

La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano: una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio*

MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL**

Sumario. I.- Antecedentes. II. Alcance de la presunción de buena fe. 1. Buena fe objetiva – buena fe subjetiva: su diferenciación contribuye a establecer la procedencia y alcance de la presunción de buena fe. 2. Carácter legal de la presunción de buena fe. 3. Aplicaciones legales de la presunción de buena fe. 3.1. La presunción de buena fe en el ámbito del derecho privado. 3.1.1. Manifestaciones de la presunción de buena fe subjetiva en el Código Civil. A. La presunción de buena fe en materia posesoria. B. La presunción de buena fe subjetiva propia de la materia posesoria constituye una excepción a la regla general de que la buena fe objetiva no se presume. 3.1.2. Presunciones de encontrarse en mala fe contempladas en el Código Civil colombiano. A. Presunción de mala fe por error de derecho. B. Límite a los efectos de la presunción de buena fe en el caso de los frutos percibidos. C. Presunción de dolo por ocultamiento del testamento. D. Presunción de mala fe del comprador incumplido. 3.1.2. Manifestaciones de la presunción de buena fe subjetiva en el Código de Comercio. 3.1.3. Alcance de la presunción de la buena fe en materia procesal y en particular en el ámbito probatorio. 4. La buena fe en materia de trámites ante la administración pública: diferencia de tratamiento frente a la buena fe en derecho privado. 4.1. Naturaleza de la buena fe que se exige a los administrados en sus trámites ante la administración. 4.2. El artículo 83 de la Constitución Política de Colombia consagra una excepción a la regla general que impone la carga de la prueba de los

* El presente trabajo, aquí con algunas adiciones, fue realizado para atender la gentil invitación que se me hiciera de participar en la publicación en homenaje a la maestra Mercedes Gayosso y Navarrete.

** Magister y Doctora en Derecho de la Universidad de Roma *Tor Vergata*. Profesora de Derecho Civil y Romano en la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: nemevilla@hotmail.com

Fecha de recepción: 9 de diciembre de 2009. Fecha de aceptación: 15 de febrero de 2010.

hechos que sustentan un comportamiento conforme a buena fe objetiva. 4.3. *Ámbito de aplicación de la presunción de buena fe en materia administrativa: La presunción se restringe al campo de las gestiones frente a la administración y se establece en favor del administrado y no de la administración.* 4.4. *Naturaleza de la presunción de buena fe frente a la administración.*

Resumen

Una de las desafortunadas consecuencias de la ausencia de una adecuada diferenciación entre los conceptos de buena fe objetiva y buena fe subjetiva es la aplicación inapropiada de la presunción de buena fe, en cuanto aquello que constituye una excepción al régimen general, esto es, que la buena fe subjetiva posesoria se presume, se ha adoptado como regla general en materia de buena fe objetiva. Una tal generalización de la presunción, desnaturaliza el principio de buena fe, pues la regla general en materia de buena fe objetiva es que el cumplimiento de los deberes de comportamiento que emanan del principio no se presume, sino que se debe probar su efectiva realización, en tanto que los estados psicológicos o las creencias, en los que se funda la buena fe subjetiva, constituyen excepciones a la regla general en cuanto se permite su presunción. El Código de Bello consagra la regla de presunción de buena fe con alcances restringidos a los eventos de buena fe subjetiva y extenderla a situaciones en las que lo aplicable es la buena fe objetiva contraría la esencia misma del principio. En materia administrativa la Constitución colombiana consagra una excepción a la regla general que rige en materia de buena fe objetiva conforme a la cual la buena fe no se presume, al permitir que opere una presunción legal en favor del particular en las gestiones que este adelante ante aquella, como medida para equilibrar las relaciones entre la administración pública y los particulares, relación que se encuentra marcada por una fuerte asimetría.

Palabras clave: Principio de buena fe. Buena fe objetiva. Buena fe subjetiva. Presunción de buena fe. Presunción de mala fe. Presunción legal. Presunción en la posesión. Presunción de buena fe en materia administrativa. Verdad sabida y buena fe guardada. Carga probatoria. Inversión de la carga de la prueba. *Onus probandi incumbit cui dicit.*

I. ANTECEDENTES

En los tiempos modernos el impulso que ha retomado el principio de buena fe ha dado lugar, a su vez, a una renovada aplicación de la presunción de buena fe, que haciendo eco de la "*summa vis*"¹, de esa gran fuerza que caracteriza el principio, asume visos de "*verdad sabida*"² contra la que no es dable presentar cuestionamiento

1 CICERÓN. *de off.* 3.17.70.

2 La identificación del principio de buena fe con un estado de conciencia, propio del fallo en conciencia, ya se plantea, a nuestro juicio de una manera inconveniente, en el Código de Comercio Mexicano, en cuyo acápite relativo al procedimiento de arbitraje en amigable composición y en estricto derecho se dispone en el artículo 73 que "En el convenio que fundamente el juicio arbitral en amigable composición, las partes facultarán, a su elección, a la Comisión Nacional o a alguno o algunos de los árbitros propuestos por ésta, para

alguno; pues entendido que la buena fe se erige en principio fundamental del entero ordenamiento, no sería dable siquiera pensar que el punto de partida de todo comportamiento humano no sea la buena fe, que por ende debe indefectiblemente presumirse en todos los casos.

Nos permitimos, sin embargo, disentir de la hipótesis expuesta en los términos planteados. Ello con fundamento en las claridades a las que hemos llegado a partir del estudio de las diferencias entre los conceptos de buena fe objetiva y buena fe subjetiva.

En efecto, entre los equívocos a que conduce la falta de claridad en la distinción de los conceptos de buena fe objetiva y subjetiva, asume gran relevancia la tergiversada aplicación de la presunción de buena fe que se emplea indistintamente en uno y otro caso, sin consideración a la naturaleza propia de las exigencias de cada acepción de buena fe.

Como producto de las reflexiones iniciales habíamos concluido 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 de buena fe, 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 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', el cual resulta substancialmente diferente y debe mantenerse separado del de la originaria buena fe objetiva.

resolver en conciencia, a verdad sabida y buena fe guardada, la controversia planteada, y fijarán de común acuerdo y de manera específica las cuestiones que deberán ser objeto del arbitraje, estableciendo las etapas, formalidades, términos y plazos a que deberá sujetarse el arbitraje. Para todo lo no previsto en el procedimiento arbitral se aplicará supletoriamente el Código de Comercio". Ello comoquiera que habría que entender que la expresión 'buena fe guardada' utilizada en este contexto no comprende la totalidad del concepto de buena fe, sino apenas su vertiente subjetiva, pues si se llegara a identificar el principio de buena fe con "un estado de conciencia" se estaría desconociendo su contenido primigenio y esencial, el de constituir un deber de comportamiento conforme a los deberes objetivos que emanan del principio, lo que por ende excluye toda valoración en conciencia. Por demás aún, si dicha expresión se entiende restringida al campo meramente subjetivo habrá de precaverse para que su aplicación no derive en ningún caso en un juicio de 'mero arbitrio', pues aún la buena fe subjetiva presupone la corrección del sujeto dentro de la relación jurídica, esto es, la conciencia del mismo acerca de la conformidad de su actuar con las reglas del principio y en todo caso debemos tener en cuenta que la buena fe subjetiva excluye el dolo y la culpa grave, aspectos estos cuya consideración exhaustiva con miras a establecer los límites entre fallo en conciencia y buena fe, exceden notablemente los propósitos del presente artículo.

II. ALCANCE DE LA PRESUNCIÓN DE BUENA FE

1. Buena fe objetiva – buena fe subjetiva: su diferenciación contribuye a establecer la procedencia y alcance de la presunción de buena fe

Señalamos³ que la expresión **buena fe subjetiva** responde a un estado de conciencia, a un convencimiento acerca de la legitimidad de nuestro derecho o de nuestra posición jurídica, el cual se funda en el propio estado de ignorancia de estar lesionando intereses ajenos tutelados por el derecho, o en la errónea apariencia de cierto acto; en fin, consiste en un estado psicológico y no volitivo. En cuanto concierne a la **buena fe objetiva** esta se traduce en un deber de comportamiento conforme a los presupuestos del principio, que se expresa a través de las reglas de honestidad y corrección, transparencia, diligencia, responsabilidad, consideración del interés del otro, entre otros deberes que emanan permanentemente del profuso carácter normativo propio del principio.

En consecuencia, la buena fe objetiva presupone **que se actúe**, de manera que 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 y suministrado la información adecuada, 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.

Por el contrario, tratándose de la **buena fe subjetiva** no se requiere que la conducta del agente sea legítima, 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 valore la conducta del agente conforme al paradigma, sino su mera conciencia, creencia o convicción de estar obrando acorde con aquél.

Bajo esta perspectiva, el realizar una adecuada distinción de los conceptos de buena fe objetiva y subjetiva⁴ contribuye a establecer los alcances de la presunción

3 NEME VILLARREAL, M. L., "Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos", *Revista de derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia*, número 17, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

4 En relación con el origen de la confusión entre buena fe objetiva y subjetiva en el derecho colombiano, J. F. NAVIA REVOLLO establece con rigor la línea Jurisprudencial de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia que dieron origen a tal confusión; la cual remonta a las sentencias del 20 de mayo de 1936, en la que la Corte reconoce a la buena

de la buena fe, como quiera que por regla general el cumplimiento de los deberes de comportamiento no se presume, sino que ha de probarse su efectiva realización, en tanto que los estados psicológicos o las creencias, como aquellos en los que se funda la buena fe subjetiva son por el contrario fértil terreno para la presunción, pues resulta difícil, por decir lo menos, el probar el propio estado de conciencia o la íntima convicción.

2. Carácter legal de la presunción de buena fe

Las presunciones encuentran justificación dentro del sistema jurídico en la medida en que persigan "un fin constitucionalmente valioso", pero además la validez de la presunción se sujeta a que ésta sea "razonable –es decir, que responda a las leyes

fe como un principio general vigente en el ordenamiento colombiano de carácter unitario del cual se desprendían una gran diversidad de normas del Código civil y a la de diciembre primero de 1938, en la que la Sala de casación civil alude a la esencia del principio de buena fe como de índole predominantemente psicológica o subjetiva aunque el litigio giraba en torno a la nulidad absoluta de unos contratos celebrados por un incapaz absoluto. Así, encuentra el autor que entre las décadas tercera y sexta del siglo pasado impera una concepción "regida por la idea del principio general de la buena fe como 'unidad' de carácter subjetivo", la cual señala que proviene de la adhesión indirecta y 'acrítica' hecha en la sentencia de casación civil de diciembre primero de 1938, al pensamiento de Carl Georg Bruns acerca de la esencia de la buena fe. El autor procede a agrupar las sentencias constitutivas de esta línea jurisprudencial en tres distintas categorías:

La primera constituida por una serie de providencias en que se hace referencia a la buena fe a secas y se relaciona con el derecho de bienes, particularmente con el ejercicio de la acción reivindicatoria de inmuebles y la calificación del poseedor como de buena o mala fe, en las que "se encuentra latente la idea de que existe conformidad entre la buena fe que el artículo 768 del Código Civil define en términos subjetivos, y aquella a que simplemente se hace referencia en el 1603 de la misma obra". Entre tales providencias cita el autor las sentencias de casación expedidas en abril 2 de 1941, en marzo 22 de 1956 y en julio 10 de 1953. La segunda categoría constituida por la sentencia de casación civil de 23 de junio de 1958 que decidió un caso de reivindicación de un inmueble enajenado por uno de los cónyuges sin manifestación de que el mismo pertenecía a una sociedad conyugal ilícita, en la que "a pesar de haber tenido por objeto un conflicto de derecho real, dio pie a la Sala civil de la Corte Suprema para volver a hacer precisiones de tipo teórico acerca del principio de la buena fe –en las que– se reafirmó tanto la idea de que éste es una unidad en la que confluyen varias y diversas normas de derecho privado, entre ellas los artículos 768 y 1603 del Código civil, como la de que la esencia de tal unidad y la de estas dos últimas normas, está en ser ellas fenómenos psicológicos, de ignorancia o creencia errónea, de conciencia o rectitud de intención". La tercera de las categorías constitutivas de la línea jurisprudencial la encuentra conformada el autor por dos sentencias, la sentencia de casación de siete de junio de 1966 y el fallo de casación civil de diciembre 16 de 1969, en las que, a pesar de resolver controversias contractuales, los fallos se sustentan en el concepto de buena fe entendido como un fenómeno de orden psicológico, en el que no obstante que se conjugan elementos objetivos con aquellos de carácter puramente psicológico, manifiestos en expresiones como "rectitud de la intención", utilizadas por la Corte, con lo que se termina por desestimar los elementos objetivos y confluír en una concepción unitaria y subjetiva de la buena fe. Cfr. J. F. NAVIA REVOLLO. *La reticencia como forma de dolo-dicio de la voluntad*. Tesis de grado, Universidad Externado de Colombia, 2009, en proceso de publicación.

de la lógica y de la experiencia— y adicionalmente a que —sea útil, necesaria y estrictamente proporcionada para alcanzar el mencionado fin⁵.

Por su parte, el Código Civil colombiano en su artículo 66 consagra las presunciones tanto legales como de derecho y señala al efecto que una presunción será de derecho cuando así lo disponga expresamente la ley, caso en el cual será inadmisibles la prueba contraria, y agrega que si los antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal, caso este último en que se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume⁶.

En cuanto se refiere a la naturaleza de las presunciones consagradas legalmente ha sostenido la jurisprudencia⁷ que “las presunciones legales (presunciones *iuris tantum*)⁸ no son otra cosa que hechos o situaciones que, en virtud de la ley, deben suponerse como ciertas siempre que se demuestren determinadas circunstancias previas o hechos antecedentes. En efecto, al establecer una presunción, el legislador se limita a reconocer la existencia de relaciones lógicamente posibles, comúnmente aceptadas y de usual ocurrencia, entre hechos o situaciones jurídicamente relevantes, con el fin de proteger bienes jurídicos particularmente valiosos. Ahora bien, a diferencia de las llamadas presunciones de derecho (*iuris et de iure* o auténticas ficciones jurídicas), las presunciones legales admiten prueba en contrario”.

Ahora bien, en cuanto a los efectos de las presunciones afirma la jurisprudencia en cita que “la consagración de una presunción legal libera a una de las partes del proceso de la carga de probar el hecho presumido. Sin embargo, las más de las veces, el sujeto beneficiado debe demostrar la ocurrencia del hecho antecedente a partir del cual se deriva la existencia —al menos procesal—, del hecho presumido. La demostración de los hechos antecedentes no es, usualmente, un asunto complicado. En consecuencia, puede afirmarse que una determinada presunción legal, beneficia a una de las partes del proceso, pues la libera de la carga de demostrar el hecho que se presume y que resulta fundamental para la adopción de una determinada decisión judicial.

5 Todo esto en términos de la Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-388 de 2000.

6 Código Civil colombiano, artículo 66: “Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias. Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibles la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias”.

7 Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-388 de 2000.

8 El artículo 66 del Código Civil colombiano establece la existencia de las llamadas presunciones legales y de las presunciones de derecho. Al respecto puede consultarse, entre otras, la sentencia de 16 de febrero de 1994 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (exp. 4119).

Ciertamente que la buena fe es reconocida dentro del sistema jurídico como un bien jurídico particularmente importante cuya presunción justificaría una redistribución de las cargas procesales invirtiendo o desplazando la carga de la prueba; ahora bien, ni las disposiciones legales que la consagran le otorgan el carácter de presunción de derecho, ni la naturaleza misma del principio admitiría considerar como inobjetable los presupuestos en que se basa la presunción ni el hecho que se presume, pues nada más alejado de la esencia del principio que la veneración de las formalidades por sí mismas consideradas o los presupuestos inamovibles. En efecto, el principio de buena fe supone siempre la valoración intrínseca de los hechos y circunstancias que conforman las relaciones entre las partes y su confrontación permanente con las reglas que emanan del mismo, todo lo cual da lugar a una de sus características más relevantes: la ductilidad del principio⁹.

De otra parte, hemos señalado que la validez de una presunción se sujeta a que ésta sea "razonable, que responda a las leyes de la lógica y de la experiencia", propiedades que comparten con el principio de buena fe, que, como se ha advertido, es un producto refinado de la experiencia¹⁰; de manera que si bien la experiencia nos dicta que lo razonable, lo esperado de todo comportamiento humano sea la buena fe, lo que entenderíamos como buena fe objetiva pasiva: el derecho a confiar en que los demás se comportarán conforme a buena fe, la buena fe objetiva activa exige la efectiva realización de comportamientos, por lo que aquí lo racional es examinar si ese derecho a esperar un comportamiento conforme a buena fe se concreta en la realidad o si por el contrario el comportamiento de las partes se aparta de los postulados del principio, lo que excluiría por regla general la presunción en materia de buena fe objetiva.

Bajo esta misma perspectiva, la exigencia de racionalidad de la presunción limita su alcance en la medida en que como se verá, si bien la protección de la buena fe subjetiva encuentra plena justificación en nuestro ordenamiento, esta protección no es absoluta ni en términos de irrefutabilidad, como quiera que no puede erigirse en presunción de derecho o inobjetable, ni en cuanto a la posición frente al entero ordenamiento, ya que no puede ser catalogada como regla general, pues se limita a los estados psicológicos de quienes entienden estar obrando de buena fe y no puede extenderse a la buena fe objetiva que supone deberes de comportamiento, frente a los que la propia racionalidad exige prueba del cabal cumplimiento de los mismos.

9 Entendida en el sentido de que la aplicación de las reglas que derivan del principio no puede hacerse de una manera mecánica, sino teniendo en consideración el tipo contractual, las particulares reglas del contrato y la razón de ser de su propio equilibrio, entre otros aspectos que determinan la aplicabilidad o inaplicabilidad de determinada regla o con cierta intensidad en un determinado supuesto. Al respecto: M. L. NEME VILLARREAL. "El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano". *Revista de derecho Privado número 11, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007*, pp. 110 a 160.

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

3. Aplicaciones legales de la presunción de buena fe

Diversas son las disposiciones que en el ordenamiento legal colombiano aluden a la presunción de buena fe y de mala fe:

En cuanto se refiere a la consagración normativa de la presunción de buena fe, diversas son las disposiciones que expresamente la contemplan: el Código Civil contiene una expresa disposición en su artículo 769¹¹, el Código de Comercio por su parte dispone, en su artículo 835¹² la presunción de buena fe y con un alcance más amplio, la Constitución política colombiana consagra en su artículo 83 la regla de presunción de buena fe en cuanto se refiere a las relaciones de los particulares con la administración.

Cada una de estas aplicaciones de la presunción de buena fe posee un ámbito específico y difiere tanto en su contenido como en sus alcances, por lo que resulta necesario examinar cada una con detenimiento:

3.1. *La presunción de buena fe en el ámbito del derecho privado*

3.1.1. Manifestaciones de la presunción de buena fe subjetiva en el código civil colombiano

A. La presunción de buena fe en materia posesoria

Dentro del libro XXX título VII, relativo a la posesión, encontramos en el Código Civil colombiano las disposiciones relativas a la posesión y sus diferentes calidades, en especial el texto del artículo 769, según el cual:

"La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria.

En todos los otros, la mala fe deberá probarse".

La mencionada disposición hace alusión a la presunción que en materia posesoria constituye la regla general, esto es, que quien posee un determinado bien lo posee de buena fe, vale decir con la convicción de no estar lesionando derecho ajeno, presunción que en materia subjetiva es razonable, como quiera que cuando se trata de examinar el estado psicológico, la convicción íntima de una persona, su conciencia o su convencimiento mal podríamos partir de una presunción de mala fe, como quiera que lo propio, lo natural del ser humano es la buena fe.

11 Código Civil colombiano, artículo 769: "La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria".

12 Código de Comercio colombiano, artículo 835: "Se presumirá la buena fe, aún la exenta de culpa. Quien alegue la mala fe o la culpa de una persona, o afirme que ésta conoció o debió conocer determinado hecho, deberá probarlo".

En efecto, ya el artículo precedente ha precisado el legislador que el tipo de buena fe que se está regulando en el referido título es la buena fe subjetiva, cuando en el artículo 768 dispone que "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 (...)"¹³.

B. La presunción de buena fe subjetiva propia de la materia posesoria constituye una excepción a la regla general de que la buena fe objetiva no se presume

La regla que consagra la presunción de la buena fe contenida en el artículo 769 del Código Civil colombiano, si bien establece una regla general en materia posesoria¹⁴ su valor no es absoluto frente a la totalidad del ordenamiento¹⁵, como quiera que es una previsión con alcance restringido, en primer lugar a los eventos de posesión, título en el cual se encuentra ubicado y en segundo lugar a aquellos eventos en que se exija buena fe subjetiva, esto es, una convicción íntima de estar obrando conforme a derecho, sea que se trate de buena fe simple o cualificada¹⁶. Cuando se trata en cambio de buena fe objetiva la regla que rige es la contraria, es decir, que quien dice estar comportándose conforme a una regla de buena fe objetiva, que por ende exige un determinado comportamiento, deberá demostrar que ello es así.

Vale decir, no se presume la transparencia, la coherencia, el otorgamiento de la información debida, ni el respeto por el equilibrio contractual, ni el haberse

13 El texto completo del mencionado artículo 768 dispone que "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 traslativos 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".

14 Así lo entendió CLARO SOLAR al referirse a la respectiva disposición del Código de Bello en relación con la cual sostuvo: "La regla general es, pues, **la presunción de la buena fe del poseedor**, salvo que la ley establezca la presunción contraria". CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo séptimo, De los bienes VI, II, Chile, Imprenta Cervantes, 1932, p. 496.

15 Bajo la perspectiva de que se trata de una regla general sí, pero en materia de buena fe subjetiva y en especial en el ámbito del derecho posesorio conviene entender la conclusión de la Corte constitucional cuando señala que "a) La regla general es la presunción de la buena fe, según el artículo 769 del Código Civil: "La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria". Corte Constitucional Colombiana. Sentencia No. C-544/94, mediante la que se resuelve la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 768 (parcial); 964 (parcial); 1025 (parcial) del Código Civil.

16 Bajo estos términos: 'cualificada, exenta de culpa o creadora de derecho' ha sido entendida en el derecho colombiano la buena fe subjetiva que fundada en circunstancias externas tan fuertemente ligadas a la apariencia de conformidad con el derecho da lugar a la teoría de la apariencia, basada en la máxima conforme a la cual el error común crea derecho; concepto que se diferencia de la también buena fe subjetiva pero simple, cuya protección es de menor calado por ser sólo una representación psicológica.

comportado adecuadamente en un evento de conflicto de interés, etc. Todos estos comportamientos deben encontrar un referente exterior, objetivo cuya existencia debe ser demostrada para que quien sostiene haber obrado conforme a buena fe sea catalogado como tal. En consonancia con esta apreciación en materia de diligencia el artículo 1604 del Código Civil colombiano establece que "la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo".

Un razonamiento como el propuesto encuentra apoyo en la regla general de estirpe romana: "*onus probandi incumbit cui dicit*"¹⁷, esto es, que quien afirma y no quien niega la afirmación contraria, ha de aducir la prueba de los hechos puestos como base de la propia demanda, lo cual en el ámbito del proceso constituye manifestación del principio de igualdad de las partes en el juicio e implica en términos generales que "quien invoca un efecto en su favor debe afirmar y probar los hechos a los que la norma jurídica vincula dicho efecto"¹⁸.

Al criterio general enunciado en materia de carga de la prueba se suman otras reglas que contribuyen a determinar las consecuencias de la ausencia de prueba en la decisión del juez, como son las presunciones y la prohibición de prueba de la afirmación negativa conforme a la cual "el actor no puede poner al demandado en la necesidad de probar lo contrario a la propia afirmación negativa, como, por

17 D. 22.3.14 *Ulpiano; Del cargo de Cónsul, libro II*— "Respecto del que considerado como libertino dijera que es ingenuo, se ha de ver quién haga las veces de actor. Y si verdaderamente estuvo en posesión de la condición de libertino, sin duda convendrá que él mismo promueva la causa de ingenuidad y pruebe que él es ingénito; pero si estuviera en posesión del estado de ingenuidad, y se dijera que es libertino, a saber, de aquel que le promueve la controversia, debe probar esto el que dice que él es liberto suyo. Porque ¿qué importa que alguien pretenda que es su esclavo ó su liberto? Mas si alguno con la confianza de su propia ingenuidad tomara voluntariamente a su cargo las pruebas, para esto, para obtener sentencia que decida en pró de su ingenuidad, esto es, para que se declare que es ingenuo, puede discutirse si se le deberá consentir; y opino que no es fuera de propósito que se acceda a su pretensión para probar que es ingenuo, y que se haya de dar sentencia a su favor, porque no hay en esto ninguna infracción del derecho". Consonante con esta regla los artículos 1757 del Código Civil colombiano: "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta" y el artículo 177 del Código de procedimiento Civil colombiano: "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba".

18 MICHELLI, G. A, La carga de la prueba, traducción al español de Santiago SENTÍS MELENDO, Bogotá, Temis, 2004, pp. 30 y 44, quien refiriéndose a la carga de la prueba en el derecho romano señala que "la estructura de los procesos post-clásico y justiniano favorecen indudablemente el reforzamiento del principio según el cual quien afirma y no quien niega la afirmación contraria, ha de aducir la prueba de los hechos puestos como base de la propia demanda" y agrega que "la verdad es que también en este campo la tradición romana ha sido maestra de los otros pueblos y desde la época del renacimiento jurídico es precisamente el principio romano al que todos acuden como el más adherente a una visión real de la vida y a las exigencias de justicia acusadas por todo pueblo civilizado". *Ibidem* pp. 21 y 4 respectivamente.

otro lado, el demandado al excepcionar no puede vincular al actor a demostrar lo contrario de lo formulado negativamente¹⁹.

Así las cosas, tratándose de la observancia del principio de buena fe objetiva, el cumplimiento de las exigencias que comporta el principio se traduce en el acatamiento de las reglas que del mismo emanan, esto es, nos encontramos ante una norma²⁰ que impone un deber de conducta que obliga a ser observado en interés ajeno, por lo que en verdad se impone un deber absoluto para las partes sujetas al mismo al cual no pueden sustraerse y en cuanto tal enfrentan una necesidad jurídica, de ahí que quien invoca haberse comportado conforme a buena fe y pretende derivar de tal afirmación los efectos benéficos que la ley deriva de ello (cumplimiento de un deber contractual o legal, por ejemplo) debe probar los hechos a cuya existencia la norma jurídica vincula dicho efecto, vale decir, debe probar que dio cumplimiento a la regla o reglas derivadas del principio que en el caso concreto permitan sostener que su comportamiento se adecuó a la buena fe objetiva u obtener que el juez o la contraparte aporten la respectiva prueba²¹.

Igualmente, tampoco resulta viable sostener que no se han violado las reglas emanadas del principio de buena fe y pretender que la contraparte proceda a probar la falsedad de tal afirmación, pues estaríamos en el supuesto de una afirmación negativa cuya prueba está prohibida.

- 19 MICHELLI, G. A, *La carga de la prueba*, traducción al español de Santiago SENTÍS MELENDO, Bogotá, Temis, 2004, pp. 38 y 45, quien resalta en todo caso la diferencia entre la **carga de la prueba**, tema en el que continúa predominando la regla romana de que quien afirma un hecho debe probarlo, del aspecto atinente a la **atribución de las consecuencias de la falta de prueba**, campo este último en el que el criterio general que determinaba que si el actor no probaba los fundamentos de la demanda se absolvía al demandado, "*actore non probante reus absolvendus*", se va atenuando no sólo con la aludida prohibición de las negativas, con el uso de las presunciones, ente otros, sino fundamentalmente con el entendimiento de que el proceso no es un asunto que incumba exclusivamente a las partes, "sino un medio para la actuación del derecho objetivo", por lo que el "el acento se desplaza de la actividad de prueba, desarrollada por las partes, a la actividad de juicio del órgano jurisdiccional, con las consecuencias de que la primera pierde el propio carácter de condición necesaria y suficiente para la obtención de una decisión favorable". *Ibidem* p. 52. En apoyo cita los textos de CHIOVENDA. *Instituzioni*, vol. I, p. 41, CALAMANDREI. "*Il concetto di litte nel pensiero di F. Carnelutti*", en *Rivista dir. Processuale civ.* 1928, I, p. 4 y ss.
- 20 Código Civil colombiano, artículo 1603: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella".
- 21 No resulta este el espacio apropiado para abordar el tema de la relación entre carga de la prueba y la exigencia de aportar la misma por parte de quien esté en mejores condiciones para allegarla, baste por ahora señalar que con independencia de quien sea quien la aporte o a quien pueda conminarse para que así lo haga, lo cierto es que la carga persiste en el sentido de que el hecho debe aparecer probado. Bajo la concepción enunciada conforme a la cual el proceso es un medio para la actuación del derecho objetivo y la diferencia entre carga de la prueba y consecuencia de la ausencia de pruebas, es posible señalar que la carga impone consecuentemente que se encuentre demostrado el hecho al que la norma jurídica vincula el efecto jurídico que se pretende, bien sea que tal prueba se obtenga oficiosamente por el juez o de la contraparte, pero en todo caso el hecho debe probarse.

3.1.2. Presunciones de encontrarse en mala fe contempladas en el Código Civil colombiano

En algunos eventos en los que las circunstancias particularmente comprometedoras hagan prever que una persona honorable no podría tener la "conciencia" de obrar de buena fe, la ley contempla la posibilidad de que opere la presunción contraria, esto es, la presunción de mala fe²², señalaremos algunos de los ejemplos más representativos:

Es el caso de las previsiones contenidas en algunos artículos del Código Civil: artículo 768 relativo al error en materia de derecho y del artículo 964 relativo al poseedor demandado respecto de los frutos percibidos después de la contestación de la demanda reivindicatoria. Estas dos presunciones de mala fe operan en torno al concepto de buena fe subjetiva, en cuanto representaciones psicológicas, en este caso, más que de no estar obrando conforme a derecho, la presunción opera más bien en torno al hecho de no estar amparado por los efectos de la buena fe subjetiva, respecto de la cual no se admite su surgimiento en el caso del error de derecho y en el segundo caso, el poseedor demandado, se entiende ha cesado la buena fe subjetiva o la legitimidad de su protección respecto de quien conoce de la pretensión reivindicatoria del demandante, por lo que en este último caso estamos en presencia más propiamente de un límite a los efectos de la presunción de buena fe.

Asimismo, otras presunciones de mala fe se encuentran en el ordinal 5º del artículo 1025 sobre presunción de dolo por ocultamiento del testamento y en el artículo 1932 sobre presunción de mala fe del comprador incumplido, normas del Código Civil colombiano que contemplan presunciones de mala fe, esta vez respecto de un deber de comportamiento objetivo. Veamos:

A. Presunción de mala fe por error de derecho

El inciso final del artículo 768 dispone que "el error en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe²³, que no admite prueba en contrario".

22 La Corte Constitucional, en Sentencia C-540 de 1995, admite la exequibilidad de la presunción de mala fe y con ello acepta el carácter no absoluto de la presunción de buena fe.

23 En cuanto se refiere al término "mala fe", sostiene la Corte Constitucional colombiana en la aludida Sentencia No. C-544/94, que "la norma demandada, interpretada a la luz de la Constitución, y despojada del efecto estigmatizante de la mala fe, significa que el legislador, simplemente, ha querido reiterar, en esta materia, la negativa general a admitir el error de derecho. La alusión a la mala fe es un recurso técnico para ratificar el anotado principio y, en este sentido, no puede ser inconstitucional" y agrega que "es bueno advertir que la presunción de mala fe consagrada en esta norma no tiene una connotación denigrante ni implica un juicio de carácter psicológico". Al respecto, ciertamente resulta pertinente recordar que la expresión "mala fe" no se opone exclusivamente al concepto 'buena fe', como quiera que aún cuando no se presente una conducta dolosa estaremos en un caso de 'ausencia de buena fe', como consecuencia del quebrantamiento de cualquiera de los deberes que emanan del principio de buena fe, que como se ha expresado en otras

De la mencionada disposición, que encuentra antecedentes en el derecho romano²⁴, se ha derivado la prohibición de invocar la ignorancia de la ley como excusa para su incumplimiento, regla que se ha entendido sustentada en el artículo 9 del código Civil, conforme al cual: "La ignorancia de las leyes no sirve de excusa" en consonancia con el artículo 4 de la Constitución política el cual impone a los nacionales y extranjeros residentes en Colombia, el deber de "acatar la Constitución y las leyes", lo que descartaría la aplicación del principio de buena fe y en particular la violación de dicho principio derivada de la consagración de la presunción de mala fe en los eventos de error en materia de derecho²⁵.

De manera que la legitimidad de la norma en cuestión se hace derivar de "razones de seguridad jurídica y en virtud del atributo de coactividad inherente a la norma jurídica"²⁶.

No obstante, a nuestro juicio, no puede desatenderse un argumento substancial que soporta la ausencia de violación del principio de buena fe por la consagración de la aludida presunción, el cual reside en entender que lo que la norma exige es un deber objetivo de comportamiento que consiste en ceñirse a los postulados de la ley, sin que la conciencia subjetiva de estar obrando conforme a derecho, motivada en el desconocimiento de la ley, pueda erigirse en razón legitimante que, conforme al principio de buena fe, convalide la conducta de quien así obra y por ello le niega reconocimiento en este caso a las convicciones subjetivas que pretendan esgrimirse al amparo del principio.

oportunidades no se limitan a prohibir las conductas dolosas, sino que comporta además una serie de deberes de diligencia, de solidaridad, de transparencia, de lealtad, de coherencia, etc., que trascienden la mera exigencia de un comportamiento exento de dolo.

24 El error de derecho no aprovecha al poseedor para usucapir: D. 41.3.31.

25 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia No. C-544/94, en la que sostuvo que: "El error de derecho, en consecuencia, tiene una relación directa con una de las bases del orden jurídico, plasmada en el artículo 9o. del Código Civil: "La ignorancia de las leyes no sirve de excusa". La vigencia del orden jurídico implica la exigencia de que nadie eluda el cumplimiento de la ley so pretexto de ignorarla. Con razón escribió G. del Vecchio: "El ordenamiento jurídico no podría fundarse sobre una base tan precaria cual sería el conocimiento de la ley, cuya demostración se tuviera que aportar de caso singular en caso singular para cada ciudadano". (Filosofía del Derecho, tomo I, p. 256, ed. UTEHA, México, 1946)". La ley puede, en ciertos casos, darle relevancia jurídica. En todo caso, sin embargo, salvo que la ley disponga lo contrario, ésta se aplica con prescindencia del conocimiento que sobre la misma tengan sus destinatarios. (...) En síntesis: alegar el error de derecho, equivale a invocar como excusa la ignorancia de la ley. Y en el caso concreto de la persuasión que prevé el artículo 768, aceptar que ella puede basarse en la afirmación de la ignorancia de la ley".

26 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia No. C-544/94: "En punto al régimen de posesión, la ley establece el principio general que prevalece en el ordenamiento jurídico y que consiste en no admitir, por razones de seguridad jurídica y en virtud del atributo de coactividad inherente a la norma jurídica, la procedencia del error de derecho. Allí donde no sea posible alegar error de derecho, no cabe invertir ni modificar las consecuencias jurídicas que se derivan de esa situación, recurriendo a los principios de la buena fe, pues, se entiende que se tiene por parte de la persona el deber y la carga inexcusables de conocer la ley".

En consecuencia, no estimamos que la razón fundamental de la inaplicabilidad de la buena fe en este caso derive de la prevalencia de los postulados de la seguridad jurídica, expresados en la regla según la cual "la ignorancia de la ley no sirve de excusa", sino que lo que sucede es que estamos en presencia de una exigencia de buena fe objetiva, que en cuanto tal contiene un deber objetivo de comportamiento. En este caso la ley exige un deber de conducta: el estar atento al conocimiento de la misma y excluye avalar un comportamiento realizado con sustento en el desconocimiento de la ley. De manera que no estamos en un evento de inaplicación del principio de buena fe, ni en un caso en que prime la seguridad jurídica sobre la buena fe, sino por el contrario en un evento de plena aplicación del principio, que antes que una convicción exige una conducta, la del conocimiento de la ley que por lo menos en el ámbito del derecho privado se erige en exigencia fundamental.

B. Límite a los efectos de la presunción de buena fe en el caso de los frutos percibidos por el poseedor de buena fe

El Código Civil colombiano en el inciso tercero del artículo 964²⁷ dispone que "el poseedor de buena fe 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**".

Ha señalado la jurisprudencia²⁸ que la norma transcrita no viola el principio de buena fe, pues la razón de ser de la obligación de devolver los frutos percibidos o los que habrían podido percibirse después de la contestación de la demanda, impuesta al poseedor de buena fe vencido, estriba en la necesidad de proteger los intereses del verdadero propietario, a quien la norma pone en la "situación en que se encontraría si hubiera obtenido el triunfo desde el primer momento, ya que la lentitud de la justicia no debe perjudicarlo"²⁹.

27 El texto completo del artículo es el siguiente: "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 considerarán como no existentes lo que se hayan deteriorado en su poder.

El poseedor de buena fe 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".

28 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia No. C-544/94, mediante la que se resuelve la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 768 (parcial); 964 (parcial); 1025 (parcial) del Código Civil.

29 Al efecto, señala la Corte Constitucional que "en virtud del efecto declarativo que tiene la sentencia que decreta la reivindicación, sus efectos se retrotraen al día de la notificación de su auto admisorio. El dueño que presentó la demanda no tiene por qué sufrir las demoras de la administración de justicia: por eso, los efectos de la sentencia que reconoce la existencia de su derecho se causan a partir de la notificación del auto admisorio. Al respecto anota Josseland: "Respecto a los frutos, es preciso distinguir entre el poseedor

En este caso no estamos en presencia de una presunción de mala fe en cabeza del poseedor a quien se le ha notificado la demanda reivindicatoria, simplemente la norma quiso establecer un límite temporal a los efectos de la presunción de buena fe subjetiva consagrada en favor del poseedor y, dicho límite lo constituye la notificación de la demanda respectiva, lo cual no significa que el poseedor pierda su condición de buena fe subjetiva, como bien lo señala la Corte³⁰.

C. Presunción de dolo por ocultamiento del testamento

El ordinal 5° del artículo 1025 del Código Civil³¹ contempla otra presunción de mala fe, esta vez respecto de un deber de comportamiento objetivo, relativa a la sanción de indignidad sucesoral predicable del que ha detenido u ocultado un testamento del difunto y conforme al cual se presume el dolo por el mero hecho de la detención u ocultación.

Esta presunción constituye un evento de trasgresión de un deber objetivo de comportamiento, cual es la lealtad y honestidad de quien detenta el testamento frente a los demás herederos y legatarios respecto de los cuales la buena fe objetiva impone el deber de develar la existencia del testamento. De manera que en este caso el legislador no hace otra cosa que presumir un comportamiento doloso respecto de quien obra desatendiendo el deber de transparencia y lealtad al no dar a conocer a los herederos el respectivo testamento, omisión con la que indudablemente se transgrede la buena fe³².

de buena fe y el poseedor de mala fe: éste no los adquiere, debe restituirlos íntegramente, retrospectivamente. Por el contrario, el poseedor de buena fe los conserva, porque los ha hecho suyos, al menos hasta el día de la demanda de reivindicación: como consecuencia de esto, se encuentra obligado a restitución, no por razón de que por el solo hecho de la demanda dirigida contra él se haya constituido fatalmente en poseedor de mala fe (puede creer en la justicia de su causa), sino porque se quiere poner al propietario triunfante en la situación en que se encontraría si hubiera obtenido el triunfo desde el primer momento, ya que la lentitud de la justicia no debe perjudicarlo" (Derecho Civil, tomo I, Vol. III, pág. 64, Ed. E.J.E.A., Buenos Aires, 1952)". Corte Constitucional Colombiana. Sentencia No. C-544/94.

- 30 Sostiene la Corte Constitucional colombiana en la aludida sentencia C-544/94 que "hay que comenzar por señalar que mientras no se ha notificado al poseedor de buena fe el auto admisorio de la demanda, la ley, con razón, reconoce la legitimidad de su situación. El no intentar la reivindicación, justifica el que el dueño no adquiera los frutos, frutos que sigue haciendo suyos el poseedor de buena fe a quien no se ha notificado el auto admisorio de la demanda. ¿Qué ocurre cuando se notifica el auto admisorio, es decir, cuando se traba la litis? En este momento no desaparece la buena fe del poseedor, necesariamente. Esa buena fe puede subsistir, porque él tenga motivos fundados para seguir creyendo, por ejemplo, que recibió la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, y que no hubo fraude ni otro vicio en el acto o contrato. Por esto, no es acertado sostener que la ley presume que en ese momento deviene poseedor de mala fe".
- 31 Artículo 1025 numeral 5°: "El que dolosamente ha detenido u ocultado un testamento del difunto, presumiéndose dolo por el mero hecho de la detención u ocultación".
- 32 No compartimos algunas de las apreciaciones que realiza la Corte Constitucional, Sentencia C-544/94, en la que en el acápite relativo al examen del cargo de inconstitucionalidad

Así las cosas, comoquiera que la sanción de indignidad sólo opera respecto del ocultamiento doloso, lo que hace el legislador al consagrar esta presunción es trasladar la carga de la prueba de la ausencia de comisión de dolo a cargo de quien ocultó el testamento, protegiendo así mayormente los intereses de los herederos que pudieron ver vulnerados sus derechos con el desconocimiento de la existencia de las disposiciones testamentarias. De manera que la presunción del ordinal 5º del artículo 1025 del Código Civil, no opera para liberar de la prueba del cumplimiento de un deber, sino todo lo contrario, para exigir de quien omitió el referido deber de lealtad una prueba adicional: la de la inexistencia de una intencionalidad de dañar con su acto omisivo.

D. Presunción de mala fe del comprador incumplido

El Código Civil colombiano dispone en su artículo 1932 que:

"La resolución de la venta por no haberse pagado el precio dará derecho al vendedor para retener las arras, o exigirlas dobladas, y además para que se le restituyan los frutos, ya en su totalidad si ninguna parte del precio se le hubiere pagado, ya en la proporción que corresponda a la parte del precio que no hubiere sido pagada.

El comprador, a su vez, tendrá derecho para que se le restituya la parte que hubiere pagado del precio.

contra el ordinal 5o. del artículo 1025 del Código Civil sostiene que "no es exacto afirmar que el dolo "es equivalente a la mala fe". El dolo, según la definición del último, inciso del artículo 63 del Código Civil, "consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro". La mala fe "es el conocimiento que una persona tiene de la falta de fundamento de su pretensión, del carácter delictuoso o cuasi delictuoso de su acto, o de los vicios de su título "(Vocabulario Jurídico, HENRI CAPITANT, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 361)" (se resalta). La Corte parece querer diferenciar una conducta dolosa de una conducta de mala fe, lo cual no resulta acertado desde ningún punto de vista. En primer lugar por cuanto que, como se ha señalado, toda trasgresión de las reglas que emanan del principio de buena fe da lugar a calificar a la conducta del agente como contraria a la buena fe, calificativo adecuado en materia de buena fe objetiva y que equivaldría al de "estado de mala fe" utilizado más precisamente en los eventos en que se trata de valorar una convicción o estado psicológico de no estar lesionando derecho alguno, propio de la buena fe subjetiva; tratándose de buena fe objetiva no se 'está de buena o de mala fe', se 'actúa conforme o no a las exigencias del principio', de manera que incluso con un comportamiento no doloso se viola el principio, porque como se manifestó las exigencias de conducta que impone la buena fe van mucho más allá de la mera prohibición del dolo. De otra parte, quien actúa con dolo no solamente quebranta los postulados del principio de buena fe, en cuanto la honestidad constituye el núcleo central del principio, sino que quien tiene la intención de inferir daño a otro, esto es, quien actúa con dolo, necesariamente tiene conocimiento de la ilegitimidad de su actuar, por lo que no puede sostenerse en manera alguna que quien actúa con dolo pueda no estar obrando de mala fe, aún cuando lo más apropiado sería decir que quien actúa dolosamente 'contraría la buena fe'. Lo cierto es que en el actuar doloso confluyen tanto el quebrantamiento de la regla de la honestidad como la intencionalidad de causar daño con tal comportamiento, por lo que en todo caso con dicho actuar se viola la buena fe de la manera más reprochable: la intencionalidad.

Para el abono de las expensas al comprador, y de los deterioros al vendedor, **se considerará al primero como poseedor de mala fe**, a menos que pruebe haber sufrido en su fortuna, y sin culpa de su parte, menoscabos tan grandes que le hayan hecho imposible cumplir lo pactado”.

La jurisprudencia ha sostenido la conformidad de la mencionada disposición con el principio de buena fe consignado en la Carta Constitucional, aduciendo que se trata de una excepción a la regla general de presunción de buena fe que rige las relaciones de los particulares, en cuanto considera que esta no posee un carácter absoluto³³.

Si bien, como hemos venido sosteniendo, la presunción de buena fe a nuestro juicio no es absoluta, no concordamos con la jurisprudencia mencionada en lo que se refiere a su entendimiento de que existe una regla general de presunción de buena fe que regula la materia de las relaciones entre particulares. En efecto, ya hemos señalado como la previsión contenida en el artículo 769 del Código Civil colombiano, establece una regla general de presunción de buena fe pero sólo en materia posesoria, por lo que su valor no es absoluto frente a la totalidad del ordenamiento, se trata de una previsión con alcance restringido, en primer lugar a los eventos de posesión, que eventualmente sólo podría extenderse a circunstancias análogas, esto es, a aquellos eventos en que se exija buena fe subjetiva, sea que se trate de buena fe simple o cualificada; mientras que cuando se trate de buena fe objetiva la regla que rige es la contraria, es decir, que quien dice estar comportándose conforme a una regla de buena fe objetiva, que por ende exige un determinado comportamiento, deberá demostrar que ello es así.

Cosa distinta sucede en lo que se refiere a las relaciones entre el Estado y los particulares, en la que por virtud de la expresa disposición del artículo 83 de la Constitución rige, allí sí y de manera excepcional, una presunción de buena fe en materia objetiva en favor de los administrados, cuyo contenido y alcance trataremos en apartes subsiguientes.

33 Sentencia C-1194/08, de 3 de diciembre de 2008: “Estima la Corte, que en tanto la buena fe es un postulado constitucional, irradia las relaciones jurídicas entre particulares, y por ello la ley también pueda establecer, en casos específicos, esta presunción en las relaciones que entre ellos se desarrollen. Por lo tanto, observa la Corte que no se trata por esencia de un principio absoluto, y es por ello que la Corte Constitucional también ha admitido la posibilidad de que, excepcionalmente, la ley establezca la presunción de mala fe, y le atribuya los efectos que considere en cada caso, lo cual se traduce en si se admite o no prueba en contrario en cada caso.(...) Si bien el ordenamiento jurídico por regla general presume la buena fe de los particulares en sus relaciones, y en las actuaciones que adelanten ante las autoridades públicas, este es un principio que no es por esencia absoluto, de tal manera que en situaciones concretas admite prueba en contrario, y en este sentido es viable que el legislador excepcionalmente, establezca presunciones de mala fe, señalando las circunstancias ante las cuales ella procede”.

Volviendo al alcance del artículo 1932 del Código Civil colombiano, a nuestro entender se trata igualmente de un evento en el que el quebrantamiento de un deber objetivo de comportamiento emanado del principio de buena fe, el deber de honrar los compromisos adquiridos, da lugar a que el legislador proteja de manera más fuerte los intereses del vendedor mediante la fórmula de presumir la mala fe de aquella parte que obra desatendiendo ese deber primigenio que impone la buena fe que se traduce en la vinculación a la palabra empeñada, en que incurriría el comprador incumplido.

Aquí lo que hace el legislador al consagrar esta presunción es trasladar la carga de la prueba, acerca de que las razones del incumplimiento obedecen a actos culposos del comprador, desplazándola del vendedor al comprador, quien será el que deberá probar que ha sufrido un menoscabo de su fortuna, no atribuible a su culpa, de tal forma considerable que le fue imposible cumplir lo pactado.

De manera que la presunción del inciso tercero del artículo 1932 del Código Civil colombiano, no opera para liberar de la prueba del cumplimiento de un deber, sino todo lo contrario, para exigir de quien omitió el referido deber de honrar el compromiso una prueba adicional: la de la inexistencia de culpa en las circunstancias que dieron lugar al incumplimiento.

3.1.3 Manifestaciones de la presunción de buena fe subjetiva en el Código de Comercio

En el campo del derecho comercial encontramos dentro del libro cuarto, relativo a las obligaciones y contratos, el capítulo II que regula la materia de la representación, y dentro de este acápite dos disposiciones que aluden a la buena fe: la primera el artículo 834, que regula la manera en que ha de tratarse la buena fe del representante en relación con el estado de conciencia del representado, vale decir, la buena fe subjetiva en materia de representación³⁴, y de otra, una previsión contenida en el artículo 835 que establece la presunción de buena fe en los siguientes términos:

“Se presumirá la buena fe, **aún la exenta de culpa**. Quien alegue la mala fe o la culpa de una persona, o afirme que ésta **conoció o debió conocer** determinado hecho, deberá probarlo”.

34 Código de Comercio colombiano, artículo 834: “En los casos en que la ley prevea 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”. Obsérvese que mientras que en el inciso primero se plantea el tratamiento de la buena fe subjetiva (conocimiento o ignorancia de estar lesionando derecho ajeno) en cuanto se refiere al inciso segundo se alude no obstante a un evento de buena fe objetiva en cuanto impide que el representado que actúa con ausencia de buena fe (violando los deberes de comportamiento que impone la buena fe objetiva) se ampare en el estado psicológico o creencia en que pueda encontrarse el representante.

Al respecto conviene precisar que el legislador se ha venido refiriendo a la buena fe subjetiva, cual es la que consagrada en el artículo 834 que precede la disposición en comento, por lo que no consideramos que resulte viable extender su aplicación a eventos de buena fe objetiva.

Ahora bien, si se pretendiera argumentar que la expresión "aún la exenta de culpa", que contiene el artículo 834 al referirse a los eventos en los que se presumirá la buena fe, implica su aplicación en el campo de la buena fe objetiva, debe señalarse que la buena fe exenta de culpa es una modalidad de la buena fe subjetiva y no comprende eventos de buena fe objetiva. En efecto, como se manifestó³⁵, 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, como quiera 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.

Consecuentemente, tampoco podrá sostenerse que el legislador ha utilizado en materia de buena fe objetiva la expresión "buena fe exenta de culpa", aludiendo al uso de la misma dentro del artículo 863 del Código de Comercio colombiano³⁶, pues con base en los argumentos expuestos hemos sostenido que la inclusión de tal expresión en dicho contexto es completamente inadecuada. En efecto, la citada disposición establece un deber de comportamiento predicable de las partes en

35 NEME VILLAREAL, M. L., "Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos". *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*. 2009, número 17.

36 Código de Comercio colombiano, artículo 863: "Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período pre-contractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen".

las negociaciones preliminares, deberes que son evidentemente expresiones de la buena fe objetiva. Siendo ello así, el uso de la expresión 'buena fe exenta de culpa' "resulta, según ha sostenido la doctrina nacional, "ambiguo y poco afortunado"³⁷, 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 esta sea exenta de culpa, como si pudiese existir una buena fe objetiva que careciese de diligencia"³⁸.

3.1.4 Alcance de la presunción de la buena fe en materia procesal y en particular en el ámbito probatorio

En materia procesal la aplicación de la presunción de buena fe ha dado lugar a serias controversias, pues la falta de claridad acerca del justo alcance de la presunción de buena fe y la fundada intuición de que aplicarla de manera indistinta daría lugar a inconsistencias graves dentro del sistema jurídico ha llevado a enfrentar a quienes estiman que a la luz del artículo 83 de la Carta, que eleva a rango constitucional el principio de buena fe, "la exigencia de las pruebas es inconstitucional o que lo son los requisitos de tales pruebas"³⁹, con quienes para refutar tal afirmación sostienen que el citado artículo, en lo relativo a la presunción de la buena fe, no resulta aplicable en materia probatoria⁴⁰.

37 FERNANDO HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, 2ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 561.

38 NEME VILLAREAL, M. L., "Buena Fe Subjetiva y Buena Fe Objetiva. Equívocos a que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos". *Revista de derecho Privado Universidad Externado de Colombia*. 2009, número 17 en prensa.

39 Como sostuvo el ciudadano FRANCISCO MARTÍNEZ CORTÉS, quien en uso del derecho consagrado en los artículos 40, numeral 6º, y 241, numeral 5º, de la Constitución Política, demandó la constitucionalidad de los artículos 254 (parcial), y 268 (parcial) del Código de Procedimiento Civil. El cargo giró en torno al desconocimiento del principio de la buena fe y de la primacía del derecho sustancial, fundado en que las normas demandadas presumen la mala fe de los particulares, al exigir la autenticación de las copias que se aporten como pruebas dentro de un proceso con el fin de que se les reconozca el mismo valor probatorio que al original.

40 Sentencia C-023-98 de febrero 11 de 1998. Jurisprudencia esta en la que citando la sentencia C-540 de noviembre 23 de 1995, que a su vez se remonta a la ya citada sentencia C-544/94, de diciembre 1 de 1994, se sostiene que "en relación con el artículo 83 de la Constitución, la Corte Constitucional ha definido que la presunción de la buena fe de los particulares que él establece se refiere especialmente a las relaciones de éstos con las autoridades públicas (...). Lo anterior permite ver el error en que incurren quienes pretenden aplicar el artículo 83 a la relación procesal, para llegar a la conclusión de que la exigencia de las pruebas es inconstitucional o que lo son los requisitos de tales pruebas. No: en el proceso hay tres sujetos, el juez y las partes. Entre estas últimas se da una relación indirecta, por intermedio del juez ante quien ellas exponen sus pretensiones y los correspondientes medios de defensa. Pero en esa relación indirecta entre el demandante y el demandado no puede dársele una particular eficacia al artículo 83, porque, sencilla-

No compartimos la primera de las posiciones planteadas y estimamos que la posición asumida por la Corte Constitucional requiere varias precisiones por las razones que pasan a exponerse:

No resulta posible sostener que a la luz del artículo 83 de la Constitución "la exigencia de las pruebas es inconstitucional o que lo son los requisitos de tales pruebas", como bien lo señala la jurisprudencia citada⁴¹, pero no con fundamento en que la presunción de buena fe no resulte aplicable en materia probatoria.

En efecto, si bien es cierto que la presunción de la buena fe de los particulares que contempla el artículo 83 de la Constitución se refiere específicamente a las relaciones de éstos con las autoridades públicas y no a las relaciones entre particulares, este argumento no podría extrapolarse para sostener que la presunción de buena fe no encuentra aplicación en materia probatoria, ni puede tampoco soslayarse que con base en el aludido principio, cuya consagración constitucional es apenas una reiteración de su presencia como eje rector del entero sistema⁴², el legislador ha establecido presunciones que operan en el ámbito de las relaciones entre particulares, por lo que no podemos eximirnos de examinar el alcance y aplicación de la presunción de buena fe en las relaciones procesales entre particulares.

Ahora bien, el hecho de que las partes procesales estén en un plano de igualdad⁴³, cosa que es cierta, pone de relieve el absurdo a que se llegaría al sostener que la exigencia de pruebas en el ámbito procesal quebranta el principio de buena fe, bajo el entendido de que la buena fe se presume de manera absoluta para todas las personas y en todas las circunstancias. Ello comoquiera que si se presume la buena fe para ambas partes y ésta se entiende quebrantada por el sólo hecho de la petición de pruebas, el debate procesal para establecer la veracidad de los hechos que legitiman las pretensiones en contienda se vería anulado por completo ante la imposibilidad de exigirle a ninguna de ellas que probara sus afirmaciones.

De lo expuesto salta a la vista que lo realmente esencial en este punto es establecer el alcance de la presunción de buena fe más allá del ámbito del artículo 83 de la Carta Constitucional, como quiera que dicha presunción no es ni ha sido de aplicación generalizada⁴⁴, veamos:

mente, el uno y el otro están en un plano de igualdad en lo relativo a la buena fe: ésta se presume en ambos".

41 Corte Constitucional. Sentencia C-023-98 de febrero 11 de 1998.

42 Como se reconoce en Sentencia C-544/94, de diciembre 1 de 1994: "La buena fe ha sido desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma (...). La buena fe, como principio general que es, no requiere consagración normativa".

43 Como lo señala la Corte Constitucional en Sentencia C-023-98 de febrero 11 de 1998.

44 Como sostiene, a nuestro juicio erradamente, la Corte Constitucional en Sentencia C-023-98 de febrero 11 de 1998: "la presunción de buena fe de los particulares nada nuevo le agregaría, no sólo porque tal presunción siempre ha existido, sino porque ella se predica tanto del actor como del demandado, y no libera de la carga de la prueba al

Tratándose de buena fe objetiva el principio impone una exigencia de comportamiento igualmente objetivo que debe probarse por parte de quien dice haber obrado conforme a los postulados del principio, pues, como ya se expuso, quien afirma algo debe probarlo. Recuérdese que el principio se concreta a través de sus reglas y estas no son más que deberes de comportamiento concretos, por lo que afirmar genéricamente que se obró conforme a los postulados del principio de buena fe, buena fe objetiva, nada significa si tal afirmación no se concreta en comportamientos específicos atados al mundo de los hechos.

Tratándose de buena fe subjetiva, la ley otorga a este tipo de buena fe una protección procesal consistente en la presunción de la misma, presunción justamente legal y en cuanto tal desvirtuable a través del debate probatorio.

El examen del problema desde la perspectiva del derecho procesal nos brinda argumentos en pro de la tesis que se ha venido exponiendo, en el sentido de que la presunción de buena fe opera en el ámbito de la buena fe subjetiva y no en el de la buena fe objetiva. En efecto, el principio de buena fe no exonera de la obligación de probar los comportamientos que se erigen en fundamento del obrar conforme a la buena fe objetiva, a título de ejemplo: corrección, lealtad, diligencia, consideración de los intereses ajenos, etc., sino que, por el contrario, conmina a quien sostiene estar obrando conforme a buena fe, a probar, también objetivamente, que su comportamiento se ajusta a los postulados del principio, sacando así el debate del mero ámbito subjetivo (creencia, convicción, estado psicológico), en el que difícilmente podría desarrollarse el proceso probatorio, al campo de los hechos, de las conductas concretas, estos sí susceptibles de comprobación, de prueba y constatación en el mundo real: el de los comportamientos objetivos.

Ahora bien, ¿qué significa, desde el punto de vista procesal el que la buena fe subjetiva sea, esta sí, objeto de presunción? Bien ha dicho la jurisprudencia⁴⁵ que la presunción de buena fe es meramente legal, esto es, que admite prueba en contrario, por lo que en los casos en que se debata judicialmente la existencia o no de buena fe subjetiva en cabeza de una de las partes, lo que opera es la inversión de la carga de la prueba en contra de quien sostiene la inexistencia de buena fe subjetiva. Ciertamente, la ley protege el estado psicológico de quien está convencido de obrar conforme a derecho, otorgándole una protección que oscila en grados, según la naturaleza del estado psicológico de quien dice ostentarla (de simple a cualificada), pero esta protección no es absoluta, es susceptible de ser desvirtuada mediante pruebas objetivas provenientes de las circunstancias y hechos exteriores que rodearon el comportamiento de quien alega buena fe subjetiva; pruebas estas que permitirán contrastar la validez de las afirmaciones de quien dice haber actuado con buena fe subjetiva, esto es, bajo la convicción de no dañar derecho ajeno.

primero en relación con sus pretensiones ni al segundo en lo que atañe a las excepciones que propongá".

45 Corte Constitucional. Sentencia C-023-98 de febrero 11 de 1998.

Lo cual resulta razonable, pues difícilmente podríamos obtener un resultado certero de un proceso probatorio en el que la carga de la prueba esté a cargo de quien dice obrar bajo la convicción de buena fe, pues estaríamos sujetos a que pruebe dentro del ámbito subjetivo su propio estado psicológico. El mundo de las pruebas es el objetivo, por ello lo razonable es poner a probar a la otra parte en contra de tales convicciones, en cuanto son desvirtuables sólo en el campo de los hechos.

Ello además, porque justamente una parte de la protección que la ley otorga a la buena fe subjetiva tiene lugar en el ámbito procesal, lo que se traduce en que se presume su existencia, liberando a quien dice ostentarla, de la prueba de su estado psicológico, mientras que de otra le permite gozar de los efectos sustanciales que de tal estado se derivan en términos de aminorar las consecuencias negativas de su actuar o incluso consolidar su derecho, según se trate de una buena fe meramente creencia (buena fe simple) o de una buena fe producida como consecuencia de una apariencia de tal manera consolidada que opera dentro del contexto del "*error communis facit ius*" (buena fe cualificada).

Así las cosas, no se puede sostener que la exigencia de pruebas quebranta el principio de buena fe al desconocerse la presunción de buena fe, pero no sólo con fundamento en que las partes procesales estén en un plano de igualdad, sino fundamentalmente porque la presunción de buena fe entre particulares posee un ámbito de aplicación restringido a los eventos de presunción de buena fe subjetiva, presunción justamente legal y en cuanto tal desvirtuable a través del debate probatorio; mientras que en materia de buena fe objetiva en el marco de las relaciones entre particulares el principio impone una exigencia de comportamiento objetivo que comporta el deber de probar, por parte de quien dice haber obrado conforme a los postulados del principio, los hechos en que basa sus afirmaciones.

La regla general, que no permite la aplicación de la presunción de buena fe en materia objetiva, sufre una excepción en cuanto concierne a las relaciones de los particulares con la administración pública, pues la Constitución colombiana introduce una presunción de carácter legal en favor de los particulares como se verá enseguida.

4. La buena fe en materia de trámites ante la administración: Diferencia de tratamiento frente a la buena fe en derecho privado

4.1 Naturaleza de la buena fe que se exige a los administrados en sus trámites ante la administración

La Constitución Política colombiana contempla expresamente una previsión en materia de presunción de buena fe en el artículo 83 cuyo texto dispone lo siguiente:

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

La lectura del citado artículo 83 genera varios interrogantes: el primero de ellos acerca del tipo de buena fe que la norma dispone presumir. En general la buena fe que se exige a los administrados en los trámites ante la administración es objetiva, en cuanto que lo que se valora es si el comportamiento de los particulares frente a la administración se adecua a los deberes que impone el principio y no una simple creencia o estado psicológico acerca de la conformidad con los mismos. Vale decir: se presumirá la lealtad, la honestidad, la fidelidad, la corrección, la ausencia de dolo, etc., bajo el entendido de que esas son las conductas objetivas que deben esperarse usualmente de los administrados.

No encontramos en principio que exista campo de aplicación para la presunción de buena fe subjetiva dentro de las relaciones de los particulares con la administración en cuanto se refiere a la realización de gestiones de los administrados frente a aquella, esto es, eventos en los que resulte razonable amparar la mera creencia o convicción psicológica del administrado de no estar lesionando derecho alguno; aquél que parecería el más propicio: el de la ignorancia de la ley – error de derecho – ha sido descartado por la ley y la Corte Constitucional ha avalado la conformidad de tal norma frente al principio de buena fe, como se expuso precedentemente.

En los demás casos en que se trate de la adquisición de derechos por vía contractual, en que tenga aplicación la teoría de la apariencia o de adquisición de los mismos en razón de la posesión de bienes, a nuestro juicio, los particulares podrán hacer uso frente a la administración de las presunciones legales de buena fe subjetiva contempladas en el ordenamiento legal en los mismos términos allí previstos.

4.2 El artículo 83 de la Carta consagra una excepción a la regla general que impone la carga de la prueba de los hechos que sustentan un comportamiento conforme a buena fe objetiva

Hemos sostenido que a diferencia de lo que ocurre con la buena fe subjetiva, la regla general en materia de buena fe objetiva es que ésta no se presume, de suerte que entre particulares aquél que sostenga que su comportamiento se ha adecuado a los presupuestos del principio de buena fe deberá probarlo, pues, como se dijo, quien pretende para sí los efectos favorables derivados del cumplimiento de una determinada norma debe afirmar y probar los hechos a los que la norma jurídica vincula dicho efecto; ello con independencia de quién sea el que aporte la prueba o a quien pueda conminarse para que así lo haga, lo cierto es que la carga persiste en el sentido de que el hecho debe aparecer probado so pena de no poder lograr los efectos derivados de la norma invocada.

En materia administrativa y en cuanto atañe a las relaciones de los particulares con la administración pública, no obstante que, como vimos, la buena fe que se exige es de carácter objetivo, no impera la regla general que compele a quien sostiene la conformidad de su comportamiento con la buena fe a probar la veracidad de sus afirmaciones, sino que por el contrario y de manera excepcional la Constitución

prevé la presunción de buena fe objetiva en favor del administrado, atendiendo el carácter de indefensión de los particulares frente a la administración.

En efecto, ante la pregunta de cuáles fueron las razones que llevaron a incluir en la Constitución una presunción de tal naturaleza, ha sostenido la jurisprudencia que "la explicación es sencilla: se quiso proteger al particular de los obstáculos y trabas que las autoridades públicas, y los particulares que ejercen funciones públicas, ponen frente a él, como si se presumiera su mala fe, y no su buena fe. En la exposición de motivos de la norma originalmente propuesta, se escribió: "La buena fe, como principio general que es, no requiere consagración normativa, pero se hace aquí explícita su presunción respecto de los particulares en razón de la situación de inferioridad en que ellos se encuentran frente a las autoridades públicas y como mandato para éstas en el sentido de mirar al administrado primeramente como el destinatario de una actividad de servicio. Este mandato, que por evidente parecería innecesario, estaría orientado a combatir ese mundo absurdo de la burocracia, en el cual se invierten los principios y en el que, para poner un ejemplo, no basta con la presencia física del interesado para recibir una pensión, sino que es necesario un certificado de autoridad que acredite su supervivencia, el cual, en ocasiones, tiene mayor valor que la presentación personal". (Gaceta Constitucional No. 19, p. 3)"⁴⁶.

4.3. *Ámbito de aplicación de la presunción de buena fe en materia administrativa: La presunción se restringe al campo de las gestiones frente a la administración y se establece en favor del administrado y no de la administración*

Otra de las cuestiones que emergen de la norma en comento es la determinación del contenido de la disposición transcrita; al respecto la jurisprudencia ha señalado que dicha norma tiene dos partes: "la primera, la consagración de la obligación de actuar de buena fe, obligación que se predica por igual de los particulares y de las autoridades públicas. La segunda, la **reiteración** de la presunción de la buena fe de **los particulares en todas las gestiones** que adelanten ante las autoridades públicas. Es, pues, una norma que establece el marco dentro del cual deben cumplirse las relaciones de los particulares con las autoridades públicas"⁴⁷.

En relación con los destinatarios de los preceptos contenidos en la norma en comento sostiene la jurisprudencia que el destinatario del derecho que se busca garantizar con la presunción de la buena fe es el particular, pues lo que se pretende es que la administración crea en su palabra, mientras que a las autoridades corresponde adoptar las medidas para garantizar el mencionado derecho en cabeza del particu-

46 Corte Constitucional. Sentencia C-544/94 de diciembre 1 de 1994, reiterada en sentencias C-540 de noviembre 23 de 1995 y en Sentencia C-023/98 del 11 de febrero de 1998.

47 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia No. C-544/94.

lar⁴⁸. Una típica aplicación de la presunción de buena fe en materia administrativa se encuentra en el caso de la inclusión en el Registro Nacional de Desplazados de quienes sostienen ostentar tal calidad, como quiera que en virtud del precepto contenido en el citado artículo 83 de la Carta se debe presumir la buena fe de los desplazados al estudiar su inclusión en dicho Registro con el objeto de legitimar su condición de beneficiarios de las respectivas ayudas gubernamentales⁴⁹.

Ahora bien, no podría plantearse la confluencia de dos presunciones simultáneas, una en favor del administrado y otra en favor de la administración, como quiera que tal y como se señaló precedentemente, esto plantearía la imposibilidad de trasladar la carga probatoria sobre la ilegitimidad de los hechos en que se funda la presunción a ninguna de las partes, pues ambas estarían amparadas por la presunción de buena fe. No obstante, encontramos jurisprudencias en las que parece entenderse que la presunción de buena fe obra en favor de la administración, lo cual es equívoco, como se expuso precedentemente; es el caso de la Sentencia T-1142/03⁵⁰, en la que se extiende la presunción de buena fe a los actos de la administración al señalar que "la tutela no representa el medio jurídico adecuado para pretender desvirtuar la presunción de buena fe de las actuaciones administrativas", con lo que la Corte desconoce el diáfano texto del artículo 83 de la Constitución en el que la presunción se establece claramente en favor de los particulares y no de la administración.

Ahora bien, no podrá confundirse la presunción de buena fe con la presunción de legalidad que ampara los actos expedidos por la administración, para sostener que tales presunciones se contraponen, la una amparando a los particulares y la otra a la administración, pues tales presunciones operan en un plano distinto, dado que la presunción de legalidad opera en relación con las decisiones adoptadas por la administración bajo el entendido de que la legalidad supone la plena juridicidad de toda la acción administrativa y el sometimiento de la Administración a la totalidad

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

49 Corte Constitucional. Sentencia de 26 de marzo de 2001. Al respecto dijo la Corte: "el exigir aportar nuevos documentos, sin que estos estén siquiera relacionados en un decreto, implica presunción de mala fe. Al presumirse la buena fe, se invierte la carga de la prueba y, por ende, son las autoridades las que deben probar plenamente que la persona respectiva no tiene la calidad de desplazado. Por lo tanto, es a quien desea contradecir la afirmación a quien corresponde probar la no ocurrencia del hecho. En muchas ocasiones las causas del desplazamiento son silenciosas y casi imperceptibles para la persona que no está siendo víctima de este delito. Frente a este tipo de situaciones es inminente la necesidad de la presunción de buena fe si se le pretende dar protección al desplazado".

50 Corte Constitucional colombiana. Sentencia de 28 de noviembre de 2003.

de las normas que integran el ordenamiento jurídico, incluyendo por tanto, los principios generales que orientan el sistema, entre ellos la buena fe. Así las cosas, la presunción de legalidad de los actos de la administración parte del supuesto de que la administración haya a su vez observado la presunción de buena fe en favor de los particulares como lo impone la Constitución.

El ámbito de aplicación del precepto contenido en el artículo 83 de la Carta Constitucional en lo relativo a la presunción de buena fe se restringe a las relaciones de los particulares ante la administración, esto es que la norma excluye su aplicación a las relaciones entre particulares entre sí, así como se excluye en las relaciones entre entidades públicas.

Obsérvese además cómo el campo de aplicación de la presunción de buena fe consagrada en el artículo 83 de la Carta se restringe sólo al ámbito de las gestiones, de los trámites que los particulares adelantan ante ésta, por lo que podría llegar a sostenerse que dicha presunción no opera tampoco en todo tipo de relaciones entre particulares y la administración pública y se excluirían por ejemplo las relaciones contractuales entre particulares y el Estado, pues en principio no pueden ser catalogadas como meras gestiones⁵¹ a pesar de que aquí también subsista la disparidad entre las partes.

Ciertamente convendría efectuar una detallada labor de interpretación del texto constitucional a fin de establecer si su alcance se extiende al campo de la contratación estatal, con lo que los particulares contarían con la ventaja procesal de la inversión de la carga de la prueba, que no con la patente de curso para pretender que no se examine la veracidad de los documentos o de las afirmaciones efectuadas en el ámbito pre-contractual o contractual so pretexto de la presunción de buena fe. En principio nos inclinamos a pensar que no sólo los antecedentes que dieron origen a la norma, al igual que los términos en que quedó redactada, sino también la propia naturaleza de las relaciones contractuales en la contratación estatal excluyen la aplicación de la presunción en cita en materia de contratación estatal. En efecto, de una parte los contratos no se gestionan sino que se celebran y no 'ante', sino 'con' la administración y, de otra, la trascendencia de los intereses colectivos que generalmente involucra la administración pública no parece justificar que sea ésta la que tenga la carga de probar por ejemplo, que las calidades, la experiencia, la idoneidad e infraestructura que certifica el contratista no corresponden a la realidad; pareciera que lo más razonable es que, ante dudas fundadas de la administración, sea el contratista quien tenga la carga probatoria de demostrar que su conducta se apega en un todo a los requerimientos de la administración y por ende que su

51 Esta apreciación encuentra sustento en la exposición de motivos de la norma originalmente propuesta cuyos apartes pertinentes se transcriben en párrafos subsiguientes y en los que expresamente se alude a trámites burocráticos, véase la Gaceta Constitucional No. 19, p. 3.

comportamiento en la contratación se ajusta a las exigencias objetivas de lealtad, de honestidad, de fidelidad y demás deberes que impone la buena fe.

Este aspecto habrá de examinarse en oportunidad futura con más detenimiento, con la claridad de que no obstante la posición que se asuma, debe tenerse presente que la administración no puede en ningún caso abusar de su posición en la relación contractual extralimitando su derecho a exigir el cumplimiento de determinados requisitos, abusando de las formalidades o de sus poderes dentro del contrato, como quiera que en todo caso la administración está sujeta a los postulados del principio de buena fe que no tolera este tipo de atropellos. Al efecto, la Corte Constitucional⁵², ha resaltado la primacía de la buena fe como valor que orienta el entero ordenamiento al señalar la existencia y aplicación del principio de buena fe dentro del régimen colombiano de contratación estatal, con la finalidad de establecer límites claros al poder del Estado, buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas.

De otra parte, aquello que no queda claro en el ámbito del pronunciamiento jurisprudencial comentado⁵³ es a qué se refiere la Corte cuando alude a que el artículo 83 de la Constitución contiene una "reiteración de la presunción de la buena fe de los particulares". Esta percepción de la Corte Constitucional parece derivarse de su entendimiento de que por regla general la buena fe se presume, como se desprende de su afirmación en el sentido de que: "en consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otra, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe"⁵⁴.

No compartimos la apreciación de la Corte Constitucional pues como ya se expuso, no existe una regla general de presunción de buena fe, existe una presunción legal de buena fe restringida al ámbito de la buena fe subjetiva, razón por la que el artículo 83 de la Carta no es ninguna reiteración de una presunción de buena fe de aplicación generalizada, sino que por el contrario la norma constitucional constituye una excepción a la que puede en nuestro entender considerarse la regla general en materia de buena fe objetiva: "la buena fe no se presume".

De manera que la presunción de buena fe a que se refiere el artículo 83 de la Constitución es aquella de carácter objetivo, respecto de la cual no existe regla general de presunción entre privados, pues como se señaló, dicha regla general de presunción en materia objetiva no sería consentida por la propia naturaleza del principio, pero que en materia administrativa de manera excepcional se ha introducido en favor de los particulares en las gestiones administrativas adelantadas por estos frente a la administración pública, como medida para equilibrar las relaciones

52 En Sentencia T-209 de 17 de marzo de 2006.

53 Corte Constitucional, la citada Sentencia No. C-544/94.

54 Corte Constitucional, la citada Sentencia No. C-544/94.

entre la administración pública y los particulares, la cual se encuentra marcada por una fuerte disparidad o asimetría.

4.4. Naturaleza de la presunción de buena fe frente a la administración

Se trata de una presunción de carácter legal que la administración no sólo puede, sino que tiene el deber de levantar en caso de que existan indicios que indiquen que la conducta del administrado no se adecua a las exigencias del principio. Dicha presunción no es una patente de corso para violar los deberes que emanan del principio, ni un escudo que impida a la administración verificar la realidad de los hechos que sustentan la presunción. Se trata de una mera inversión de la carga de la prueba.

En diversas jurisprudencias se ha puesto de relieve el carácter meramente legal de la presunción de buena fe, así por ejemplo: la presunción de buena fe no inhibe a las autoridades para que establezca la autenticidad de los documentos aportados en un proceso disciplinario⁵⁵, ni impide que la respectiva autoridad obre con la diligencia que le compete en ejercicio de sus funciones administrativas, sentido en el que se pronunciara la Corte Constitucional en relación con la aseveración de que la declaratoria de ilegalidad de una exportación por parte del Banco de la República para omitir la entrega de unos CERT⁵⁶ podría ser contraria a la presunción de buena fe consagrada en el artículo 83 de la Constitución. En efecto, en este caso la ley exige la ausencia de fraude como presupuesto para otorgar el beneficio legal en favor del exportador, y como bien lo señala la jurisprudencia, el funcionario público de la administración no viola la presunción de buena fe cuando verifica los presupuestos legales a los que se sujeta la expedición del certificado de reembolso tributario, por el contrario, ejerce cabalmente el deber de diligencia al que se encuentra supeditado en el ejercicio de sus funciones⁵⁷.

En los anteriores términos dejamos a consideración estas reflexiones que presentan un esbozo de las vicisitudes de la experiencia colombiana en cuanto atañe a la

55 Corte Constitucional. Sentencia C-280/96, en la que se decidió sobre la constitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley 200 de 1995, por la cual se adoptó el Código Disciplinario Único, en la que se sostuvo: "es natural que deba presumirse la buena fe de quienes aporten copias a un proceso disciplinario, por lo cual la exigencia de la autenticación vulnera el artículo 83 de la Constitución, pues cuando se presenta la copia sin autenticación, la autenticidad de la misma puede ser perfectamente establecida, si es necesario, dentro del propio proceso disciplinario para proceder a la valoración de sus alcances probatorios".

56 Certificado de reembolso tributario.

57 Sentencia T-463/92 de julio 16 de 1992: "La deducción hecha por el Banco, teniendo en cuenta el contenido del concepto técnico en que se basó, no es irrazonable ni desconoce la presunción de buena fe, sino que responde a la diligencia exigida a los funcionarios a cargo de una actividad reglada de la administración con miras a conceder ventajas, subsidios o devoluciones a personas que cumplan con los estrictos requisitos legales que garantizan la promoción de un específico sector de la economía nacional".

interpretación y desarrollos de la 'presunción de buena fe' frente a las que el Código de Bello, fuertemente atado a la tradición romanista, nos brinda los elementos para construir una sólida argumentación en punto a los alcances de la referida presunción sin traicionar la esencia del principio, ello sin perder de vista que de nuevo son las enseñanzas del derecho romano en torno al carácter fundamentalmente objetivo del principio de buena fe, las que nos permiten retomar el rumbo evitando que las excepciones terminen por devenir en reglas generales.