, apartándose de la denominada "concepción ética de la culpa"<sup>32</sup>, parte de la doctrina italiana sostiene que la existencia de culpa grave impide la eficacia de la buena fe subjetiva al enervar las consecuencias favorables que podrían derivarse para el agente, pero que en verdad la buena fe subjetiva sólo resulta ontológicamente incompatible con el dolo, mientras bien puede considerarse compatible con la culpa leve, al menos que disposiciones específicas introduzcan requisito de la ausencia de culpa<sup>33</sup>.

Por otra parte, y en cuanto se refiere a la función de la buena fe subjetiva como elemento idóneo para "sanar un supuesto de hecho que no corresponde al hipotizado por la ley" —lo que denominaríamos nosotros buena fe subjetiva cualificada, creadora de derecho o teoría de la apariencia—, otra parte de la doctrina sostiene que "el problema de la relación entre diligencia y buena fe presenta dos soluciones: o se admite que subsista incompatibilidad entre culpa y el efecto subsanador de la buena fe subjetiva, la cual asumirá relevancia siempre y solamente en presencia de un error excusable; o bien se niega tal conclusión y se condiciona la inserción, como relevante para que opere la buena fe, del requisito de la excusabilidad de la culpa a los casos particulares en que así lo exija una expresa disposición legal o cuando menos la lógica del sistema"<sup>34</sup>.

juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

- 31 C. C. italiano artículo 535 inciso 3.º: "Es poseedor de buena fe aquél que ha adquirido la posesión de los bienes hereditarios, considerando por error ser heredero. La buena fe no beneficia si el error depende de culpa grave".
- 32 Según la cual la ignorancia o el error en el que se funda la buena fe subjetiva debe ser legítima, esto es, "tal que con el uso de la normal diligencia no hubiera podido ser superada" Propugnada entre otros, fundamentalmente por E. BETTI: *Teoria generale del negozio giuridico*. Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, 69. Parece, no obstante, que tal afirmación se efectúa en el marco de aquellos eventos en los que la buena fe subjetiva asume el más exigente cariz de la teoría de la apariencia.
- 33 D. POLETTI. "Alcune considerazioni sul rapporto tra buona fede soggettiva e colpa", en *Il principio de buona fede*, Milán, Giuffrè, 1987, 150.
- 34 R. CRISTOFARI. "Diligenza e buona fede soggettiva: il problema del collegamento tra i due fenomeni", en revista virtual *Persona e danno*, publicado el 7 de febrero de 2009 [[www.personaedanno.it/cms/data/articoli/013567.aspx27](http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/013567.aspx27)] (consultado el 3 de julio de 2009), quien recomienda ver sobre el punto al menos "Giampiccolo 1965, 345; Cherubini 1973, 12; Busnelli 1975, 569; pero también Sacco 2005, 83-85, 75, para el cual «frecuente-

Particular relevancia merece la doctrina italiana que considera que la buena fe subjetiva sólo puede producir efectos si se encuentra cimentada en un error no culpable, ello con base en valores constitucionales, contenidos particularmente en los artículos segundo y tercero de la Carta<sup>35</sup>, que no permiten privilegiar una visión meramente formal ligada al texto del Código Civil, sino que impone la consideración de una dimensión social y con ella el respeto por la esfera jurídica ajena, en especial la de la persona perjudicada con la aplicación de la protección que otorga la buena fe subjetiva, lo que impediría que quien actúa en el seno de la sociedad pueda derivar ventaja del propio estado de negligente ignorancia<sup>36</sup>.

Por otro lado, alguna parte de la doctrina española sostiene que a pesar de no existir en el derecho positivo español una disposición que establezca la exigencia de diligencia como presupuesto para reconocer la buena fe subjetiva, se estima que resulta viable concluir que en el sistema español se excluye la protección de la buena fe subjetiva a quien haya obrado con culpa, pues sostiene que "sería contrario a ésta el que se amparara al poseedor que no fuera digno de semejante protección" y llega a sostener que la aplicación de la buena fe subjetiva es incompatible con la existencia de dolo o culpa, pues estos se erigen en límites internos a la aplicación del principio<sup>37</sup>.

Ahora bien: en torno a cómo se haya generado el estado de conciencia que funda la buena fe subjetiva, el código de BELLO no exige más que el hecho de que tal convicción no provenga de un error de derecho y *contrario sensu* admite como justo y, por ende conforme a buena fe, el error en materia de hecho<sup>38</sup>.

Parte de la doctrina latinoamericana ha valorado la expresión "un justo error en materia de hecho, no se opone a la buena fe", contenida en el inciso tercero del artículo 706 del código de BELLO –768 del colombiano–, como una exigencia de

mente, pero no siempre, se requiere que esta buena fe para ser eficaz, sea justificada»: en cualquier caso, «esa es justificada porque la cualifica la apariencia, en otros casos lo cualifica la publicidad, otras veces la ausencia de culpa grave»; así mismo F. BUSNELLI. "Buona fede in senso soggettivo e responsabilità per fatto 'ingiusto'", en *Studi sulla buona fede*, Milán, 1975, 569 y ss.

35 Constitución italiana, art. 2.º: "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale"; art. 3.º: "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese".

36 L. BIGLIAZZI GERI. 2004.

37 DE LOS MOZOS. *El principio de buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español.*, cit., 59 y ss. y 237.

38 C. C. colombiano, art. 768, citado.

irreprochabilidad para la buena fe subjetiva<sup>39</sup>. Pero ¿qué significa que dicho error no sea reprochable? ¿La inexistencia de dolo, de culpa grave –que se equipara a éste– o la mera inexistencia de culpa leve?

Acudamos a las fuentes romanas para tratar de resolver este interrogante. Al respecto, cabe señalar que los juristas romanos nos enseñaron que la buena fe no solo es contraria al fraude y al dolo, D. 17.2.3.3<sup>40</sup>, sino que además las fuentes muestran la existencia de un nexo directo entre lo que la buena fe no admite y la culpa<sup>41</sup>. Tales aseveraciones se refieren claramente a la buena fe objetiva, pues aluden a la exigencia de deberes de comportamiento. Por otra parte, cuando el mismo PAULO señala según el texto del D. 50.17.136 que “la buena fe tanto concede al poseedor cuanto la verdad”, se está refiriendo ahí sí a la buena fe subjetiva, particularmente a la buena fe subjetiva cualificada, esto es, aquella que tiene el poder de crear derecho, de consolidar una situación como si fuese verdad, de otorgar poder de legitimidad a la apariencia, pero no puede deducirse de este texto una exigencia de verdad en el actuar del agente para el reconocimiento de los efectos de la buena fe subjetiva, pues ello acabaría con los supuestos de la buena fe subjetiva que justamente se sustenta en la ausencia de realidad de los hechos que dan lugar al convencimiento.

Tampoco podría decirse que los citados pasajes exijan, tratándose de buena fe subjetiva, un comportamiento apegado a la verdad de los hechos que constituyen su sustrato, basándose en que el fraude y el dolo se fundan en el ocultamiento de la verdad, cosa que es cierta, pero que no implica otorgar a la apariencia un valor legitimante sólo si los hechos subyacentes fuesen verdad. Lo que realmente dice PABLO es que por virtud de la buena fe, subjetiva, se les da justamente a las creencias, que divergen de la realidad, efectos legitimantes como si se tratase de hechos verdaderos.

39 GUZMÁN BRITO. “La buena fe en el Código Civil de Chile”, cit., 319.

40 D. 17.2.3.3 PAULO. Comentarios al Edicto, libro XXXII. La sociedad, si se hubiera constituido con dolo malo, o para defraudar, de derecho es de ningún momento, porque la buena fe es contraria al fraude y al dolo.

41 D. 16.3.11. ULPIANO. Comentarios a Sabino, libro XLI. Lo que depositó un esclavo, recísimamente se lo devolverá de buena fe al esclavo aquel en cuyo poder fue depositado; porque no conviene a la buena fe denegar lo que uno recibió, sino que deberá devolvérselo a aquel de quien lo recibió, pero esto así, si lo devolviera sin dolo alguno, esto es, de suerte que ciertamente no haya ni sospecha de culpa; y finalmente esto lo explicó Sabino añadiendo que no medió causa alguna por la que pueda juzgar que el señor no quería que se devolviera, esto es, si pudo sospechar, por supuesto, movido por justa razón; pero basta que haya buena fe. Pero también puede quedar libre, si el esclavo había hecho antes el hurto de aquella cosa, pero lo ignoró aquel en quien la depositó, o creyó que el señor no había de ser contrariado con aquel pago; porque exígese la buena fe. Mas no solamente resulta la liberación, si se hubiere pagado al que permanece en esclavitud, sino también si por justas causas al manumitido o al enajenado, a saber, si alguno le hizo entrega ignorando que hubiera sido manumitido o enajenado. Y escribe Pomponio que lo mismo se ha de observar también respecto de todos los deudores.

Por otra parte, en derecho romano, en el que la buena fe subjetiva se enmarcaba en los aspectos posesorios, la contraposición entre posesión de mala fe y posesión de buena fe se fundaba sobre la conciencia de parte del poseedor de ejercitar el poder de facto sobre la cosa dañando –o no dañando– un derecho ajeno y tenía importancia práctica para la adquisición de frutos o para establecer la responsabilidad del demandado en una *actio in rem*<sup>42</sup>, a la vez que la posesión objeto de protección era aquella calificada como justa, *iusta possessio*<sup>43</sup>, esto es, no violenta, ni clandestina, ni precaria<sup>44</sup>. Así las cosas, si aplicáramos estos mismos razonamientos a la buena fe subjetiva en los términos contenidos en el código de BELLO tendríamos que si se ampara la creencia o estado psicológico de no estar lesionando derecho alguno cuya causa sea un justo error de hecho, esta justa causa dejaría de serlo si la convicción o el estado de conciencia derivan de un acto que en cuanto violento, clandestino o precario, en últimas resulta consciente, pues justa es la que no es violenta ni clandestina, ni rebelde.

En el código de BELLO no existe una disposición general que explicita la relación entre culpa y buena fe subjetiva, de ahí que la doctrina<sup>45</sup> y la jurisprudencia en Colombia<sup>46</sup> hayan acuñado dos categorías que ponen en relación el estado de conciencia con la culpa del agente que alega tal convicción, otorgándoles mayor o menor grados de protección según se esté o no libre de negligencia: la buena fe simple, cuya aplicabilidad no exige diligencia, por oposición a la buena fe calificada o exenta de culpa.

42 M. TALAMANCA. *Istituzioni di diritto romano*, Milán, Giuffrè, 1990, 489.

43 F. HINESTROSA resalta el hecho de que la tutela de la posesión por parte del pretor se traducía en interdictos, bien para retenerla o para recuperarla “empero, no toda posesión merecía esas tutelas; solamente la posesión legítima podía ser objeto de protección de parte del magistrado: *possessio iusta*, *possessor iustus*. Y posesión justa era la *non viciosa*. Posesión viciosa era tanto la violenta, como la furtiva y la fundada en un título precario. De donde la expresión: *possessio iusta: nec vi nec clam, nec precaria* (posesión justa, la que no es violenta ni clandestina, ni rebelde). Sólo que esa calificación, con miras a la tutela, procede delante del propietario o poseedor justo que reclama: el poseedor violento, clandestino o precario no puede impetrar el interdicto en contra del poseedor o propietario despojado, más sí contra terceros que le arrebaten o sustraigan la cosa y, en el derecho tardío, aún contra el propio poseedor robado si este recuperó la cosa violentamente”. F. HINESTROSA. *Apuntes de derecho romano - Bienes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, 40-41.

44 Por violenta se entendía la posesión de aquel que por la fuerza había despojado al precedente poseedor o le había impedido recuperar la disponibilidad material de la cosa; clandestino es, en cambio, aquel que ha adquirido la posesión de la cosa actuando furtivamente o contra la presumible voluntad del poseedor, mientras que precaria es la posesión derivada de una relación de hecho en la que el poseedor no tiene expectativa alguna de continuar con dicha relación. TALAMANCA. *Istituzioni di diritto romano*, cit., 488-489, 548.

45 A. VALENCIA ZEA y A. ORTIZ MONSALVE. *Derecho civil. Parte general y personas*, t. 1, Bogotá, Temis, 2002, 15.ª ed., 186-187. “La buena fe es susceptible de dos grados, la buena fe simple y la buena fe exenta de culpa o buena fe calificada (creadora de derechos)”.

46 Nos referimos a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia del 20 de mayo de 1936 y del 23 de junio de 1958, entre las más destacadas.

A nuestro juicio la buena fe subjetiva excluye el dolo y la culpa grave, pues en el primer caso mal podría persona alguna argumentar que tiene la convicción de obrar de buena fe si ha tenido la intención de dañar derecho ajeno y por ende es consciente de haber cometido fraude, de haber obrado utilizando medios ilegítimos o viciados, pues en este caso no sólo no estará en los supuestos de la buena fe subjetiva, sino que además estará quebrantando las exigencias de la buena fe objetiva y aquí sí se estará confrontando la efectiva conducta del agente con las reglas objetivas que emanan del principio y en el caso de la culpa grave porque si bien en este tipo de culpa se excluye la intención, su gravedad la equipara al dolo<sup>47</sup>.

Lo que no parece excluir la buena fe subjetiva, por lo menos en el marco del Código Civil, es un comportamiento en el que concurra la culpa leve, pues aún en este caso el código de BELLO otorga protección al titular de esta buena fe subjetiva, claro está con beneficios de menor entidad, como la conservación de los frutos o el menor rigor de la indemnización<sup>48</sup>, frente a los que otorga a la buena fe subjetiva cualificada o exenta de culpa, ante la cual, como veremos, llega a crear el derecho, consolidando la situación del titular de la misma en razón de la apariencia generada por un error invencible.

#### D. Imposibilidad de identificar la buena fe objetiva con la subjetiva

Parte de la doctrina chilena ha sostenido recientemente que aunque a la buena fe subjetiva "se la haga consistir en una conciencia, depende, en final de cuentas, de un paradigma de valoración de la conducta del agente, no hay una diferencia esencial entre esta y la objetiva, que también supone un paradigma con el cual se valora la conducta contractual"<sup>49</sup>. En sustento de la mencionada afirmación se trae a colación el derecho romano, en el que según se afirma así era<sup>50</sup>, agregando

47 C. C. Artículo 63. "La ley distingue tres especies de culpa y descuido: Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios Esta culpa en materias civiles equivale al dolo [...]"

48 A título de ejemplo: C. C. Artículo 716. "Los frutos naturales de una cosa pertenecen al dueño de ella; sin perjuicio de los derechos constituidos por las leyes, o por un hecho del hombre, al poseedor de buena fe, al usufructuario, al arrendatario. [...]"; C. C. Artículo 964: El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder. Si no existen los frutos, deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción; se consideran como no existentes los que se hayan deteriorado en su poder. El poseedor de buena fe [sic] no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda; en cuanto a los percibidos después, estará sujeto a las reglas de los dos incisos anteriores. En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos".

49 A. GUZMÁN BRITO. *La buena fe en el Código Civil de Chile*, 319.

50 *Ibidem*.

al efecto que la buena fe posesoria fue un derivado de la buena fe contractual. Veamos:

Ciertamente, como ya lo reseñamos al inicio de este texto, en materia posesoria aparece una nueva aplicación de la buena fe cuando la posición del comprador de buena fe es tutelada por la usucapión siempre que respecto del mismo se predique *bona fides* como presupuesto de dicha tutela, pero que la buena fe subjetiva haya derivado de la buena fe objetiva, concepto originario, no puede concluirse que se trate de dos conceptos que no se diferencien entre sí de manera esencial.

En efecto, como se manifestó, en el proceso de incursión de la *bona fides* al campo posesorio el concepto ético de *bona fides* progresivamente mutó de un concepto netamente objetivo a uno preponderantemente subjetivo, comoquiera que se fue desvinculando del originario contenido contractual que esencialmente se traducía en "exigencias de comportamiento", para asumir un contenido específicamente posesorio de "convicción de haber adquirido del legítimado para enajenar", concepto este último que luego sería típico de la buena fe exigida al poseedor.

De suerte que del hecho de que la buena fe subjetiva haya tenido su origen en el concepto de buena fe objetiva en ningún caso podría derivarse una identidad entre la buena fe como deber de comportamiento (objetiva) y la buena fe como creencia (subjetiva).

En efecto, para que se predique la existencia de buena fe objetiva no es suficiente la conciencia de estar obrando conforme a buena fe: es necesario cumplir de manera efectiva los deberes que del principio emanan; se requiere no solo creer, sino obrar de conformidad con sus reglas, cumplir de manera precisa y eficiente con los postulados de la buena fe; no creer que se ha sido diligente, sino serlo realmente; no creer que se ha sido transparente o suministrado la información requerida conforme a buena fe, sino haberlo sido en realidad; no estimar que se ha respetado el equilibrio, sino haberlo hecho de manera que el contrato en un todo lo refleje, en fin, no basta creer que se obra conforme a buena fe, sino obrar en un todo según los mandatos de la buena fe.

Si bien la buena fe subjetiva sigue "un paradigma de valoración de la conducta del agente"<sup>51</sup>, que consiste en corroborar si *existe la conciencia* de haber obrado conforme a buena fe, esto es, si se está en el convencimiento de actuar conforme a medios legítimos, exento de fraudes y de todo otro vicio, existe una diferencia esencial entre la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva, pues en esta última la conformidad con el paradigma frente al cual se valora la conducta contractual no solo se supone, no solo se está persuadido de observarlo, no simplemente se tiene la conciencia o se cree respetarlo, sino que la conducta del agente coincide en la realidad con dicho paradigma: el de la buena fe, que supone la ausencia de dolo, de fraude, de vicio, la diligencia, la transparencia, entre otras, en últimas la probidad de la conducta.

51 *Ibidem*.

Por el contrario, tratándose de la buena fe subjetiva no se requiere que la conducta del agente sea legítima, ni libre de vicios, no es preciso verificar que tales irregularidades no existieron realmente, *basta con que en el agente se haya generado la conciencia de estar obrando conforme a derecho*. De ahí que a fin de establecer la existencia de buena fe subjetiva no se valora la conducta del agente conforme al paradigma, sino su mera conciencia, creencia o convicción de estar obrando acorde con aquél.

*De manera que creer estar conforme al paradigma que emerge de los valores fundantes del principio de buena fe y estarlo realmente se erige en una diferencia radical entre los dos conceptos.*

### E. La particular posición de una parte de la jurisprudencia y doctrina colombiana frente a los conceptos de buena fe objetiva y subjetiva

En Colombia la jurisprudencia se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre los conceptos de buena fe objetiva y buena fe subjetiva, en algunos casos realizando un acertado discernimiento de los dos conceptos, aun cuando no utilice la terminología expresamente, por ejemplo cuando sostiene que la buena fe en materia de la formación (precontrato) y ejecución de las obligaciones contractuales, que se conoce como objetiva, constituye una conducta que exige la realización de *un comportamiento* conforme se espera de quienes actúan en el tráfico jurídico con rectitud, corrección y lealtad, a diferencia de la buena fe posesoria, que aquí llamamos subjetiva, que se concreta en una *convicción interna*<sup>52</sup>.

En otros casos, en cambio, la jurisprudencia ha inducido a graves imprecisiones; cabe destacar entre dichos pronunciamientos una sentencia hito la de la Corte Suprema de Justicia del 23 de junio de 1958 que trató el tema de la buena fe simple y de la cualificada o creadora de derecho una manera amplia y comprensiva

52 La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 9 de agosto de 2000, señaló, refiriéndose al texto del artículo 863 del Código de Comercio, que prescribe que "las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período pre contractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen", que "en tratándose de relaciones patrimoniales, la buena fe se concreta, no solo en la convicción interna de encontrarse la persona en una situación jurídica regular, aun cuando, a la postre, así no acontezca, como sucede en la posesión, sino también, como un criterio de hermenéutica de los vínculos contractuales, amén que constituye un paradigma de conducta relativo a la forma como deben formalizarse y cumplirse las obligaciones. Todo lo anterior sin dejar de lado que reglas tales como aquellas que prohíben abusar de los derechos o actuar contrariando los actos propios, entre otras, que en la actualidad, dada su trascendencia, denotan un cariz propio, encuentran su fundamento último en la exigencia en comento. 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". Recuérdese en el mismo sentido las sentencias de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Bogotá, 1.º de diciembre de 1938 (MP: HERNÁN SALAMANCA); y Corte Suprema de Justicia. Casación del 2 de agosto de 2001.

de las aristas fundamentales que involucran tales conceptos, pero a la vez indujo a una gran confusión al tratarlos en el marco general del concepto de buena fe sin diferenciarlos de la buena fe objetiva, lo cual a la postre dio lugar a que dichas imprecisiones se replicaran en otros pronunciamientos judiciales e incluso se plasmaran a nivel legislativo<sup>53</sup>.

En efecto, el aludido pronunciamiento de 1958 señala que la buena fe implica el deber para las personas de "celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones, y, en general emplear con los demás una conducta leal", y, agrega que "la lealtad en el derecho se desdobra en dos direcciones: primeramente cada persona tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del derecho social –buena fe activa–; en segundo término cada cual tiene el derecho de esperar de los demás esa misma lealtad –buena fe pasiva–. Tratase de una lealtad (o buena fe) activa, si consideramos la manera de obrar para con los demás, y de una lealtad pasiva, si consideramos el derecho que cada cual tiene de confiar en que los demás obren con nosotros decorosamente".

Hasta aquí el razonamiento de la Corte se enmarca dentro del concepto de la buena fe objetiva; no obstante, a reglón seguido y como si se tratara de la misma noción, pasa a señalar como características de la buena fe, que hasta ahora ha definido en términos de deberes de comportamiento honesto, que la buena fe "hace relación a una *conciencia honesta*, es decir, a un *sentimiento de honradez –tener la conciencia de que se obra decorosamente, la confianza legítima de que los demás obran honestamente en sus negocios–*" (se resalta); como puede observarse, la Corte hace consistir la buena fe a la que venía refiriéndose (esto es a la objetiva) en un estado psicológico, que como sabemos es propio de la buena fe subjetiva, pero adicionalmente asimila esta conciencia a la confianza legítima de que los demás obren honestamente que es en cambio una manifestación de la buena fe objetiva. Además, y a reglón seguido, aclara la Corte que la buena fe "no obstante *es un sentimiento* que tiene la virtud de *objetivarse*, de darse a conocer mediante ciertos módulos de conducta preestablecidos en una agrupación de hombres" (se resalta), con lo que termina por confundir la buena fe general, la objetiva, que mal llama sentimiento, con la buena fe exenta de culpa o creadora de derecho, que a pesar de que contiene en sí misma elementos objetivos no por ello deja de ser una especie de buena fe subjetiva.

Concluye además la Corte que mirados los efectos de la buena fe, "esta es susceptible de dos grados: la buena fe simple y la buena fe cualificada" que llama también buena fe creadora de derecho o buena fe exenta de culpa.

Como puede observarse, la sentencia en comento no diferencia los conceptos de buena fe objetiva y buena fe subjetiva; es más: no utiliza dicha terminología, pero sí los elementos que identifican a cada uno de ellos –deber de conducta y estado de

53 Me refiero al actual Código de Comercio colombiano, que data de 1971, y en particular a la redacción del artículo 863, tema al que nos referiremos en acápite subsiguiente.



conciencia— para incorporarlos a ambos como características conjuntas del concepto general de buena fe que inicialmente define en términos de comportamiento honesto. Por otro lado, la Corte parte del presupuesto de que la buena fe se divide en activa y pasiva, pero confunde el concepto de buena fe objetiva en su manifestación pasiva con el de buena fe subjetiva exenta de culpa o creadora de derecho.

Así las cosas, en la mencionada sentencia la Corte por una parte parece identificar la buena fe pasiva, derecho a esperar que los demás obren con lealtad, con la conciencia honesta de obrar conforme a la ley, conceptos que no pueden identificarse pues el primero hace referencia a una forma de manifestarse de la buena fe objetiva, mientras que el segundo es una forma de buena fe subjetiva, la simple; y, por otra parte, identifica erróneamente a la buena fe exenta de culpa, calificada o creadora de derecho con la buena fe objetiva.

En suma, la Corte pasa por alto que tanto *la buena fe pasiva como la activa son ambas manifestaciones de la buena fe objetiva*, a la vez que no se percató de que tanto *la buena simple como la calificada o exenta de culpa, llamada también creadora de derecho, son manifestaciones de la buena fe subjetiva*.

Tales confusiones trascendieron a una parte de la doctrina<sup>54</sup> que sostiene que “la buena fe simple exige tan solo conciencia recta” y que este tipo de buena fe es “la que se exige normalmente en los negocios” para concluir finalmente que “también a la buena fe simple se refiere el código en su artículo 1603, al decir que los contratos deben ejecutarse de buena fe [...]”. Como puede observarse, se confunde el concepto de buena fe subjetiva “conciencia” con el de buena fe objetiva “deber de conducta”, pues ciertamente el artículo 1603 del Código Civil recoge la más clara de las manifestaciones de la buena fe objetiva, “el deber de ejecutar”, esto es, un deber de conducta en cuyo cumplimiento nada incide la conciencia o creencia que el agente puede llegar a albergar sobre la rectitud de su obrar.

Así las cosas, mientras la buena fe objetiva puede ser activa o pasiva, por su parte la buena fe subjetiva bien puede ser simple o calificada, entendida la buena fe simple en los términos del artículo 768 del C. C. como la conciencia de obrar por medios legítimos exentos de fraude y de todo otro vicio, la cual tiene por virtud aminorar los efectos de la pérdida del derecho, y que en materia comercial encuentra aplicación expresa en el texto del artículo 834 relativo a los presupuestos para que se configure la buena fe subjetiva cuando se actúa por medio de mandatario<sup>55</sup>; mientras que la buena fe calificada, creadora de derecho o exenta de culpa, exige dos elementos: el subjetivo, consistente en tener la conciencia de

54 VALENCIA ZEA y ORTIZ MONSALVE. *Derecho civil. Parte general y personas*, cit., 186-187.

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

que se obra con lealtad, y el objetivo, que implica el haber llegado a la certeza, mediante la realización de una serie de averiguaciones, de que se está obrando conforme a la ley o de que realmente existe el derecho de que se trata, lo cual consolida la creencia en cuanto el acto aparente se presenta de tal forma real que el derecho dota a este tipo de buena fe de efectos superiores a los meramente atemperantes de la buena fe simple, al punto que la buena fe cualificada otorga efectos creadores del derecho realmente inexistente, haciendo eco de la máxima "*error communis facit ius*".

De lo expuesto se concluye que la buena fe objetiva es deber de comportamiento, implica la efectiva realización de una conducta, sea que el sujeto del que se predica deba ejecutarla directamente (buena fe activa) o sea que tenga el derecho a esperar de un tercero un comportamiento de tal naturaleza conforme con los postulados del principio (buena fe pasiva). Por el contrario, la buena fe subjetiva es una creencia, trátase de la buena fe simple que solamente exige una conciencia recta pero no exige una determinada conducta, o de la buena fe cualificada, también llamada buena fe creadora de derechos o exenta de culpa, que además de la conciencia de obrar con lealtad requiere un elemento objetivo o externo que revista de certeza la apariencia en que se funda su creencia y que tiene como presupuesto la ausencia de culpa de quien la alega y por ende exige un comportamiento diligente.

Este comportamiento diligente de la llamada buena fe exenta de culpa no puede asimilarse al deber de conducta propio de la buena fe objetiva, comoquiera que, si se observa bien, el deber de conducta en la buena fe objetiva se predica de un comportamiento en pro de la contraparte, en tanto que el deber de diligencia en la buena fe subjetiva cualificada o exenta de culpa, representado en la realización de las verificaciones y averiguaciones pertinentes, se realiza en beneficio propio por parte del agente que la alega, pues tiene como finalidad el corroborar el sustento objetivo de su creencia, reafirmar el propio convencimiento, lograr un grado tal de certidumbre que le permita ampararse en el reconocimiento de un derecho que a pesar de no existir realmente tiene tal apariencia de certeza que hace que el error en que se incurre sea predicable de cualquier persona en las mismas circunstancias, razón por la que la ley le otorga una protección suma, de ahí su denominación de creadora de derecho.

#### *1. Aplicaciones de la buena fe subjetiva cualificada o exenta de culpa*

La afirmación apenas realizada puede valorarse a la luz de las aplicaciones que la misma ley prevé, en materia de buena fe cualificada, sin que deba entenderse que se trata de un elenco taxativo; así por ejemplo:

– *En la adquisición de bienes muebles en establecimientos comerciales*<sup>56</sup>, el adquirente de la cosa no puede ser desposeído de ella mientras no se le pague lo que le costó y lo que haya gastado en repararla y mejorarla, de suerte que lo que se protege no es una mera buena fe simple, que tan solo le permitiría conservar los frutos pero le obligaría a restituir el bien a su dueño, sino una buena cualificada, considerando que el comprador que se dirige a un establecimiento de comercio para adquirir un bien quiere estar seguro de la procedencia lícita de éste y de su titularidad por parte del vendedor, pues la autorización legal de que goza el comerciante, el atenerse a los usos sociales en materia de compra de determinados bienes y el dirigirse a un lugar público, le permiten adquirir el grado de certeza propio de la buena fe subjetiva cualificada.

– *En la resolución de contratos cuya condición resolutoria no ha sido publicitada*: La adquisición por parte de un tercero mediante escritura debidamente registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de un bien, que su tradente ha adquirido bajo condición resolutoria no expresa en el registro, da lugar a que dicho tercero se encuentre amparado por la buena fe subjetiva calificada pues no estaba en posibilidad de conocer la existencia de tal condición, de manera que desaparecido el dominio en el tradente como consecuencia de la eficacia de la condición resolutoria, tal circunstancia no afecta al tercero en cabeza de quien se consolida definitivamente el dominio del inmueble<sup>57</sup>.

– *Nulidad de contratos frente a terceros de buena fe cualificada*: La nulidad del contrato de sociedad no perjudica las acciones de los terceros de buena fe contra los asociados por las operaciones de la sociedad, pues el tercero que adquirió derechos basado en la fe invencible de que los adquiría de manera regular se encuentra amparado por la buena fe cualificada<sup>58</sup>.

– *Los negocios simulados frente a terceros*: Los contratos simulados no producen efectos frente a terceros de buena fe, comoquiera que a éstos no les es posible conocer los pactos secretos mediante los cuales aquéllos alteran sus declaraciones elevadas a escritura pública. De manera que quien se atiene a lo estipulado en una escritura pública y con base en ella adquiere un derecho o una posición jurídica se

- 56 C. C. Artículo 947. Pueden reivindicarse las cosas corporales, raíces y muebles. Exceptúanse las cosas muebles, cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase. Justificada esta circunstancia, no estará el poseedor obligado a restituir la cosa, si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla.
- 57 C. C. Artículo 1548. Enajenación o gravamen de inmuebles debidos bajo condición. Si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública.
- 58 C. Co. Artículo 105. La nulidad por ilicitud del objeto o de la causa podrá alegarse como acción o como excepción por cualquiera de los asociados o por cualquier tercero que tenga interés en ello. Los terceros de buena fe podrán hacer efectivos sus derechos contra la sociedad, sin que a los asociados les sea admisible oponer la nulidad.

encuentra amparado por la buena fe exenta de culpa y la declaración de simulación no afecta al tercero en cabeza de quien se consolida el derecho, convirtiéndose en realidad la situación aparente<sup>59</sup>.

– *Pagos realizados a un falso acreedor*: El pago hecho a un falso acreedor por regla general es inválido, pero si dicho pago es realizado de buena fe a quien estaba en posesión del crédito es reputado válido aun cuando después aparezca que el crédito no le pertenecía<sup>60</sup>, pues la constatación por parte del deudor de la circunstancia de la posesión del crédito le permite alegar su buena fe exenta de culpa cuyo efecto es la preservación del poder resolutorio del pago aunque realizado a un acreedor no legítimo.

– *Los negocios celebrados con el heredero putativo a quien por decreto judicial se haya otorgado la posesión efectiva de bienes de la herencia*: La ley protege al tercero de buena fe que negocia con un heredero putativo bienes de la herencia, confiado en la apariencia de veracidad de la calidad de heredero que se deriva del decreto judicial de posesión efectiva o adjudicación de bienes de la herencia. En el caso en que tales actos decaigan por demostrarse la existencia de heredero de mejor derecho, por vía de excepción la ley le confiere al tercero de buena fe el derecho de adquirir los bienes negociados como si los hubiese adquirido con justo título<sup>61</sup>.

En todos estos casos, citados meramente a título de ejemplo, la conducta de constatación del hecho objetivo que acompaña la creencia de actuar honesto ha sido desplegada por quien alega su condición de buena fe, motivado en la consolidación de su propia situación y no en la consideración de los intereses de la contraparte.

En consecuencia, al citarlos como aplicaciones de la buena fe exenta de culpa o creadora de derecho, entendida esta como manifestación objetiva de la buena fe, la sentencia en comento induce a la impropia equiparación de la buena fe objetiva con la buena fe exenta de culpa y de la buena fe subjetiva con la buena fe simple,

59 C. C. Artículo 1766. Las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros.

Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero.

60 C. C. Art. 1634.

61 C. C. Artículo 766. No es justo título:

1.º El falsificado, esto es, no otorgado realmente por la persona que se pretende.

2.º El conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra, sin serlo.

3.º El que adolece de un vicio de nulidad, como la enajenación, que debiendo ser autorizada por un representante legal o por decreto judicial, no lo ha sido.

4.º El meramente putativo, como el del heredero aparente que no es en realidad heredero; el del legatario, cuyo legado ha sido revocado por un acto testamentario posterior, etc. Sin embargo, al heredero putativo a quien por decreto judicial se haya dado la posesión efectiva, servirá de justo título el decreto; como al legatario putativo el correspondiente acto testamentario, que haya sido judicialmente reconocido.

cuando en verdad los dos conceptos derivan de la buena fe subjetiva, esto es, tanto la buena fe simple como la cualificada o exenta de culpa, también llamada creadora de derecho, son manifestaciones de la buena fe subjetiva, mientras que la buena fe objetiva corresponde a un concepto diverso en el que la creencia o estado subjetivo no juega papel alguno, pues para la buena fe objetiva resulta irrelevante la creencia en la que se encuentre el sujeto acerca de la conformidad de su conducta con la buena fe, comoquiera que para que pueda predicarse que ha obrado conforme a buena fe objetiva se requiere que su comportamiento se ajuste de manera efectiva y real a las exigencias de conducta que impone el principio de buena fe.

La buena fe exenta de culpa permanece dentro de la órbita de la buena fe subjetiva y su función es reconocer efectos jurídicos a una apariencia de derecho de la cual se ha derivado un error invencible, haciendo ceder a la realidad jurídica ante aquélla, pero su aplicabilidad no supone un deber de comportamiento frente a la contraparte como sí lo exige la buena fe objetiva.

De manera que como ya lo había advertido una jurisprudencia precedente<sup>62</sup>, en lo eventos en que nos enfrentamos a las consecuencias de actos jurídicos que

62 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 20 de mayo de 1936 (M. P.: EDUARDO ZULETA ÁNGEL). La Corte, refiriéndose a las aplicaciones del efecto creador de la buena fe, entre otros de los artículos 149, 150, 947, 1547, 1548, 1933, 1634, 1766, 1940, 1944, 2140 y 2199 del Código Civil, señala que “En todas las hipótesis a que se refieren estos textos, los terceros quedan protegidos contra las consecuencias de actos jurídicos que no estuvieren en capacidad de conocer. En esta circunstancia –la de que tales terceros no pudieron conocer dichos actos jurídicos– funda el legislador la limitación de los naturales efectos de esos actos. [...]. En una y otra hipótesis, contra una realidad jurídica –disolución anticipada de la sociedad, expiración del mandato– la ley consagra, en favor de los terceros de buena fe, el triunfo de la apariencia que los condujo a un error excusable. [...]. El legislador colombiano, en los casos allí contemplados, y para proteger a terceros de buena fe, le reconoce efectos jurídicos trascendentales a una apariencia de derecho de la cual se ha derivado un error invencible, y hace ceder ante ella la realidad jurídica. En otros términos: cada uno de esos textos consagra una medida de protección en favor del tercero de buena fe que incurrió en un error invencible, y que, como consecuencia de éste, se vería expuesto a que se alegaran contra él las deducciones lógicas implacables de la verdad jurídica que ignoró, si la ley no le hubiera atribuido en todos esos casos a la buena fe exenta de culpa una función creadora de derecho.

Se trata de saber si todas esas disposiciones constituyen normas de excepción que deban interpretarse restrictivamente, o si, por el contrario, representan simples aplicaciones –en hipótesis especiales y concretamente previstas por el legislador– de un principio superior y general de derecho, sobreentendido por éste y del cual puedan deducirse consecuencias nuevas no consagradas explícitamente por el código. [...].

Lo expuesto en los párrafos anteriores sobre las concepciones doctrinarias y jurisprudenciales concernientes a la buena fe y al error común, sirve para eliminar, en este caso, los frecuentes factores de error que presentan, en lo general, las construcciones jurídicas a base de generalización de textos, y permite asegurar que las disposiciones citadas no son normas de carácter excepcional, que deban ser interpretadas y aplicadas con un criterio rígidamente restrictivo, sino que son consecuencias formuladas por el propio legislador –para hipótesis que él pudo y estimó necesario prever y resolver concretamente– del principio general y superior de derecho consignado en la máxima *error communis facit jus*, de tan perfecta aplicabilidad dentro del orden jurídico positivo colombiano como dentro del orden jurídico positivo francés, y que a su turno no es otra cosa que la explicación

los terceros no estuvieren en capacidad de conocer por causa de un error invencible, los intereses de dichos terceros de buena fe quedan protegidos cuando la ley reconoce efectos jurídicos trascendentales a lo que era una mera apariencia y sobrepone la apariencia sobre la realidad jurídica.

### III. EL CONFUNDIR LOS CONCEPTOS DE BUENA FE OBJETIVA Y BUENA FE SUBJETIVA Y EN PARTICULAR EL CONCEPTO DE BUENA FE EXENTA DE CULPA CON EL DE BUENA FE OBJETIVA HA CONDUCTIDO A ERRORES GRAVÍSIMOS

#### A. Asumir equivocadamente que la buena objetiva comprende tanto una buena fe exenta de culpa como una buena fe en la que la diligencia no resulta exigible

El actual Código de Comercio colombiano, que data de 1971, establece en el artículo 863 que "las partes deberán proceder *de buena fe exenta de culpa* en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen" (se resalta), disposición en la que, como puede observarse, establece un deber de comportamiento predicable de las partes en las negociaciones preliminares, deberes que son evidentemente expresiones de la buena fe objetiva, los cuales integran "el criterio fundamental de la corrección en el tráfico jurídico"<sup>63</sup>. Siendo ello así, el uso de la expresión "buena fe exenta de culpa" resulta, según ha sostenido la doctrina nacional, "ambiguo y poco afortunado"<sup>64</sup>, pues si de buena fe objetiva se trata no resulta necesario hablar de buena fe exenta de culpa, pues la buena fe objetiva presupone siempre la diligencia.

De ahí que el uso de la mencionada expresión sea impropio, pues introduce confusión en torno a la necesidad de atribuir una característica que valide el comportamiento como de buena fe, esto es, que ésta sea exenta de culpa, como si pudiese existir una buena fe objetiva que careciese de diligencia.

Esta confusión se ha propagado incluso a la jurisprudencia de los altos tribunales que han llegado a sostener que "en el período "precontractual" las partes "deberán proceder de buena fe exenta de culpa", es decir, no sólo con la *creencia de la legitimidad de la negociación precontractual* que se está realizando, sino que es necesario, además, exteriorizarla y objetivarla diligentemente ante la otra u otras partes interesadas, suministrando oportunamente todas las informaciones necesarias, adoptando los comportamientos inequívocos pertinentes y cumpliendo los deberes preparatorios previstos expresa o tácitamente en la fase correspondiente, que en uno y otra sean necesarios para el desarrollo normal de dicho período [...]"<sup>65</sup>. Resulta evidente

y reglamentación técnica de algunos de los más trascendentales efectos de la función creadora de la buena fe".

63 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de junio de 1989.

64 FERNANDO HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, cit., 561.

65 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 27 de junio de 1990.

que la creencia de la legitimidad de la negociación precontractual es irrelevante en materia de buena fe objetiva y que de nada sirve tampoco "exteriorizar y objetivar" dicha creencia, como se señala, sino que lo que es realmente relevante es observar un comportamiento diligente, honesto, leal, transparente, en fin, probo frente a la contraparte con la que se realizan las negociaciones preliminares, comportamiento en el que nada incide la representación mental de los contratantes.

En otros casos se alude expresamente al carácter subjetivo de los deberes que impone la buena fe en la etapa precontractual<sup>66</sup>.

### **B. Entender erradamente que la regla que prohíbe el ir contra los actos propios está regida por la buena fe subjetiva y es una manifestación de la teoría de la apariencia**

Alguna parte de la doctrina, evocando a LOMBARDI, ha sostenido que entratándose de la regla *venire contra factum proprium non valet* "la conducta contradictoria no solo viola la *fides* constancia y la *fides*- confianza [...] sino también la *fides* - creencia (*Glauben*) pues implica la falta de firmeza en las opiniones [...]" de donde se ha querido inferir que "la doctrina de los actos propios se sitúa en la frontera entre la buena fe objetiva y la buena fe subjetiva"<sup>67</sup>. En nuestro entender, tal concepción de la regla no expresa la verdadera naturaleza de las conductas exigibles a las partes en una relación comercial en la que se invoque la regla conforme a la cual *venire contra factum proprium non valet*, pues en nuestro sentir la citada regla se encuadra de manera plena dentro de la buena fe objetiva.

Entendida la buena fe objetiva como deber de conducta y la buena fe subjetiva como mera creencia de estar obrando correctamente, cuando hablamos del deber de respetar la confianza generada en la contraparte, resulta evidente que la confianza es consecuencia de un deber objetivo, el deber de coherencia, que se traduce en deber de preservar la confianza suscitada con las propias actuaciones u omisiones.

En primer término, la conducta contradictoria en sí misma considerada, aun cuando no necesariamente debe ser mal intencionada, esto es dolosa, contraviene por sí misma la buena fe objetiva, pues en cuanto incoherente resulta desleal para

66 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 27 de marzo de 1998 "para definir una responsabilidad en el marco del art. 863, se involucra como elemento estructural de ella la imputación de la ausencia de 'buena fé [sic] exenta de culpa', pues declarar si hubo o no *este comportamiento subjetivo* para deducir o no la responsabilidad precontractual, es cuestión de hecho que debió proponerse y debatirse en las instancias, porque, como antes se anotó, ese es elemento estructural de la pretensión indemnizatoria reconocida por el art. 863, y como tal hacía parte del estado de hecho fundante de ella" (cursivas añadidas).

67 L. GUTIÉRREZ MASSON. "Actos propios y buena fe. En torno a Papiniano 3 Quaestionum D.5017.75", en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, cit., 279.

con la contraparte en quien se ha generado legítimamente una confianza en la firmeza de nuestros actos. Cabe resaltar que en un número considerable de casos un aspecto que caracteriza la aplicación de esta norma y hace más compleja su aplicación es la *supuesta legalidad de la conducta incoherente*, pues quien se aparta de sus actos propios pretende traer en su amparo el hecho de que su nueva conducta, la incoherente, encuentra apoyo en el texto del contrato, en el reglamento, en la ley e incluso en la Constitución<sup>68</sup>; en este caso la conducta contradictoria no puede ser valorada en términos de una buena fe subjetiva, esto es, como un estado de conciencia de estar obrando conforme a buena fe, pues a pesar de que tal conciencia existiera ella resulta irrelevante frente a la contraparte, para quien la buena fe concede el derecho de exigir un deber objetivo de comportamiento: la efectiva conformidad con las exigencias de la buena fe, conformidad que justamente no se da al observar como un todo la conducta precedente de la parte y la subsiguiente contradictoria que viene a lesionar la confianza generada. Por lo que resulta improcedente considerar separadamente la conducta originaria de la conducta subsiguiente que resulta contradictoria.

68 Recuérdese a título de ejemplo el caso de los vendedores ambulantes en el que la Corte Constitucional, mediante la Sentencia T-364-99, señaló que la protección de la confianza legítima de los administrados tiene lugar en eventos como el desalojo de vendedores del espacio público, caso en el que la autoridad administrativa, basándose en la preponderancia de la norma constitucional que protege el espacio público, pretendía hacer valer su conducta incoherente de expulsarlos, la cual desconocía la confianza generada en los vendedores acerca de la licitud de su presencia en las calles (mediante carnetización, demarcación de espacio público, entrega de delantales y distintivos, etc.). En este caso, la jurisprudencia constitucional consideró de manera preeminente la aplicación del principio de buena fe, sin que ello implicara un desconocimiento del principio de interés general, pues aplicó la confianza legítima como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, a fin de hacer respetar las expectativas favorables creadas por la administración hacia el administrado y con ello evitar que aquella, so pretexto del cumplimiento del mandato constitucional, lo sorprendiera al eliminar súbitamente esas condiciones, pero a la vez preservó el interés público al disponer que la permanencia de los vendedores en los lugares de trabajo originalmente asignados sería transitoria, mientras se adoptaban medidas que les permitieran adecuar su actual situación a la nueva realidad. El caso en que se pretende convalidar la conducta incoherente en el hecho de que se trata de una interpretación del reglamento efectuada por la entidad de vigilancia y control, en este caso la Corte Constitucional se pronunció, en sentencia del 28 de febrero de 2000, 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 son beneficiarios directos del subsidio familiar de la entidad que otorga la beca, situación en la que no se encontraba dicho estudiante. En el mismo sentido, otros casos de incoherencia pretenden legitimarse en el contrato mismo, en cuanto ley para las partes, no obstante lo cual se estima que prevalece la vinculación a los actos propios con independencia de la observancia de las formalidades prescritas como obligatorias en el contrato; así lo dispuso el Tribunal arbitral conformado por los doctores NICOLÁS GAMBOA MORALES, JORGE CUBIDES CAMACHO y LUIS FERNANDO SALAZAR LÓPEZ, designados de común acuerdo por las partes para resolver las controversias de la sociedad Proctor Ltda. y la Caja de Compensación Familiar Campesina (Comcaja).



Ahora bien: en cuanto concierne a la valoración de la conducta de quien invoca la doctrina de los actos propios, esta parte igualmente debe observar un comportamiento objetivo de conformidad con la buena fe, por cuanto su confianza legítima en el estado de cosas suscitado por la conducta de la contraparte debe basarse en hechos objetivos, que por demás tengan la idoneidad para generar tal confianza, de ahí la exigencia de legitimidad de dicha confianza, pues no basta una mera representación mental, un estado psicológico, una mera creencia como sustento de la confianza que compele al agente a acomodar su conducta y, por supuesto, se requiere la ausencia de mala fe.

La presencia de la regla *venire contra factum proprium non valet* se manifiesta como fuertemente cargada de deberes de comportamiento para la parte que pretende hacer valer el comportamiento incoherente, pero su fuerza se evidencia en el respeto a la confianza legítima adquirida por la contraparte; tal conformación de la regla puede llegar a generar la equívoca idea de que estamos en presencia de una buena fe subjetiva; en verdad, a nuestro juicio, se trata de una buena fe objetiva que en nada tiene que ver con la condición psicológica de mera creencia de la buena fe subjetiva, comoquiera que la buena fe de quien exige el respeto a dicha confianza se sustenta en hechos completamente objetivos, los propios actos de la contraparte que tienen la virtud de crear una confianza "legítima" en quien alega la regla, dado su carácter de manifestaciones externas, claras, acordes con la buena fe y suficientemente significativas en relación con la posibilidad real de generar una tal confianza<sup>69</sup>.

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

Esta buena fe objetiva-pasiva está presente en todas las relaciones de la vida social como presupuesto básico del sistema, que parte de que los asociados han de ajustar su comportamiento a la buena fe, vale decir que todos esperamos que aquellos con los que entablamos relaciones obren lealmente, con probidad, diligentemente, transparentemente, en fin dentro del marco que impone la buena fe. Ahora bien: esta buena fe objetiva-pasiva impone a quien la ostenta igualmente deberes, pues como las exigencias de la buena fe operan en doble vía, ambas partes deben respetar sus postulados y quien se dice confiar en la buena fe del otro debe hacerlo cumpliendo él mismo con los mandatos de diligencia, de claridad, de

69 En posición contraria, GUTIÉRREZ MASSON. "Actos propios y buena fe. En torno a Papiiano 3 Quaestionum D.5017.75", cit., 279, nota 21, quien explica al respecto que "si se considera la conducta contradictoria como un todo hay que pensar en la buena fe objetiva a la que se contradice y si, en cambio, se atiende al comportamiento contradictorio *per se*, entonces aparece el incumplimiento que lleva a pensar en la buena fe subjetiva".

consideración del interés ajeno, etc., que legitiman su confianza y la transforman de mera creencia subjetiva en confianza objetiva. Quien confía no puede hacerlo basado en cualquier tipo de comportamientos de la contraparte; éstos, como vimos, deben ser calificados e idóneos para tal fin, y, por otra parte, quien confía tiene a su vez deberes activos que comportan, por ejemplo, excluir negligencia de su parte, valorar las actuaciones de la contraparte atendiendo las circunstancias propias del negocio, los aspectos que naturalmente hacen parte de la obligación y que integran el contrato, entre otros.

Además, la "buena fe objetiva-pasiva" no puede confundirse con la buena fe subjetiva cualificada, también llamada creadora de derechos, pues esta última, como se dijo, si bien comporta actuaciones diligentes tendientes a reforzar la licitud de nuestro actuar, no deja de ser subjetiva en cuanto justamente esa diligencia que se despliega no se desarrolla con la vocación de proteger los intereses de la contraparte, como se haría en la buena fe objetiva, sino con el fin exclusivo de resguardar los propios, en el sentido de que su finalidad no es otra que la de obtener un mayor grado de certeza de nuestra convicción de no estar lesionando derecho alguno con nuestro actuar.

En reciente jurisprudencia<sup>70</sup> la Corte Constitucional retoma el tema de la confianza legítima en un caso en el que se resolvía el deber para una empresa prestadora de servicios de salud de reconocer la antigüedad en las cotizaciones de la beneficiaria de una afiliada, cuando la empresa omite tramitar la solicitud de adición en el registro de beneficiarios planteada por la cotizante y no obstante continuar recibiendo los aportes adicionales por el nuevo beneficiario, desconoce el deber de prestarle a este último el servicio conforme a la antigüedad que tales pagos le conferirían, argumentando que no se había realizado el trámite de afiliación respectivo.

En este caso la Corte sustenta la aplicación de la regla *venire contra factum proprium non valet* en una buena fe de carácter subjetivo, cuando expresa que

La buena fe, en cuanto incorpora el valor ético de la confianza en las relaciones jurídicas que establecen los individuos se constituye, para el caso en concreto, en un elemento sustancial, si se tiene en cuenta que, como consta en el expediente, la accionante procedió bajo los postulados de este principio, al efectuar como cotizante, el pago de los aportes adicionales para la inclusión de su madre como beneficiaria adicional. A ello se suma que su recepción por Coomeva EPS S. A., le hacía creer de buena fe, que la afiliación de su madre se había completado en debida forma y, que por ende, tenía derecho a acceder a los servicios de salud que se derivan de su calidad de beneficiaria adicional del POS" y agrega que "el principio de buena fe, no sólo califica la excepción de contrato no cumplido, sino toda la prestación del servicio. Porque, *el beneficiario*

70 Sentencia T-031, del 25 de enero de 2000, en la que se acoge lo dicho en la Sentencia T-059 de 1997.

*tiene la conciencia de haber adquirido el derecho por medios legítimos exentos de fraude, salvo que se demuestre lo contrario*" [se resalta].

Como puede observarse, la Corte incurre en la confusión de entender que la confianza legítima que tutela la buena fe deriva su protección de la "creencia" de la cotizante de "haber adquirido el derecho por medios legítimos exentos de fraude", esto es de su buena fe subjetiva o representación psicológica de un hecho que no resulta haberse dado en la realidad, cuando en verdad la protección que la buena fe otorga en este caso deriva de la sanción al comportamiento incoherente de la empresa prestadora de salud que ha generado una confianza legítima en la cotizante y su beneficiaria en la realidad de la afiliación de esta última y por ende se sustenta en la omisión de un deber de comportamiento por parte de la empresa y en el consecuente derecho de la afiliada de exigir dicho comportamiento de aquélla, esto es, en ambos casos la protección deriva de "un deber de conducta" y no de una creencia.

En relación con la posición de quienes entienden que la regla que prohíbe ir contra los actos propios es una manifestación de la teoría de la apariencia, vale la pena recordar lo señalado por la doctrina, que acertadamente señala que la teoría de la apariencia posee un carácter complejo en el que se manifiestan de manera inescindible el elemento subjetivo y el objetivo. El elemento subjetivo (creencia, estado de ánimo) representado en el desconocimiento de la real situación jurídica propia o de la contraparte, el cual es relevante en cuanto da cabida a predicar de ella la buena fe, que es a su vez "el substrato sobre el que se apoya el supuesto de hecho de la apariencia y el presupuesto lógico jurídico de su particular eficacia"<sup>71</sup>, y el elemento objetivo como "todo aquello que se ofrece al conocimiento o valoración de un sujeto con independencia de que pertenezca a la esfera de la realidad"<sup>72</sup>, esto es, "un dato externo a la persona del sujeto que la invoca"<sup>73</sup>, que se erige en la situación de hecho generadora de la apariencia y que por ende ha de ser "por sí misma objetivamente idónea para fundar la confianza de los terceros"<sup>74</sup>, de tal suerte que "lo exima de la tarea de realizar especiales pesquisas para encontrar la verdad real de los hechos referentes a la situación jurídica de su co-negociante y funda autónomamente su creencia positiva de que tiene el derecho de que se trata"<sup>75</sup>.

Ahora bien: la afirmación del citado autor relativa a que "la buena fe subjetiva entendida como estado subjetivo abarcaría tanto la buena fe creencia (estado de ánimo) como la buena fe lealtad (deber de fidelidad)", mientras que la buena

71 JUAN MARCOS RIVEROS SÁNCHEZ. *La responsabilidad por producción de la apariencia de la situación jurídica*, 2.ª ed., Diké, 2001, 121.

72 *Ibíd.*, 31.

73 *Ibíd.*, 123.

74 *Ídem.*

75 *Ibíd.*, 124.

fe objetiva es la que "se apoya en el dato externo al estado subjetivo de quien la invoca"<sup>76</sup>, merece algunas precisiones. A nuestro juicio, la buena fe subjetiva es un estado psicológico, una creencia que bien puede consistir<sup>77</sup> en un "puro estado subjetivo" o "en un estado subjetivo sostenido por un dato objetivo". En el primer caso, la buena subjetiva se ha denominado buena fe simple, en cuanto no requiere más que la existencia sincera del estado psicológico de creencia de quien por error o ignorancia desconoce la realidad jurídica de una concreta situación, que lo lleva a creer que posee un determinado derecho o que con su comportamiento no está lesionando derecho ajeno. En el segundo caso, la buena fe subjetiva se ha denominado buena fe cualificada, exenta de culpa o creadora de derecho, por cuanto se trata de un estado psicológico que se funda ya no en la mera creencia, sino que la convicción tiene asidero en un hecho objetivo, en una situación de hecho idónea para fundar la confianza de cualquier persona en la existencia real del derecho de que se trate, convicción tan fuertemente respaldada en esos hechos externos que da lugar a que la protección que le otorga la ley llegue hasta consolidar el derecho aparente.

Por otra parte se encuentra la buena fe objetiva, entendida como un deber de comportamiento, en el que nada incide la actitud psicológica del agente, no interesa su creencia en estar obrando conforme a derecho o su convicción de estar cumpliendo con un determinado deber, pues lo determinante para establecer la existencia de la buena fe objetiva es el cumplimiento efectivo de los deberes que impone la buena fe, la real conformidad de la conducta del sujeto con las exigencias que emanan del principio de buena fe.

De manera que no parece plausible sostener que la regla que prohíbe ir contra los actos propios sea una manifestación de la teoría de la apariencia, por cuanto, como vimos, esta última es una forma de buena fe subjetiva que aun cuando cualificada por la certidumbre que produce la apariencia en el convencimiento del agente, no deja de ser una forma de buena fe subjetiva.

### C. El pretender admisible con sustento en la buena fe subjetiva una vinculación al acuerdo conforme a la mera letra del contrato en claro desconocimiento del carácter objetivo de la regla de vinculatoriedad que trasciende la simple formalidad del texto del contrato

Sostiene alguna parte de la doctrina<sup>78</sup> que el concepto de buena fe subjetiva puede denotar también secundariamente la idea de vinculación a lo convenido según "la

76 *Ibíd.*, 122-123.

77 En términos de PUGLIATI (*La trascrizione*, Milán, Giuffrè, 1957, 258), quien sin embargo se refiere a estas dos hipótesis como supuestos de aplicación de la buena fe en general, mientras que en nuestro criterio esta clasificación se refiere exclusivamente a la buena fe subjetiva.

78 MARTINS COSTA. "A boa-fé no direito privado", cit., 410-412.

literalidad de lo pactado". Aceptar tal acepción de la buena fe subjetiva conduciría a la necesidad de otorgar algún tipo de amparo, así fuese mínimo, a quien con fundamento en este tipo de buena fe pretendiera hacer valer una interpretación del contrato que restringiera la noción de "vinculación" a la palabra dada al otro conforme al texto del contrato.

Posición que no compartimos, comoquiera que la vinculación al pacto es una exigencia de la buena fe objetiva, que como deber de comportamiento justamente implica la obligación de respetar el vínculo no en términos literales sino en su sustancia; de manera que la obligatoriedad del contrato no puede en ningún caso derivar en una creencia psicológica que permita suponer la conformidad con la buena fe, así sea subjetiva, cuando se exige el cumplimiento literal del acuerdo, pues la buena fe objetiva exige una interpretación del pacto que preserve el interés de la contraparte, en cuanto conduzca a la verdadera satisfacción de los contratantes.

En efecto, en nuestro entender la vinculación a lo pactado en los negocios constituye la primigenia manifestación de la buena fe objetiva, pues la buena fe contractual 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 asumidos (CICERÓN *de off.* 1,7,23; *de Rep.* 4,7,21), pero bajo el entendido, que impone la *fides bona*, de que se mantiene una promesa, no según la letra, sino según el espíritu del negocio convenido por las partes y en cuanto tal la buena fe objetiva exige adecuar la propia conducta no a la letra sino a la plena realización del acuerdo.

De ahí que tanto en la interpretación del contrato como en su ejecución no resulte en ningún caso admisible, con base en una representación subjetiva de conformidad con la buena fe, hacer valer la interpretación literal del acuerdo, por cuanto a ella se antepone la satisfacción plena de los intereses de las partes conforme al espíritu del negocio, como lo exige la aplicación de la buena fe objetiva, que es la que en estos casos debe aplicarse.

#### **D. Asumir en claro desconocimiento de las reglas del principio de buena fe que en algunos casos dicho principio debe ceder ante la autonomía contractual**

Esta confusión entre los conceptos de buena fe objetiva y buena fe subjetiva ha llevado en algunos casos a que la jurisprudencia colombiana, ante la perplejidad que genera la protección de una creencia, de un estado psicológico, frente a un deber objetivo de comportamiento en cumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato, se incline por proteger la estipulación contractual en detrimento de la buena fe creencia, lo cual es absolutamente válido, siempre que se tenga claridad de que lo que se enfrenta es la buena fe subjetiva vs. la autonomía contractual.

El problema se presenta justamente cuando la Corte pretende resolver las tensiones presentes entre la autonomía contractual y la buena fe, pero entendiendo por buena fe la creencia o el estado de conciencia de obrar lealmente y no, como

debería ser, el deber objetivo de comportamiento, pues bajo estos supuestos termina por sostener que ante un conflicto de tal naturaleza debe prevalecer la autonomía y no la buena fe, con lo que se desvirtúa el carácter de límite que tiene la buena fe frente a la autonomía contractual y haciendo aparecer por el contrario a la buena fe como un principio de menor entidad que el de la autonomía contractual.

En efecto, 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 voluntad*"<sup>79</sup> (se resalta).

De manera que cuando la Corte señala que el sentenciador de instancia "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* [se está refiriendo a una buena fe creencia], incurrió en aplicación indebida de los artículos 835 y 871 del C. de Comercio –relativos a buena fe objetiva–, 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)<sup>80</sup>, *la Corte está confundiendo el concepto de buena fe objetiva (deber de comportamiento leal, probo, honesto, diligente, etc.) con el 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 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, frente a la del asegurado de no estar incurso en la causal de exclusión prevista en el contrato de seguro, se impone el contenido del contrato mismo celebrado por las partes sin violación del principio; esta cláusula es válida cuando quiera que no se 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 ob-

79 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de mayo de 2002.

80 Ídem.

jetiva: buena fe probidad o lealtad", pues si ello no fuera así, se impondría excluir la disposición contractual.

Tratándose en cambio de la buena fe objetiva, ésta, por el contrario tiene toda aplicación en el ámbito contractual y es justamente merced a la aplicación de la buena fe objetiva como la cláusula de exclusión de 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 aludido<sup>81</sup>.

**E. Tratándose de obligaciones contractuales frente a la contraparte, se pretende erradamente proteger a nombre del principio de buena fe la representación mental del deudor que cree haber cumplido, su mera creencia de haber satisfecho adecuadamente los intereses de su acreedor, desconociendo la exigencia de la buena fe objetiva que impone desplegar un comportamiento efectivo**

En algunos eventos se confunde la obligación de obrar conforme a buena fe con la creencia de estar respetando los presupuestos del principio, y por virtud de ello se llega a sostener que la protección que emana de la buena fe se hace efectiva respecto de una de las partes por la mera convicción subjetiva en la que ésta se encuentra de estar respetando las reglas propias de la buena fe y respecto de dicha parte se acuña la expresión "está en buena fe" o "es de buena fe" para señalar que estaba en la convicción de ser diligente, de ser transparente, de ser leal, de ser solidaria y por ese solo hecho debe ser tratada con los beneficios que la buena fe otorga.

De lo expuesto puede observarse que a pesar de que la vieja discusión entre buena fe subjetiva y buena fe objetiva pareciera saldada y todo indicara que resulta plausible abogar por la fundamental identidad de tales conceptos, realmente subsisten serias confusiones que desnaturalizan una adecuada aplicación del principio, lo que nos lleva a plantear la necesidad de retomar los senderos del derecho romano en los que el concepto originario de buena fe estuvo siempre atado al deber de comportamiento probo y leal frente a la otra parte en el contrato, es decir, a lo que hoy entendemos como buena fe objetiva, y que la exigencia de buena fe en la posesión del comprador debió ser una utilización particular de la *bona fides* contractual adaptada en función de la problemática posesoria, pero que esta segunda y tardía acepción de buena fe subjetiva, que luego se extendió a otros eventos

81 Para una interpretación diversa a la propuesta, consúltese: A. E. ORDOÑEZ. "Los deberes recíprocos de información en el contrato de seguro y especialmente el deber de información del asegurador frente al tomador del seguro", en *Revista de Derecho Privado*, n.º 9, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, 101; al igual que E. RENGIFO GARCÍA. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, 305-309.

obligacionales, se fue desvinculando de su contenido contractual, que esencialmente se traducía en "exigencias de comportamiento", para asumir un contenido específicamente de "convicción o creencia", que resulta substancialmente diferente y debe mantenerse separado del de la originaria buena fe objetiva.

#### **F. Apremiar de manera equívoca los alcances de la presunción de buena fe**

El realizar una adecuada distinción de los conceptos de buena fe objetiva y subjetiva contribuirá a establecer el campo en el que opera la presunción de la buena fe, así como el justo alcance de ésta.

La importancia y extensión de este tema requiere sin duda de un análisis particular, que será abordado en un documento exclusivamente dedicado a él y que hará parte de un próximo número de la presente revista.

En estas líneas dejamos plasmadas nuestras reflexiones sobre un tema cuya complejidad ameritará el examen detenido de la doctrina y la jurisprudencia a fin de que sean sopesados los argumentos expuestos, bajo el entendido de la trascendental importancia que reviste el arribar a un claro discernimiento de los conceptos de buena objetiva y subjetiva, así como sobre su ámbito de aplicación; ello comoquiera que la confusión de dichos conceptos ha dado lugar a una desafortunada tergiversación del contenido del principio de buena fe y al oscurecimiento de su carácter preponderantemente objetivo, cuya aplicación práctica encuentra concreta expresión en las reglas que se derivan del principio.