



Consejo Superior
de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
“Rodrigo Lara Bonilla”

Interpretación Jurisprudencial desde la perspectiva de los Jueces y Juezas en Colombia

Área Civil

República de Colombia

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

SALA ADMINISTRATIVA

Presidente
HERNANDO TORRES CORREDOR

Vicepresidente
JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO

Magistrados
JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
RICARDO MONROY CHURCH

ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora

DIEGO GERARDO BOLIVAR USECHE
Coordinador Académico
Programa de Investigación Académica



*Escuela Judicial
“Rodrigo Lara Bonilla”*

INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS JUECES Y JUEZAS EN COLOMBIA

ÁREA CIVIL Y COMERCIAL

JUAN JACOBO CALDERÓN VILLEGAS

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - SALA ADMINISTRATIVA

INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS JUECES Y JUEZAS EN COLOMBIA
ÁREA CIVIL Y COMERCIAL

JUAN JACOBO CALDERÓN VILLEGAS

Autor

**RAMÓN CORREA OSPINA, HUGO POLANCO LÓPEZ, MARTHA HUNTER HERNÁNDEZ,
NATALIA VENECIA GALEANO, ADOLFO URQUIJO OSÍO, JOSÉ VARONA ORTIZ**

La responsabilidad de las entidades bancarias por el pago de cheques falsos o adulterados

**GUSTAVO CADENA RIVAS, JHONNY ROMERO RODRÍGUEZ, MIGUEL MARTÍNEZ MENDEZ, GLORIA GARCIA TORO,
NIDIA ALBARRACÍN ALARCÓN, DIANA MENDEZ BERNAL, ZULEYMA ARIETA CARRIAZO, FELIPE LÓPEZ GARCIA,
JOHANNA MARTÍNEZ GARZÓN, LEIDY ROJAS VARGAS**

El artículo 882 del Código de Comercio y el punto de partida de la prescripción de la acción de enriquecimiento cambiario

**LUIS ZAMBRANO CRUZ, DIEGO BURBANO MUÑOZ, BETSY BATISTA CARDONA,
GIOVANNI GUTIÉRREZ GÓMEZ, PAULO RAMÍREZ DAVILA, FERNANDO ARRIETA BURGOS**

El significado del artículo 1096 del Código de Comercio: entre el nominalismo y el realismo

**JENNY MARTÍNEZ RUEDA, LILIANA RIAÑO ESLAVA,
MELVIN COHEN PUERTA, ELIANA TORO DUQUE**

La prueba del empobrecimiento exigido para la procedencia de la acción de enriquecimiento cambiario

GUILLERMO QUINTERO DIETTES

La agencia mercantil: entre la perspectiva del mercado y la perspectiva de la propiedad

**LAURA ARNEDO JIMÉNEZ, JOSÉ MAYORGA DÍAZ, MIGUEL MEDINA RAMÍREZ, MIGUEL TRESPALACIOS ARTEAGA,
OSCAR QUIJANO MELO, GUSTAVO RAMÍREZ NUÑEZ, IVÁN ZULUAGA CARDONA, VICENTE LANDINEZ LARA,
MARÍA VARGAS MALAVER, AMANDA SÁNCHEZ TOCORA, GLORIA LUNA PAMPLONA,
ANTHONY ORTEGA MARTÍNEZ, JAIRO RESTREPO CÁCERES, JOHN CAMACHO PUYO,
HERNANDO FORERO DÍAZ, CARLOS CARDONA TORO, JULIÁN GUERRERO CORREA, DIEGO PÉREZ SALAS,
VIVIAN SALTARÍN JIMÉNEZ, CLAUDIA JAIMES FRANCO, LUIS ZULUAGA GÓMEZ, CARLOS ULLOA ULLOA**

La dación en pago y la revisión por lesión enorme: entre dos formas de comprender el Código Civil

**REINALDO HUERTAS, FABIO BASTIDAS VILLOTA, DEISY ZAMORA HURTADO, JANIS MOLINA RIOS,
GEOVANNY PAZ MESA, LUIS GUTIÉRREZ GIRALDO, DIEGO CALVACHE GARCÍA, VICTOR CONDE TAMAYO,
SERGIO CARDOSO GONZALEZ, CARLOS ARIAS CORREA, HARVEY QUINTERO GARCIA, ASTRID VALENCIA MUÑOZ**

La protección de los deudores hipotecarios: el caso de la terminación automática de los procesos ejecutivos

**VICTOR CONDE TAMAYO, SERGIO CARDOSO GONZALEZ, CARLOS ARIAS CORREA, HARVEY QUINTERO GARCIA,
ASTRID VALENCIA MUÑOZ, REINALDO HUERTAS, FABIO BASTIDAS VILLOTA, DEISY ZAMORA HURTADO,
JANIS MOLINA RIOS, GEOVANNY PAZ MESA, LUIS GUTIÉRREZ GIRALDO, DIEGO CALVACHE GARCÍA**

El transito contractual de la ley 546 y la modificación unilateral de expectativas negociales

**REINALDO HUERTAS, FABIO BASTIDAS VILLOTA, DEISY ZAMORA HURTADO, JANIS MOLINA RIOS,
GEOVANNY PAZ MESA, LUIS GUTIÉRREZ GIRALDO, DIEGO CALVACHE GARCÍA, VICTOR CONDE TAMAYO,
SERGIO CARDOSO GONZALEZ, CARLOS ARIAS CORREA, HARVEY QUINTERO GARCIA, ASTRID VALENCIA MUÑOZ**

La posibilidad de revocar los certificados de paz y salvo expedidos por entidades financieras en materia de créditos de vivienda

**FEDERICO GONZÁLEZ CAMPOS, INGRID MANTILLA GÓMEZ, MARTHA COVALEDA CASTAÑO,
ELENA FUENTES LÓPEZ, ÁLVARO ORDOÑEZ GUZMÁN, JORGE GALLEGOS CADAVÍD**

La incidencia de las decisiones de la jurisdicción penal en las disputas asociadas a la responsabilidad civil extracontractual

Investigadores

AUTORUN

Diagramación

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra.

Calle 11 no 9^a -24 piso 4 - www.ramajudicial.gov.co

ISBN: 978-958-8331-70-6

Primera edición Bogotá, Junio de 2011

Impreso en Colombia

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

Programa de Investigación Académica

PRESENTACIÓN

El Módulo de Interpretación Jurisprudencial desde la Perspectiva de Jueces y Juezas en el Área Civil y Comercial del Plan de Formación de la Rama Judicial, aprobado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y construido por la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” de conformidad con su modelo educativo y enfoque curricular integrado e integrador constituye el resultado del esfuerzo articulado entre los y las discentes del IV Curso de Formación Judicial Inicial promoción 2009 y los Magistradas, Magistrados de la Red de Formadores y Formadoras Judiciales y los Comités Académicos, bajo la coordinación del Magistrado Hernando Torres Corredor, con la asesoría del doctor Diego Eduardo López Medina, y la autoría de el doctor JUAN JACOBO CALDERÓN VILLEGAS, quien con su conocimiento y experiencia y con el apoyo permanente de la Escuela Judicial, se propusieron responder a las necesidades de formación desde la perspectiva de una administración de justicia cada vez más justa, oportuna y cercana a todos los colombianos.

El módulo de Interpelación Jurisprudencial desde la Perspectiva de Jueces y Juezas Área Contencioso Administrativa que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la independencia judicial, cuya construcción responde a los resultados obtenidos de los trabajos de investigación desarrollados por los y las discentes del IV Curso de Formación Judicial Inicial Promoción 2009 a quienes en la estructura del curso se les planteó como la construcción, análisis y sustentación de líneas jurisprudenciales en las distintas áreas del componente de formación especializada.

El texto entregado por fue validado con los Funcionarios de los Comités Académicos quienes con sus observaciones enriquecieron este trabajo.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continua de la Rama Judicial responde al modelo pedagógico sistémico y holista de la educación, es decir, que el conocimiento se gesta y desarrolla como resultado de un proceso de interacción sistémica entre pares, todos los cuales participan de manera dinámica como formadores o discípulos, en el contexto de innovación, investigación y proyección social de las sociedades del conocimiento, a partir de los siguientes criterios:

- Respeto por los Derechos Fundamentales.
- Respeto por la independencia de Jueces y Juezas.
- Un modelo basado en el respeto a la dignidad humana y la eliminación de todas las formas de discriminación
- Consideración de la diversidad y la multiculturalidad.
- Orientación hacia el ciudadano.
- Una dimensión personalizada de la educación.
- Énfasis en una metodología activa apoyada en el uso de las TICs en educación, con especial énfasis en las tecnologías de educación virtual B-learning.
- Mejoramiento de la práctica judicial
- Compromiso socializador.
- Dimensión creativa de la educación.
- Aproximación sistémica, integral e integrada a la formación.
- Aprendizaje basado en el estudio de problemas a través del método del caso y el análisis de la jurisprudencia. .

La EJRLB desarrolla la gestión pedagógica con base en los tres ejes fundamentales alrededor de los cuales se fundamenta la sociedad el conocimiento: investigación académica aplicada, el Plan de Formación de la Rama Judicial y la proyección social de la formación.

1. Investigación Aplicada: Conjunto de actividades que posibilita la integración de todos los elementos que contribuyen al desarrollo, la introducción, la difusión y el uso del conocimiento.
2. Plan de Formación: Desarrollo de la capacidad y las condiciones para que los discentes construyan su propio modelo interpretativo de la realidad en búsqueda de lograr la transformación de su proyecto de vida y del contexto en el que interacciona. El aprendizaje se asume como el resultado de la interacción entre pares que con su experiencia se convierten en insumos de los unos para con los otros y de esta manera enriquecen los elementos y juicios para la toma de decisiones.
3. Proyección Social de la Formación: Se trata de la extensión de los programas de formación que realiza la EJRLB a comunidades distintas a los servidores y servidoras de la Rama Judicial. Se concibe el rol que la Escuela Judicial tiene como integradora de conocimiento y su labor de proyectarlo no sólo dentro de la Rama Judicial sino también en todas las comunidades que tienen que ver con la formación en justicia bajo todas sus manifestaciones.

Igualmente, el modelo pedagógico se enmarca dentro de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con el propósito de contribuir con la transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, quienes desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los mismos, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas.

Aprendizaje activo

Este modelo educativo implica un **aprendizaje activo** diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuario/as; invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia, a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios y usuarias” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples transmisores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de

una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

Aprendizaje social

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo recorrido del aprendizaje centrándose en procesos de **aprendizaje social** como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje* “*learning societies*”, *organizaciones que aprenden* “*learning organizations*”, y *redes de aprendizaje* “*learning networks*”¹.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes, busca convertir esa información y conocimiento personal, en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de “*lo público*” a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

Currículo integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y/o problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que él o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciati-

¹ *Teaching and Learning: Towards the Learning Society*; Bruselas, Comisión Europea, 1997.

vas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción- de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

Aplicación de la Nuevas Tecnologías

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, consciente de la necesidad de estar a la vanguardia de los avances tecnológicos al servicio de la educación para aumentar la eficacia de los procesos formativos ha puesto al servicio de la Rama Judicial el Campus y el Aula Virtuales. Así, los procesos formativos de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, se ubican en la modalidad b-learning que integra la virtualidad con la presencialidad, facilitando los escenarios de construcción de conocimiento en la comunidad judicial.

La virtualización de los programas y los módulos, permite actualizar los contenidos en tiempo real y ampliar la información, ofrece la oportunidad de acceder a una serie de herramientas como videos, audios, animaciones, infografías, presentaciones multimediales, hipertextos, etc., que hacen posible una mayor comprensión de los contenidos y una mayor cobertura.

Finalmente, el Módulo de Interpretación Jurisprudencial desde la Perspectiva de Jueces y Juezas Área Contencioso Administrativa que la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” en la Calle 11 No 9A -24 piso 4, de Bogotá, o al correo electrónico escuelajudicial@ejrlb.net los cuales contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del Módulo de Interpretación Jurisprudencial desde la Perspectiva de Jueces y Juezas Área Contencioso Administrativa

CONTENIDO

ÁREA CIVIL

3 LA RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES BANCARIAS POR EL PAGO DE CHEQUES FALSOS O ADULTERADOS

19 EL ARTÍCULO 882 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y EL PUNTO DE PARTIDA DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO CAMBIARIO

35 EL SIGNIFICADO DEL ARTÍCULO 1096 DEL CÓDIGO DE COMERCIO: ENTRE EL NOMINALISMO Y EL REALISMO

51 LA PRUEBA DEL EMPOBRECIMIENTO EXIGIDO PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO CAMBIARIO

67 LA AGENCIA MERCANTIL: ENTRE LA PERSPECTIVA DEL MERCADO Y LA PERSPECTIVA DE LA PROPIEDAD

89 LA DACIÓN EN PAGO Y LA RECISIÓN POR LESIÓN ENORME: ENTRE DOS FORMAS DE COMPRENDER EL CÓDIGO CIVIL

111 LA PROTECCIÓN DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS: EL CASO DE LA TERMINACIÓN AUTOMÁTICA DE LOS PROCESOS EJECUTIVOS

137 EL TRANSITO CONTRACTUAL DE LA LEY 546 Y LA MODIFICACIÓN UNILATERAL DE EXPECTATIVAS NEGOCIALES

155 LA POSIBILIDAD DE REVOCAR LOS CERTIFICADOS DE PAZ Y SALVO EXPEDIDOS POR ENTIDADES FINANCIERAS EN MATERIA DE CREDITOS DE VIVIENDA

171 LA INCIDENCIA DE LAS DECISIONES DE LA JURISDICCIÓN PENAL EN LAS DISPUTAS ASOCIADAS A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

LA RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES BANCARIAS POR EL PAGO DE CHEQUES FALSOS O ADULTERADOS

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Ramón Alfredo Correa Ospina, Hugo Armando Polanco López, Martha Cecilia Hunter Hernández, Natalia María Venecia Galeano, Adolfo Javier Urquijo Osío, José Francisco Varona Ortiz en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

1 ● INTRODUCCIÓN

La actividad bancaria constituye, en la actualidad, una de las expresiones más importantes de las operaciones económicas. El despliegue de operaciones activas y pasivas de crédito con el propósito de articular la inversión y el ahorro resulta definitivo en una economía de mercado. Así lo evidencian, por ejemplo, los esfuerzos que en diferentes niveles se hacen para profundizar la denominada *bancarización*. El acceso al sistema bancario ha adquirido tal importancia que incluso y en ausencia de una definición legislativa en la materia, la jurisprudencia constitucional ha llegado a señalar que la actividad de los bancos constituye un servicio público atribuyéndole, en consecuencia, las características de generalidad, regularidad, continuidad y permanencia.

Esta calificación de la actividad bancaria, unida a la consideración del banco como un profesional sometido a especiales deberes, implica que en el examen de las hipótesis de responsabilidad se plantee como particularidad una especial tendencia a reconocer mayores posibilidades de atribuir a tales entidades la obligación de indemnizar. En ese marco se inscriben todas las discusiones relacionadas, por ejemplo, (i) con la responsabilidad precontractual de los bancos como consecuencia de la ausencia de desembolso de los recursos a pesar de haber aprobado previamente un crédito, (ii) con la naturaleza extracontractual

o contractual de la responsabilidad de un banco por el mal pago de un cheque y, desde luego, (iii) con la responsabilidad por el mal pago de cheques.

En el corazón de las disputas se encuentra siempre un asunto básico acerca del papel que la regulación de los contratos bancarios debe cumplir. Pueden concurrir dos modelos de protección de los contratantes. El primero puede reconstruirse diciendo que la protección de los intereses del banco resulta fundamental a fin de garantizar la estabilidad del sistema financiero, la seguridad en las relaciones contractuales y la creación de incentivos para ampliar la participación de los bancos en la actividad económica. El segundo puede presentarse advirtiendo que la protección debe orientarse, fundamentalmente, hacia el cliente o usuario dado que los bancos desarrollan un servicio público indispensable para garantizar bienes importantes.

Tales modelos pueden verse relativamente claros en debates viejos y recientes. Por ejemplo, la asignación de deberes secundarios en materia de contratación a los bancos considerando su condición de profesionales representa una toma de partido clara por uno de los modelos. La discusión sobre la posibilidad de utilizar o no la expresión consumidor o usuario para referirse a quienes interactúan con el sistema bancario concretada de manera específica en la ley 1328 de 2009 da cuenta también de esa disputa.

La responsabilidad de los bancos por el pago de cheques falsos es una de las cuestiones discutidas. El asunto consiste en determinar quién debe encontrarse a cargo de las consecuencias del pago de cheques adulterados o falsos en desarrollo del contrato de depósito en cuenta corriente bancaria. Se trata de definir, entonces, el grado de protección que al banco o al cuenta-correntista le confiere el ordenamiento jurídico. ¿Debe el ordenamiento jurídico proteger a los clientes o usuarios considerando que el banco desarrolla profesionalmente y en masa la actividad de cumplir las órdenes del librador y, entonces, le corresponde soportar los riesgos de un mal pago aún cuando el cliente hubiese sido descuidado? O ¿debe protegerse al banco de todos los comportamientos del cliente haciendo abstracción de la rentabilidad del negocio bancario y de la profesionalidad de los integrantes de tal industria?

Diferentes momentos pueden destacarse en esta evolución. Algunos de ellos sensibles a las demandas de los clientes, al paso que otros más diferentes con la posición de los bancos.

2. • GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Cuál es el grado de responsabilidad de las entidades bancarias en los eventos en los que llevan a cabo el pago de cheques falsos o adulterados?

TESIS A

En todos los casos en los que un banco paga un cheque falso o adulterado debe asumir la responsabilidad e indemnizar al titular de la cuenta corriente afectado.

L 46/1923, A 191		
	SC Civil, 09-12-36	
	CCo, A 732 y 1391	Cco, A 733
	SC Civil, 29-11-76	
	SC Civil, 30-09-1986	
	SC Civil, 08-09-03	
	SC Civil, 15-06-05	
	SC Civil, 29-09-06	
	SC Civil, 17-10-06	
	SC Civil, 16-06-08	

TESIS B

En ningún caso el banco asume responsabilidad por el pago de cheques falsos o adulterados y, en consecuencia, los riesgos los debe asumir el titular de la cuenta corriente bancaria.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

3.1 La ley 46 de 1923, la definición de un régimen estricto de responsabilidad y la corrección judicial del texto

Desde la ley 46 de 1923 según lo ha destacado la Corte Suprema de Justicia y lo reconoce la doctrina¹, se ha librado una dura batalla en la definición de los estándares de responsabilidad de los bancos por el pago de cheques falsos o adulterados. Esta disputa aún subsiste si se observan con detenimiento algunas de las decisiones de los jueces ordinarios y los planteamientos de bancos y clientes en los litigios que se inician por esta razón.

La ley 46 de 1923 recogió la más dura posición en relación con la responsabilidad del Banco. Establecía en su artículo 191:

“Todo banco será responsable a un depositante por el pago que aquel haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya aumentado, salvo que dicho depositante no notifique al banco, dentro de un (1) año después de que se le devuelva el comprobante de tal pago, que el cheque así pagado era falso o que la cantidad de él se había aumentado”

El texto era resistente a la posibilidad de liberar de responsabilidad al Banco. El Banco debía responder en todos los casos y sólo estaría en posición de liberarse si después de haber pagado mal un cheque el usuario guardaba silencio durante un año contado desde la devolución del comprobante de pago. Recogía entonces una tesis especialmente protectora del cliente debido a que sólo lo dejaba al margen del amparo cuando no anunciaría al banco lo ocurrido. Esta tendencia ha sido agrupada alrededor de la denominada teoría del riesgo (creado) de acuerdo con la cual el banco debe asumir los peligros o apuros derivados del cumplimiento de su obligación de pagar los cheques librados por el cuentacorrentista. La actividad bancaria supone un riesgo que, entonces, el banco debe asumir.

¹ Trujillo Calle, Bernardo. De Los títulos Valores de Contenido Crediticio. Tomo II. Ed. Temis Págs. 203 y 204.

Poco tiempo habría de durar una expectativa interpretativa semejante. Se produce entonces la reacción. Un ataque contra el texto sobrevino. Ocurrió lo que la doctrina denomina la desviación de la teoría del riesgo a la teoría de la culpa y que la Corte Suprema, en su explicación de la evolución jurisprudencial, atribuye al uso de la función creadora del derecho por parte de la jurisprudencia. El ataque consistiría en señalar que al Banco le es posible exonerarse de responsabilidad:

Dijo entonces en 1936 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

“Todo banco será responsable a un depositante por el pago que aquél haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya aumentado. Pero según se ha visto, el sistema legal del riesgo creado no impide que el banco pueda exonerarse de responsabilidad demostrando una culpa, malicia, negligencia o imprudencia de parte del girador o de sus empleados. Sólo que la carga de la prueba de esas circunstancias corresponde darla al Banco”²

Y continuaba explicando con mayor detalle:

“En síntesis, la teoría del riesgo creado no excluye la responsabilidad de la víctima proveniente de cierto grado de culpa de esta, alegada y demostrada por la otra parte, y las cláusulas de exención de responsabilidad sólo son ineficaces cuando tiendan a eximir de responsabilidad al autor de dolo o de culpa grave cuando se trata de daños al patrimonio”³

De esta manera, molesta con aceptar actuaciones negligentes y trasladar en estos eventos toda la responsabilidad al banco, la jurisprudencia se encaminó a autorizar que alegando y probando la culpa, la entidad bancaria pudiera llegar a exonerarse de responsabilidad⁴. Se iniciaba entonces la

² Corte Suprema de Justicia, 9 de diciembre de 1936, en Trujillo Calle De Los títulos Valores de Contenido Crediticio. Tomo II. Ed. Temis Pág. 204.

³ Corte Suprema de Justicia, 9 de diciembre de 1936, en Trujillo Calle De Los títulos Valores de Contenido Crediticio. Tomo II. Ed. Temis Pág. 204.

⁴ En sentencia de 29 de noviembre de 1976 la Corte aludía a la cuestión: “Por cuanto el principio consagrado en el sobredicho artículo 191 descartaba, para los efectos de deducir la responsabilidad por el pago de cheques falsos, todo género de culpa en el titular de la cuenta corriente, bien pronto la doctrina y la jurisprudencia, y con ellas el legislador posteriormente, hubieron de atemperar su rigor, en el sentido de eximir de tal responsabilidad

formulación judicial de las líneas filosóficas que en esta materia incorporaría el Código de Comercio de 1971.

La jurisprudencia ajustaba el nivel de protección del cuentacorrentista que parecía encontrarse en la ley 46 de 1923. Se trató de una integración de la categoría de la culpa a fin de limitar los alcances que se asociaban a la existencia de una especie de responsabilidad *objetiva* de los bancos. A pesar de la limitación que a la tesis del riesgo creado le impuso el movimiento dado por la Corte, este tribunal no se mostró interesado en abandonar del todo la agenda de protección del cliente.

Así, los bancos debían asumir especiales riesgos atendiendo la naturaleza de la actividad y de la organización. La celebración masiva de contratos de depósito en cuenta corriente bancaria y la natural circulación de cheques que tal actividad implica, supone riesgos que el banco debía encontrarse dispuesto a asumir atendiendo, ha considerado la jurisprudencia, que el desarrollo de actividades en masa compensaría los costos asociados a tales riesgos.

Esta idea se ve reflejada incluso en reflexiones recientes de la Corte Suprema de Justicia. Así por ejemplo, en 1994 explicaba lo siguiente al referirse a la vigencia de la tesis legislativamente consignada en el artículo 191 de la ley de 1923:

"En efecto, según esta línea de pensamiento que hoy en día encuentra visible reflejo en el artículo 1391 del Código de Comercio, se estima que el ejercicio de la banca de depósito se equipara fundamentalmente al de una empresa comercial que, masivamente, atrae a sí y asume los riesgos inherentes a la organización y ejecución del servicio de caja, luego es precisamente en virtud de este principio de la responsabilidad de empresa, cuyos rasgos objetivos no pueden pasar desapercibidos, que el establecimiento bancario, asumiendo una prestación tácita de garantía, responde por el pago de cheques objeto de falsificación, ello en el entendido, se repite, que es inherente a la circulación y uso de títulos bancarios de esta índole, el peligro de falsificación y el costo económico de tener

al Banco, en razón de la relación de causalidad que existiera entre la culpa del librador y la falsificación del instrumento"

que pagarlos lo que se compensa sin duda con el lucro que para los bancos reporta el cúmulo de operaciones que en este ámbito llevan a cabo.”

La fuerza de este argumento permitía controlar los intentos del banco por exigir, del reclamante, la demostración de culpa en su actuación. La Corte se limitaba a señalar que eso resultaba irrelevante y, en verdad, su manifiesto consistía en indicar que lo importante para el banco era la acreditación de la culpa del cuentacorrentista. Con el triunfo de esta tesis en la Corte ningún desacuerdo habría de sobrevenir y, por el contrario, el Código de Comercio de 1971 sería el receptor de lo que ya se había dicho⁵.

La recepción legislativa, en el código de comercio, de la tesis judicial de la corte contra el texto de la ley 46 de 1923

El lector podrá encontrar que la tesis del riesgo creado con desviación hacia la culpa, según la denomina Trujillo Calle, encontró espacio en la regulación del Código de Comercio. Ello ocurrió no únicamente en el lugar destinado a la disciplina de los contratos bancarios sino también en el régimen de los títulos valores.

El artículo 1391 al regular el contrato de depósito en cuenta corriente bancaria indica:

Todo banco es responsable con el cuentacorrentista por el pago que haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya alterado, salvo que el

5 Esa fundamentación, apoyada en la forma de operación de los bancos y, en particular, en la magnitud en la que ello ocurre, fue reiterada con fuerza en la sentencia de casación del 9 de Septiembre de 1999 y confirmada por la Corte en decisiones adoptadas en los años 2001 y 2002. La Corte destacaba que considerando la dimensión de la actividad bancaria algo debía estar dispuesto a perder el Banco: “Quiérese decir, entonces, que como contrapartida de la actividad empresarial que es desarrollada por la institución bancaria en su propio interés y bajo su control, operación cuyo ejercicio acarrea, indudablemente, diversos riesgos, entre ellos, el de pagar cheques cuya falsificación no sea imputable al librador, el ordenamiento le atribuye, en inobjetable aplicación del principio “ubi emolumentum, ibi incomoda”, la obligación de soportar tal contingencia, imposición que, de todas formas, encuentra justificación igualmente válida en otros argumentos tales como que la falsedad se dirige y consuma contra el banco, pues, a la postre, el pago del cheque se produce con su propio dinero y no con el del cuentacorrentista, dada la particular naturaleza del depósito bancario. Empero, como ha quedado dicho, la responsabilidad bancaria en tal hipótesis no es absoluta, habida cuenta que ésta cesa, cuando la culpa de los hechos recaiga en el cuentacorrentista o en sus dependientes, factores o representantes.”

cuentacorrentista haya dado lugar a ello por su culpa o la de sus dependientes, factores o representantes.

La responsabilidad del banco cesará si el cuentacorrentista no le hubiere notificado sobre la falsedad o adulteración del cheque, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se le envió la información sobre tal pago.

En una dirección semejante el artículo 732 señala:

Todo banco será responsable a un depositante por el pago que aquél haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya aumentado, salvo que dicho depositante no notifique al banco, dentro de los tres meses después de que se le devuelva el cheque, que el título era falso o que la cantidad de él se había aumentado.

3.2 Si la falsedad o alteración se debiere a culpa del librador, el banco quedará exonerado de responsabilidad.

Estas dos reglas tienen un significado sustancialmente igual. En ambas se establece una responsabilidad primaria del banco por el pago de cheques falsos o adulterados bajo la condición, de manera semejante a lo dispuesto en la ley 46 de 1923, que el cuentacorrentista le de aviso al banco en el término prudencial que se establece⁶. Adicionalmente, aunque con una

6 Ante el anuncio de una posible contradicción entre los artículos mencionados, la Corte se esforzó en exponer la cuestión en sentencia de septiembre 9 de 1999. Allí dijo: "En síntesis, las disposiciones citadas muestran la unidad de propósito que las orienta, ya que, además de prescribir la responsabilidad del banco por el pago del cheque falso y la de exonerarlo en caso de culpa del girador que de lugar a la falsificación, le imponen al depositante o cuentacorrentista la carga de dar aviso oportuno al banco sobre la falsedad del cheque pagado. (...) No existe contradicción en tal punto, puesto que, de un lado, la devolución del cheque pagado que toma como punto de partida el artículo 732 eiusdem, y el envío de "la información sobre tal pago" que toma en consideración el artículo 1391 ibidem, son acontecimientos que, por mandato del artículo 728 ídem, deben ser cumplidas por el banco en forma simultánea; y, de otro lado, fundamentalmente, porque el ámbito de referencia del artículo posterior (el 1391) es mayor y, por ende, comprende al del precepto anterior; por supuesto que enviar los cheques es una manera de informar sobre su pago. Así las cosas, uno y otro no deben mirarse en el punto como excluyentes entre sí, ni, en consecuencia, es predictable **stricto sensu** una verdadera contradicción entre las sobredichas normas. (...) Débese subrayar, entonces, que la carga atribuida al cuentacorrentista de notificar al banco de la falsedad del cheque pagado por éste, surge a partir del momento en que aquél tenga noticia del pago, ya sea mediante la devolución de los cheques descargados, o por razón de cualquier otra "información sobre tal pago". (...) Existe, por el contrario, una real situación de antinomia entre tales normas en cuanto

redacción diferenciada, estas disposiciones acogieron la posibilidad de excluir la responsabilidad por la culpa de cuentacorrentista de manera tal que si la falsedad o alteración del cheque es imputable a una actuación culpable del titular de la cuenta, el banco podrá exonerarse.

Había triunfado entonces la posición que en contra del texto de la ley 46 de 1923 se había forjado en la jurisprudencia. Se estabilizaba entonces la discusión que, ahora, se apoyaba en bases mucho más firmes. Ello ocurría dado que además de contar con disposiciones normativas, la Corte ensayaba nuevas técnicas de fundamentación de las reglas ahora contempladas en el Código. Lo hizo, según se dijo antes, aludiendo al carácter empresarial de la actividad bancaria y a la condición de profesionales que ostentaban las entidades bancarias. Esta tendencia matizada de atribución de responsabilidad parecía sostenerse entonces en el hecho de que la actividad extendida de los bancos justificaba que, en algunos eventos, tuviera que asumir cargas de comportamiento particulares.

A esta altura puede establecerse una conclusión. El nivel de protección del cliente bancario, en el específico asunto de la responsabilidad por el pago de cheques falsos había experimentado tres momentos específicos.

El primero de ellos fue inaugurado con la ley 46 de 1923 en la que se estableció un régimen de intensa protección al cliente definiendo una responsabilidad que, al menos por la redacción de la norma, no permitía exoneración alguna del Banco ni aun en el evento de evidente culpa del titular de la cuenta corriente.

El segundo de ellos, liderado por la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y orientado a atemperar el régimen de responsabilidad que había previsto la ley 46 de 1923 estableció que el banco podría exonerarse válidamente si demostraba que el cliente había actuado de manera descuidada –culpable- y, como consecuencia de ello, se había producido el pago de un cheque falso o adulterado. Era previsible que la noción de culpa, inscrita en el corazón del derecho privado, hiciera su aparición en esta fase.

contemplan dos términos de caducidad distintos, uno de 3 meses y otro de 6. (...) No cabe duda, entonces, que la norma aplicable es el artículo 1391 del Código de Comercio, por ser norma posterior al artículo 732 íb. y hacer parte de la normatividad que regula el contrato de cuenta corriente."

El tercer momento, por otra parte, se encontró representado por la recepción, en los artículos 732 y 1391 del Código de Comercio, de la postura adoptada por la Corte en la etapa anterior a su expedición. Se integraba la tesis de la responsabilidad del banco vinculada al riesgo de las operaciones que desarrollaba y a su carácter masivo, de una parte, con la tesis que demandaba tomar en consideración el comportamiento del titular de la cuenta, de otra. En sus resultados, esta etapa se asimila al segundo momento; sin embargo, en su forma se diferencia por su origen legislativo y no judicial.

La historia no se detenía allí. Pronto se ajustaría la comprensión del asunto al entrar en escena el análisis del artículo 733 del Código de Comercio. A partir de ello, continuaría la Corte con el proceso de controlar las hipótesis que permitían asignar responsabilidad a los bancos.

3.3 El repliegue de la protección del usuario

Aunque se había producido una restricción al grado de protección del cliente, dicho auxilio resultaba todavía especialmente amplio. Sin embargo, un repliegue en el nivel de protección se encontraría representado por el artículo 733 y la interpretación que del mismo, a partir del 2003, propuso con claridad la Corte. Es necesario explorar este último momento.

El artículo 733 del Código de Comercio prescribe:

El dueño de una chequera que hubiere perdido uno o más formularios y no hubiere dado aviso oportunamente al banco, sólo podrá objetar el pago si la alteración o la falsificación fueren notorias.

Precisa este artículo y así lo reconoció la Corte Suprema en sentencia del 8 de septiembre de 2003, un evento de responsabilidad del banco diferente al contenido en los otros artículos que regulan la materia. Advirtió en esa oportunidad:

"Aunque dentro del mismo tema de la responsabilidad, pero sin que haya lugar a confundirlo por tratarse de una hipótesis particularísima que, por lo mismo, merece un manejo disímil, impónese resaltar que el artículo 733 del Código de Comercio exige distinguir el pago de cheques

falsificados o adulterados, sin mediar su pérdida por parte del dueño de la chequera - riesgo propio de la circulación - , como lo prevén las normas aludidas en los párrafos precedentes, de aquel que se haga de títulos igualmente apócrifos, pero precedido de la “pérdida”, evento este que, como se analizará con detenimiento, está regulado exclusiva y preferentemente por la disposición que se acaba de mencionar.”

A partir de la distinción de estas dos hipótesis, la Corte dirige su esfuerzo a explicar que en aquellos eventos en los que la chequera se ha extraviado y el cliente no avisa de ello de manera oportuna, las reglas de responsabilidad reprochan con mayor fuerza la conducta del cliente. Este deberá asumir la responsabilidad salvo en el evento en que la falsedad resulte notoria puesto que, en ese caso, el banco tendrá la obligación de reparar.

Pierde valor en este planteamiento y ante el comportamiento descuidado del titular de la chequera, el carácter empresarial o la condición de profesional de la entidad bancaria y, por ello, la única forma de atribuirle responsabilidad al Banco es que se le hubiere dado aviso de manera oportuna o que la falsedad fuere palmaria e indiscutible. Si esa falsedad no tiene esas características el banco no responderá, a diferencia de lo que ocurre en el artículo 1391 conforme al cual salvo la culpa del cuentacorrentista o el no aviso después de recibir las constancias de pago, el banco asume la obligación de reparar.

Quedaban algunos interrogantes sin resolver. Una vez fueron contestados por la Corte, permitieron constatar con mayor claridad el giro de su actitud frente al régimen de responsabilidad de los Bancos: ¿Debía el Banco demostrar la culpa del cliente en la pérdida de la chequera? ¿Podía exonerarse el cliente demostrando la ausencia de culpa? ¿Debía demostrar el banco que la falsedad no era notoria? ¿Debía demostrar el cliente que la falsedad era notoria?

Las cuestiones allí planteadas habían sido contestadas en 1986 por la Corte Suprema indicando que la culpa del cliente en la pérdida de los cheques y la ausencia de notoriedad en la falsedad eran condiciones que requerían ser probadas por el Banco. Esta postura, trazada a partir de la idea que venía marcada por las otras disposiciones que disciplinaban el régimen de responsabilidad del Banco y que, como se ha visto, lo hacían ciertamente

exigente, fue rechazada en el 2003⁷ y luego, tal rechazo sucesivamente confirmado en los años 2006⁸ y 2008⁹.

La Corte se encargaría de sostener que cuando el cliente actuaba de forma imprudente las exigencias probatorias no debían angustiar al banco. El mayor temor debía ser del titular de la cuenta.

Así entonces, la jurisprudencia sostuvo que la pérdida era un hecho objetivo en el que resultaba irrelevante el comportamiento del cliente. No interesaba que el cliente hubiera perdido los cheques por fuerza mayor o por la intervención de un tercero. Quedaba liberado el banco de esa demostración. En la decisión del año 2003 afirmaba con fuerza la Corte que esa exoneración de responsabilidad se producía “*independientemente de que en la pérdida haya o no mediado culpa del dueño de la chequera o titular de la cuenta corriente, excepción que no se configura cuando la falsificación es notoria*”

El artículo 733 habría de constituirse en un catalizador del empeño de atribuir mayor responsabilidad al cliente descuidado. Por ello no interesa cuál es la razón que determinó la desaparición de los cheques. Se trata de un supuesto objetivo que cumplido libera al banco; ante la ausencia del aviso por parte de su cliente sobre esa desaparición, no puede ser el destinatario de todo el reproche.

El cliente entonces tendría a su disposición como únicas estrategias de defensa (i) demostrar que informó de manera oportuna al banco o (ii) acreditar la existencia de una falsedad notoria. En cualquier caso la Corte precisaría, siguiendo la tendencia de asignación de mayor responsabilidad al cliente, que la prueba de la falsedad notoria le correspondía al titular de la cuenta corriente a quien, entonces, no le bastaba afirmarla. Por eso decía la Corte “*que si el cuentacorrentista que ha extraviado el título y no lo ha comunicado al banco - o lo ha comunicado por fuera del término - es quien pretende reservarse el derecho de objetar el pago efectuado por el librado, es a él, y sólo a él, al que compete el cumplimiento de la carga de acreditar que el instrumento contenía una falsedad o alteración palpable*”

7 Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia de fecha 8 de septiembre de 2003 Exp. 6909 M.P. Cesar Julio Valencia Copete

8 Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia de fecha 29 de septiembre de 2006 Exp. 20139-01 M.P. Pedro Octavio Munar Cadena

9 Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia de fecha 16 de junio de 2008 Exp. 01394-01 M.P. Edgardo Villamil Portilla

A pesar de la condición profesional de los bancos, la Corte demuestra en este último período un interés por mantener doblegada cualquier intención de asignar toda la responsabilidad a las entidades bancarias. Este control se materializa no sólo con la diferenciación de los casos regulados por el artículo 733, por un lado y por los artículos 732 y 1391, por otro, sino también por la interpretación encausada a asignar cargas probatorias especiales a los cuentacorrentistas.

4. CONCLUSIONES

El régimen jurídico de la responsabilidad de los bancos por el pago de cheques falsos o adulterados se ha visto impactado a través de diferentes fuentes. Así, las disposiciones de ley 46 de 1923 y el Código de Comercio establecieron disposiciones orientadas a regular el asunto. Esa regulación no ha sido idéntica. El primer estatuto, al menos en su texto, precisó una regla especialmente exigente para los bancos. A pesar de ello, la lectura textual no fue aceptada por la jurisprudencia que, luego de expedida la ley, se ocupó de la interpretación –antiformalista- de su artículo 191. Esta reinterpretación tuvo como propósito aligerar el alcance de la norma advirtiendo la posibilidad de que el Banco se libera de responsabilidad demostrando la culpa del cuentacorrentista.

La comprensión fue recogida por el Código de Comercio en dos disposiciones (artículos 732 y 1391) cuyo punto de partida, no obstante ser la responsabilidad del banco, permite trasladarla cuando lo ocurrido le es imputable al cuentacorrentista. Recogida la tesis en el Código, la jurisprudencia no tendría que enfrentarse a su texto tal y como había ocurrido en vigencia del artículo 191 de la ley 46 de 1923.

La jurisprudencia no tomó parte activa únicamente frente al artículo 191 de la ley 46 de 1923 con el alcance señalado. Ello también ocurrió en la labor hermenéutica del artículo 733 del Código de Comercio. Así, no obstante la natural protección conferida al *usuario*, ha terminado por delimitar un régimen que le exige comportamientos cuidadosos y diligentes. En efecto, sin desconocer las características de los bancos y la forma como desarrollan sus actividades, en aquellos casos en los que no ha circulado el cheque y se produce su falsificación o adulteración, la responsabilidad se desliza hacia el cliente. Para liberarse, tendrá que adelantar una gestión especialmente compleja.

Si bien el del artículo 733 del Código de Comercio es un escenario diferente al que correspondía a los casos resueltos bajo los artículos 732 y 1391, la Corte aceptó el traslado acentuado de un grupo de exigencias probatorias a los cuentacorrentistas negligentes que, bajo una convicción más protecciónista, podrían haberse quedado radicadas en los bancos.

La evolución descrita refleja entonces formas diferentes de ver la relación entre el sistema financiero y sus usuarios. Esas visiones contrapuntan en la evolución aquí expuesta y representan el cruce de fuerzas teóricas más ricas y complejas. Por ahora, al menos en la historia que se ha presentado, los triunfos han tenido como resultado un régimen de responsabilidad exigente para los bancos. Sin embargo, dicho régimen se ha mostrado sensible frente a los comportamientos de los usuarios.

EL ARTÍCULO 882 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y EL PUNTO DE PARTIDA DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO CAMBIARIO

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Ramón Alfredo Correa Ospina, Hugo Armando Polanco López, Martha Cecilia Hunter Hernández, Natalia María Venencia Galeano, Adolfo Javier Urquijo Osío, José Francisco Varona Ortiz en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

1 ● INTRODUCCIÓN

La acción de enriquecimiento cambiario, tal y como se encuentra contemplada en el artículo 882 del Código de Comercio, prevé su prescripción, transcurrido un año después de configurada la prescripción o la caducidad de la acción cambiaria o cartular. De otra forma dicho, el artículo 882 del Código de Comercio establece que una vez producido alguno de los fenómenos que producen la extinción de la acción o la desaparición del derecho que se vincula a un título valor –caducidad y prescripción respectivamente- el empobrecido tiene la posibilidad de demandar a través de la referida acción a quien como consecuencia de uno u otro fenómeno se hubiera enriquecido.

El inciso final del artículo 882 del Código de Comercio indica lo siguiente:

La entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos-valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, valdrá como pago de ésta si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera.

Cumplida la condición resolutoria, el acreedor podrá hacer efectivo el pago de la obligación originaria o fundamental, devolviendo el instrumento o dando caución, a satisfacción del juez, de indemnizar al deudor los perjuicios que pueda causarle la no devolución del mismo.

Si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá así mismo; no obstante, tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año.

El Código de Comercio prevé entonces un régimen especial de protección a quien fuera acreedor cambiario. Para ello le confiere la facultad de demandar al tercero a cuyo cargo se encontraba la obligación cambiaria y que por no descargar el título se ha enriquecido, con el propósito de corregir la disparidad producida. Esta posibilidad de demandar se encuentra condicionada al acaecimiento de la caducidad o de la prescripción de acción derivada del título valor –acción cambiaria-.

Si bien esta figura se ha fundamentado, en general, en el principio común que prohíbe el enriquecimiento sin causa –originalmente reconocido en la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y luego incorporado en textos positivos tal y como ocurre con el artículo 831 del Código de Comercio- la Corte Suprema ha señalado que no es idéntica a la que se sigue del principio general en tanto, por ejemplo, la acción regulada en el artículo 882 procede –y precisamente en ese caso- cuando la muerte de la acción o el derecho se ha producido por la no iniciación de las acciones del acreedor manifestándose, por esta vía, una excepción al principio de subsidiariedad vigente en las otras aplicaciones del principio de prohibición de enriquecimiento sin causa.

Al margen de lo anterior, que permite advertir el tipo de problemas asociados a esta acción, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se ha ocupado de establecer a partir de qué momento se inicia el cómputo del término de un año previsto para iniciar la acción de enriquecimiento cambiario. La controversia ha girado, en particular, alrededor de una cuestión que podría formularse de la siguiente manera:

¿El término de un año contemplado en la frase final del artículo 882, empieza a correr desde el momento en que dicho plazo transcurre efectivamente o desde el momento en que es judicialmente declarada la prescripción y/o la caducidad?

La respuesta a este asunto, aunque única en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no se ha encontrado respaldada por la totalidad de los integrantes de la Sala Civil quienes, a pesar de su desacuerdo, no han conseguido modificar la postura mayoritaria. Podrían caracterizarse las posiciones de la Corte indicando que algunas son expresiones de excesivo subjetivismo y otras de excesivo objetivismo. Igualmente se plantean otras, como ocurre en el salvamento de voto de una sentencia reciente, que plantean una postura encaminada a señalar que la respuesta a la dificultad interpretativa que se deriva del artículo 882 del Código de Comercio depende de cada caso.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿El término de un año contemplado en la frase final, del inciso final del artículo 882, empieza a correr desde el momento en que dicho plazo transcurre efectivamente o desde el momento en que es judicialmente declarada la prescripción y/o la caducidad?

TESIS A

El término de prescripción de la acción de enriquecimiento cambiario empieza a computarse desde el momento en que transcurre el término de prescripción de la acción cambiaria -y/u opera la caducidad- y con independencia de cualquier determinación judicial que la declare.

A timeline diagram showing the progression of legal decisions from 2000 to 2009. The timeline is represented by a horizontal axis with a double-headed arrow at the top. Below the axis, there are six horizontal bars, each representing a decision from the Supreme Court of Civil Justice (SC Civil). The bars are color-coded: the first four are light green, and the last two are light yellow. Each bar has a date label at its left end and a name label at its right end. A vertical dashed line is positioned between the fourth and fifth bars. The timeline starts with a green bar labeled 'SC Civil, 11-01-2000' and 'A.V. Ardila' at its right end. The second green bar is labeled 'SC Civil, 14-03-2001'. The third green bar is labeled 'SC Civil, 30-07-2001'. The fourth green bar is labeled 'SC Civil, 19-12-2007'. The fifth bar, which is yellow, is labeled 'SC Civil, 26-06-2008'. The sixth bar, which is yellow, is labeled 'SC Civil, 13-09-2009' and 'S.V. Solarte' at its right end.

SC Civil, 11-01-2000	A.V. Ardila
SC Civil, 14-03-2001	
SC Civil, 30-07-2001	
SC Civil, 19-12-2007	
SC Civil, 26-06-2008	
SC Civil, 13-09-2009	S.V. Solarte

TESIS B

El término de prescripción de la acción de enriquecimiento cambiario empieza a computarse desde el momento en que la autoridad judicial competente declara la ocurrencia de la prescripción o de la caducidad.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

3.1 La sentencia del 14 de marzo de 2001 y la primera divergencia conceptual

El caso permite comprender bien el problema. Un banco demanda a algunas personas considerando que se han enriquecido de manera injusta dado que, en el proceso ejecutivo iniciado en contra de estas, fue definido que el título valor presentado como documento ejecutivo carecía de eficacia suficiente dado que no se encontraba en consonancia con las disposiciones que en materia de cambios internacionales se establecen en Colombia.

De acuerdo con lo anterior, el Banco inicia proceso ordinario orientado a que se declare, entre otras cosas, que se han configurado –de acuerdo a las reglas generales establecidas en el Código de Comercio- los presupuestos que determinan la existencia de un enriquecimiento cambiario considerando que ha transcurrido ya el término de prescripción de los derechos incorporados en el título valor cobrado inicialmente. No obstante que esta es una de las pretensiones subsidiarias del demandante, ella se plantea sobre la base de que los derechos vinculados a la acción de enriquecimiento cambiario no han prescrito dado que es inexistente cualquier pronunciamiento judicial en ese sentido.

Una vez examinada en casación la sentencia del Tribunal que venía atacada, entre otras cosas, porque en opinión del demandante al no existir sentencia que declarara la ocurrencia de la prescripción no era posible considerar que la acción de enriquecimiento cambiario también hubiera prescrito debido a que el término no habría empezado a correr, la Corte se ocupa de examinar el asunto.

Empieza por destacar que tanto la prescripción como la caducidad de los derechos cambiarios se “atribuye (...) al vencimiento de ciertos plazos en ella señalados sin que se ejercite la acción correspondiente” de manera tal que “el acreedor que acepte la entrega de títulos valores, debe ceñirse no solamente al cumplimiento de los requisitos de índole formal, sino someterse a las condiciones de presentación para su cobro dentro de los términos que la

ley impone". Ello suponía, según se deduce de la citación que hace la Corte de las disposiciones que disciplinan el fenómeno de la prescripción, que ocurre por el simple paso del tiempo.

No se requieren, en opinión de la Corte, condiciones adicionales a las exigidas por el ordenamiento jurídico que, en ningún lugar, demanda la existencia de un pronunciamiento judicial para dar por ocurrida la prescripción. Además de ello, la Corte advierte que en el caso examinado, los demandados no tuvieron la posibilidad de alegar la prescripción debido a que el término para su configuración aún no había transcurrido. En este caso las demandadas carecían de la oportunidad de alegar la prescripción debido a que en el momento en que hubiera sido posible aún no habían transcurrido los términos para ello.

Luego de ello, la Corte concluye la presentación de su razonamiento enfrentándose al posible cuestionamiento del argumento en el sentido de que podría sugerirse que la prescripción, en ausencia de alegación, debería ser declarada de oficio en el proceso de ejecución cambiaria. Claramente se resiste a ello e indica lo siguiente:

"Corolario de lo anterior es que si bien es cierto la excepción de prescripción no puede ser declarada de oficio por el juzgador sino que tiene que ser solicitada por la parte, sin embargo los términos para que dicho fenómeno ocurra están señalados por el legislador y deben ser contabilizados como lo señala la misma ley, artículo 829 del C. de Co., es decir, que para el caso que ocupa la atención de la Corte el año fijado en el artículo 882 tantas veces citado empieza a correr desde el día en que haya caducado o prescrito el instrumento sin que se requiera declaración judicial de prescripción respecto de la acción cambiaria."

El Juez Ardila Velásquez aclara su voto. No puede estar de acuerdo con la tesis de la Corte de conformidad con la cual la prescripción no requiere ser alegada. Esta posición ya la había defendido como magistrado ponente en la sentencia de 11 de enero de 2000 en la que advertía la subjetividad que impregnaba el fenómeno prescriptivo a tal punto que –como *obiter dicta* en aquella oportunidad- destacaba que la prescripción no consistía únicamente en el transcurso del tiempo. Sin embargo, en esa decisión no se expresaron

contradictores dado que quizás pensaban que lo allí dicho por la Corte tenía los rasgos de simples dichos de paso¹⁰.

De esta manera, aunque no se opone a los resultados de la decisión, cree que resulta incorrecto advertir que la acción de enriquecimiento cambiario era ya procedente por haber transcurrido el plazo de un año desde el momento de su aparente prescripción debido a que el deudor nunca así lo solicitó. En realidad, la aclaración de voto parece conducir a señalar que ante la ausencia de una indicación por parte del deudor cambiario no podría el acreedor ni el juez asumir que los derechos cambiarios se encontraban ya extinguidos por la prescripción.

El reclamo de Ardila parece apoyarse en la convicción de que los dilemas éticos que se plantean como consecuencia de la prescripción –parece recordar aquella idea que indica que quien alega la prescripción es un ladrón- hace que la determinación sobre su procedencia deba estar siempre precedida de una invocación por parte de quien se habrá de beneficiar de ella. Debe entonces tener la oportunidad de alegarla o de abstenerse de hacerlo. Advierte Ardila que esta posición de la Corte es inaceptable dado que sería una afrenta contra el deudor *“como si el acreedor estuviese facultado para penetrar los pliegues de su corazón y decidir por él, birlándole incluso el derecho que tiene de renunciar a la prescripción.”*

El ataque de la aclaración no se detiene. Sostiene también que aceptar que no se requiere alegar la prescripción terminaría desconociendo el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento cambiario. Así, considerando que la prescripción es renunciable no tendría cómo aceptarse, sin convertir la acción de enriquecimiento cambiario en principal, que ante la ausencia de interés para alegarla –o ante la imposibilidad de hacerlo- se abriera paso tal acción sustituyendo el procesos ejecutivo aún posible y en el que estará pendiente si se reclama o no la ocurrencia de la prescripción.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia de fecha 11 de enero de 2000 Exp. 5208 M.P. Manuel Ardila Velásquez. En esa oportunidad, a pesar de que el cargo no podía abrirse paso debido a su inadecuada formulación, dijo la Corte: “Todas estas cosas proclaman que jamás la prescripción es un fenómeno objetivo, de simple cómputo del tiempo. Es una tesis desafortunada del tribunal; desatino que brota entre líneas remarcadas cuando se piensa que con ello permite florecer la idea errónea de que la prescripción corre fatalmente, sin ninguna solución de continuidad, sendero por el que irrumpió comparándola con la caducidad, con olvido de que hay disposiciones que expresamente dicen en qué casos se interrumpe la prescripción y en qué otros se suspende.”

Con fuerza intenta combatir el planteamiento de la doctrina de acuerdo con el cual no habría lugar al inicio de una acción ejecutiva cuando el problema bien puede discutirse a través de la acción ordinaria. En desacuerdo con esa tesis, en tanto termina privilegiando al acreedor descuidado, señala la aclaración:

“Terrible ironía; todo el derecho sustancial sacrificado por venir en pos de quien resulta ser el único responsable de su dejadez, pues que si no hubiera permitido que el título prescribiera no estaría inmerso en esa nueva situación. Resulta que ahora amén de dispensársele un último remedio, hay que allanarle el camino, evitándole toda incomodidad. Esto sin contar con que inexplicablemente dicho autor admite, paradójicamente, que la pérdida efectiva de toda acción cambiaria es una de las condiciones para promover en estos casos la de enriquecimiento sin causa. Y ya está visto que mientras no se alegue la prescripción, jamás puede decirse que la cambiaria ha fenecido.”

Planteado lo anterior, desde una perspectiva detalladamente sustantiva, concluye la formulación de su desacuerdo con dos ideas finales. La primera consiste en señalar que la prescripción, a diferencia de lo que ocurre con la caducidad, es un fenómeno fundamentalmente subjetivo que impide tomar como referente para su declaración únicamente el paso del tiempo. Ello es así, lo señala con fuerza, dado que de otra forma no se admitiría la interrupción por ejemplo, por el reconocimiento de la obligación por parte del deudor. La segunda, se orienta a destacar desde una perspectiva concreta, que el razonamiento de la mayoría le hubiera permitido al acreedor cambiario, ante la ineficacia de la acción ejecutiva –no ocurrida por prescripción ni por caducidad en el caso concreto- buscar la regulada por el artículo 882 aunque ni siquiera la acción principal fuera procedente.

El argumento fundamental de la mayoría de la Corte consistió entonces en la asignación de rasgos decididamente objetivos a la prescripción que debe operar para admitir la procedencia de la acción de enriquecimiento cambiario; basta con que el tiempo pase para determinar las posibilidades de abrirse paso con el remedio excepcional del artículo 882 del Código de Comercio. La argumentación de Ardila es de estirpe marcadamente subjetivista y, a partir de ese punto de partida que indica que su declaración –la de la

prescripción- está controlada por el derecho de quien es el titular de la facultad de alegarla, establece los argumentos restantes de la posibilidad de interrupción (la prescripción puede sufrir interrupción por el reconocimiento del deudor y de las diferencias con la caducidad (la caducidad, a diferencia de la prescripción es fundamentalmente objetiva.

A pesar de la importancia del asunto, expresado en dos posiciones especialmente antagónicas en relación con el control de la prescripción, la Corte Suprema de Justicia no aborda nuevamente el asunto sino hasta el año 2007. A pesar del silencio durante este tiempo, en la sentencia del 30 de julio de 2001 la Corte parece sugerir, en un pasaje constitutivo de *obiter dicta*, su acuerdo con la posición mayoritaria del 14 de marzo de ese mismo año. La Corte indica lo siguiente:

“De allí que el objeto de la misma “no es tanto la suma de la letra cuanto el monto del enriquecimiento que podrá, o no, coincidir con el perjuicio” (...), todo lo cual explica que “La acción de enriquecimiento injusto no es una acción de naturaleza cambiaria, porque surge después que la acción cambiaria ha caducado” (...) (se subraya), o prescrito y, por supuesto, luego de que la acción causal ha fenecido como consecuencia de haber ocurrido uno de tales fenómenos.”¹¹

El pronunciamiento de la Corte no parece demandar o requerir la alegación de la prescripción así como tampoco su declaración judicial de manera tal que bastaría, al menos en materia cambiaria, el transcurso del tiempo. El uso de la expresión “surge después de que la acción cambiaria ha caducado, o prescrito, puede sugerir que la Corte entiende que el acaecimiento de tales fenómenos, al margen de su reconocimiento judicial, son los hechos relevantes a la luz de las disposiciones que disciplinan la acción de enriquecimiento cambiario.

3.2 El respaldo de la tesis mayoritaria de 2001 en la sentencia del 19 de diciembre de 2007

Ya en 2007 y frente a un caso en el que se discutía si la prescripción de la acción de enriquecimiento cambiario se había producido, la Corte confirmó su posición de 2001 advirtiendo que no existía ninguna razón que

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia de fecha 30 de Julio de 2001. Exp. 6150. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

justificara una modificación del precedente definido desde antes. Se trataba en esta oportunidad de un banco que advertía, nuevamente, que el término de prescripción de la acción de enriquecimiento cambiario debía contarse desde el momento en que judicialmente se declarara que ello habría ocurrido.

Según se dijo la Corte Suprema adoptó una determinación claramente confirmatoria y opuesta, en este escenario, a cualquier intento por incorporar rasgos subjetivistas en la prescripción del artículo 882. Para ello utilizó varios argumentos que podrían denominarse (i) el razonamiento de la claridad, (ii) el razonamiento de la seguridad, (iii) el argumento del acreedor negligente y (iv) el argumento de la normalidad de las cosas.

El primero de ellos se limitaba a señalar que ninguna exigencia diferente al transcurso del tiempo se establecía en el artículo 882 para el reconocimiento del fenómeno prescriptivo de manera tal que ante la referida claridad, no habría razones para interpretar de manera diferente tal disposición. El argumento de la seguridad, según las palabras de la Corte, apoya la decisión de atar la ocurrencia de la prescripción al simple recorrido temporal sin rastro de subjetivismo dado que, si se vinculara a la declaración judicial, el plazo podría extenderse en el tiempo dependiendo del momento en que actuara el acreedor. Esta posibilidad conducía a la Corte a sostener que una postura diferente terminaría por favorecer al acreedor negligente en tanto este podría dejar pasar el tiempo de manera descuidada y, en ausencia de declaración judicial alguna, disponer el renacimiento –después de estar bajo tierra- de la acción de enriquecimiento cambiario. Estos dos últimos argumentos fueron así presentados por la Corte:

“No puede distraerse la atención en cuanto que el propósito del legislador al fijar términos u oportunidades, para la realización de ciertos actos, busca, esencialmente, combatir que las situaciones que atañen a los procesos o efectividad de los derechos, queden en la indefinición o incertidumbre, o entronicen el pleno arbitrio de una de las partes; aspecto que no se lograría al conceder al acreedor-demandante la posibilidad de decidir cuándo da inicio al proceso ejecutivo y a partir de ello controlar el momento en que se inicia el cómputo del término previsto en el artículo 882.”

Aquí, en un sentido diferente al argumento de Ardila de 2001 también se invoca la imposibilidad de favorecer al acreedor. Según Ardila la

tesis marcadamente objetiva de la Corte terminaba facilitándole el camino al acreedor descuidado dado que no tendría ya que iniciar un proceso ejecutivo pues será en el proceso de enriquecimiento cambiario donde eventualmente se decidirá si la prescripción ha ocurrido. Ahora, desde una dimensión objetiva de la prescripción, el argumento de la Corte afirmaba que requerir la declaración judicial derivaba en la posibilidad de que el acreedor se abstuviera de iniciar cualquier acción judicial con el propósito de extender de manera indeterminada la ocurrencia del fenómeno prescriptivo.

Finalmente, la Corte invoca un argumento cuyo origen parece ser el sentido común y que ataca directamente la fundamentación de la aclaración de voto ya comentada. Advierte que el punto de partida debe ser la consideración según la cual, ordinariamente, las personas adquieren sus compromisos y los cumplen espontáneamente sin que para ello se requiera, entonces, el inicio de una acción judicial. La posición de 2007 parece oponerse a la fundamentación ética de Ardila de acuerdo con la cual debe esperarse a que el acreedor aduzca la prescripción dado que es posible que así no vaya a proceder. Por ello, en esta oportunidad sostiene la Sala Civil, que la no utilización de las formas de pago por el deudor permite creer que, en realidad, este no quiere pagar y por ello pretende favorecerse de la prescripción de manera tal que no es necesario esperar el inicio de un proceso¹².

La refrendación de su postura la hacia la Corte con argumentos cada vez más fuertes y que iban tocando con más fuerza el corazón de la posición disidente. Ellos fueron ratificados, a través de la reproducción de extensos apartes de la sentencia de 2007, en la determinación adoptada el 26 de junio de 2008¹³. Sin embargo, la expresión de un nuevo desacuerdo sobrevendría ahora en una nueva decisión del año 2009

¹² Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia de fecha 19 de Diciembre de 2007. Exp. 00101-01. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Recogía así la Corte este último argumento: "(...) en regla de principio, las deudas se satisfacen sin la intervención del aparato estatal, las personas contratan o adquieren compromisos no pensando en la coacción para satisfacerlas; por ello, no puede aceptarse que el legislador haya incorporado como condicionante de la acción de enriquecimiento el que se hubiese proferido decisión judicial como referente para la contabilización del término extintivo de esta acción. Desde luego, atendiendo el acontecer normal de las cosas, es dable colegir que quien no ha acudido a los mecanismos ordinarios o legales de pago pretende hacer valer en su favor la prescripción en caso de que el acreedor no reclame oportunamente lo suyo."

¹³ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia de fecha 26 de Junio de 2008. Exp. 00112-01. M.P. Cesar Julio Valencia Copete

3.3 La sentencia del 13 de octubre de 2009 y el salvamento del magistrado Solarte

Ahora un nuevo banco iniciaba un proceso ordinario que tenía como propósito, luego de probar los presupuestos de la acción de enriquecimiento cambiario, obtener la restitución correspondiente. A sus pretensiones no se accedió advirtiendo que la prescripción de la acción de enriquecimiento cambiario se había producido dado que había transcurrido más de un año de operada la prescripción de la acción cambiaria. Esta negativa se había propuesto a pesar de que el demandante se ocupó de formular oportunamente la acción ejecutiva contra el deudor cambiario y, ante la defensa de este, propuso la interrupción natural de la prescripción. Sin embargo, cuando el proceso ejecutivo concluyó, lo propio había hecho el término de prescripción.

La mayoría de la Corte ratifica su posición. Nada, absolutamente nada puede paralizar el inicio del cómputo del término de prescripción. Este, irremediablemente, deberá contarse desde el momento mismo en que han transcurrido los plazos para la prescripción de la acción cambiaria sin que, en ningún caso, se requiera declaración judicial alguna. No podrá alegar el acreedor que había iniciado el proceso ejecutivo y que este aún no había concluido. Tampoco podrá alegar la posible ocurrencia de eventos que interrumpen o suspenden el término de prescripción. La jurisprudencia continúa siendo dominada por la objetividad y para ello se invoca con fuerza la sentencia de 2007¹⁴.

Arturo Solarte, magistrado que se había mantenido en silencio frente a la decisión de 2008, expresaba ahora sus inquietudes sobre la

¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia de Fecha 13 de octubre de 2009. Exp. 00605-01. M.P. Cesar Julio Valencia Copete. Dijo la Corte: Esclarecido, como quedó expuesto, según reiterada jurisprudencia, que no es indispensable fallo alguno que declare la prescripción de la acción cambiaria en orden a empezar a computar el año respectivo, pues este periodo debe contarse a partir del vencimiento previsto por la normatividad respectiva para que sobrevenga la prescripción o irrumpa la caducidad, sin más exigencias, resulta entonces palmario que ni el adelantamiento del proceso ejecutivo ni la eventual demora en su decisión final, en cualquier sentido, pueden retardarla o erigirse en otro punto de partida para iniciar el conteo del plazo destinado a la promoción de la *actio in rem verso*. (...) Deviene así evidente que admitir interpretación distinta como la que ensaya la censura, según la cual se suspende el plazo cuando media tal proceso, sería avanzar en contravía de lo que jurisprudencia y doctrina, amparadas en el texto legal, han venido sosteniendo con insistencia, dado que si no puede el proceso de ejecución constituir jamás elemento indispensable para establecer la consumación del periplo, lógicamente su adelantamiento tampoco habrá de servir como obstáculo al libre tránsito del plazo establecido (...)".

perspectiva de la Corte¹⁵. Se disponía a atacar la tesis objetiva con argumentos que abrían –en verdad abren- un nuevo capítulo. De una parte, se encuentra el argumento de la contradicción y, de otra, el argumento del desconocimiento de la naturaleza jurídica de la prescripción extintiva.

El primero, cuestionando los comportamientos que la posición de la Corte incentiva, destaca que a partir de esa línea argumentativa los acreedores deberán iniciar al mismo tiempo la acción cambiaria y la de enriquecimiento cambiario sosteniendo, precisamente, posiciones del todo contradictorias en uno y otro escenario. De esta manera mientras que en la acción ejecutiva el demandante negará cualquier rastro de prescripción, en la ordinaria argumentará que ella ya se ha producido y en esa medida el empobrecimiento se ha consumado. Ese punto de partida termina demostrando que la tesis de la Corte conduce a desconocer la naturaleza subsidiaria que se adscribe a la acción regulada por el artículo 882.

El segundo, anudado a la idea subjetivista defendida desde el 2000 por Ardila, señala que la posición de la Corte desconoce que la prescripción extintiva “debe tener fundamento en la inactividad y la desidia del titular en ejercer el derecho que tiene a su disposición” de manera tal que si ello no ocurre no puede aceptarse su ocurrencia. Es precisamente en este punto que encuadran supuestos en los que, por ejemplo, se advierte la presencia de fenómenos como la suspensión o interrupción de la prescripción.

Estos argumentos conducen a Solarte a señalar que no puede ser en todos los casos afirmada la tesis objetiva de la prescripción. Dependerá de cada evento y, al establecer esa condición, quien ahora salva el voto evita deslizarse de manera completa hasta la posición de Ardila. Concluye entonces sugiriendo “que no se puede establecer un criterio excesivamente rígido que conduzca a situaciones contradictorias (...) que traten con excesivo rigor al acreedor cambiario de buena fe que, ante el incumplimiento de su deudor, se ve forzado a emprender la acción cambiaria, (...) y al que posteriormente, al terminar desfavorablemente para él el proceso ejecutivo que adelantaba, se le

¹⁵ Dos magistrados de la Corte, Villamil Portilla y Arrubla Paucar, aclaran su voto en esta providencia. Sin embargo, sus planteamientos recaen no en relación con la forma de contabilizar la prescripción sino, en otra dirección, con la manera de probar el enriquecimiento y el empobrecimiento en este tipo de acciones

sorprende con que la acción de enriquecimiento cambiario prescribió cuando aún estaba intentando cobrar el título valor.”

Es claro entonces que con moderación, en esta última etapa de la jurisprudencia, Solarte plantea una posición intermedia que reconoce las virtudes y dificultades de las dos posturas que hasta el momento se invocaban. Ello parece abrir una nueva discusión en la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

4. CONCLUSIONES

La jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha planteado, en materia de punto de partida para contabilizar el término de prescripción de la acción de enriquecimiento cambiario, tres posturas relativamente claras. Estas perspectivas batallan su espacio de diferente manera pero, en cualquier caso, plantean perspectivas diferentes en lo referido a la relación entre plazo de prescripción y comportamiento del acreedor. Una de ellas advierte que ninguna relación existe. Otra advierte que la relación es inevitable y la última advierte que la existencia de esa relación impone la necesidad de examinar, en cada caso, las condiciones bajo las cuales transcurrió el plazo.

La relevancia del comportamiento del acreedor en la interpretación del artículo 882 constituye entonces una cuestión central. Algunas de las posiciones le radican una fuerza especial al paso que otras destacan que tal potencia no debe serle conferida. En el contexto de esta discusión aparecen, además, posiciones más o menos sensibles, en sus resultados, a los intereses de los acreedores.

EL SIGNIFICADO DEL ARTÍCULO 1096 DEL CODIGO DE COMERCIO: ENTRE EL NOMINALISMO Y EL REALISMO

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Luis Andrés Zambrano Cruz, Diego Fernando Burbano Muñoz, Betsy Batista Cardona, Giovanni Yair Gutiérrez Gómez, Paulo Cesar Ramírez Dávila, Fernando Javier Arrieta Burgos en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

1. INTRODUCCIÓN

Los intentos por establecer la definición correcta del artículo 1096 del Código de Comercio expresan una muy fuerte disputa en la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. No ha sido posible, en la época reciente, conseguir un consenso sobre el alcance de las posibilidades de reclamación que tiene la sociedad aseguradora cuando se subroga, en el contexto de los denominados seguros de daños y en virtud del pago que hace al asegurado, en los derechos de este frente al responsable del daño.

El artículo 1096 del Código de Comercio dispone lo siguiente:

El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado.

Habrá también lugar a la subrogación en los derechos del asegurado cuando éste, a título de acreedor, ha contratado el seguro para proteger su derecho real sobre la cosa asegurada.

Los problemas de interpretación vinculados a este artículo se han referido al significado de la expresión “hasta concurrencia de su importe”. Para un sector de la Corte, tal frase implica que la aseguradora subrogada cuenta con un derecho a obtener del responsable del siniestro una suma igual al valor nominal pagado al asegurado por aquella. Otra opinión es sostenida por quienes advierten que las palabras utilizadas por el artículo 1096 implican que el derecho de la aseguradora que se subroga se extiende, no solo a la obtención del valor nominal pagado, sino también a la corrección monetaria correspondiente.

La relevancia del asunto se evidencia con claridad cuando se presenta un ejemplo de la cuestión:

La Sociedad A celebra con la Aseguradora B un contrato de seguro que tiene por objeto amparar los riesgos asociados a la sustracción de los vehículos que aquella conserva en instalaciones de su propiedad. A su vez, la Sociedad A celebra con la Cooperativa de Seguridad C un contrato de vigilancia a efectos de garantizar la seguridad de sus oficinas. Como consecuencia de una actuación negligente de la Sociedad C, varios vehículos de propiedad del asegurado (Sociedad A) son sustraídos. A raíz de ello y con fundamento en lo establecido en la póliza de sustracción correspondiente y en la cuantía de la cobertura, la Sociedad A formula la reclamación respectiva. Debido a tal circunstancia la Aseguradora B desembolsa –en el año 1- la suma de cien millones de pesos que corresponden a la cuantía del daño. Una vez hecho el pago, la Aseguradora -con fundamento en lo dispuesto en el artículo 1096- demanda a la empresa C con el propósito de que esta le *restituya* la suma de ciento quince millones correspondientes al valor nominal pagado más lo correspondiente a la corrección monetaria derivada del transcurso del tiempo –en el año 10-.

La cuestión consiste entonces en establecer cuál es el valor que a través de la acción iniciada por la aseguradora puede reconocer la jurisdicción. “Hasta concurrencia de su importe” ¿significa que la Sociedad C solo estaría obligada a pagar \$100.000.000? o “Hasta concurrencia de su importe” ¿significa que la Aseguradora B podría reclamar la suma de \$115.000.000?

Pues bien, tal y como se señaló, no existe en la actualidad un acuerdo judicial sobre la respuesta correcta. En menos de treinta años, las posiciones han alcanzado extremos opuestos y quienes se afirmaban triunfadores inicialmente han terminado por ser vencidos.

2. • GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Resulta jurídicamente posible que el asegurador que se ha subrogado en los derechos del asegurado demande del tercero el pago de la suma desembolsada aplicando la corrección monetaria?

TESIS A

No resulta posible aplicar la corrección monetaria la suma pagada por el asegurador debido a la limitación impuesta por la expresión "importe" del artículo 1096 del Código de Comercio.

SC Civil, 22-01-1981		
SC Civil, 06-08-1985		
SC Civil, 23-08-1993		
SC Civil, 13-10-1995		S.V. Tamayo
SC Civil, 25-08-2000		S.V. Trejos, Jaramillo
SC Civil, 22-11-2001		S.V. Trejos, Jaramillo
S.V. Ardila, Munar		SC Civil, 18-05-2005
S.V. Ardila, Munar		SC Civil, 22-11-2005

TESIS B

Es jurídicamente procedente la aplicación de la corrección monetaria a la suma de dinero pagada por el asegurador dado que el límite derivado del artículo 1096 se refiere a una porción del derecho a la indemnización y no a una suma de dinero.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

3.1 De 1981 y la tesis nominalista al primer desacuerdo en la corte

De manera pacífica el 22 de enero de 1981, el 6 de agosto de 1985 y el 23 de septiembre de 1993, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que el asegurador subrogado solo se encontraba legitimado para reclamar el valor nominal desembolsado al asegurado.

En 1981 estableció la Sala de Casación Civil¹⁶ una equiparación entre la expresión “importe” y la frase “valor de la suma pagada” a fin de prohibir que el asegurado reclamara una cantidad superior a la efectivamente desembolsada. Para ello la Corte destaca, adicionalmente, que el contrato de seguro, conforme al principio indemnizatorio, no podría constituir una fuente de enriquecimiento y, en tal sentido, el derecho de la aseguradora, disciplinado por el artículo 1096, debe ser interpretado de la forma más restrictiva posible. Este argumento es especialmente funcional para la posición de la Corte dado que considerando la corrección monetaria como un pago adicional al valor que se actualiza, la prohibición de enriquecimiento fundamentaría la proscripción de su aplicación.

El principio indemnizatorio y una especial comprensión de la corrección monetaria constituyan las piezas del preámbulo argumental de lo que seguiría.

Corría el año 1985 y una nueva disputa sobre la aplicación de la corrección monetaria ocupaba la atención de la Corte¹⁷. Nuevamente se constata en su postura la idea de que la corrección monetaria es algo ajeno o complementario al valor del daño. Conforme a tal comprensión deja sentado, de manera muy clara, que el derecho del asegurador tiene como limitación la suma *del día del pago de la indemnización*.

La Corte no se detiene en ese argumento que, en realidad, era un intento por precisar el planteamiento de 1981. Complementa su posición

¹⁶ Sentencia de fecha 22 de enero de 1981. G.J. CLXVI.

¹⁷ Sentencia de fecha 6 de agosto de 1985 G.J. CLXXX.

señalando que no es posible afirmar que el asegurador haya sufrido un perjuicio y, por ello, no podría admitirse que tenga derecho a la reparación integral. El razonamiento de la Corte destaca entonces que el pago que realiza el asegurador y en virtud del cual se subroga, tiene su fuente en una obligación contractual a su cargo que impide su asimilación a un perjuicio. Esta imposibilidad de asimilación se afirma, complementariamente, en el hecho de que el asegurador ha recibido, para asumirlo, un pago a través de la prima establecida en el contrato de seguro. El costo de no poder exigir la corrección monetaria se encontraría ya incluido en el cobro que lleva a cabo la aseguradora.

Es evidente que la posición de la Corte tiene como propósito ubicar las pretensiones de la aseguradora en un ámbito exclusivamente contractual, a fin de evitar que la argumentación se deslice hasta el punto de sostener que el derecho del asegurado frente al tercero es idéntico al de la aseguradora subrogada respecto de este. Este intento por aislar en su comprensión las dos relaciones resulta muy útil y permite afianzar, al mismo tiempo, la tesis de acuerdo con la cual la subrogación del 1096 es un caso especial de subrogación, diferente entonces a la regulada en el Código Civil.

En 1993 continuaba la Corte defendiendo su postura a la que ahora, sin embargo, adicionaba un nuevo argumento. Luego de destacar que la disposición del Código de Comercio referida la subrogación claramente establecía un límite cuantitativo inmodificable por sus rasgos de orden público¹⁸ y que, por ello, no podía verse impactado por ninguna consideración¹⁹, sostuvo que la interpretación propuesta constituía una forma de garantizar la seguridad jurídica dado que, ex ante, se definía una frontera a las pretensiones de la aseguradora. Según la Corte, el límite establecido por el Código de Comercio protegía al tercero que, de antemano, sabía cual sería su obligación frente a la aseguradora.

Era claro el intento de la Corte por afianzar su posición que el 13 de octubre de 1995 se vio amenazada por el penetrante salvamento de voto del Magistrado Tamayo Jaramillo.

¹⁸ La condición de orden público del artículo 1096 le permitió a la Corte negar la validez los pactos que para eludir las restricciones asociadas a la subrogación, se orientaban a instrumentar operaciones de cesión entre asegurados y asegurado.

¹⁹ Decía la Corte: "En efecto, para determinar el límite cuantitativo del objeto subrogado se toma únicamente en cuenta el valor de lo pagado por el seguro, con independencia del valor de las primas pagadas, o del mayor valor del objeto asegurado o de las circunstancias posteriores al pago, como son su deterioro monetario, improductividad financiera etc."

3.2 La sentencia del 13 de octubre de 1995 y el primer salvamento de voto

Para el examen de la Corte se presenta una nueva demanda instaurada por una aseguradora en contra del causante del siniestro. Se solicita el pago de la suma desembolsada al asegurado con la correspondiente corrección monetaria aplicable desde el momento en que se llevó a cabo el pago.

La Corte reitera su posición una vez más. Para ello se apoya en lo ya dicho el 22 de enero de 1981. Ratificando la argumentación de decisiones pasadas, invoca el artículo 27 del Código Civil a fin de sostener que la claridad del texto literal del artículo 1096 del Código de Comercio impide cualquier intento por encontrar otro significado. No obstante el anuncio sobre la claridad del texto, la Corte se esfuerza por exponer los propósitos del artículo destacando que no es, de ninguna manera, la protección del asegurador. Dice sobre esto último:

En este orden de ideas, el fundamento de tal subrogación no es proteger pecuniariamente al asegurador, quien, por el contrario, encuentra en el cobro de la prima la contraprestación económica de sus compromisos, siendo allí, dentro de la relación asegurado-asegurador donde se fija el equilibrio contractual, el cual por virtud de la aplicación de los principios del “cálculo de probabilidades” y la “previsión de lo imprevisible”, no se resquebraja ni sufre mella alguna cuando el asegurador paga la indemnización, es decir, cuando cumple lo pactado”²⁰

De esta forma, si la finalidad de la subrogación no consiste en proteger al asegurador que ya ha satisfecho sus objetivos contractuales al definir la prima en el marco de *todo* el negocio asegurador, no constituye una preocupación fundamental de la Corte la integridad del pago. Si bien no renuncia la Corte a los argumentos que ha venido exponiendo desde 1981, la teleología de la norma tampoco podría sugerir un ajuste en su posición. Puede plantearse el argumento de otra forma: si el asegurador ya ganó al celebrar el

20 Allí mismo continua la Corte: “Se infiere de lo dicho que la sociedad aseguradora no se empobrece por pagar lo que debe en razón de un contrato cuya singular estructura le permite obtener la contraprestación económica con base en principios técnicos universales. Si así no fuera, no se sabría, entonces, qué papel jugaría la prima dentro del contrato de seguro”

contrato de seguro, no es función de la subrogación intentar equilibrar o ajustar relación alguna. El asegurador solo está cumpliendo el contrato.

Entonces, cabe preguntarse, cuál es sino ese, el objetivo que inspira el artículo 1096. La finalidad es evitar que el causante del daño pueda enriquecerse a pesar de haber causado un perjuicio. Habiendo pagado la aseguradora debe contar con la posibilidad de reclamar al responsable dado que, de otra manera, este se habría liberado de toda obligación.

Este argumento de la Corte se expone a una objeción muy importante. Si la aseguradora no puede reclamar la suma pagada con la correspondiente corrección monetaria ¿no se estaría enriqueciendo en ello el tercero responsable? La respuesta se funda en su comprensión de la corrección monetaria. Al ser esta un complemento del valor del daño y no simplemente una actualización, no existiría razón alguna para autorizar a la aseguradora su cobro.

Insatisfecho con la explicación de la Corte, Javier Tamayo Jaramillo enfila su esfuerzo a cuestionar la argumentación de la Corte.

Empieza por señalar que resulta incomprensible el uso que del artículo 27 del Código Civil hace la mayoría de la Corte. Según debe recordar el lector, la Corte advierte que es tal la claridad del artículo 1096 del Código de Comercio, que el intérprete debe limitarse a su texto literal sin intentar consultar *espíritu* alguno. Tamayo Jaramillo sostiene que si la postura de la Corte fuese correcta no habría sido posible, en el ordenamiento jurídico colombiano, reconocer la corrección monetaria como instrumento de equidad y equilibrio patrimonial. De esta manera, dice Tamayo, a pesar del artículo 1627 del Código Civil²¹ y de la claridad de su texto literal, la jurisprudencia terminó por admitir la necesidad de actualizar su valor al momento del pago. Se trataba de un verdadero ataque a la coherencia de la Corte.

El salvamento no se detiene y propone una interpretación diferente del artículo 1096. Señala que la restricción impuesta a los derechos del asegurador tiene como objetivo “*impedir que la totalidad de los derechos*

²¹ El inciso primero del artículo 1627 establece: “El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes.

indemnizatorios que contra el causante del daño tenga el asegurado, pasen al asegurador que cubrió el siniestro". La participación de la aseguradora es sobre la parte del daño que cubrió y, al recaer sobre esa porción, tiene derecho a demandar del tercero su cubrimiento total. En otros términos, el derecho no recae sobre la suma sino sobre un fragmento del daño²².

Adicionalmente, luego de expresar un argumento que sería reconocido posteriormente por la Corte de acuerdo con el cual la corrección monetaria solo tiene como finalidad mantener el *valor intrínseco* de lo que ha pagado la aseguradora, precisa que la interpretación de la mayoría produce un enriquecimiento sin causa del tercero dado que como consecuencia de la tesis sostenida ese tercero se habría empobrecido menos de lo que correspondía.

Queda así inicialmente cerrado este capítulo. La fuerza argumentativa del salvamento era un augurio del posible debilitamiento de la tesis hasta el momento vencedora. Cinco años después se activa nuevamente la disputa y son ahora dos magistrados nuevos en la Corte quienes salvarían su voto.

3.3 La resistencia de la tesis nominalista y la profundización del desacuerdo

La Corte Suprema se ocupó nuevamente del asunto en dos sentencias cuyos considerandos y salvamentos de voto son gemelos. Ello ocurrió el 25 de agosto de 2000 y el 22 de noviembre de 2001.

Luego de reconstruir la historia de las posiciones de la Corte Suprema desde 1981, la Corte concluye que "[s]on tan sólidos los criterios jurisprudenciales acabados de memorar, que la Sala no puede menos de prohijarlos en esta ocasión". Sin embargo, se esfuerza por ofrecer más razones. Ello sin duda alguna, es producto de la presión de los Magistrados Trejos y Jaramillo que ahora se opondrían a la tesis de la Corte.

Empieza la posición mayoritaria por destacar que el derecho de la aseguradora no consiste en ser indemnizada sino, en una dirección diferente

²² Tamayo Jaramillo dice: "Obsérvese que la norma habla de subrogación de "derechos" y no de sumas; por lo tanto, no puede reducirse esos derechos al valor monetario que para el momento del pago del siniestro ellos tenían. Para lo favorable y para lo desfavorable, el asegurador recoge en su patrimonio, los derechos que contra el responsable tenía el asegurado".

y dada la singularidad del artículo 1096, en ser reembolsada. Esta distinción encuentra apoyo en lo ya dicho por tal tribunal en relación con el hecho de que la prerrogativa de la aseguradora se deriva, no de su condición de víctima, sino de una especial disposición legislativa orientada a evitar que el tercero causante del daño se enriquezca.

Este razonamiento permite a la Corte sustraer del principio de equidad, al que se anuda la corrección monetaria, el derecho al reembolso. Tratándose entonces de un derecho diferente al de ser indemnizado, la exigencia de equidad contemplada para este último no se aplica. La aseguradora no es víctima, afirma la sentencia. La aseguradora, a diferencia de las hipótesis ordinarias de subrogación, no paga deuda ajena sino que paga la deuda propia derivada de la celebración del contrato de seguro. Ello justifica la regla especial²³.

Recapitulando la construcción argumental de la Corte, podría decirse que los argumentos de la tesis nominalista son, fundamentalmente, los siguientes: la prohibición de enriquecimiento asociada al carácter indemnizatorio del seguro, la comprensión de la corrección monetaria más allá de una simple actualización, la imposibilidad de consultar el *espíritu* del artículo 1096 del Código de Comercio dada la claridad de su texto, la singularidad de la subrogación regulada en tal disposición, la importancia de establecer con precisión la suma que el tercero puede verse obligado a reembolsar, el

23 Resume el argumento la Corte: "En otros términos, al pagar el asegurador, libera o extingue la obligación del autor del daño, respecto del asegurado, hasta la cuantía de lo pagado, merced a la existencia de un contrato de seguro que protegía a la persona que precisamente le trasladó el riesgo, quedando aquél subrogado, hasta esa cuantía, en los derechos del asegurado, según el imperativo legal. Es posible que de cara a esta disposición, el monto de la condena a cargo del responsable del daño no resulte igual a aquel que hubiera arrojado si el demandante fuese la propia víctima, porque para ésta no existe norma que de suyo limite, y su reclamo, ese sí indemnizatorio, podría gozar de mayor amplitud; mas, como ya se dijo, el diverso resultado se explica por la presencia de un asegurador que, con arreglo a sus fines, ayuda a paliar las pérdidas, sin que por ello adquiera la calidad de víctima o de directamente perjudicado, pues el hontanar de su obligación es muy otro, a saber, el contrato de seguro, dentro de cuyo marco ha recibido contraprestación. Total que el asegurador no puede pretextar que la consabida limitación legal implique un empobrecimiento suyo. Ni es dable alegar, por otra parte, que sin la corrección monetaria el demandado resultaría pagando una cosa diferente a la debida, en lo que se violaría el artículo 1627 del Código civil, pues sea lo que fuere, el caso es que el censor pasa de largo ante el hecho de que es la propia norma la que deja lugar a reservas, al disponer, a renglón seguido, que todo ello es sin "perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes", con lo que dejó de lado explicar, como es de necesidad en un recurso dispositivo, porqué su caso lo enmarca en la regla general y no cuadra dentro de las excepciones, siendo que, como viene de verse, la subrogación del artículo 1096 es asaz particular."

origen de la obligación del asegurador se encuentra en el contrato y por ello, cuando paga, cumple una obligación propia.

Es importante destacar que subyace a este conjunto de argumentos una idea que de vez en cuando se asoma en las palabras de la Corte. La prioridad no consiste en proteger a la aseguradora dado que el cobro de la prima ha satisfecho sus expectativas. Por eso es posible que en lugar de amparar el interés *indemnizatorio* –que no lo es– de la aseguradora, se autorice que el tercero se enriquezca un poco.

No es esta una idea compartida por los Magistrados Trejos y Jaramillo en sus salvamentos de voto. El primero inicia señalando que no debe ser el intento de mantener el equilibrio entre el asegurador y el asegurado la motivación al interpretar el artículo 1096. El objetivo, fundado en la equidad, “*reclama la reparación cabal e íntegra de quien, por su incumplimiento, verdaderamente causó los perjuicios*”.

A partir de esta idea edifica, paso a paso, su desacuerdo. En primer lugar, parece considerar que la subrogación del Código de Comercio tiene como efecto, al igual que el pago que por un tercero se hace según las reglas del Código Civil, la ubicación de quien así procede en el mismo lugar de la víctima disponiendo, por ello, de idénticas acciones. En segundo lugar, estima que la expresión “importe pagado” no hace imposible considerar la acreencia que así nace, como una deuda de valor que, por ello y siguiendo las reglas generales, puede ser objeto de corrección monetaria. En tercer lugar e intentado objetar el argumento conforme al cual la acción del asegurador es de reembolso y no de indemnización, sostiene que la frase ‘hasta el importe de lo pagado’ “*solo establece un tope cuantitativo de referencia, y no cualitativo en cuanto al ejercicio de las acciones pertinentes*” de manera tal que siendo *de la misma calidad*, la corrección monetaria debería ser aplicada. Finalmente advierte que la corrección monetaria procede por razones de equidad y que para negarla no puede invocarse –como parece hacer a través de su idea subyacente la mayoría de la Corte– razones asociadas, por ejemplo, a la posición de supremacía de la aseguradora pues, siendo o no poderosa, tiene el mismo derecho a recuperar integralmente lo que paga por cuenta de un tercero.

El Magistrado Jaramillo por su parte, en una redacción que contenía los argumentos que habrían de ser expuestos en la decisión de fecha 18 de mayo de 2005, modificatoria del precedente, expone con especial fuerza las razones de su desacuerdo. Lo importante, en verdad, es que en estrecha conexión con el punto de partida del salvamento del Magistrado Trejos advierte que *"flaco favor se le hace a la responsabilidad civil, con todo lo que ella entraña en la órbita jurídica, cuando se libera al victimario de responder por un "plus" que, objetivamente considerado, no es nada distinto de un agregado (...) impotente para adicionarle valor real a su débito (...)"*. Esta idea, se complementa, como se ha visto, con los argumentos asociados al carácter derivado de la acción que confiere la subrogación y a la necesidad de aplicar a las pretensiones de la aseguradora en contra del tercero las mismas reglas que, en general, son empleadas para tratar el resto de las obligaciones pecuniarias.

Sería esta sentencia -atacada por dos salvamentos especialmente consistentes- el último suspiro de la tesis nominalista. Los argumentos de la mayoría habrían de ser empleados, desde ese momento, por la minoría. Así se llegaba a la sentencia del 18 de mayo de 2005.

3.4 La sentencia del 18 de mayo de 2005 y el anuncio de la tesis realista -no nominalista- en la interpretación del artículo 1096 del código de comercio.

3.4.1 El caso y la decisión

En una determinación dividida (cinco votos contra dos) de mayo de 2005, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que el artículo 1096 del Código de Comercio confería a la aseguradora el derecho a reclamar al causante del daño, debidamente indexada, la suma pagada al asegurado. La sentencia adoptada tuvo su origen en la demanda presentada por la Aseguradora Colseguros en contra de la sociedad propietaria de un vehículo automotor que, luego de infringir varias disposiciones de tránsito, había colisionado con otro vehículo que transportaba mercancías. Tanto aquel como estas se encontraban amparadas por pólizas expedidas por la citada aseguradora.

Colseguros planteó como pretensión económica el pago de una suma cercana a veintiocho millones de pesos, debidamente indexada y que correspondían al desembolso que en desarrollo de los contratos de seguro

había hecho al propietario del vehículo y al dueño de las mercancías que se habían visto afectados por la colisión. La decisión de primera instancia negó las solicitudes. Sin embargo, el Tribunal Superior de Bucaramanga, revocando la decisión de primera instancia, estimó parcialmente las pretensiones y ordenó, a la sociedad propietaria del vehículo, el pago -debidamente indexado-, de una suma cercana a quince millones de pesos.

Esta decisión fue cuestionada en casación por parte de la sociedad propietaria del vehículo, argumentando que la decisión del Tribunal, de una parte, desconocía los artículos 27 y 1096 de los Códigos Civil y de Comercio respectivamente en tanto no se encontraba autorizada la aplicación de la corrección monetaria y, de otra, se separaba de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Al emprender el análisis, la Corte anuncia su decisión de hacer un ajuste en la posición hasta el momento sostenida. Dice en el preámbulo de su decisión:

Con el propósito de explicitar la *ratio* de la modificación jurisprudencial que se realizará mediante esta providencia, es útil memorar, *ab initio*, que la Corte, desde hace más de dos décadas, ha sostenido mayoritariamente que las entidades aseguradoras, cuando ejercen la acción subrogatoria de que trata el artículo 1096 del Código de Comercio, no pueden reclamar del tercero causante del daño, *a posteriori*, el reconocimiento de la corrección monetaria de la suma -total o parcial- cancelada en su momento por el asegurador al titular de la prestación asegurada.

Es necesario entonces, reconstruir los argumentos de la tesis que se impuso en esta sentencia, ahora dominantes.

3.4.2 Dos tesis centrales de la corte: el carácter derivado de la acción de la aseguradora y la justicia del pago

Los ejes del razonamiento de la Corte para justificar su posición se articulan alrededor de dos argumentos a los que se anudan otros de relativa complejidad.

El primero de ellos tiene como propósito destacar que a pesar de la especialidad de la subrogación prevista en el artículo 1096 del Código

de Comercio, ella continúa vinculada con los principios generales que rigen tal instituto en el Código Civil. Esta afirmación tiene como finalidad destacar que el pago hecho por la aseguradora la ubica, atendiendo lo dispuesto en el mencionado artículo, en idéntica posición a la que tendría el asegurado en relación con el tercero causante del daño. Debido a ello la Corte advierte que en tanto el asegurado tendría la posibilidad de reclamar al causante del daño el valor íntegro de los perjuicios, no resultaría claro por qué la aseguradora, limitada por el daño cubierto, no tendría la facultad de solicitar la suma pagada con la correspondiente indexación.

La Corte sugiere entonces que en tanto subrogación la posición de la aseguradora es idéntica a la del asegurado. Por ello si cubre un daño, debe ser titular del derecho a obtener la restitución integral de lo pagado. Es claro que la Corte no discute el límite que impone la expresión “hasta concurrencia de su importe” dado que es evidente que la aseguradora no podría demandar del tercero responsable la indemnización correspondiente a daños no indemnizados por la aseguradora. Pero eso no implica, si se comprende adecuadamente la subrogación, una restricción a la actualización del valor inicialmente pagado.

Es en este punto en donde el argumento de la justicia del pago, que se consigue a través de la corrección monetaria, hace su aparición. La Corte advierte que la indexación no implica una complementación de la suma inicialmente pagada. De lo que se trata es de su actualización considerando los efectos que la inflación puede causar sobre ella. Sin embargo se trataría de una representación pecuniaria exacta del daño inicial. Por ello, si la limitación del artículo 1096 se encuentra representada por la extensión del daño y la corrección monetaria no es una forma de indemnizar sino de ajustar el valor debido, no existiría dificultad alguna para el reconocimiento –en la subrogación- de la corrección monetaria correspondiente. Este argumento, nuclear en el cambio jurisprudencial que materializó la Corte en el 2005 si se considera que constituye el prefacio de los argumentos subsiguientes, fue expresado por la Corte de la siguiente manera:

“Por consiguiente, al amparo de esta justiciera y novísima concepción, es necesario concluir que si la corrección monetaria no constituye un arquetípico daño -como antes expresa y categóricamente se le entendió

por un sector de la doctrina y por la propia jurisprudencia-, nada le agrega al concepto de perjuicio indemnizable, razón por la cual, la circunstancia de ajustar monetariamente la suma que el tercero responsable debe cancelar al asegurador, tan sólo cumple el propósito de preservar, en su cabal y recta extensión, el poder adquisitivo de la moneda y, por reflejo, la capacidad liberatoria ínsita en los signos monetarios de curso forzoso (valor puramente intrínseco), todo con meridiano apoyo en la equidad, en atención a que el daño, como tal, sigue siendo el mismo (unicidad del perjuicio), sin que, por tanto, se hubiere alterado un ápice"

La combinación de la consideración del carácter derivado de la acción del asegurador y de la naturaleza jurídica de la corrección monetaria constituyeron, entonces, los argumentos fundamentales de la adopción de la tesis no nominalista por parte de la Corte Suprema. Sin embargo el avance de esta tesis en el año 2005 no fue fácil dado que, desde 1981 la Corte había defendido abiertamente la tesis nominalista.

3.5 Los salvamentos de voto de los *últimos* nominalistas

Manuel Isidro Ardila Velásquez, ponente en las decisiones del 2000 y 2001, y Pedro Octavio Munar Cadena salvarían el voto en la sentencia, ya mencionada, del 18 de mayo de 2005.

El primero, en un tono de indudable molestia por el cambio jurisprudencial, destaca como inadmisible la asimilación que hace la sentencia entre la verdadera víctima del causante del daño y el asegurador que paga. La primera persigue una indemnización, el segundo un reembolso. Luego de destacar esto y de resaltar los límites que la jurisprudencia ha definido para la corrección monetaria, procede a reproducir lo que ya había dicho la Corte en la sentencia del 25 de agosto de 2000 en la que fue ponente.

Munar Cadena orienta su desacuerdo en una dirección diferente. Sus argumentos, expresados con claridad, destacan que la inexistencia de un proceso inflacionario severo así como la actividad de cálculo de riesgos desarrollado por la aseguradora para la definición de las primas que cobra, implica que no existan razones de equidad que puedan justificar la aplicación de la corrección monetaria en estos casos. El tono del salvamento de voto se opone a discutir nuevamente los puntos dogmáticos más refinados de la polémica.

Por el contrario, su planteamiento se dirige a cuestionar la extensión del antinominalismo asociado al uso de la corrección monetaria. Concluye entonces advirtiendo, después de distinguir entre la verdadera víctima y el asegurador, que aunque en el caso de la víctima se justifica dejarla *"en las mismas condiciones en las que se encontraba antes de sufrir el perjuicio"* ello no es necesario ante la aseguradora *"porque esta, a menos de existir abruptos y severos procesos inflacionarios ya lo ha hecho anteladamente"*.

El cambio en la línea de argumentación es especialmente interesante dado que ubica la polémica en un escenario diferente al que se había delineado hasta el momento. Sin embargo, por ahora, no parece cercano un ajuste en la interpretación mayoritaria del artículo 1096 del Código de Comercio.

4. CONCLUSIONES

La definición del alcance de las palabras empleadas por el artículo 1096 del Código de Comercio ha suscitado, según se presentó, las más diversas opciones hermenéuticas. En la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia dos han sido las respuestas posibles. Ellas se mueven en un péndulo cuyos extremos pueden caracterizarse como nominalistas y realistas (antinominalistas). Las primeras afirman que el derecho a obtener el “importe” se refiere a la “suma pagada” al paso que las segundas indican que ese derecho se refiere o recae sobre el daño cubierto y, por ello, la suma podría actualizarse para conservar su *valor intrínseco*.

Las opciones interpretativas que han quedado expuestas tienen diversa naturaleza. Algunas de ellas se concentran con mayor intensidad en la naturaleza jurídica de la subrogación intentando encontrar similitudes o diferencias con la regulación que de ella hace el Código Civil. Otras se vinculan más directamente con las finalidades que podrían justificar el artículo 1096 del Código de Comercio. También algunos de los planteamientos, se concentran en el significado específico de las palabras que componen el enunciado del referido artículo. Finalmente, se encuentran aquellas que destacan la justicia o injusticia de una u otra solución.

Lo cierto es que a pesar de la diversidad de argumentos y enfoques, las respuestas se ubican en polos totalmente opuestos. Se reconoce o no la corrección monetaria. No se evidencian posturas intermedias que sugieren la posibilidad de llegar a un consenso en la Corte. La distancia no solo es dogmática. También se vincula con la perspectiva que cada uno de los jueces asume en relación con la actividad de aseguramiento.

En un periodo muy corto de tiempo los salvamentos de voto han ejercido una presión indudable. Los cambios en la composición de la Corte permitieron abrir canales de ajuste del precedente. No obstante, debe insistirse, el desacuerdo es profundo y ello se comprueba con claridad cuando se examina la forma no solo en que procede la Corte sino también en la manera en que discurren las instancias.

LA PRUEBA DEL EMPOBRECIMIENTO EXIGIDO PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO CAMBIARIO

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Jenny Carolina Martínez Rueda, Liliana Emperatriz del Rocio Riaño Eslava, Melvin Munir Cohen Puerta y Eliana María Toro Duque en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

1 ● INTRODUCCIÓN

La acción de enriquecimiento cambiario ha sido consagrada en el Código de Comercio como una figura que, dado su natural parentesco con la acción de enriquecimiento sin causa, es absolutamente excepcional²⁴. Establece el tercer inciso del artículo 882 del Código de Comercio que esta acción procederá contra quien se hubiere enriquecido como consecuencia de la ocurrencia de los fenómenos de caducidad de las acciones cambiarias o de prescripción de los derechos incorporados en el título valor. Es el siguiente el texto del inciso tercero de la referida disposición:

"Si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá así mismo; no obstante, tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año."

Diferentes asuntos han sido planteados alrededor de la naturaleza y condiciones de prosperidad de esta acción y, en particular, se ha

²⁴ Este parentesco no hace a las figuras iguales dado que, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia, la subsidiariedad en el caso del enriquecimiento cambiario no opera de la misma manera debido a que precisamente parte de la extinción de las posibilidades de demandar por la caducidad de la acción cambiaria o la prescripción de los derechos cambiarios.

suscitado recientemente una disputa acerca de la forma en que deben –o pueden- probarse los supuestos que hacen posible su prosperidad. La pregunta ha consistido, de manera particular, en la posibilidad o no de dar por acreditado el empobrecimiento y correlativo enriquecimiento aportando, para ello, los títulos valores impagados como consecuencia del acaecimiento de la prescripción o de la caducidad.

La Sala de Casación Civil reconstruyó el debate sobre el asunto en la sentencia de fecha 26 de junio de 2007. Allí la Corte precisó la existencia de dos tesis. La primera de ellas orientada a sostener que bastaba la presentación de los títulos valores afectados por la caducidad o la prescripción para acreditar el empobrecimiento y correlativo enriquecimiento. La segunda, dirigida a advertir que no resulta prueba suficiente del enriquecimiento y empobrecimiento correlativo, la aportación de los títulos valores impagados sino que resultaba necesario aducir elementos de prueba adicionales que demuestren el perjuicio correspondiente.

Ello puede ser planteado con un ejemplo corto. La Sociedad X es titular de la acción cambiaria derivada de la suscripción de un pagaré en el que la obligada cambiaria es la Corporación B. La suscripción por parte de B del título valor tuvo como propósito pagar a X el valor de un vehículo vendido por este a aquel. La Sociedad X deja caducar la acción cambiaria y, en consecuencia, la Corporación B se abstiene de descargar el título valor. A raíz de ello la sociedad acreedora demanda por enriquecimiento cambiario a B dado que este se habría enriquecido por no llevar a cabo el pago del título.

Según una de las tesis de la Corte bastaría que la Sociedad X presente el pagaré no descargado para, de esa manera, demostrar el empobrecimiento y el enriquecimiento correlativo. Según la otra tesis, el demandante en la acción de enriquecimiento cambiario debe demostrar adecuadamente la celebración del contrato de compraventa y, adicionalmente, la circunstancia de haber efectuado la tradición sin recibir, finalmente, pago alguno.

Así pues, al lado de las discusiones relacionadas con el momento a partir del cual se contabiliza el término de un año para iniciar la acción de enriquecimiento cambiario o con la naturaleza jurídica de la acción, la jurisprudencia de la Corte ha discutido con fuerza la manera de probar los extremos de la acción de enriquecimiento cambiario.

Las tesis enunciadas son relativamente claras en las decisiones de la Corte y, al menos en lo esencial, no parecen propiciar posturas intermedias. Las posiciones en la Corte reflejan puntos de partida diferentes en relación con el significado de los títulos valores cuando ha decaído ya la relación cambiaria y, adicionalmente, parten de perspectivas opuestas en relación con la apertura que debe ofrecerse al original acreedor cambiario para el reclamo y prueba de su empobrecimiento.

Cada una de ellas, además, propone grados de confianza dispares respecto del demandante en la acción de enriquecimiento cambiario. La tesis dominante en la Corte asume que el acreedor cuyo derecho cambiario se encuentra desprovisto de eficacia puede llegar a abusar de la acción intentando usarla para aquello que a su disposición estaba en el marco del proceso ejecutivo. Por el contrario, la tesis minoritaria sugiere que debe partirse del supuesto de la buena fe en el comportamiento del acreedor quien intentará recuperar aquello que lo ha empobrecido y, sin una causa suficiente, a otro ha enriquecido.

Lo anterior sugiere que el punto de partida de ambas tesis es ciertamente diferente y no se asocia, de manera exclusiva, con la técnica probatoria. Por el contrario, el problema se asocia con la determinación de si se puede creer en el acreedor cambiario con la presentación del título valor ineficaz –por caducidad o prescripción- y trasladar la carga de no haberse suscitado enriquecimiento o empobrecimiento al deudor cambiario. Dependiendo de lo que ocurra en el punto de partida, será posible darle o negarle valor probatorio suficiente al documento que instrumenta la obligación cambiaria.

A continuación se presenta la historia reciente de este asunto.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Resulta jurídicamente posible acreditar el enriquecimiento y empobrecimiento requerido para la prosperidad de la acción contemplada en el artículo 882 del Código de Comercio aportando los títulos valores impagados?

TESIS A

No es suficiente la presentación de los títulos valores impagados dado que ello, entre otras cosas, desconocería la naturaleza extracambiaría de la acción regulada en el artículo 882.

SC Civil, 06-12-1993		
SC Civil, 25-10-2000		
SC Civil, 06-04-2005		S.V. Arrubla, Villamil
	C Const C-471/2004	
SC Civil, 26-06-2007		S.V. Arrubla, Villamil, Ardila
	SC Civil, T 18-09-2009	
SC Civil, 13-10-2009	S.V. Arrubla, Villamil, Ardila	

TESIS B

Es suficiente la presentación de los títulos valores impagados debido a que ellos, en virtud de la onerosidad que está presupuesta en su creación, dan cuenta del valor dejado de recibir y el correlativo, incremento patrimonial

3. ● ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

3.1 El punto de partida: la sentencia del 6 de diciembre de 1993

Al abordar lo referido a la forma de probar el enriquecimiento así como el empobrecimiento correspondiente exigido para el caso de la acción regulada por el artículo 882 del Código de Comercio, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema sostuvo, expresando cierta preocupación ante el hecho de que la acción de enriquecimiento cambiario pudiera ser utilizada por el actor a fin de obtener un provecho injustificado, que no resultaba suficiente acudir a la literalidad del título valor y a las declaraciones que contiene para demostrar el perjuicio producido –el empobrecimiento-. No basta, de otra forma dicho, que el título establezca que A debe pagarle a B una suma de dinero. Será necesario conocer la relación originaria para saber si en verdad, existe un empobrecimiento. Ello debe ser así –aunque la Corte no lo dice expresamente- porque es posible que quien aparece como acreedor cambiario tenga un interés de engaño valiéndose, solamente, de las palabras del título.

Se oponía la Corte en este caso a cualquier pretensión dirigida a otorgar un privilegio extremo a la expresión documental de los títulos valores y, por ello, se negaba a aceptar que en el caso de la acción de enriquecimiento fuera trasladada la carga al posible enriquecido advirtiendo entonces la Corte que no puede establecerse, a cargo de éste, la actividad “*de remontarse al (...) negocio genitivo de la emisión y reconstruir todo el itinerario negocial para desvirtuar esos factores de linaje cartular que en su contra y a pesar de haber caducado o prescrito el instrumento, continúan operando como si nada hubiera pasado (...)*”.

Es claro que la perspectiva propuesta, frente a la que no existiría ninguna objeción durante varios años, gravita –según se dijo antes- sobre una especie de desconfianza en relación con la actividad del demandante. La Corte considera que resulta inviable partir de la idea de acuerdo con la cual el no pago del título valor se traduce, inevitablemente, en un empobrecimiento. Esta primera perspectiva de la Corte define entonces un deber a cargo del demandante de demostrar que, en realidad, al no haberse descargado el título valor y habiéndose producido la caducidad o la prescripción

se desencadenó en el patrimonio del obligado cambiario un enriquecimiento y en quien estaba documentalmente habilitado para obtener el pago un verdadero empobrecimiento. Como se verá, la preocupación de la Corte se anudaba a que el otorgamiento de una fuerza probatoria excesiva al título valor se comprendiera como una especie de activación de las acciones cambiarias ya extintas. La prueba entonces debería consistir, advierte la Corte, indagando el alcance del negocio subyacente o fundamental dado que podría ocurrir, por ejemplo, que el obligado cambiario nada hubiere recibido y, por ello, en nada se hubiere enriquecido.

El 25 de octubre del año 2000, la Corte reiteró la improcedencia de apoyarse únicamente en el título valor para demostrar los requisitos para el éxito de la acción contemplada en el artículo 882 del Código de Comercio. Con la presentación del título –afectado por la caducidad o la prescripción– sólo podría obtenerse el reconocimiento de la legitimación para demandar. Nada más que eso.

La cuestión particular que analizaba la Corte le exigía establecer si resultaba jurídicamente posible, en la sentencia que resolvía el reclamo de enriquecimiento cambiario, ordenar, además de la restitución de las sumas mencionadas en las letras de cambio entregadas, el pago de los intereses pactados y expresados en los títulos valores. Concluyó que ello no era factible dado que la acción de enriquecimiento cambiario era autónoma y, por eso, al extinguirse la obligación cambiaria se extinguían también los pactos definidos en el documento. El epílogo de su argumento lo apoyaba destacando que la acción se desvinculaba del título y, en tal sentido, no era posible fundarse en su existencia para acreditar lo que en este tipo de casos se requería.

La importancia del argumento de la Corte, en relación con el problema que ahora se analiza, es relativa. La Corte no usa el argumento de la imposibilidad de apoyarse en título valor para la prueba del empobrecimiento, con el propósito de excluir la restitución. Utiliza este razonamiento para demostrar la independencia del reclamo que se hacía respecto de la acción cambiaria y, en esa medida, procuraba destacar la pérdida de importancia del título valor. Por ello entonces, a pesar de la claridad con la que la

Corte formula su argumento, no cuenta su enunciado con un peso especial –en forma de *razón de la decisión*– en la sentencia²⁵.

3.2 Los primeros desacuerdos: la sentencia del 6 de abril de 2005

Nuevamente se discutía la manera de probar el enriquecimiento y el empobrecimiento. La Corte insiste en que no basta la presentación del documento. Advierte que el título valor no siempre tiene una causa onerosa y, por ello, no puede presumirse que quien no ha pagado necesariamente se ha enriquecido. Se trata, por ejemplo, del caso de la firma de favor²⁶ que implica que el suscriptor no recibe nada a cambio de la obligación cambiaria que adquiere.

Podría ocurrir que la Sociedad M con la finalidad de asegurar un negocio de un tercero que por alguna razón no ha podido o querido concurrir, suscriba un título valor a favor de la Sociedad F. Si el título valor pierde eficacia cambiaria –por caducidad o prescripción– y se demanda a la Sociedad M a través de la acción de enriquecimiento cambiario, adquiere notable interés la forma de probar las exigencias de tal tipo de acción.

Según la tesis de la Corte, la posibilidad de que esto ocurra justifica que el demandante demuestre el enriquecimiento que, en la firma de favor, no existiría frente a quien, en el documento, era el obligado cambiario.

25 Decía en esa oportunidad la Corte: “Mal podría ésta, entonces, suministrarle vida artificial en punto de pactos o acuerdos que por obvias razones se fueron con su extinción. La nada no influye en nada. (...) La independencia y autonomía descritas arrojan la fulgida conclusión de que en esta especial acción es de la incumbencia del actor demostrar que el patrimonio del demandado obtuvo “algo”, y que esa obtención de la ventaja ha costado “algo” en el patrimonio suyo, de modo de establecerse una conexión indubitable entre el enriquecimiento y el empobrecimiento correlativos. (...) Por eso es que aparece decantado el criterio de que eso mismo hace que al demandante le sea insuficiente apuntalarse no más que en el título valor prescrito; porque, insístese, es ineluctable para él acreditar que efectiva y realmente hubo el acrecimiento que experimentó el patrimonio de su contraparte, con la pertinente mengua del suyo. (...)”

26 El artículo 639 regula los efectos de la firma de favor prescribiendo lo siguiente: “Cuando una parte, a sabiendas, suscriba un título sin que exista contraprestación cambiaria a las obligaciones que adquiere, las partes en cuyo favor aquella prestó su firma quedarán obligadas para con el suscriptor por lo que éste pague y no podrán ejercitarse contra él las acciones derivadas del título. En ningún caso el suscriptor de que trata el inciso anterior, podrá oponer la excepción de falta de causa onerosa contra cualquier tenedor del instrumento que haya dado por este una contraprestación, aunque tal hecho sea conocido por el adquirente al tiempo de recibir el instrumento.”

Allí vuelve a destacarse la importancia que reviste la prueba de la relación subyacente o fundamental.

Se limitaba entonces la Corte a reiterar la perspectiva que de tiempo atrás venía sosteniendo. Sin embargo y por primera vez, dos de sus magistrados expresan su desacuerdo. Cada uno de ellos emprende su ataque de manera diferente aunque arribando a la conclusión común de acuerdo con la cual no resulta posible negar al título valor toda fuerza cambiaria.

Villamil Portilla destaca que utilizar el título valor como prueba del enriquecimiento no implica desconocer la naturaleza *extracambiaria* de la acción. Esta naturaleza se conserva absolutamente. Demuestra su desacuerdo argumentando que el punto de partida de la Corte parece presumir que la suscripción de títulos valores carece de una causa que los explique o que las relaciones que subyacen a las obligaciones cambiarias son de ordinario no onerosas – expresiones de firmas de favor-. El título valor prescrito o caducado sería testigo de que algo se dió y a pesar de ello nada se recibió. Esa es su conclusión.

Desde una perspectiva más preocupada por la libertad probatoria, Arrubla dirige su ataque señalando que la exclusión de esta forma de prueba se traduce en la imposición de una tarifa legal. Sostiene entonces, a partir de tal punto de partida, que ello no es aceptable considerando, adicionalmente, que la valoración del título valor sin reanimar obligación cambiaria alguna, puede ser una de las mejores formas de probar los presupuestos de la acción.

La extendida mayoría en la Corte empieza a desmoronarse. Los ataques contra la tesis mayoritaria se enfocan desde perspectivas sustantivas – como las propuestas por Villamil Portilla- y probatorias – como las sugiere Arrubla-. De cualquier manera, puede afirmarse que el argumento del primero de los disidentes tiene mayor energía en tanto intenta asignar la carga de la prueba al demandado al paso que el segundo tiene como propósito destacar que no es admisible excluir como eventual medio de prueba el título valor no pagado.

Entre esta decisión y la sentencia del 26 de junio de 2007 -que habría de suscitar un desacuerdo mayor-, la Corte Constitucional en la sentencia C-471 de 2006 se ocupó del cuestionamiento constitucional que por violación del principio que prohíbe el doble juzgamiento se formuló en contra del tercer

inciso del artículo 882 del Código de Comercio. Advertía el ciudadano demandante que la posibilidad de iniciar una acción cuando el título valor se encontraba ya prescrito –lo que habría podido ser declarado en un proceso judicial previo- implicaba reabrir un debate ya clausurado.

Resultaba entonces para la Corte necesario definir, inicialmente, si el principio *non bis idem* podía ser aplicado en materia comercial. La Corte concluye que tal principio tiene una aplicación que se reduce, fundamentalmente, a debates sancionatorios y, en consecuencia, no resulta posible su extensión al contexto normativo del que hacía parte el artículo 882²⁷.

Esta sentencia parecía entonces irrelevante. Sin embargo, la Corte Constitucional evaluó qué ocurriría si se admitía la aplicación del principio *“non bis in idem”*, en el caso de debates judiciales en materia comercial. Ubicada en ese punto, llegaba al corazón de la polémica acerca del objeto de la acción de enriquecimiento cambiario y, entonces, se acercaba a la necesidad de abordar el problema de su autonomía frente a la acción cambiaria. Pues bien, no dudó la Corte en sostener que el objeto de la acción de enriquecimiento cambiario ostentaba una fisonomía propia y, por ello, no era posible admitir que el ataque formulado fuera correcto. Decía con claridad en un aparte que luego, en el año 2007, sería citado por la Corte Suprema:

“Cabe precisar que para interponer la acción de enriquecimiento sin causa, el acreedor deberá probar la configuración de los elementos propios de dicha figura jurídica, y no bastará con el simple hecho de que el título valor se halle caducado o prescrito, dado que ésta es una de las condiciones exigidas por la Ley pero no es la única que determina la procedencia de la acción aludida.”

La decisión representaba entonces muy bien el argumento en el que la Sala Civil de la Corte había fundado su tesis mayoritaria. Aunque la

²⁷ Dice allí la Corte: “Al respecto la Corte, como se desprende de los apartes preliminares de esta sentencia, señala que el principio de *non bis in idem*, se aplica solamente en las actuaciones de tipo judicial en materia penal y sólo por extensión en materia sancionatoria. Dado que las disposiciones acusadas, no corresponden al ámbito del *ius puniendi*, esto es que no contienen ni describen sanciones o castigos que se apliquen como resultado del desarrollo de un juicio penal, o de cualquier procedimiento sancionatorio resulta clara la impertinencia del cargo formulado por el actor en el sentido de que ellas vulneran el referido principio.”

posición de la minoría podía aceptar sin dificultad la tesis de la autonomía de las acciones, es claro que esta determinación de la Corte Constitucional sería capitalizada por la Corte Suprema quien, para apoyar la exclusión del título valor como medio de prueba del enriquecimiento, habría de complementar su jurisprudencia con la invocación de la acogida por la Corte Constitucional.

A pesar de este nuevo aporte a la tesis que controlaba la posición de la Corte Suprema, las críticas tendrían una potencia mayor cuando otro magistrado se unía a la posición minoritaria. Ello ocurre, en la sentencia del 26 de junio de 2007.

Se trataba, en esa ocasión, de la reclamación elevada por quien había recibido de los beneficiarios un cheque girado por el Municipio de Astrea que, finalmente, no había sido descargado como consecuencia de fondos insuficientes. El tribunal al que le correspondió resolver el asunto no estimó que se encontraran satisfechas las exigencias del 882 dado que “si bien acreditó hechos tales como el giro de los cheques por el accionado, el endoso a su favor por igual valor, el no pago por el banco, su devolución por falta de dinero en la cuenta, su protesto y la prescripción de todos ellos, no comprobó el empobrecimiento sufrido por él, es decir, los perjuicios padecidos.”

El ataque en casación se encaminaba a criticar este argumento y a defender que la prueba del no pago de títulos valores unido al hecho consistente en que el beneficiario había pagado por ellos a sus beneficiarios originales, demostraban el empobrecimiento.

La mayoría de la Corte, citando las decisiones que desde 1993 había sostenido la insuficiencia del título valor impagado para demostrar el empobrecimiento, procedió a ratificar su tesis. Considerando la tensión que suscitaban los salvamentos voto, la Corte se veía obligada a anunciar en su decisión la no modificación del precedente que hasta ese momento había defendido. Concluía así:

“Vistas así las cosas, se tiene que no hay razón para que la Sala modifique su jurisprudencia en cuanto a que, si bien en materia de la acción de enriquecimiento hay absoluta libertad probatoria, la mera exhibición o incorporación a la demanda como anexo del título valor decaído o de-

gradado no es suficiente para dar por comprobado el requisito atinente al empobrecimiento de quien reclama y el agrandamiento del patrimonio de la parte convocada a responder.”

Tres Magistrados salvaban su voto: Villamil, Arrubla y Ardila quien, hasta el momento no había expresado desacuerdo alguno.

El primero, reiterando su posición previa, se concentró, de una parte, en señalar que el reconocimiento del valor probatorio de los títulos no implicaba el renacimiento de la obligación cambiaria. De otra, advirtió nuevamente, que la regla general en esta materia era la onerosidad de las causas subyacentes y que, en esa medida, cabría presumir que quien tiene un título valor algo pagó por él y por ello, cuando no es descargado, algo termina perdiendo. El segundo, presentando argumentos adicionales a los que había ya expuesto en 2005 y por eso haciendo más fuerte su objeción, insiste en que no es adecuada la conclusión de la mayoría dado que al paso que en condiciones normales el régimen de títulos valores reconoce a su tenedor como titular del crédito cambiario y presume su buena fe, cuando un fenómeno como la prescripción o la caducidad sobrevienen, la tesis mayoritaria parecería suponer lo contrario. Finalmente Ardila, uniéndose a los planteamientos del grupo minoritario, sugiere que no se desconoce el sentido común cuando se presume que el tenedor legítimo del título valor prescrito o caducado se ha empobrecido lo cual, no obstante, no se opone a presentar una prueba en contrario.

3.3 Los ajustes del desacuerdo y un aparente nuevo rumbo: la sentencia de casación del 13 de octubre de 2009 y la sentencia de tutela del 18 de septiembre de 2009

A pesar de que el corazón de la discusión en esta sentencia consistió en la forma de contabilizar el término de prescripción de la acción de enriquecimiento cambiario, la Corte se refirió también al problema de los medios de prueba en este tipo de acción. Ardila ya no estaba en la Corte y, al menos respecto del punto discutido, nadie lo sustituyó.

Así pues, esta sentencia continua advirtiendo que no es documento suficiente, para acreditar los supuestos de la acción contemplada en el artículo 882 del Código de Comercio, el título valor no descargado. Este argumento,

que fue utilizado como subsidiario dado que la Corte constató que la acción de enriquecimiento cambiario se había iniciado al margen del término para ello previsto, lo planteó indicando nuevamente que la naturaleza extracambiaría de la acción impide otorgarle al título valor similar funcionalidad probatoria que aquella que leería reconocida al amparo de una acción cambiaria.

Dos aclaraciones de voto así como un salvamento se suscitan a raíz de esta sentencia. Éste último, expresado por el Magistrado Solarte, da cuenta de un desacuerdo con la tesis de la Corte que sostiene que el término de prescripción de la acción de enriquecimiento cambiario no depende, en nada, de lo que ocurra en el proceso de cobro iniciado por el acreedor; no toca entonces, el problema asociado con los medios de prueba del empobrecimiento y enriquecimiento. Arrubla y Villamil de acuerdo con la tesis que define la forma de contabilizar la prescripción de la acción de enriquecimiento, optan sólo por aclarar el voto reiterando ya sus pasadas opiniones.

La tensión se ve entonces reducida en este caso porque la sentencia se sostiene en un argumento que concita el acuerdo de seis magistrados de la Corte. Sin embargo no renuncian a su postura y ello demuestra que aún subsiste la división aunque ahora limitada por el anunciado retiro del Magistrado Ardila.

La subsistencia del desacuerdo se oculta en una sentencia de tutela del 18 de septiembre de 2009. Su examen detenido muestra un comportamiento inesperado por parte de la Sala de Casación Civil. Examinar el caso, permite aclarar lo ocurrido.

El banco AV Villas presenta acción de tutela contra el Tribunal Superior de Bogotá y el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito. Argumenta, para apoyar su solicitud, que las referidas instancias judiciales desconocieron en el trámite de la acción de enriquecimiento cambiario iniciado por el banco en contra de una de sus clientes, las pruebas que había aportado para demostrar las condiciones de prosperidad de tal acción y, en particular, la certificación expedida por su revisor fiscal que dejaba constancia del crédito adquirido por su cliente.

La Corte, con ponencia de Arrubla Paucar, destaca que en efecto la decisión de los jueces de instancia desconoció el deber de valorar adecuadamente las pruebas y, en particular –dice la sentencia- la certificación del

revisor fiscal. Cabría preguntarse si acaso basta una certificación del revisor fiscal para probar el empobrecimiento o si, en verdad y detrás de este argumento, se esconde la intención de reconocer que ello quedó probado, sin más, con la aportación del título valor. Afirmar que la demostración ocurre con el primero de tales documentos -originado en el mismo banco demandante sin intervención del deudor- y no, en el título valor suscrito por éste, desencadena importantes dudas.

La participación de Arrubla como ponente puede explicar esta estrategia que, aunque con el argumento de la prueba adicional del revisor fiscal, sugiere un ajuste en la definición del precedente. Ello es así dado que para el lector no es claro que la *ratio decidendi* pueda estar constituida por la constatación de una prueba que, con seguridad, tiene una fuerza probatoria menor que la de un título valor impagado. La Corte estaría en la dirección de admitir, en su condición de integrante de la jurisdicción de tutela, la tesis que había perdido hasta el momento en la Sala de Casación Civil. Ello estaría ocurriendo, sin que la Corte lo detecte en toda su dimensión. Estarían triunfando en la jurisdicción de tutela los perdedores en la jurisdicción ordinaria.

4. CONCLUSIONES

La forma de demostrar el empobrecimiento y el correlativo enriquecimiento en la acción del artículo 882 no ha conseguido suscitar un consenso en la Corte. Se encuentran allí las tesis que le niegan fuerza probatoria a los títulos valores impagados para la demostración y aquellas que sostienen que, en efecto, sí les puede ser reconocida aptitud probatoria.

La primera tesis se apoya en el hecho de que la acción de enriquecimiento es una acción extracambiaria y que por ello reconocer al título valor impagado alguna fuerza probatoria, sería desconocer esa naturaleza. Por ello, entonces, le corresponde al demandante en estos supuestos demostrar a través de otros medios las condiciones sustantivas para la prosperidad de tales acciones. Es posible que nadie se haya enriquecido y nadie empobrecido.

La segunda tesis, utilizando diversos argumentos, insiste en que la naturaleza extracambiaria de la acción no se opone al reconocimiento de que el título valor, en cuanto tal, es portador indudable de información sobre el eventual empobrecimiento y enriquecimiento de manera tal que ello no supone resucitar la acción cambiaria ya extinguida. La línea de comprensión general que determina la onerosidad de las operaciones mercantiles y la necesidad de creer más en el demandante, determinan la dirección de esta tesis, por ahora minoritaria.

La primera de tales posiciones ha triunfado en la Corte. Inicialmente, en el período comprendido entre el año 1993 y el año 2004 no se evidenció desacuerdo alguno. Este consenso se rompe a partir de 2005 con la postura de Arrubla y Villamil y se agudiza, posteriormente en el 2007, con la incorporación de Ardila en el grupo de disidentes.

A pesar de expresar alguna reducción de la tensión, en el año 2009 sólo dos magistrados, a través de aclaraciones de voto, continúan expresando su desacuerdo alrededor de la posición mayoritaria. A pesar de ello no parece encontrarse cerca un acuerdo definitivo. La perspectiva minoritaria intenta en el 2009, en el marco del ejercicio de la jurisdicción de tutela, proponer

el seguimiento de su tesis pero, aunque parece conseguirlo, no expone una posición deliberada de ajuste del precedente. La estrategia parece consistir en el señalamiento de una prueba adicional del perjuicio que, objetivamente analizada, no exhibe una capacidad disuasoria ni aún cercana a la presentación del título valor impagado. El enigmático alcance de esta última decisión es una cuestión abierta.

LA AGENCIA MERCANTIL: Entre la perspectiva del mercado y la perspectiva de la propiedad

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Guillermo Andrés Quintero Diettes en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

1. INTRODUCCIÓN

El contrato de agencia comercial, una de las modalidades de los denominados contratos de intermediación, se encuentra regulado en el artículo 1317 del Código de Comercio. Dicha disposición establece lo siguiente:

Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.

Adicionalmente, el artículo 1324 del Estatuto Mercantil establece dos obligaciones a cargo del agenciado o empresario cuya exigibilidad, en principio, se produce al momento de terminación del contrato²⁸. Allí se prevé:

El contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato, y a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague

²⁸ La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia aceptó, en sentencia del 28 de febrero de 2005, su pago anticipado.

una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor.

Además de la prestación indicada en el inciso anterior, cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. La misma regla se aplicará cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario.

Alrededor de estas disposiciones se han discutido y debatido en la jurisprudencia ordinaria y en la jurisprudencia arbitral, de una parte, el problema referido a la determinación de las condiciones de existencia del denominado contrato de agencia comercial y, de otra, la cuestión vinculada con la posibilidad de que las partes establezcan un acuerdo que tenga como propósito renunciar a los derechos que a favor del agente comercial se contemplan en el artículo 1324.

En relación con el primer nivel de la discusión se ha preguntando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia si resulta esencial, en el contrato de agencia, la actuación por cuenta de otro. De manera específica, la Corte se ha mostrado preocupada por establecer si el contrato de compra para reventa constituye una modalidad de agencia comercial, puede coexistir con él o son incompatibles. El segundo nivel de la discusión se ha relacionado con la calificación del artículo 1324 como norma de orden público y, a partir de allí, con la existencia de diferencias, desde el punto de vista de su carácter dispositivo, entre la denominada cesantía mercantil –primer inciso- y la llamada indemnización equitativa -segundo inciso-.

A diferencia de lo que ocurre entre demandantes y demandados cuando se discute la existencia o no de un contrato de agencia mercantil y, en su presencia, la validez jurídica de las cláusulas contractuales que establecen la renuncia a toda reclamación de las prestaciones contempladas en el artículo 1324, la disputa en la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema no ha resultado, en verdad, especialmente intensa. Su posición, a diferencia de lo ocurrido en la justicia arbitral, ha sido relativamente uniforme en cada uno de

los asuntos. Los intentos de desacuerdo resultan relativamente tímidos y no pasan de ser desacuerdos marginales que, por ahora, no marcan una tendencia diferente a la que desde 1980 inauguró la mencionada Corporación.

Es importante destacar que los problemas abordados tienen un significado económico particularmente acentuado. Las prestaciones contempladas en el artículo 1324 y, de manera especial, el cálculo de la denominada cesantía comercial del inciso primero, dan como resultado sumas de dinero bastante altas de las que tratan de huir los empresarios y a las que pretenden acceder los agentes. La huida, tal y como lo revela la práctica, se intenta instrumentando contratos con denominaciones diferentes al de la agencia comercial a pesar de tener una función económica similar y en los que incluso se llega a estipular que su eventual consideración como agencia no derivará en la exigibilidad de lo que contempla el artículo 1324.

La renuncia anticipada a las prestaciones contempladas en el citado artículo 1324 del Código de Comercio no ha sido aceptada por la Corte Suprema. En relación con la regulada en el inciso primero ha señalado que se trata de una norma de orden público respecto de la cual el poder dispositivo de los particulares no puede expresarse²⁹. La segunda, que contempla una indemnización equitativa en los supuestos de terminación injustificada no puede ser objeto de disposición dado que, según ha sido entendido, ello implicaría la condonación del dolo futuro cuya proscripción se encuentra en el Código Civil.

La prohibición de la renuncia desencadena, entonces, el intento por excluir del régimen jurídico de la agencia los contratos de intermediación, a fin de ubicarlos en un escenario más benigno con aquel que se encuentra obligado, *prima facie*, al pago de las prestaciones. Ello entonces implica que la determinación de las condiciones para que se entienda configurado un contrato de agencia se convierte en un asunto cardinal que, tal y como se anunció anteriormente, no ha generado desacuerdos profundos en la jurisprudencia de la Corte Suprema. A continuación se presentan los planteamientos más importantes en relación con la posibilidad de calificar la compra para reventa,

29 Debe destacarse que en la jurisprudencia arbitral existe diversidad de opiniones. Algunos estiman que la cesantía comercial puede ser objeto de renuncia anticipada. Otros estiman que ello no resulta en ningún caso admisible. Finalmente algunos señalan que la posibilidad de renuncia anticipada depende de las condiciones bajo las cuales se llevó a cabo la contratación.

reuniéndose otras condiciones, como agencia comercial. El análisis privilegia lo señalado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil a pesar de lo cual, en la última parte, se describe de manera breve la manera en que la cuestión ha sido abordada por la jurisprudencia arbitral.

2. • GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

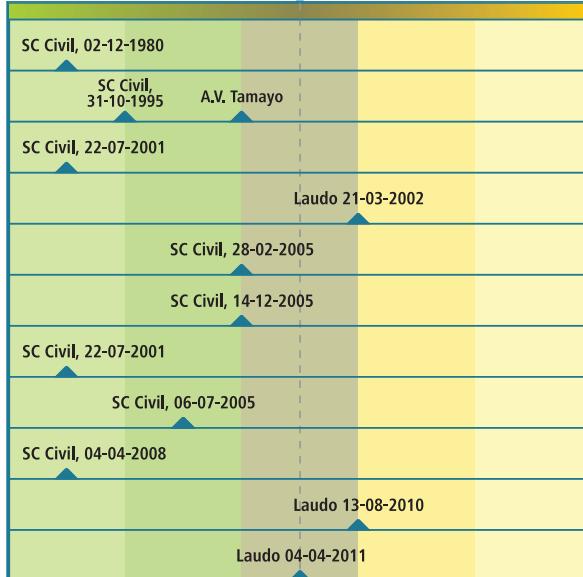
¿Es posible considerar configurado el contrato de agencia mercantil en los contratos de compra para reventa?

TESIS A

No resulta posible considerando que el agente debe actuar por cuenta de otro.

TESIS B

Si resulta posible dado que no es incompatible que en el contrato de agencia se desarrollen intereses propios.



3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

3.1 La negación de la compra para reventa como contrato de agencia mercantil

La definición acerca de si la compra para la reventa constituye una modalidad de agencia, constituye una de las preocupaciones centrales de la jurisprudencia de la Corte Suprema que se ha ocupado de explicar dogmática y económicamente los contratos de intermediación. A pesar de encontrarse vigentes otras polémicas relativas, por ejemplo, al significado de la estabilidad y de la independencia en el contrato de agencia, es aquella la cuestión central. En realidad lo que llama la atención es que se trata de un problema vinculado con la caracterización y clasificación del contrato de agencia a pesar de contar, dicho contrato, con una definición especialmente amplia –en el sentido de contemplar las diferentes posiciones en las que puede actuar el agente– en el artículo 1317.

El problema puede plantearse a través del siguiente caso. Un fabricante de zapatos tiene como propósito ampliar el mercado que hasta el momento ha conseguido y, para ello, pretende extender sus mecanismos de distribución y conquista. Celebra entonces el acuerdo con una reconocida empresa especializada en el desarrollo de actividades de mercadeo. En el contrato que se acordó se dispuso que a fin de alcanzar la finalidad prevista, el fabricante suministraría periódicamente a la empresa de mercadeo los zapatos. Por su parte, la empresa de mercadeo vendería los zapatos sin exceder el valor de su fabricante obteniendo como utilidad la diferencia entre el valor del suministro y el valor de la venta. Adicionalmente, en el contrato se establece que la empresa de mercadeo deberá adelantar una estrategia completa para obtener nuevos clientes a fin de que el fabricante pueda ampliar su producción.

La pregunta que se suscita es, entonces, si en este supuesto, se configura un contrato de agencia comercial que le confiera a la empresa de mercadeo un derecho a reclamar, al momento de terminar el contrato, la prestación contemplada en el primer inciso del artículo 1324. El asunto, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, ha tenido diferentes respuestas.

La primera establece que es incompatible la tipificación legal del contrato de agencia con un acuerdo que tenga por efecto que el *possible agente* asuma una posición propia frente a los terceros. La segunda advierte, por el contrario, que tal incompatibilidad no existe dado que el Código de Comercio no excluye la convivencia de tales supuestos.

La primera de las tesis que ha casi dominado la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, fue inaugurada en la sentencia de fecha 2 de diciembre de 1980. Allí la Corte señaló:

“En el caso de que el agente comercial tuviera, en forma independiente y estable, el encargo de promover, como distribuidor del ramo de pinturas, la enajenación de los productos de determinada fábrica en el territorio previamente demarcado, entonces su actividad se concentraría en conquistar nueva clientela para la firma cuyos productos se ha encargado de distribuir, o en reconquistar la vieja clientela, o en conservar la actual o aumentarla; pero resultaría claro que las pérdidas que pudiera arrojar la venta de los productos del agenciado correrían por cuenta del fabricante o empresario y no los cargaría el agente, desde luego que por el contrato de agencia, como se deduce de lo dispuesto por la reglamentación legal colombiana, el agente asume el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo, ya como representante o agente de un empresario nacional o extranjero, ya como fabricante o distribuidor “de uno o varios productos del mismo”. “Quien distribuye artículos que ha adquirido en propiedad, no obstante fueron fabricados por otro, al realizar su venta en una determinada zona no ejecuta actividad de agente comercial, sino de simple vendedor o distribuidor de productos propios

(...)

La diferencia es bien clara: el distribuidor que actúa como agente comercial en nada lo benefician o perjudican las alzas o bajas que puedan sufrir los productos que promueve, como quiera que la propiedad de éstos en ningún momento del proceso de mercadeo pasa a ser suya, sino que del dominio del fabricante o empresario pasa al de la clientela aun que el agente tenga que adquirirlos.”

El argumento de la Corte es preciso. Dado que la definición legislativa inicia señalando que la agencia es un encargo cuya regulación se encuentra consagrada en el título del Código de Comercio correspondiente al mandato, no sería posible considerar como agencia aquella operación en la cual el agente asume los riesgos de pérdida o ganancia. No se trataría en estos casos de la actuación por cuenta de otro, esencial en el mandato, y por ello no podría calificarse como agencia mercantil. No interesa que despliegue actividades diferentes –de promoción o publicidad, por ejemplo, debido a que se encuentra ejecutando una actividad propia.

El asunto es nuevamente examinado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de fecha 31 de octubre de 1995. En esa oportunidad se debatía si constituía un contrato de agencia comercial la relación establecida entre una distribuidora de derivados del petróleo y la sociedad Shell. Según se señala en la demanda la distribuidora percibía como utilidad la diferencia entre el valor de compra y el valor de reventa y adelantaba labores de mercadeo bajo la orientación de Shell a quien, incluso, le entregaba listas de clientes. Después de un tiempo Shell dio por terminado el contrato y, como consecuencia de tal comportamiento, la distribuidora demandó solicitando, entre otras cosas, el pago de la cesantía mercantil a cuya exigibilidad, incluso, había ya renunciado. Shell se opuso advirtiendo que lo configurado entre las partes era un contrato de suministro.

Para la Corte no se configuraba el contrato que el demandante señalaba. Se trataba de un contrato de compra para reventa que no reunía las exigencias previstas por la definición legal del contrato de agencia. Según la Corte las actividades de publicidad y propaganda que pudiera llegar a desarrollar el comprador no eran la expresión del contrato cuya declaratoria se demandaba sino, en una dirección diferente, actividades anexas a la actividad de reventa en la que el distribuidor hacía -podría decirse- "su propio negocio". Explicando su posición y después de caracterizar de manera general el contrato de agencia, dijo la Corte lo siguiente:

"Porque cuando un comerciante difunde un producto comprado para el mismo revenderlo, o, en su caso, promueve la búsqueda de clientes a quienes revenderles los objetos que se distribuyen, lo hace para promover y explotar un negocio que le es propio, o sea, el de la reventa mencionada; pero tal actividad no obedece, ni tiene la intención de promover o explotar

negocios por cuenta del empresario que le suministra los bienes, aunque, sin lugar a dudas, este último se beneficie de la llegada del producto al consumidor final. Por esta razón, para la Corte la actividad de compra hecha por un comerciante a un empresario que le suministra el producto a fin de que aquél lo adquiera y posteriormente lo distribuya y lo revenda, a pesar de que esta actividad sea reiterada, continua y permanente y que se encuentre ayudada de la ordinaria publicidad y clientela que requiere la misma reventa; no constituye ni reviste por si sola la celebración o existencia de un contrato o relación de agencia comercial entre ellos.”

Para la Corte, entonces, la circunstancia de que exista transferencia del derecho de dominio anula la relevancia de las otras actividades que pueda desarrollar el agente y que, finalmente, inciden en la promoción de los productos. Este punto de partida hace entonces que la mirada recaiga no sobre el negocio del vendedor inicial sino sobre el del revendedor. Tal punto de partida tiene como efecto que el eventual beneficio de aquél, como consecuencia del conocimiento de los productos por parte del consumidor, no tiene impacto en la calificación del negocio ni en la definición de su función³⁰.

Esta posición de la Corte estableciendo un estándar de tipificación particularmente estricto no la condujo, sin embargo, a negar la eventual posibilidad de diferenciar entre los modelos contractuales que concurren en una operación compleja como la descrita por el demandante. Ello implicaba que la Corte destacaba que, eventualmente, al lado de la compra para reventa, podría existir un negocio jurídico coincidente con la definición de la agencia mercantil. Este planteamiento tendría como efecto, sin embargo y en contra de las pretensiones del agente, que el cálculo de las reclamaciones económicas y, en particular, la correspondiente a la doceava parte del promedio de la comisión, utilidad o regalía recibida durante los últimos tres años por cada año de duración del contrato, se haría sin considerar aquella ganancia obtenida en el proceso de reventa y que, seguramente, constituía la fuente de ingreso mayor.

30 Sobre el particular, la Corte concluía lo siguiente: “En cambio, la actividad de compra para reventa de un mismo producto, solamente constituye el desarrollo de una actividad mercantil por cuenta y para utilidad propia en donde los negocios de compraventa tienen por función la de servir de título para adquisición (en la compra) o la disposición (en la reventa) posterior con la transferencia de dominio mediante la tradición. Pero el hecho de que para el cumplimiento de esta finalidad, el distribuidor tenga que efectuar actividades para la reventa de dichos productos, como la publicitaria y la consecución de clientes, ello no desvirtúa el carácter propio de aquella actividad mercantil, ni el carácter propio que también tiene la promoción y explotación de su propio negocio de reventa de productos suministrados por un empresario.”

La Corte, sin embargo y aduciendo debilidades técnicas en la formulación del recurso, no pudo examinar tal asunto de manera concreta pero, como dicho de paso, abría la posibilidad de considerarlo³¹.

La timidez de la Corte por abordar el asunto fue lo que motivó la aclaración de voto de Tamayo Jaramillo indicando, sin duda de ninguna naturaleza, que la coexistencia de los contratos era posible. Plantea en ese contexto que no podría sostenerse ninguna objeción respecto de tal conclusión. Esta posición resulta natural si se tiene en cuenta que, de no hacerlo, se estaría excluyendo la posibilidad de valorar jurídicamente un contrato que, entonces, sería invisible. De otra forma dicho, si las actividades anexas a la compra para la reventa no pueden entenderse como agencia mercantil conjuntamente con aquella, deben ser consideradas una expresión especial de la agencia y producir todos los efectos jurídicos que ello implica.³² Esta tesis, en realidad, no tiene como propósito realizar un ajuste de la regla definida por la Corte desde 1980. Así, el contrato de compra para reventa no será agencia y, lo único que ocurre, es que admite ser acompañado por otros contratos, entre los que se cuentan dicha modalidad de intermediación.

Después de esta decisión, otros asuntos relativos a la agencia mercantil fueron examinados por la Corte. Así ocurrió en las sentencias de fecha 20 de octubre de 2000, 22 de julio de 2001 y 28 de febrero de 2005. No se ocupa en ninguna de estas oportunidades de la compra para reventa. Cabe si

³¹ Finalizando la argumentación referida al cargo primero de la demanda de casación señaló la sentencia: "Por consiguiente, le corresponde a la Sala abstenerse de hacer pronunciamiento sobre si además del suministro para la reventa, pueda subsistir independientemente un contrato de agencia distinto entre las mismas partes y bajo qué condiciones, porque tal independencia así no ha sido planteada en la censura."

³² Dice Tamayo: "Pero nada impide que, además de la simple compraventa, el distribuidor, previo acuerdo con el suministrador, se comprometa, mediante remuneración adicional (que puede consistir en un precio más favorable que para los demás distribuidores) a impulsar el producto y, en general, a ser su representante o agente, y, en tales circunstancias, las prestaciones a que tiene derecho el agente en caso de que se termine el contrato de agencia, se medirán teniendo en cuenta únicamente lo que valga la remuneración que por ese servicio adicional reciba de manos del empresario. Por lo tanto, si el distribuidor que compra para revender, adicionalmente se obliga a ser distribuidor oficial del suministrador, a representarlo ante las autoridades públicas, a realizar las campañas publicitarias y de demostración, a cumplir las garantías de calidad de los productos y, en general, a realizar las gestiones que, en principio son las que habitualmente hace el mismo suministrador como un empresario diligente que quiere introducirse y mantenerse dentro del mercado, es indudable que, paralelo a la compraventa, se da el contrato de agencia mercantil, así, todos los productos vendidos por el distribuidor hayan sido comprados por él al suministrador."

hacer una breve referencia a la delimitación conceptual que del contrato de agencia intentaron las dos últimas decisiones. La sentencia del 22 de julio de 2001, se ocupó de establecer si resultaba posible aplicar al contrato de agencia de seguros las normas correspondientes al contrato de agencia comercial. La Corte dirigió su atención a la diferenciación entre ambos contratos y al ocuparse de la agencia mercantil destacó que en ella el comerciante actúa “*para beneficio y por cuenta del empresario*”. Con una orientación diferente, al examinar el significado de la estabilidad en el contrato de agencia, la Corte se ocupó de definirlo y para ello en la sentencia del 28 de febrero de 2005 estableció que en el contrato de agencia el agente actúa “*a favor del agenciado*”.

Las expresiones de la Corte, a pesar de no suscitar una división en su seno, podrían ser interpretadas de forma diferente. La indicación de que se actúa por cuenta de otro, en su sentido más fuerte, significaría que la totalidad de los riesgos y beneficios asociados a las operaciones que despliega el intermediario deben recaer en el agenciado que, en consecuencia, sería una modalidad especial de mandante. Sin embargo, expresiones tales como “*a favor del agenciado*” podrían comprender aquellas actividades que, con independencia de la radicación de los riesgos de pérdida, producen un beneficio en el negocio del principal. Un intento de distinción como el planteado permite ir encontrando algún esfuerzo por reorientar la línea. Sin embargo esa distinción no parece impactar el comportamiento de la Corte Suprema quien no demuestra una sensibilidad especial por el uso de una u otra expresión.

Se plantearía ante la Corte, el 6 de julio de 2005, un nuevo caso. Una vez más, dificultades en el planteamiento adecuado del recurso, obstaculizarían un estudio más detallado por la Corte. El caso se refería a un distribuidor del periódico el Colombiano y quien durante veinte años se encontró vinculado a la sociedad propietaria del medio informativo. De acuerdo con los hechos del caso, la sociedad demandada le entregaba al demandante un número de periódicos de cuya venta se encargaba obteniendo la utilidad correspondiente. Para el efecto, el *distribuidor* instrumentó diversas acciones de promoción que incluían el adelantamiento de actividades de contratación de personal encargado de la logística correspondiente. Al terminarse el acuerdo solicitó que se declarara la existencia del contrato de agencia con las declaraciones patrimoniales correspondientes.

Luego de transcribir extensos aparte de la decisión adoptada en la sentencia del 31 de octubre de 1995, la Corte consideró que la apreciación contenida en la sentencia de segunda instancia de acuerdo con la cual lo que se había configurado era un contrato de compraventa y no una agencia comercial, no fue desvirtuada por el ataque que en casación se hizo. Adicionalmente, la Corte destaca que la intención de quien recurre en casación de demostrar la posible coexistencia de un contrato de suministro con un contrato de agencia constituye un nuevo medio que, por ello, no puede llegar a admitirse durante el trámite del recurso³³. Así las cosas, la Corte se abstiene de analizar este importante asunto. Sin embargo tal y como había hecho en 1995, admite que esa posibilidad- que Tamayo al aclarar su voto encontraba factible en su totalidad-debe contemplarse.

A pesar de que la Corte no adopta una posición sustantiva absolutamente clara sobre el contenido de la agencia, dado que se limita a considerar que la posición del Tribunal de instancia podría resultar compatible con su jurisprudencia, la sentencia admite que eventualmente la tesis de la coexistencia de los contratos y la tesis que se opone a aceptar la invisibilidad de uno de ellos, podrían ser recogidos como doctrina.

El 30 de junio de 2005 la Corte ratificaría su posición, expresando algún grado de desacuerdo con la tesis de la coexistencia –aunque no lo señale abiertamente-. Para ello indica que la compra para reventa y todas las actividades orientadas a ampliar el mercado de los productos revendidos caen dentro del negocio -*que le es propio*- a quien adquiere para revender. De alguna forma, la Corte se desliza cuidadosamente para señalar que quien adquiere con el propósito de vender tiene el interés de ampliar su propio mercado. Se trataba, en este caso, de una sociedad encargada de adelantar actividades de distribución de libros. Sostenía que con las empresas editoriales se había desarrollado un contrato de agencia.

33 El carácter marcadamente formal se evidencia en el siguiente aparte: "En conclusión, no alcanzan los cargos en casación a estructurar un ataque frontal y contundente contra varias de las premisas en que se basó el sentenciador para descartar la presencia de un contrato de agencia comercial, a lo cual se agrega que el censor en su intento de obtener la quiebra del fallo impugnado aduce finalmente la celebración y coexistencia de un contrato de agencia comercial y uno de suministro, invocación de última hora que constituye, sin ninguna clase de atenuantes, un medio nuevo que está proscrito en el trámite del recurso extraordinario, toda vez que su formulación extemporánea constituye una conducta sorpresiva frente a la contraparte y a los propios falladores de instancia quienes por dicho silencio no pudieron ni defenderse ni pronunciarse, en su orden, en las respectivas oportunidades procesales.

Dijo la Corte en esta oportunidad:

"Pero el hecho de que para el cumplimiento de esta finalidad, el distribuidor tenga que efectuar actividades para la reventa de dichos productos, como la publicitaria y la consecución de clientes, ello no desvirtúa el carácter propio de aquella actividad mercantil, ni el carácter propio que también tiene la promoción y explotación de su propio negocio de reventa de productos suministrados por un empresario. Porque cuando un comerciante difunde un producto comprado para él mismo revenderlo, o, en su caso, promueve la búsqueda de clientes a quienes revenderles los objetos que distribuyen, lo hace para promover y explotar un negocio que le es propio, o sea, el de la reventa mencionada; pero tal actividad no obedece, ni tiene la intención de promover o explotar negocios por cuenta del empresario que le suministra los bienes, aunque, sin lugar a dudas, este último se beneficie de la llegada del producto al consumidor final."

El potencial beneficio de quien vende para la reventa, traducido en la adquisición de los bienes por parte de los consumidores, resulta para la Corte realmente accidental. Ello no es lo importante en la operación. Lo realmente relevante es que el distribuidor está abriendo mercado para sus propios productos. Las palabras de la Corte sugieren un intento de estrechar la tesis de la convivencia que se venía gestando en los casos de compra para reventa. En su lugar, la Corte considera factible asumir que la mayoría de beneficios de la ejecución contractual impactan a quien había pretendido ser agente.

3.2 La insular posición de la sentencia del 14 de diciembre de 2005, el reconocimiento por parte de la jurisprudencia arbitral -13 de agosto de 2010- a través de la tesis del contrato complejo y su precisión a través del laudo arbitral del 4 de abril de 2011

Esta decisión, sin duda alguna, constituye una reiteración de la jurisprudencia de la Corte Suprema. Sin embargo, la sentencia puede considerarse como el anuncio de un nuevo punto de partida –aun sin un desarrollo posterior- en la posición más radical de la Corte y que desatiende, incluso, la tesis de la convivencia. Las expresiones de la Corte, al finalizar su pronunciamiento, llaman de manera especial la atención.

En el caso, que tenía por objeto discutir nuevamente si un contrato de compra para reventa podría ser o no calificado como contrato de agencia comercial, la Corte sostuvo que el demandante en casación no había conseguido demostrar que tal negocio pudiera así tipificarse. Este es un primer anuncio sobre la posibilidad de ajuste de la tesis dado que el pronunciamiento de la Corte parece ofrecer un espacio para que el revendedor argumente que el negocio de compra y venta es, en verdad, un contrato de agencia.

No se trata sólo de autorizar la demostración de que allí existen dos contratos: el de compra para la reventa y el de agencia. La admisibilidad de demostrar que la compra para la reventa es una agencia –o hace parte de ella– implica entonces que el punto de partida es diferente. Esta interpretación de las palabras de la Corte, se confirma en la parte final de la sentencia. Allí advierte:

Desde luego que valdría la pena reexaminar qué es lo crucial en la caracterización del contrato de intermediación comercial en disputa: la propiedad sobre los bienes en tránsito durante el proceso de intermediación que el agente cumple, o el intangible que deriva el empresario del estímulo a la clientela, el mercado que le crea a sus productos cuando actúa como distribuidor, al margen de quien sea el dueño de ellos. Sin embargo, cómo ese es tema que no pone en discusión el recurrente, no puede abordarlo la Corte por su propia iniciativa, dada la función estricta de control que le compete como Tribunal de casación.

La Corte señala la necesidad de elegir alguno de los puntos de vista. Se adopta como criterio orientador la propiedad de los bienes o se toma como punto de referencia las actividades que sobre el mercado produce la actuación del revendedor. Esta elección, por la cual la Corte no toma partido expresamente en el párrafo transscrito, parece otorgarle vitalidad a las palabras que en momentos previos de su evolución había adoptado. Así, por ejemplo, “*la actuación a favor de otro*”, utilizada en la sentencia del 28 de febrero de 2005, puede expresar la idea según la cual lo verdaderamente importante no es la ubicación del derecho de dominio sino los efectos que las actividades de transferencia y de promoción producen frente al empresario.

A pesar del anuncio de la Corte, en las oportunidades que siguieron a esta sentencia³⁴ no se ha propuesto de manera clara la posibilidad de

34 Por ejemplo la sentencia de fecha 4 de abril de 2008.

hacer el tránsito de una “jurisprudencia de la propiedad” a una “jurisprudencia del mercado”. Ese tránsito consistiría en admitir que las tesis de la actuación por otro, del mandato y de la relevancia de la propiedad, deben sustituirse por la tesis de la actuación a favor de otro, de la autonomía de la agencia y de la relevancia del mercadeo.

Una línea relativamente coincidente con la tesis del mercado puede encontrarse en la jurisprudencia arbitral. Así en laudo del 13 de agosto de 2010 el Tribunal de Arbitramento³⁵ que resolvió la disputa planteada entre Comcel y Celcenter, examinó si la diferencia existente entre el valor de compra y el valor de reventa de los Kits compuestos por un teléfono, una sim card y una preactivación, podía ser empleada para calcular el valor de la cesantía comercial correspondiente al contrato de agencia ejecutado. La respuesta a este asunto exigía determinar si la compra para reventa constituía o no, definitivamente, una operación incompatible con la agencia. El laudo advierte que sostener tal incompatibilidad no es correcto y que, por el contrario y a la luz de la dogmática de los contratos complejos, puede articularse perfectamente con el contrato de agencia y, sus resultados, ser considerados parte de la base para calcular la cuantía de la cesantía.

La decisión indica lo siguiente luego de destacar la forma como un sector de la doctrina y la jurisprudencia había comprendido la cuestión³⁶:

“El tema evoca entonces la realidad de los contratos complejos en los cuales existe un contrato dominante pero existen acuerdos cuyas características las harían subsumibles en contratos de otra naturaleza, como ocurre en este caso en el que el Tribunal califica el contrato como de agencia pero se encuentra con que el agente “compra” teléfonos de diversas marcas que vienen en la caja contentiva del KIT. Y que ha llevado a algunos a sostener que habría que aplicarse la normatividad de la compraventa y que la diferencia de precio obtenida no podría tenerse como

35 El Tribunal de arbitramento se encontró compuesto por los Árbitros Juan Pablo Cárdenas Mejía, Sergio Rodríguez Azuero y Camila de la Torre Blanche

36 “Ahora bien, y este es el punto central, parte de la doctrina y la jurisprudencia colombianas se han inclinado por sostener que, dado que en la determinación del acuerdo pueden identificarse los elementos esenciales de una compraventa y que, desde ese punto de vista, lo que se paga es un precio por adquirirlo, el agente no estaría obrando, en este caso “por cuenta” del agenciado sino asumiendo su propio riesgo, esto es, actuando por su cuenta y riesgo.”

integrante de la base utilizable para liquidar las prestaciones a favor del agente a la terminación del contrato.”

En este caso el Tribunal entendió que las compras de los KITS que el *agente* le hacía a Comcel para posteriormente revender, se encontraban estrechamente vinculadas al contrato que se estimaba dominante. Por ello advierte que la utilidad que de esa operación se derivaba habría de ser considerada a efectos de definir la cuantía de la cesantía mercantil. De esta manera, el Tribunal admite no sólo la convivencia de ambos contratos sino y ello resulta ser lo más relevante, la dependencia de la compra para reventa respecto del contrato de agencia.

Señala allí:

“Resulta claro que la compraventa realizada, solo puede entenderse como un mecanismo instrumental para soportar, respecto a ese producto, las actividades del agente de promover y colocar los servicios de telefonía.”

Y más adelante indica:

“Al detenerse en el artículo 1324 que otorga el derecho al pago de la doceava parte sobre el promedio de los tres años anteriores o el tiempo del contrato si fuese menor, advierte, sin dificultad, que la ley se refiere a los ingresos recibidos por concepto de comisiones, regalías o utilidades, con lo cual indica que las fuentes posibles son de diversa naturaleza y origen, como múltiples y diversas son las tareas que caben dentro de la forma de llevar a cabo la promoción.”

La perspectiva del pronunciamiento anterior se asocia con lo que aquí se ha denominado jurisprudencia del mercado. En efecto, la disputa alrededor de la propiedad de los bienes y de la calificación jurídica de la operación de compra para la reventa, se ubica en un segundo plano cuando se constata que dicha operación tiene en realidad como propósito, profundizar las actividades de promoción. Claramente la jurisprudencia arbitral³⁷, antes

37 Incluso en el laudo arbitral de fecha 21 de marzo de 2002 adoptado por el tribunal integrado por José Alejandro Bonivento Fernández, Enrique Cala Botero y Jorge Suescún Melo, se destacaba que la compra para reventa no era el elemento definitivo para excluir el contrato de agencia advirtiendo, incluso, que las referencias que a ello hacía la Corte

que lo pudiera hacer la Corte Suprema de Justicia quien anunció la posibilidad de tratar este asunto –sin que hasta el momento lo haya hecho-, toma una posición clara en relación con este asunto tan complejo y abre entonces las posibilidades de una comprensión *más mercantil*.

A pesar de esta orientación la jurisprudencia arbitral ha tenido una especial precaución a fin de evitar que una perspectiva de mercado termine por conducir a la asimilación de todos los acuerdos que tienen como efecto un incremento de la clientela del principal, a un contrato de agencia mercantil. Ello fue explícitamente planteado por el laudo arbitral de fecha 4 de abril de 2011 en el caso *Distribuidora contra Bavaria*³⁸ del que parece posible inferir la exclusión del contrato de compra para reventa como un contrato de agencia salvo cuando resulte dependiente de un verdadero encargo de promover negocios ajenos –tesis aplicada en la decisión del 13 de agosto de 2010-. Esta exclusión, *prima facie*, tiene su explicación en que en esos eventos el comprador –revendedor asumiría sus propios riesgos- aunque el efecto de la reventa pueda expresarse en una definida ampliación del mercado. Por ello en esta decisión, luego de retomar la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, se afirmó lo siguiente:

Suprema de Justicia no era parte de las razones definitivas de la decisión. De esta manera, según este pronunciamiento, la *ratio decidendi* no se encontraría allí. Decía entonces: “Esto significa que la “compra para revender” no impide la existencia de un verdadero agenciamiento, el cual aparece cada vez que el intermediario recibe el encargo de promover los negocios del fabricante y que dicha labor promocional se cumpla por cuenta, riesgo y en beneficio de este último. En consecuencia, la “promoción por cuenta” se erige como la verdadera diferencia específica y el elemento distintivo y más relevante de la agencia comercial. Ahora bien, si se analizan adecuadamente las jurisprudencias de la Corte a que se ha hecho mención, en ellas puede advertirse que la “compra para revender” no es el criterio fundamental para determinar cuándo hay o no agencia. En efecto, la “compra para revender” es más bien una pauta o indicio para determinar a quién afectan y benefician primordialmente las tareas de promoción realizadas por el intermediario y, en consecuencia, la propiedad o su transferencia de las que las sentencias deducen el “elemento por cuenta” no son los aspectos determinantes y definitivos para la existencia o no de la agencia. De ahí que comentaristas de reconocida autoridad señalen que el elemento esencial de la agencia no es la determinación de quien tiene la propiedad de las mercaderías, sino el esclarecimiento de si el agente actúa por su propia cuenta, o si lo hace, primordialmente, por cuenta y en beneficio del agenciado.” En una dirección semejante se encuentra el laudo de fecha febrero 19 de 1997 compuesto por Ernesto Gamboa Morales, María Clara Michelsen Soto y Carlos Enrique Marín Vélez. Es importante destacar, en todo caso, que en el laudo de fecha 11 de octubre de 2010 adoptado por el Tribunal Integrado por Carlos Esteban Jaramillo, Jorge Suescún Melo y Jorge Hernán Gil, este último salvo su voto advirtiendo que la actuación por cuenta de otro constituye un elemento de la naturaleza del contrato de agencia y no un elemento de su esencia.

³⁸ El Tribunal de arbitramento estuvo integrado por los Árbitros Juan Pablo Cárdenas Mejía, Carlos Ignacio Jaramillo y José Armando Boniventro Jiménez.

"A juicio del Tribunal, esta consideración tiene validez jurídica como principio general, por supuesto bajo la premisa de tratarse efectivamente – como realidad sustancial- de comercialización a través de compra para reventa, mas no como regla absoluta en la medida en que no excluye eventuales situaciones excepcionales en las que la referida compra para reventa sea una realidad apenas formal, que en caso de estar acompañada de una gestión cuyo contenido evidencie un verdadero encargo de promover los negocios del empresario –con el significado y alcance reseñados-, con independencia y estabilidad, y estructurando la actuación como por cuenta de tal empresario –con el significado y alcance que luego se precisará-, puede desembocar en la estructuración de una verdadera agencia comercial, obviamente si se verifican las demás exigencias de ley."

No se trató entonces de una modificación a la posición sostenida por el tribunal de arbitramento de 2010. Se destacó, ello sí, que la perspectiva del mercado no debería dar lugar a extender excesivamente el alcance del contrato de agencia y, por ello, resultaba necesario que la actuación por cuenta de otro y la promoción de negocios ajenos –características cardinales del contrato de agencia- se entendieran de manera limitada. En opinión del tribunal la ampliación del mercado es uno de los rasgos que caracterizan, en general, las diferentes formas de distribución y, en consecuencia, no es a partir de ello que pueda definirse la existencia del contrato de agencia. En el entendimiento del encargo de promover por cuenta de otro pretendía mantenerse controlado por la jurisprudencia arbitral que, muy seguramente, era consciente que una extensión descontrolada del tipo contractual, podría afectar las formas de instrumentar los diferentes esquemas de comercialización de productos considerando el natural temor frente a las consecuencias económicas que se siguen de la terminación de la agencia mercantil³⁹.

39 Dice el laudo lo siguiente en uno de sus apartes más importantes, preámbulo del análisis que posteriormente concluiría afirmando que no se configuraba el contrato de agencia: "Desde esta perspectiva, es claro que si la actuación por cuenta ajena es, por supuesto, distinta a la actuación por cuenta propia, y si la agencia mercantil es apenas una de las modalidades que puede revestir la distribución de los bienes o servicios de un empresario a través de terceros, que se caracteriza por la existencia de un encargo para promover los negocios de éste, y no simplemente promocionar sus productos –ni los propios-, no es posible aceptar un concepto amplio de la actuación por cuenta ajena para concluir, como se pretende, que se está actuando con tal caracterización cuando de alguna manera se logra incrementar el número de personas que adquieren sus bienes o servicios, y por ello el fabricante o productor recibe los beneficios de la actividad del intermediario. Por lo mismo, en criterio del Tribunal no es posible aceptar que el requisito por cuenta de se encuentre cumplido por razón de cualquier "beneficio que directa o indirectamente reciba el principal de las actividades" (...) del distribuidor, pues ello conduciría a calificar como

Se encuentran en juego, entonces, dos formas de comprender un contrato especialmente complejo. Cada una de ellas prioriza un diferente punto de partida. En la actualidad, sin embargo, esa elección no ha encontrado todavía espacio suficiente en la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, sí parece abrirse camino en la jurisprudencia arbitral cuyo poder de unificación resulta, no obstante, limitado.

agencia comercial todo –o casi todo- contrato que envuelva la distribución de bienes o servicios de un empresario por un tercero, lo cual desconocería la entidad jurídica particular y especial de aquélla (...), y haría desaparecer la línea divisoria que se impone mantener para reconocer, conforme a la realidad jurídica y económica imperante, diversas opciones de modalidades contractuales dentro del espectro genérico de la comercialización de bienes o servicios de un fabricante a través de terceros, unas típicas o nominadas, como el suministro con fines de distribución y la propia agencia mercantil, y otras atípicas o innombradas, pero jurídicamente viables y vinculantes, como la concesión, la franquicia, etc. No sobra memorar, como en otro acápite del presente laudo se puso de presente, que en este tema de la calificación contractual se hace necesario proceder *ex abundante cautela*, como quiera que el reconocimiento de la existencia de elementos comunes propios de una misma *familia contractual*, no puede conducir a que se desdibujen o distorsionen las líneas diferenciadoras entre cada *tipo contractual*, en particular. Lo propio sucede cuando se pretende ampliar las fronteras del tipo, en cierto modo 'elásticas' y, por ende, no absolutamente pétreas, como se anotó en su oportunidad, que no de textura abierta o indeterminada, dado que ello conspiraría con su identidad y su restricta estructura. Para evitar dicha distorsión, particularmente en lo tocante con el elemento 'por cuenta ajena', propio de la agencia mercantil, considera necesario el Tribunal precisar el alcance del mencionado requisito tipificador del contrato en comento."

4. CONCLUSIONES

La evolución jurisprudencial descrita permite destacar tres formas de comprender el problema jurídico. La primera de ellas sostiene una incompatibilidad definitiva entre la compra para reventa y la agencia mercantil. La segunda indica que a pesar de no ser posible la calificación de la compra para la reventa como una modalidad de agencia si resulta factible, en cada caso, diferenciar los tipos contractuales que concurren en una operación. Finalmente, la tercera señala que no interesa la propiedad de los bienes sino los efectos que sobre el mercado tiene la actividad de aquel que pretende ser agente.

Estas formas de comprender el asunto dejan en evidencia posiciones más o menos estrictas en relación con la tipicidad de la agencia. La tesis de la propiedad que sostiene que el punto de partida debe ser el derecho de dominio de los bienes de manera tal que no es agente quien compra –adquiere la propiedad- y vende, excluirá diversos casos de la aplicación de las normas del contrato de agencia. Por el contrario la tesis del mercado, preocupada más por los efectos del contrato que por la propiedad de los bienes, tiene como consecuencia la ampliación de los supuestos sometidos a los artículos 1317 y ss del Código de Comercio.

Debe decirse, en todo caso, que esta delimitación resulta de una importancia extrema dado que la determinación que se adopte puede tener efectos muy importantes en relación, según se ha dicho, con las prestaciones que se causan al momento de terminar el contrato. Una ampliación del ámbito del contrato de agencia, como el que se encuentra en la posición insular de la Corte Suprema descrita en este documento –reconocida con cautela por la jurisprudencia arbitral incluso desde antes-, potenciará los mecanismos orientados a contener los costos de este tipo de contratos. Por el contrario, la reducción del alcance del contrato de agencia excluyendo de su cobertura a la compra para reventa, podrá motivar el uso de este tipo de acuerdo para eludir las consecuencias del sistema de prestaciones existentes.

En cualquier caso, la jurisprudencia de la Sala Civil parece estar aun en un complejo proceso de construcción. Los llamados que ha hecho la

Corte a “reexaminar” el asunto, suscitan dudas acerca de los resultados de tal evaluación y, finalmente, del momento en que ello se hará. Mientras tanto la jurisprudencia arbitral reconoce que la existencia de compra para reventa excluye, en principio, la presencia del contrato de agencia. Sin embargo, esa exclusión no es definitiva y, en cada caso, deberá determinarse si se configura con fuerza la existencia de un encargo de promoción por cuenta de otro que deje, al margen, la discusión sobre la propiedad.

LA DACIÓN EN PAGO Y LA RECISIÓN POR LESIÓN ENORME: ENTRE DOS FORMAS DE COMPRENDER EL CÓDIGO CIVIL

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Laura Arnedo Jiménez, José Manolo Mayorga Díaz, Miguel Augusto Medina Ramírez, Miguel Ángel Trespalacios Arteaga, Oscar Gabriel Quijano Melo, Gustavo Ramírez Nuñez, Iván Dario Zuluaga Cardona, Vicente Landinez Lara, María del Pilar Vargas Malaver, Amanda Janneth Sánchez Tocora, Gloria Patricia Luna Pamplona, Anthony Tadeo Nicolás Ortega Martínez, Jairo Restrepo Cáceres, John Carlos Camacho Puyo, Hernando Forero Díaz, Carlos Alberto Cardona Toro, Julián Enrique Guerrero Correa, Diego Omar Pérez Salas, Vivian Victoria Saltarín Jiménez, Claudia Jaimes Franco, Luis Alberto Zuluaga Gómez y Carlos Giovanny Ulloa Ulloa, en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

1. INTRODUCCIÓN

La posibilidad de apoyarse en las normas que autorizan la recisión por lesión enorme en el contrato de compraventa, con el propósito de extender su aplicación al caso de la dación en pago, ha dado origen a una encendida polémica no sólo doctrinal sino también y cómo era de esperarse, judicial. Esta disputa como se verá tiene diferentes niveles de desarrollo desde aquel preocupado por definir la naturaleza jurídica de la dación en pago –de escasa mención en los códigos de derecho privado colombianos- hasta otro que, aceptando la similitud de la referida dación en pago a una compraventa, discute si resulta posible aplicar el régimen de la lesión enorme.

Lejos de tratarse de una disputa asociada, de manera exclusiva, al tratamiento dogmático de las formas en que se solucionan las deudas, el problema ha terminado reflejando polémicas muy fuertes alrededor del alcance de la autonomía de la voluntad, de la posibilidad judicial de extender figuras que privan de efectos a algunos negocios jurídicos, del papel de legislador en la regulación de tales figuras e incluso, del impacto que puede tener la Constitución en la comprensión del asunto.

La división en la Corte se ha expresado con fuerza en el último tiempo. En las sentencias de los años 2007 y 2008 las decisiones y

planteamientos de la Sala Civil han desencadenado la formulación de salvamentos de voto dirigidos a atacar la posición mayoritaria a través de diversas estrategias. Antes de las sentencias de estos años, la Corte no evidenció ninguna división al respecto. El desacuerdo tardío llama de manera especial la atención y parece encontrarse asociado no tanto a las posturas dogmáticas más específicas alrededor de la naturaleza de la dación en pago sino a una especie de macroteorías diferenciadas en la Corte en relación con las cuestiones enunciadas en el párrafo anterior.

La tesis dominante, en la actualidad, señala que las normas que disciplinan la lesión enorme en el contrato de compraventa no son aplicables a la dación en pago. Las diferencias existentes con la compraventa, el carácter sancionatorio y excepcional de la rescisión por lesión enorme y la improcedencia de acudir a la analogía son los ejes específicos de la argumentación mayoritaria. A pesar de su fuerza y la extensión con la que han sido planteados, esos razonamientos no han conseguido el consenso en la Corte y se han visto enfrentados a diversos tipos de objeciones vinculadas a la posibilidad de aplicar a la dación en pago las normas de la compraventa bien sea por la identidad de las figuras o de su similitud, así como a la necesidad de instrumentar mecanismos de corrección de las injusticias aún restringiendo la autonomía de la voluntad.

Un asunto de singular relevancia para este escrito, que exige su planteamiento desde ahora, es presentado en el salvamento de voto que frente a la sentencia del 6 de julio de 2007 formuló el magistrado Villamil Portilla y al que se adhirió Ardila Velásquez. Según el salvamento, la presentación que de la evolución jurisprudencial hizo la Corte para demostrar una tendencia orientada a apoyar la tesis triunfante fue equivocada, en tanto lo allí expuesto por la Corte no constituía nada diferente a dichos de paso carentes de la fuerza para ser calificados como precedente. La conclusión que se adopte en relación con este punto de vista tiene como efecto un planteamiento diverso de la historia. Para la mayoría de la Corte la jurisprudencia ha tenido sensibles movimientos hacia la tesis ganadora reflejados de manera especialmente fuerte en la sentencia del 31 de marzo de 1982. Para la postura minoritaria tales movimientos no existen en la forma en que lo ha presentado por la Corte a quien, finalmente, están acusando de usar una estrategia equivocada de lectura del precedente.

Así entonces dos historias diferentes del camino seguido por la Corte podrían considerarse. A pesar de ello el resultado será el mismo en relación con la postura judicial actual. Este trabajo trata de ser sensible a ambas miradas y, por ello, el problema jurídico examinado se formula de manera tal que permita ubicar en una única historia ambas versiones.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Resulta jurídicamente posible asimilar la dación en pago a la compraventa y, a partir de ello, aplicarle a la primera las reglas relacionadas con la rescisión por lesión enorme?

TESIS A

La dación en pago tiene una similitud perfecta con la compraventa y, en consecuencia, es procedente la aplicación de las reglas de la lesión enorme previstas para este último contrato.

SC Civil, 16-09-1909		
SC Civil, 27-05-1926		
		SC Civil, 24-03-1943
	SC Civil, 09-05-1944	
SC Civil, 31-05-1961		
SC Civil, 09-07-1971		
		SC Civil, 02-02-2001
S.V. Ardila, Villamil	S.V. Munar	SC Civil, 06-07-2007
S.V. Ardila, Villamil	S.V. Munar	SC Civil, 01-12-2008

TESIS B

La dación en pago no es asimilable a la compraventa y, en consecuencia no le son aplicables las reglas de la lesión enorme previstas para este último contrato.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

3.1 ¿Es posible aplicar las reglas de la lesión enorme a una operación de dación en pago?: Balance general de la disputa en la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia

La jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido, en directo vínculo con los planteamientos de la doctrina, la existencia de diferentes teorías que explican la dación en pago. La dificultad de tal definición parece encontrarse asociada al hecho de no existir una regulación de la figura en el ordenamiento jurídico colombiano más allá de referencias accidentales.

Esta definición no se encuentra exenta de consecuencias prácticas. Por el contrario, dependiendo de si encuadra o no en un determinado tipo jurídico, tendrán las partes que intervienen diferentes formas de reaccionar o actuar ante las vicisitudes que tal operación puede desencadenar. Es por ello entonces que, a diferencia de lo que ocurre en muchos otros casos en los que la determinación de la naturaleza jurídica de una institución no pasa de ser una forma de clasificar y ordenar sin efectos prácticos significativos, la ausencia de una regulación en el caso de esta figura hace que la definición de su naturaleza se convierta en un asunto medular.

En sentencia de fecha 2 de febrero de 2001 la Corte se aproximó a la definición de la dación en pago indicando que se trata de una operación en virtud de la cual el acreedor de una prestación acepta recibir como pago, a fin de extinguirla, una cosa diferente a la debida originalmente. En un sentido similar la sentencia del 31 de mayo de 1961 indicaba que la dación en pago –destacando su consideración como convención- implica que “un deudor de dinero u otra cosa” cumple su obligación “con la entrega de una cosa mueble o inmueble”. Estas definiciones, en relación con las cuales podría existir acuerdo no han derivado, sin embargo, en una postura pacífica sobre la naturaleza.

Algunos sostienen que la dación en pago es una compraventa o por lo menos a ella se asimila. Otros advierten que se trata de una novación por cambio de objeto. También se indica que la dación en pago es una forma

autónoma y diferente de pago. Finalmente, expresan otros que la dación en pago es una especie de forma jurídica mixta que se encuentra impactada por las figuras anteriores.

La primera de tales tesis señala que se trata de una compraventa “en que el deudor vende al acreedor la cosa que da en pago, por el crédito debido, que resulta compensado por el precio de la venta a cargo del mismo acreedor”⁴⁰. La segunda de tales posiciones, resalta que el pago a través de una cosa diferente a la prevista inicialmente implica que lo ocurrido es una novación que extingue la obligación anterior debido a una modificación en el objeto original. Tal y como se señala, otra de las posturas posibles, en opinión de la Corte, es considerar a la dación en pago como un mecanismo diferenciado y autónomo de pago que no se identifica ni con la compraventa ni con la novación. La última propuesta puede de caracterizarse, aunque sin contar con apoyo específico en la jurisprudencia de la Sala Civil, diciendo que ella no admite que sea una operación que excluya las otras categorías sino que a su explicación todas ellas concurren⁴¹.

La elección del camino que debe seguirse no es sencilla. Así lo reconocía la Corte en su sentencia de 31 de mayo de 1961 cuando advertía en el fundamento No. 12 de su decisión:

40 Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia de fecha 31 de mayo de 1961. M.P. José. J. Gómez R.

41 En la sentencia de fecha 2 de febrero de 2001, la Corte Suprema de Justicia resumía así las alternativas de comprensión de la dación en pago. En esta presentación la Corte se vale, además de la citación de doctrinantes destacados, de la invocación de sentencias de la misma Corte. Dice entonces la Corte: “Es así, en obsequio a la brevedad, como se la ha asimilado –con matices- a una compraventa (Pothier, Troplong, Laurent)^[2], en la medida en que el pretendido comprador, se dice, recibe la cosa por un precio que soluciona por compensación la deuda que el vendedor tiene a su cargo (*dare en solutum, est vendere*); o considerada como una novación objetiva (Baudry-Lacantinerie, Aubry-Rau, Planiol, Estevill)^[3], en atención a que la obligación primitiva, puntualizan sus seguidores, se extingue sustituyéndose por otra (arts. 1687 y 1690 nrl. 1, ib.), la que a su vez se soluciona –ahí sí- con la ejecución de la nueva prestación debida (art. 1626 C.C.); o como una simple modalidad de pago (Somarriba, De Segogne)^[4], pues se está dando cumplimiento a la obligación adquirida, sólo que -con la aquiescencia del acreedor- de manera diversa (inc. 2 art. 1627 ib.); o como un acto complejo –o mixto- que participa, en tal virtud, de algunas de las características de las anteriores instituciones (Josserand, Mazeaud, Marty-Raynard, Weill-Terré y Léoty), toda vez que, por vía de ejemplo, al igual que la compraventa, la dación es título traslación de dominio, asemejándose también a la novación por cambio de objeto, puesto que en ambas varía la prestación; y, finalmente, se la ha entendido como un modo autónomo y, de suyo, sustutivo de extinguir las obligaciones (Polacco, Solazzi, Abeliuk, Catala, Barrios y Valls), el que presupone un acuerdo según el cual se habilita al deudor para que, *ex profeso*, satisfaga el derecho crediticio, con un objeto distinto del acordado, pero que se tiene como su equivalente –para todos los efectos-.”

“No es tarea simple elegir un rumbo en donde se cruzan derroteros opuestos aun en la interpretación de un mismo fenómeno legal, como acontece en el derecho francés, por ejemplo, para cuyos interpretes se trata de una novación (...) o de “un pago excepcional, conforme a la tradición del antiguo derecho francés” (...) o de una figura semejante a la venta”.

Así entonces en un contexto de enérgicas disputas dogmáticas, la Corte ha terminado por tomar partido por la tesis que reconoce que la dación en pago es una modalidad autónoma de cumplir las prestaciones originales. Este recorrido, sin embargo, no ha sido apacible. La sentencia del 31 de mayo de 1961 y la decisión del 6 de julio de 2007 reconstruyen esta evolución adoptando, en cada momento, una determinación diferente sobre la naturaleza jurídica. De esta manera, por la forma en que desarrollan la cuestión, estas dos decisiones tienen una importancia capital en la evolución de la historia. A continuación ella se presenta.

La tesis de la similitud perfecta entre la dación en pago y la compraventa fue expuesta por la Corte en la sentencia de fecha 16 de septiembre de 1909. Según allí se destacaba *“las diferencias accidentales que separan la compraventa de la dación en pago no son suficientes a destruir la similitud perfecta que guarda la naturaleza íntima y jurídica de estos dos fenómenos”*. En idéntica dirección procedió la Corte en la sentencia del 27 de mayo de 1926 en la que indicaba que *“[s]i la dación se hace en lugar de una suma de dinero, es sabido que tal acto constituye una venta y se rige por las leyes relativas a este contrato”*.

Sin establecer la identidad entre las dos figuras, pero manteniendo la cercanía entre una y otra, se encuentra la decisión del 31 de mayo de 1961, cuyo planteamiento fue ratificado por la sentencia del 9 de julio de 1971. En la primera la Corte señaló, al examinar si las normas sobre rescisión por lesión enorme le eran aplicables a la dación en pago, que *“dado el paralelismo existente entre los elementos esenciales de la compraventa y los que se destacan en la dación en pago de una cosa mueble o inmueble por un crédito de dinero, y el carácter comutativo de ambas operaciones la Corte (...) reconoce que hay una clara analogía entre las expresadas convenciones”*. En esa determinación, a la que la Corte le imputaría en 1971⁴² haber concluido

⁴² En la decisión del 9 de julio de 1971 la Corte tendría que abordar un caso en el que se planteaba, nuevamente, la procedencia de la rescisión por lesión enorme en una

la vacilación sobre la naturaleza de la dación en pago, se señaló que la expresión “similitud perfecta” que en 1909 se había trazado debía entenderse no como identidad sino como analogía.

En la sentencia de mayo 9 de 1944 -aunque con algunas dudas- la Corte reconoció que la dación en pago podría considerarse como una verdadera novación. Al resolver un caso en el que se discutía si el pago de una obligación con un banco a través de un medio diferente al inicial daba lugar o no a una nueva relación que determinaran la inaplicación de las reglas del contrato de mutuo, la Corte señaló que se había verificado “*el fenómeno extintivo porque el acreedor, o sea el Banco, convino con el deudor en recibir en pago otra cosa distinta de la debida, hubo una mutación del objeto, acciones en vez de dinero, mutación que para muchos es una verdadera novación.*”⁴³

Otra dirección planteaba la sentencia del 24 de marzo de 1943. En ella, la Corte reconoció que la dación en pago podía considerarse como una figura propia. Al determinar si el artículo 1873 del Código Civil que regula los efectos de la denominada doble venta era aplicable cuando el bien se había entregado a título de dación en pago, la Corte precisó al resolver el cuarto cargo formulado por el demandado que “[l]a dación en pago tiene una naturaleza jurídica, una fisonomía propia, dentro de la cual la característica predominante es su equivalencia con la solución o pago efectivo” y siendo entonces una forma para extinguir las obligaciones se “diferencia fundamentalmente esta institución del contrato de compraventa, que sirve para crear obligaciones”. Esta alineación fue recogida en las sentencia del 2 de febrero de 2001, del 6 de julio de 2007 y del 1 de diciembre de 2008. En la primera, que la Corte recogería en la segunda para ratificar su posición sobre la naturaleza de la dación en pago advirtió que “[l]uce más acorde con el cometido que le asiste al deudor para efectuar una dación y al acreedor a aceptarla, estimar que se trata de un modo o mecanismo autónomo y, de suyo, independiente de extinguir las obligaciones (...)”.

La definición de una postura estable en relación con este asunto fue intentada con fuerza, según se señaló previamente, en la sentencia de

hipótesis de dación en pago.

43 Es evidente la duda de la Corte sobre la calificación de novación cuando a continuación señala: “Pero sea o no que esta manera extintiva se hubiera realizado, es cierto que se pactó el cambio en cuanto al objeto de la obligación, y surgió al respecto otra, a saber (...).”

1961 y luego en la sentencia de 2001. La primera tomó partido por la tesis de la compraventa. La segunda se encauzó a defender la tesis de acuerdo con la cual la dación en pago era una modalidad autónoma para extinguir obligaciones. Luego, entre el 2007 y el 2008, concluiría el ataque en contra de la tesis de la compraventa.

Comprender el contenido de cada una de las tesis es fundamental.

3.2 Las tesis dominantes: Entre la tesis de la compraventa y la tesis de la modalidad autónoma

Del balance cuyo relato se ha intentado, puede concluirse que la tesis de la novación, al menos en la práctica judicial de la Corte no ha tenido un lugar especialmente destacado. Su mención dudosa en 1944 es una evidencia de ello. En cualquier caso y dado que su defensa ha tenido participantes prestigiosos en la doctrina, la Corte ha debido realizar un esfuerzo para descartarla. Su aniquilamiento judicial, sin embargo, parece claro. Este exterminio ha tenido como fondo la discusión entre los partidarios de la tesis de la compraventa y la tesis de la modalidad autónoma.

3.2.1 La dación en pago es análoga a una compraventa: la sentencia del 31 de mayo de 1961

Antes de concluir afirmando que la dación en pago guardaba importantes similitudes con la compraventa que hacían posible extender el régimen de esta a aquella, la Corte se ocupó de enfrentar las tesis alternativas.

La novación por cambio de objeto fue su primer blanco. Esta forma de extinción de obligaciones implica, en opinión de la Corte, que la segunda obligación que sustituye a la primera subsiste en el tiempo y luego resulta extinguida. Sin embargo y de manera divergente, la dación en pago supondría que una vez dado el mueble o inmueble que sustituye la prestación original queda inmediatamente extinguida toda obligación y ningún rastro de ella permanece. Dice la Corte que *“repugna que todo ello se ejecute en un instante, siendo así que han de verificarse hechos que necesariamente exigen un proceso cronológico, como son la desaparición de un vínculo, la creación de otro y el fencimiento de este último”*. Podría denominarse este razonamiento como el argumento de la cronología.

Esta conclusión se encuentra acompañada del señalamiento de efectos prácticos no queridos. Para la Corte, la extinción definitiva de la obligación *primitiva* dejaría al acreedor sin garantía alguna frente al supuesto, por ejemplo, de la evicción de la cosa entregada. Igualmente, en opinión de la Corte, dejaría a los intervinientes en la operación sin acción alguna en caso de una desproporción significativa en el precio. Este planteamiento cabría denominarlo como el argumento de la desprotección.

Una vez agredida la novación con el argumento de la cronología y el argumento de la desprotección, emprende la Corte su objeción a la tesis de la dación en pago como una modalidad autónoma. Para ello la Corte, además de apoyarse en el argumento de la desprotección que reproduce de manera igual, sostiene muy rápidamente que no puede considerarse como pago una operación que intenta satisfacer la prestación de una manera diferente a la inicialmente prevista. Por eso indica que la dación en pago se aleja del pago *"porque en realidad no lo es, ya que no satisface la prestación tal como fue pactada"*.

Con la idea de haberlas dejado heridas de muerte, la Corte concluye que la dación en pago es una compraventa. El vendedor es el antiguo deudor y el comprador es el antiguo acreedor. La cosa es el bien entregado y el precio a cargo del comprador es compensado con el crédito que tiene frente al vendedor. Por eso es que la sentencia indica que la postura de la compraventa *"ofrece la explicación llana del fenómeno, aparte de que el carácter de commutativo que es propio de dicho contrato, le presta a la dación un fundamento axiológico preponderante"*⁴⁴.

Así se abrían las puertas para aplicar la recisión por lesión enorme a la dación. Ellas serían cerradas con el anuncio del año 2001 y con las sentencias del 2007 y del 2008.

44 En el párrafo final del fundamento jurídico 12 la Corte señala: "Esta tesis no afirma que la dación sea una compraventa, no obstante los puntos de contacto entre las dos, al extremo de que es difícil demarcar las disparidades que las separan. Esta tesis sostiene la semejanza entre tales actos, como enseñaron los romanos de la época justiniana, y más tarde Pothier al ver en la nueva prestación de dar, la cosa del contrato de venta y el precio a cargo del acreedor, en el crédito primitivo compensado con aquél".

3.2.2 La dación en pago como una modalidad de pago autónoma: Las sentencias del 2 de febrero de 2001, del 6 de julio de 2007 y del 1 de diciembre de 2008

3.2.2.1 La primera línea de defensa: la fuerza de la dogmática civil

En el año 2001, al examinar si el asegurado había incumplido una cláusula de garantía -que le obligaba a abstenerse de modificar el contrato sin autorización de la aseguradora-, teniendo en cuenta que se había recibido a título de dación en pago bienes diferentes a los previstos originariamente en el contrato de suministro, tuvo que determinar la Corte si como consecuencia de la dación en pago había nacido una obligación diferente que hiciera aplicable la referida cláusula de garantía del contrato de seguro.

La Corte señaló que no podía asimilarse la dación en pago a la novación. Para ello se apoyó en cuatro argumentos: el argumento del *animus*, el argumento del objeto, el argumento *realístico* y el argumento de la ausencia de presunción.

El primero consistió en señalar que en la dación en pago el *animus* de las partes es solvendi al paso que en la novación es novandi. El segundo consiste en destacar que en la novación se sustituye la obligación por otra diferente al paso que, en la dación en pago, lo que ocurre es una “renuncia a exigir la prestación debida primitivamente –no a la acción de cobro- a cambio de un objeto diferente”. El tercer argumento destaca que la realidad de la dación en pago es que con ella se pretende la extinción definitiva de la obligación y no el surgimiento de una nueva para que se extinga inmediatamente lo que implica, de otra forma dicho que “el propósito que mueve a las partes a convenirla, es el de extinguir una obligación, no a crear una nueva –para- que inmediatamente fenezca, alambicado procedimiento que no está en consonancia con lo que, en la *praxis*, acaece cuando se acuña una dación en pago”. Finalmente, a pesar de que la novación implica, por regla general, la extinción de los privilegios o garantías de la obligación primigenia⁴⁵ lo que ocurriría

45 El artículo 1700 del Código Civil indica lo siguiente: “Sea que la novación se opere por la sustitución de un nuevo deudor o sin ella, los privilegios de la primera deuda se extinguieren por la novación.” Por su parte, en primer inciso del artículo 1701 prescribe: “Aunque la novación se opere sin la sustitución de un nuevo deudor, las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no pasan a la obligación posterior, a menos que el acreedor y el deudor convengan expresamente en la reserva.”

también con la fianza en el caso de la dación en pago atendiendo lo señalado en el artículo 240⁴⁶ de manera tal que sería posible establecer la similitud de ambas figuras en el Código Civil, la Corte concluye que “ello no fuerza concluir que las partes, por gracia de ésta, han novado la obligación, paralogismo que se devela fácilmente si se tiene en cuenta que la novación no puede presumirse, merced a la plausible, amén que certera exigencia de que exista en ambas partes el ánimo de novar”⁴⁷.

La sentencia de 2001 dejaba sentadas las bases para excluir cualquier posibilidad de asimilar la dación en pago con la donación. En el año 2007, apoyándose en una férrea defensa de su posición de 2001, la Corte inició la operación argumental requerida para desvirtuar la tesis de la compraventa y acreditarse el triunfo de la dación en pago como figura autónoma. Ahora entonces se ocuparía de enfrentar la tesis de la compraventa sostenida en 1961.

El caso es el siguiente. La sociedad acreedora, posteriormente demandante, aceptó como pago por cuenta de un tercero y en sustitución de una deuda de 320.000.000, la tradición de un bien inmueble cuyo valor, al efectuar un avalúo cuando ya se encontraba en poder de tal sociedad, resultó valer menos de la mitad de aquello que se preveía cubrir con su entrega. Se demandaba entonces el completamiento del precio debido a la configuración de un supuesto de lesión enorme.

La Corte niega la procedencia de asimilar la dación en pago y la compraventa. Para ello expone al menos cinco razones. En primer lugar destaca que en la dación en pago sólo existe un interés de pagar. No se presenta advierte la Corte, a diferencia de lo que ocurre en la compraventa, interés de vender y de comprar. A continuación señala que la dación en pago además de ser un típico negocio extintivo -lo que no ocurre con la compraventa- es unilateral en tanto el acreedor –ahora sería el comprador- no adquiere obligación alguna. En tercer lugar, la Corte señala que la dación en pago, a diferencia de la compraventa que por regla general constituye un negocio consensual, es una operación real en tanto se perfecciona con la entrega de la cosa que se da en pago.

⁴⁶ Dicho artículo prevé: “Si el acreedor acepta voluntariamente del deudor principal, en descargo de la deuda, un objeto distinto del que este deudor estaba obligado a darle en pago, queda irrevocablemente extinguida la fianza, aunque después sobrevenga evicción del objeto.”

⁴⁷ La Corte en cualquier caso, luego de citar varias disposiciones del Código Civil que aluden a la dación en pago, sostiene que se trata de una figura con fisonomía propia.

Los dos últimos argumentos merecen una explicación especial. Según se mencionó anteriormente, la tesis de la compraventa sostiene que en la dación en pago el deudor-vendedor transfiere al comprador-acrededor un bien mueble o inmueble. Al quedar este último como deudor, el crédito debido se compensa con el crédito inicialmente existente y cuya extinción se pretendía. Para la Corte, este planteamiento se enfrenta a dos problemas.

De una parte, se pregunta la Corte que pasa si la deuda que se pretende extinguir no existía en realidad. En este caso la compensación no se habría producido a pesar de lo cual la transferencia del derecho de dominio sí ocurriría. Este resultado era en su opinión insatisfactorio dado que si se considera su verdadera naturaleza, en ese caso no se habría producido nada diferente a un pago de lo no debido que da lugar a acción referida en el artículo 2313 que regula el cuasicontrato de pago de lo no debido. De otro lado se cuestiona la Corte acerca de cuál sería la solución en aquellos eventos en que existen garantías preexistentes en caso de incumplimiento de la obligación original y, después de entregado el bien al acreedor –comprador- se constata que este no le pertenecía al deudor –vendedor-. Si la tesis de la compensación, adscrita a la compraventa es correcta, resultaría que por efecto de tal fenómeno las garantías también se extinguirían lo que no resulta adecuado si se le aplican las normas generales del pago que se debe hacer con transferencia de propiedad según el artículo 1633. Dice la Corte que sólo en el caso del artículo 2407 y, por ello únicamente para la fianza, se entiende irremediablemente extinguida esta garantía personal.

Quedaba así diseñada la primera línea de defensa de la posición de la Corte. Como puede el lector notar ella se fundaba en las diferencias dogmáticas de las figuras que pretendían asimilarse. La construcción en las sentencias se expresa a través de argumentos marcadamente impactados por la dogmática civil de ahora y antes. Esta argumentación dejaba entonces en pie la tesis que en 1943 había expresado la Corte Suprema. La dación en pago es una institución autónoma y, por ello, las reglas de la compraventa que autorizan la rescisión por lesión enorme no le son aplicables. La mayoría de la Corte sabía, sin embargo, que esta defensa de la dación en pago no resultaría suficiente y, por ello, dirigió su mirada hacia la lesión enorme a fin de justificar que no tendría ella la posibilidad de extenderse a supuestos diferentes a los de la compraventa. Se abría entonces la segunda línea de defensa.

3.2.2.2 La segunda línea de defensa: la argumentación constitucional y metodológica

Esta segunda línea, que al igual que la primera, habría de ser atacada por los salvamentos de voto del año 2007 y 2008 se concentró en exponer las razones por las cuales no resultaba posible extender la idea de lesión enorme a la dación en pago.

En la sentencia del 6 de julio de 2007 la Corte advierte que la lesión enorme, en el régimen jurídico colombiano, tiene una fuerza sancionatoria y excepcional que impide, por ello, extenderla a figuras para las cuales el ordenamiento no las prevé claramente. Esa naturaleza excepcional, la plantea la Corte llevando a efecto no solo una revisión de su origen histórico sino desarrollando un examen de la manera en que se encuentra regulada en el Código Civil.

Más allá de ese planteamiento la Corte advierte que la libertad contractual, constitucionalmente amparada, exige una interpretación restrictiva de aquellas figuras que además de ostentar una naturaleza sancionatoria tienen como efecto privar de efectos a las operaciones contractuales. Si bien considera que el derecho privado ha sido impactado por numerosas tesis que defienden la imposición de restricciones a la autonomía negocial⁴⁸ es evidente que ellas no

48 Lo dice así la Corte: “. Lo manifestado en apartes que anteceden, claro está, no se opone a que existan -y deban indefectiblemente existir- normas tuítivas que impidan el desbordamiento de esas libertades negociales y que procuran materializar la justicia, como supremo valor fundamental. La ley, en cuanto ordenamiento de la razón dirigido al bien común, según ha sido dicho, no es ajena a los abusos que, *in casu*, pueden cometerse en los procesos de contratación, como tampoco lo es la Constitución Política; por eso estatuye, con especial acento, que antes, durante y después, se debe proceder de buena fe y sanciona su infracción; por eso establece reglas que las partes no pueden contrariar, so pena de ineficacia o nulidad; por eso precisa que ciertos derechos son irrenunciables, pues los juzga caros para uno de los contratantes y para la sociedad toda; por eso no desatiende a la parte débil del contrato, ni cierra sus ojos os delante de quien ejerce una clara y abusiva posición dominante: allí traza pautas obligatorias de interpretación y permite inaplicar estipulaciones que puedan tildarse de abusivas; por eso sigue de cerca la contratación masiva y estandarizada, con particular miramiento en los negocios jurídicos a través de los cuales se satisface una necesidad vital o por lo menos relevante: muchos de ellos le han merecido normatividad especial, así en los servicios públicos, así en el arrendamiento, entre otros; por eso le abre espacio a terceros, cuando quiera que el contrato afecta sus intereses: he ahí las acciones reconstitutivas del patrimonio y la legitimación extraordinaria que se concede para impugnar determinadas operaciones; por ello, combate el desequilibrio y reversal la situación en que se encuentra una persona cuando es objeto de un vicio que eclipsa su voluntad (error, fuerza y dolo) y por eso también procura que, en ciertas negociaciones, exista un adecuado equilibrio económico: aquí, por vía de ejemplo, sanciona la lesión cuando es enorme.”

pueden ser objeto de extensión dado que se corren dos riesgos. El primero consiste en desconocer la autoridad del Congreso en la definición de la regulación aplicable y, por ello, -es el segundo- la actividad judicial estaría desconociendo sus propios límites. Es en este contexto donde la Corte formula lo que denomina la "lectura constitucional" de la cuestión que termina por afirmar la improcedencia de la extensión de la lesión enorme, aún cuando los fines de la ampliación de la figura puedan juzgarse plausibles. Esta afirmación se fundamenta en que en opinión de la Corte es al legislador y no al juez a quien corresponde constitucionalmente extender una figura que, por implicar una restricción a la autonomía de la voluntad demanda siempre una interpretación limitada.

Este argumento, que por su importancia se transcribe, fue así expresado:

"No pueden entonces los jueces, a la luz de normas foráneas que ontológicamente y teleológicamente participan de un criterio legal por completo diferente, alterar el esquema que, ex professo, otrora se adoptó en el ámbito nacional, ni siquiera cuando tal tendencia, sin duda bienhechora, está inspirada en la equidad o en la justicia comutativa, pues ello sería tanto como abrogarse, en la praxis, facultades exclusivas del legislador, que es a quien compete fijar el campo de aplicación de fenómenos restrictivos y sancionatorios -por matizados que resulten-, como el de la rescisión de los contratos por causa de lesión enorme, al mismo tiempo que el de sustituir, nada menos, un sistema por otro, sustitución que, por justificada que en teoría pudiere parecer, no es de poca monta o insustancial, por todo lo que ella entraña."

La recapitulación de la posición de la Corte hasta este punto permite entonces encontrar que, de una parte, no acepta que se traten de figuras análogas la dación en pago y la compraventa y, de otra, que aún admitiendo cierto grado de similitud, no sería factible acudir a la analogía a efectos de aplicar la rescisión por lesión enorme en tanto se estarían invadiendo competencias que le han sido asignadas al Congreso de la República y, por esa vía, se produciría un impacto injustificado en la libertad contractual.

Adicionalmente y desde una perspectiva metodológica, la Corte sostiene que la analogía de una regla especial como aquella que permite la

rescisión por lesión enorme, no resulta posible cuando existe en el contexto del otorgamiento de efectos a los negocios jurídicos una regla general que exige preservarlos más que anularlos. La analogía no autoriza que el intérprete dilate la acción de una norma cuya aplicación se encuentra limitada para algunos casos; ello es así a pesar de que se pretenda resolver una situación injusta. Esta determinación acerca del valor de las fuentes y, en particular, de la equidad invocada en el artículo 230 de la Constitución, es anunciada así por la Corte:

“Tampoco se podría extender el ámbito de la lesión enorme a la dación en pago, so pretexto de una aplicación analógica que atienda razones de equidad, no sólo porque ésta, entendida como justicia del juez, es criterio auxiliar de interpretación que permite ilustrar el sentido de la ley, dadas las particularidades del litigio (art. 230 C. Pol.), sino también porque una excepción no puede ser aplicada analógicamente, como se anotó. Si así se habilitara, la equidad, paradójicamente, sería fuente de iniquidades y campearía la inseguridad, en desmedro del estado social de derecho que, como lo reconoce el propio casacionista en sus reflexivos argumentos, demanda que los jueces se plieguen a las fuentes jurídicas que reconoce el ordenamiento patrio.”

La Corte admitía entonces la existencia de una eventual laguna y la enfrentaba diciendo que su completamiento no podía producirse por la equidad y como consecuencia de ello la norma aplicable era, en realidad, la que se derivaba del silencio del legislador.

Aceptar la existencia de una laguna para luego sostener que no era aplicable la analogía considerando la naturaleza de la lesión enorme, era un argumento vulnerable. Por ello la Corte habría de complementar su argumentación del 2007 a través de la sentencia del 1 de diciembre de 2008. La decisión judicial cuestionada en casación admitió, en contravía de lo señalado por la Corte en el año 2007, la aplicación de la lesión enorme a una operación de dación en pago.

Procedería la Corte a reiterar su posición y por ello casaría la providencia del tribunal. Para el efecto inició por ratificar los argumentos expuestos por la Corte en 2007 en relación con la imposibilidad de asimilar la dación en pago con la compraventa y de extender la rescisión, figura sancionatoria

y por ello de comprensión restrictiva, a otros supuestos que no la prevén. Sin embargo, el núcleo de la argumentación de la Corte, consistió en destacar que no existía vacío alguno que justificara acudir a la analogía. Su preocupación resultó entonces marcadamente metodológica.

Luego de destacar las cuatro condiciones que hacen procedente la aplicación de la analogía⁴⁹ la Corte inició por destacar que no todo silencio legislativo implicaba la existencia de una laguna. Ella sólo se presentaría cuando “*la ley no se ocupe de disciplinar completamente un específico instituto jurídico y que, como consecuencia de ello, uno o varios aspectos de él carezcan de normatividad, derivándose de esa omisión, total incertidumbre sobre el tratamiento o manejo que debe darse a los mismos*”. Para la Corte no ocurre tal cosa en el supuesto examinado, dado que el ordenamiento jurídico reguló de manera expresa los eventos en los cuales procede la aplicación de la doctrina de la lesión enorme y, por ello, no podría hablarse de un vacío –relevante desde la perspectiva de la analogía- en esta materia.

Ubicada allí la Corte advierte que la extensión de esa figura a otros eventos demanda una intervención legislativa y no una integración por parte de los jueces incompatible con las competencias a ellos asignadas⁵⁰.

49 Dijo lo siguiente en el fundamento jurídico 6.4: “A voces del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, “[c]uando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho”. (...) Al respecto tiene dicho la Sala, que “[e]l principio de la analogía o argumento simili consagrado en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, supone estas condiciones ineludibles: a) Que no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido; b) Que la especie legislada sea semejante a la especie carente de norma, y c) Que exista la misma razón para aplicar a la última el precepto estatuido respecto de la primera: *Ubi eadem legis ratio ibi eadem legis dispositio*” (Cas. Civ., sentencia de 30 de enero de 1962). (...) A ellas se suma, como ahora lo puntualiza la Sala, el requisito de que la norma seleccionada para aplicar al caso concreto no ostente naturaleza taxativa, exceptiva o sea de aquellas que establezcan una sanción, en sentido amplio, toda vez que su operatividad está siempre limitada al caso para el cual fueron previstas por la ley.”

50 Con fuerza, en respuesta a aquello que desde los salvamentos de voto se plantearía, la Corte sostuvo en el fundamento 6.8: “Es corolario del análisis expuesto, que el legislador colombiano, como ya se anticipó, consagró la figura de la lesión enorme en determinados eventos en los que estimó indispensable efectuarlo y que, al hacerlo, fue su designio regular dicho fenómeno solamente en esos específicos casos, de forma directa -compraventa, partición de bienes, aceptación de una asignación sucesoral, estipulación de intereses en el mutuo y la anticrisis y cláusula penal- o por asimilación expresa a la compraventa -permutación-. (...) Entonces, mal puede afirmarse la existencia de un vacío legislativo por el hecho de que tal sanción no se hubiera previsto de manera generalizada para los actos y negocios jurídicos, o para todos los contratos comutativos, o, en concreto, para la dación en pago, actitud que, se reitera, encuentra perfecta consonancia con los principios

Adicionalmente, la Corte señala nuevamente que ambas figuras son perfectamente diferenciables -lo que implicaría que no se trata de dos supuestos análogos- y que, aún siéndolo, la naturaleza sancionatoria impide la extensión de la doctrina de la lesión enorme.

Completa quedaba la defensa de la tesis que negaba la asimilación a la compraventa de la dación en pago y que, al mismo tiempo, se oponía a la aplicación de la recisión por lesión enorme a esos eventos. Sin embargo, como antes anunció, el desacuerdo en la Corte se había ya producido en la sentencia del 6 de julio de 2007 por parte del grupo conformado por los magistrados Ardila Velásquez, Villamil Portilla y Munar Cadena que, en el 2008, sólo estaría conformado por los dos últimos

3.2.3 Los salvamentos de voto de Villamil Portilla y de Munar Cadena a las sentencias del 6 de julio de 2007 y del 1 de diciembre de 2008

Villamil Portilla reitera en la sentencia de 2008 el salvamento que había formulado ya en el 2007 –acompañado por Ardila Velásquez-. Los argumentos expuestos tienen diferente naturaleza. El primero de ellos critica la lectura jurisprudencial adelantada por la Corte para sostener la evolución de la jurisprudencia. El segundo se dirige a destacar los rasgos de la dación en pago que hacen posible su asimilación a la compraventa. El tercero, finalmente, acusa a la sentencia de haber perdido una oportunidad especialmente importante para demarcar un nuevo sendero de rompimiento de injusticias contractuales.

Villamil Portilla señala que la Corte hace una lectura equivocada de la jurisprudencia. Esta conclusión encuentra su causa en una diferente perspectiva de análisis jurisprudencial. Al paso que la decisión de 2007 de la Corte lleva a cabo una revisión desde un ángulo que indaga por la naturaleza de la dación en pago, el salvamento de voto lo despliega desde la óptica del reconocimiento de la lesión enorme en la dación en pago. Ello conduce a que la mayoría de la Corte encuentre un mayor movimiento que aquel que constata el disidente.

Así el salvamento de voto advierte que el presunto giro en la jurisprudencia de la Corte no existió desde 1982 y tampoco se presentó en el año 2001, tal y como lo afirmó la mayoría en la decisión de 2007. La razón, en

que gobiernan las manifestaciones de voluntad, a los que atrás, aunque someramente, se hizo alusión.”

opinión del Juez Villamil es que en ninguno de tales casos y en verdad en ninguno de los anteriores a 2007, la Corte había establecido, como precedente, la imposibilidad de aplicar la lesión enorme a casos de dación en pago. La afirmación sobre la inexistencia de ese precedente se apoya en que en ninguno de los casos una afirmación cercana a tal tesis había llegado a constituir la ratio decidendi. Ello era así dado que el asunto resuelto por la Corte no lo requería.

El planteamiento del salvamento de voto podría tener razón. Al no suscitarse el problema de la lesión enorme como una cuestión central en las determinaciones invocadas en el 2007, ningún cambio de jurisprudencia podría encontrarse en las decisiones que definieron la diferencia sustantiva entre la dación en pago y la compraventa. De otra forma dicho, antes de 2007 ninguna tesis diferente a aquella que entendía aplicable la recisión por lesión enorme a la dación en pago se presentó en la jurisprudencia de la Corte y por ello, no era posible invocarla como precedente con autoridad.

Sin duda alguna esa posición resulta de interés. Sin embargo también cabría decir que es tal la importancia de la asimilación o la diferenciación entre las figuras para efectos de determinar la aplicación de la lesión enorme, que cualquier mención sobre este punto puede considerarse especialmente relevante. De cualquier forma el salvamento de voto, a partir de un cuidadoso análisis estático, encuentra más uniformidad que dispersión jurisprudencial.

Expuesta esta perspectiva, el segundo nivel del salvamento se dirige a cuestionar algunas de las tesis más civilistas de la sentencia. En primer lugar, estima que no es posible aceptar que en una dación en pago exista voluntad de vender y voluntad de comprar; a pesar de que podría existir sólo el ánimo de solventar la obligación, no es inaudito aceptar que exista el ánimo propio de una compraventa. En segundo término, objeta la idea de que la dación en pago sea unilateral dado que, en opinión de Villamil, cabe pensar en un supuesto en que la entrega de un bien como dación en pago excede el valor de lo debido y, como consecuencia de ello, desencadene una obligación de restitución por parte del acreedor-comprador.

En directa relación con lo anterior y en un tercer nivel, el salvamento destaca que la experiencia actual sugiere que cuando la dación en pago se produce, el anterior acreedor se encuentra obligado a restituir los títulos

valores que documentan el crédito y que, al ser de contenido crediticio, corresponden a dinero y por ello un precio que paga el acreedor-comprador. A continuación destaca que el carácter consensual de la compraventa –inxistente en la compraventa de inmuebles- y el real de la dación no se encuentran demostradas más que por el punto de partida que asume la sentencia. En quinto lugar, cuestiona el salvamento el argumento expuesto en el 2007 de acuerdo con el cual la dación en pago asimilada a la compraventa no explicaría adecuadamente lo que ocurre cuando la deuda que se pretende extinguir en realidad no existe. En opinión de Villamil nada insatisfactorio sería considerar que, en esos eventos, el vendedor (deudor) podría “*acudir a la acción resolutoria prevista en los artículos 1930 del Código Civil y 870 del Código de Comercio o reclamar que el precio le sea pagado, todo con beneficios enormes frente a la figura del pago de lo no debido.*”

Finalmente y con fuerza, el salvamento de voto concluye señalando que la Corte bien podría ampliar el espacio de acción de la lesión enorme y, para ello, podría acudir simplemente a la tesis que desde 1909 había defendido a través de la idea de la similitud perfecta entre dación y compraventa. El salvamento concluye señalando:

“Si en Colombia la lesión enorme quedó rezagada del panorama mundial, como renunciar a la posibilidad de ampliar los moldes de la lesión enorme, y por el contrario, y cómo exhortar a estrechar lo que ya estrecho estaba, cortedad injusta, que no da espera a que el legislador acometa la labor correctora de esa injusticia, con mayor razón si para hacer justicia basta con preservar la tesis de la Corte de 1909, que halló una “*similitud perfecta*” entre la compraventa y la dación en pago.”

Munar Cadena eligió otra perspectiva para el distanciamiento que en el 2007 también había dejado expuesto. Para ello desarrollo una argumentación a través de dos gradas. En la primera destaca que, en efecto, la dación en pago es un negocio atípico cuya regulación según lo reconocido por la jurisprudencia, debe producirse con apoyo en “*las normas generales previstas en el ordenamiento como comunes para todas las obligaciones, pactos y contratos, como las originadas en los usos y prácticas sociales; como, también, “mediante un proceso de auto integración, los del contrato típico con el que guarde alguna semejanza relevante”.*

Si ello es así no sería imposible acudir a las reglas de la compraventa que es el negocio con el que mayor cercanía tiene. Advierte el Magistrado Munar que esta conclusión, a partir de la cual admite incluso la aplicación de las reglas sobre saneamiento por evicción, no implica afirmar que la dación en pago sea una forma de compraventa. Se trata solamente, de figuras análogas. Es claro, por ello, que el desacuerdo así expresado se diferencia profundamente del sostenido por Villamil quien se encontró, según se expuso, dispuesto a defender la tesis de la similitud perfecta.

Sin embargo, allí no se detuvo el salvamento que, en una visión reformadora del Código Civil, sostuvo que la dirección correcta habría sido, en lugar de defender la intangibilidad del negocio jurídico de la dación en pago apoyado en una defensa de la libertad contractual sólo entendible en el "De-recho Francés de la revolución", la consistente en ampliar su radio de acción de manera compatible con los "principios moderadores propios del Estado Social". Concluía así su salvamento:

"Dadas, pues, las singulares características de la institución en estudio que permiten, sin necesidad de acudir a intrincadas elucubraciones o a forzadas argumentaciones, dar cabida en ella a la figura de la lesión enorme, cuyos bienhechores efectos, superado el exacerbado individualismo de épocas ya lejanas, hoy nadie discute, al punto de que la tendencia generalizada de los códigos contemporáneos es la de ampliar su espectro, y estando de por medio la apremiante urgencia de impedir enriquecimientos torticeros, deploro que teniendo la Sala, una vez más, las herramientas jurídicas necesarias para hacer justicia, hubiese sacrificado esa valiosa oportunidad por defender a ultranza, no la ley que a mi juicio, rectamente entendida, conduce a una solución contraria, sino un férreo e inflexible dogmatismo y una obsoleta visión de la lesión enorme."

Queda así pendiente la evolución subsiguiente ante las poderosas críticas, evidentemente audaces, de un sector de la Corte por ahora minoritario.

4. CONCLUSIONES

La discusión sobre la naturaleza jurídica de la dación en pago ha motivado diferentes e importantes discusiones no sólo en relación con el alcance del Código Civil, sino también con la necesidad de ajustar o ampliar la comprensión de aquellos instrumentos que en él se prevén para la corrección de injusticias contractuales. La posibilidad de aplicar la lesión enorme a la dación en pago, a pesar de ser un asunto particularmente específico, permite renovar esta discusión.

Los magistrados de la Corte son conscientes del alcance que tiene esta disputa. Ello es evidente en el grado de sofisticación y potencia de los argumentos. Reconstrucciones históricas cuidadosas, planteamientos dogmáticos refinados, debates metodológicos complejos y razonamientos constitucionales de indudable profundidad, han marcado la evolución de este problema que, por ahora, no tiene un ganador absoluto.

La polémica que desde 1909 ha suscitado la definición de la naturaleza jurídica de la dación en pago, de escasa regulación en el Código Civil, ha transitado por diferentes escenarios. Desde su asimilación a una compraventa, pasando por su consideración como una novación y concluyendo su caracterización como una forma de pago autónoma son las posturas dominantes aunque la primera y la tercera han mantenido bajo su control la disputa.

En cualquier caso, la evolución presentada da cuenta de una enorme diferencia conceptual acerca del escenario que debe presidir el ajuste de las instituciones de derecho civil en un contexto de mercado cualitativamente diferente a aquel en que se produjo su adopción. Unas posturas advierten que ello debe ocurrir en el órgano democráticamente más legitimado mientras que otros advierten que, sin abdicar de su deber de sujeción al ordenamiento jurídico, es posible reorientar la comprensión de las normas del código civil a través de restricciones razonables de la libertad contractual. Queda abierta la cuestión acerca de cuál de ellas resulta *más* compatible con la filosofía constitucional que los magistrados, en la mayoría y en la minoría, intentan interpretar.

LA PROTECCION DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS: EL CASO DE LA TERMINACIÓN AUTOMÁTICA DE LOS PROCESOS EJECUTIVOS

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Reinaldo Huertas, Fabio Hernán Bastidas Villota, Deisy Elisabeth Zamora Hurtado, Janis Molina Ríos, Geovanny Paz Mesa, Luis Fernando Gutiérrez Giraldo y Diego Fernando Calvache García en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009". El tema elegido por Víctor Guillermo Conde Tamayo, Sergio Raúl Cardoso González, Carlos Eduardo Arias Correa, Harvey Leon Quintero García y Astrid Valencia Muñoz, no coincide exactamente con el problema jurídico que trata este escrito, pero se relaciona con la comprensión y aplicación de la ley 546 de 1999.

1. INTRODUCCIÓN

La regulación de los contratos que tienen por objeto el otorgamiento de un crédito para la adquisición de vivienda ha tenido, en la jurisprudencia constitucional, un capítulo especial. La disputa se encuentra compuesta por varios momentos y escenarios de discusión cuya manifestación más fuerte se encontró en las decisiones que expulsaron del ordenamiento las normas que regulaban las Unidades de Poder Adquisitivo Constante (UPAC). Después de ello y a raíz de la expedición de la ley 546 de 1999 mediante la cual se definió un nuevo sistema de crédito a partir de las Unidades de Valor Real (UVR), se suscitaron en la jurisprudencia constitucional nuevos problemas y, en particular, se presentaron enérgicos litigios acerca de los efectos que la nueva regulación tendría sobre los procesos ejecutivos que se habían iniciado antes del 31 de diciembre de 1999.

La definición de tales efectos a partir de la sentencia C-955 de 2000 derivó en una intensa batalla que aun hoy resuena y que se ha caracterizado, entre otras cosas, (i) por un litigio particularmente violento y con resultados diferentes en los variados escenarios judiciales y (ii) por la existencia de posturas profundamente diferentes en la Corte Constitucional que, incluso, derivaron en acusaciones mutuas entre los magistrados y dieron lugar a la adopción de dos sentencias de unificación especialmente complejas.

Así entonces, el problema ha consistido en la definición de las consecuencias que se siguieron de la expedición de la ley 546 de 1999 en relación con los procesos de cobro ejecutivo de los créditos de vivienda iniciados antes de la adopción de la referida ley. Dos posturas extremas pueden identificarse en los diferentes momentos de la evolución. Ellas se derivan de interpretaciones diferentes del artículo 42 de la ley 546 de 1999. De una parte, existe una postura altamente sensible a los intereses de los deudores al paso que, de otra, se formula un planteamiento especialmente preocupado por las consecuencias de la excesiva protección de los deudores en los intereses de los acreedores y los terceros adquirentes de buena fe.

La controversia se ha visto impactada, adicionalmente, por la discusión acerca de la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. De esta manera no solo la cuestión específica del alcance del artículo 42 sino también la referida a las condiciones necesarias para la procedencia de la acción de tutela contra determinaciones judiciales adoptadas por los jueces en el marco de un proceso ejecutivo, ha incidido en la evolución de la jurisprudencia constitucional que, adicionalmente, se ha visto presionada no solo por la complejidad del problema interpretativo sino también por el tipo de soluciones que la Corte Suprema de Justicia, en su condición de juez de tutela, ha adoptado en los casos que luego son revisados por la Corte. Esto último es relevante dado que la disputa se ha asociado al alcance de una disposición que se integraría a las materias propias de la jurisdicción ordinaria pero que, por las limitaciones asociadas al recurso extraordinario de casación, la Corte Suprema solo puede conocer como juez de tutela.

Debe destacarse entonces que la disputa presentada en la jurisprudencia no se relaciona, en particular, con la forma de liquidar los créditos de vivienda sino, en una dirección diferente, con los efectos que en los procesos ejecutivos tuvo la expedición de la ley 546 de 1999, de una parte y, posteriormente, la sentencia C-955 de 2000 de otra. Son esta y aquella los puntos de partida de una historia que, a pesar de haber transcurrido diez años aun ruge en la jurisprudencia constitucional.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

3.1 El régimen de transición de la ley 546 de 1999 y los ajustes introducidos por la sentencia c-955 de 2000

El párrafo tercero del artículo 42 de la ley 546 de 2000 establecía lo siguiente:

“Parágrafo 3. Los deudores cuyas obligaciones se encuentren vencidas y sobre las cuales recaigan procesos judiciales que dentro de los noventa (90) días siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley decidan acogerse a la reliquidación de su crédito hipotecario, tendrán derecho a solicitar suspensión de los mencionados procesos. Dicha suspensión podrá otorgarse automáticamente por el juez respectivo. En caso de que el deudor acuerde dentro del plazo la reliquidación de su obligación, de conformidad con lo previsto en este artículo el proceso se dará por terminado y se procederá a su archivo sin más trámite. Si dentro del año siguiente a la reestructuración del crédito el deudor incurriere nuevamente en mora, los procesos se reiniciarán a solicitud de la entidad financiera y con la sola demostración de la mora, en la etapa en que se encontraban al momento de la suspensión, y previa actualización de su cuantía.”

La lectura de este artículo permite identificar varias reglas. La primera tiene por objeto atribuir un derecho de suspensión de los procesos judiciales en curso respecto de obligaciones vencidas siempre y cuando los deudores, en el plazo de 90 días siguientes a la entrada en vigencia de la ley, adoptaran la decisión de someterse a la reliquidación del crédito adquirido pudiendo, esa suspensión, ser declarada de oficio por el juez. La segunda regla establece un derecho a la terminación del proceso cuando el deudor acordara, en el plazo de 90 días, la reliquidación de su obligación. La tercera definió que si en el año que seguía a la reestructuración del crédito se producía una nueva mora por parte del deudor el proceso podría reiniciarse en la misma etapa en que se había producido la suspensión.

Este artículo, según se deduce de las reglas que se le adscriben, tenía como propósito reconocer los intereses en juego. De una parte,

2. • GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Cuál es el grado de protección que en relación con la terminación judicial de los procesos ejecutivos iniciados con anterioridad a la ley 546 de 1999 debe serle conferido a los deudores, a las entidades financieras y a loserceros adquirentes de bienes rematados?

TESIS A

Los deudores deben ser ampliamente protegidos y, en consecuencia, debe conferirse un derecho general a la terminación de los procesos ejecutivos después de reliquidado el crédito.

TESIS B

La protección de los deudores debe ser relativamente protegida y, en consecuencia, es posible imponer cargas que inhiban su reclamación constitucional ante la no terminación de los procesos ejecutivos.

		L 546, A 42, P 3
C 955/2000	Lectura Literal	C 955/2000 Lectura NO Literal
		SU 846/2000
		T 235/2001
		T 511/2001
		T 112/2003
T 606/2003		T 534/2004
		T 701/2004
		T 1243/2004
T 495/2005		
T 537/2005		S.V. Cepeda
T 591/2006		
A.V. Araujo		S.U. Pinilla
		SU 813/2007
		SU 038/2008
A.V. Araujo		T 1240/2008
		T 679/2010

pretendía proteger la posición de los deudores a fin de que la aplicación de los abonos previstos en la ley tuviera consecuencias procesales específicas. De otra, protegía las expectativas de las entidades financieras demandantes en tanto permitía, con apoyo en razones de economía procesal, que ante la nueva mora los procesos judiciales pudieran reiniciarse automáticamente.

Este intento de equilibrio fue, sin embargo, objeto de ajustes por parte de la Corte Constitucional en la sentencia C-955 de 2000. Esta decisión de la Corte, que motivó un encendido debate entre sus integrantes en relación con el alcance del control constitucional de este tipo de materias⁵¹—regulación del sistema de crédito para acceder a la vivienda- tuvo varias consecuencias sobre el parágrafo tercero.

Interpretando conjuntamente la primera y la segunda regla la Corte encontró que la suspensión y terminación allí prevista resultaban compatibles con la Constitución. Al evaluar el contenido de tales disposiciones la sentencia C-955 de 2000 formuló su posición indicando:

"En ese orden de ideas, la suspensión de los procesos en curso, ya por petición del deudor, o por decisión adoptada de oficio por el juez, tiene por objeto que se efectúe la reliquidación del crédito y, producida ella, debe dar lugar a la terminación del proceso y a su archivo sin más trámite, como lo ordena la norma, que en tal sentido, lejos de vulnerar, desarrolla el postulado constitucional que propende al establecimiento de un orden justo (Preámbulo

⁵¹ Eduardo Cifuentes y Vladimiro Naranjo exponían así su desacuerdo: "Podría sostenerse que no se ha producido ninguna transformación en el cuadro de los poderes del Estado, pues tan solo se trataría de la expedición de una sentencia condicionada o integradora. Sin embargo esto último no es cierto. La Corte no ha decidido adoptar una entre diversas interpretaciones posibles, o llenar un vacío acudiendo a principios o reglas existentes o implícitos. Más allá de los confines legítimos de la interpretación, la Corte - sin ninguna autorización - ha innovado radicalmente el ordenamiento jurídico, y lo ha hecho de dos maneras. Primero, atribuyendo competencias nuevas a organismos del Estado. Segundo, interviniendo en la actividad económica mediante la expedición de normas, antes inexistentes." Por su parte Alfredo Beltrán y Jose Gregorio Hernández contestaban así, al dejar una constancia: ".- Tales afirmaciones, formuladas por los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa, luego de que sus posiciones individuales con respecto a la Ley 546 de 1999, expuestas durante el debate que culminó con la Sentencia C-955 de 26 de julio de 2000, no lograron convencer a la mayoría de la Corte, a mi juicio resultan contrarias a Derecho, son antidemocráticas, constituyen un irrespeto a la Corporación de la que todavía forman parte pues pese a haber renunciado ostentan hoy la calidad de magistrados de esta Corte, e invitan francamente a la desinstitucionalización de la República en momentos especialmente difíciles."

y artículo 2 C.P.) y realiza los principios de prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P.) y de acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P.).”

Según la Corte, después de reliquidado el crédito en el plazo de suspensión establecido, procedía la terminación del proceso. En este momento la Corte no intentó distinguir entre las variadas situaciones que se podrían presentar. Por ejemplo, no advirtió que ocurriría si después de la reliquidación –que tenía por objeto la aplicación de los abonos correspondientes- subsistía un saldo a cargo del deudor o que pasaba en aquellos eventos en los que el deudor no solicitaba nunca la terminación del proceso.

Sin embargo, la Corte indicó que resultaba incompatible con la Constitución la determinación de un plazo para acogerse a la reliquidación. Según la sentencia, tal reliquidación era un derecho y, en consecuencia, no habría de someterse a ninguna restricción temporal debido a que ello, entre otras cosas, desconocía el derecho a la igualdad. De esta manera el término de 90 días allí contemplado fue declarado inconstitucional por la Corte⁵². Igual suerte corrió la tercera regla incorporada en el párrafo dado que la Corte afirmó que desconocía el derecho a la igualdad, al debido proceso y a la administración de justicia. Para fundamentar la declaratoria advirtió, inicialmente, que la suspensión y posterior terminación del proceso impedían autorizar su reanudación dado que, en estos casos, se trataría de situaciones diferentes. Posteriormente afirmó que la regulación dispuesta asignaba efectos ultractivos a una situación dado que le confería efectos aunque, como consecuencia de la terminación del proceso, ya había sido definida. Esto último, según la Corte, implicaba un desequilibrio procesal en contra de una de las partes.

El párrafo, finalmente, quedaba así:

52 Señalo la sentencia: “Empero, esos mismos propósitos del legislador, y por consiguiente las normas constitucionales que los contemplan, aparecen desvirtuados por el párrafo que se estudia cuando supedita la suspensión del proceso a que el deudor decida acogerse a la reliquidación de su crédito dentro de los noventa días siguientes a la entrada en vigencia de la Ley. Por una parte, ese término es inconstitucional por las razones atrás expuestas, y de otro lado, si las condiciones objetivas que deben dar lugar a la mencionada suspensión no dependen de haberse acogido o no a una reliquidación a la que todos los deudores tenían derecho, se trata de un requisito que rompe la igualdad y que injustificadamente condena a una persona, además de no recibir oportunamente el abono que le corresponde, a no poder efectuar la compensación entre el abono y lo que debe, y muy probablemente a ser condenada en el proceso.”

“Parágrafo 3. Los deudores cuyas obligaciones se encuentren vencidas y sobre las cuales recaigan procesos judiciales, tendrán derecho a solicitar suspensión de los mencionados procesos. Dicha suspensión podrá otorgarse automáticamente por el juez respectivo. En caso de que el deudor acuerde la reliquidación de su obligación, de conformidad con lo previsto en este artículo el proceso se dará por terminado y se procederá a su archivo sin más trámite.”

De manera aislada sobre este punto, dado que su desacuerdo respecto de la sentencia era estructural, los magistrados Cifuentes y Naranjo expresaron que era legítimo que el legislador hubiere establecido términos para la solicitud de la reliquidación y la consecuente aplicación de abonos. En su opinión, no podía aceptarse que, sin el correspondiente juicio de responsabilidad, se aceptara que tales abonos fueran expresión de una condena al Estado.

Quedaba así, relativamente definido, el régimen aplicable a los procesos ejecutivos en curso al momento de expedición de la ley 546 de 1999. A partir de ahora, la interpretación de las palabras de la Corte habría de inducir importantes desacuerdos en la Corte.

3.2 El primer anuncio interpretativo en la t-511 de 2001 y la contraofensiva de la t-606 de 2003: la sentencia c-955 de 2000 no lo había dicho todo...

Un primer caso que exigía la aplicación del parágrafo tercero del artículo 42 de la ley 546 de 2000 fue abordado por la Corte Constitucional en la sentencia T-511 de 2001. El accionante de esa oportunidad, un deudor de crédito hipotecario demandado en un proceso ejecutivo, señaló que el Juzgado había desconocido las reglas que se derivaban no solo de la nueva ley de vivienda sino también de la sentencia C-955 de 2000. En su opinión, después de la reliquidación del crédito lo que procedía era la inmediata terminación del proceso. Según recuerda la Corte, el Juzgado accionado había decretado la suspensión y debido a que no se había presentado acuerdo entre la entidad bancaria y el deudor –manteniéndose este en mora-, había considerado procedente la continuación del proceso. En las instancias de tutela el asunto había sido resuelto finalmente por la Sala Civil de la Corte Suprema quien confirmó la determinación del Tribunal Superior de Bogotá de no conferir el amparo

dado que no habían concurrido las condiciones previstas en el párrafo tercero para dar por terminado el proceso ejecutivo correspondiente.

La Corte Constitucional confirmaría esa decisión.

Luego de reconocer la Corte que ello era lo procedente y de citar lo dicho en la sentencia SU846 de 2000 en la que tal corporación había advertido la obligación de los deudores de hacer uso de los recursos judiciales disponibles para controvertir las decisiones, la sentencia señaló que el accionante no había controvertido la reliquidación e incluso no había recurrido el auto que había definido la fecha para el remate y, en consecuencia no podían admitirse este “tipo de conductas que desnaturalizan los elementos de residualidad y subsidiariedad de las acciones de tutela.” De esta manera la Corte afirmaba la no prosperidad de la acción de tutela.

Dos tesis parecen sostener esta decisión. La Corte estima, en primer lugar, que la reliquidación del crédito no tiene un efecto automático de terminación del proceso dado que no era ello lo procedente cuando subsistía un saldo en mora y no existía un acuerdo entre deudor y acreedor. Adicionalmente, la Corte requería del accionante la demostración de haber ejercicio los recursos judiciales a su disposición y, por ello, sin el cumplimiento de esa carga, no procedía la acción de tutela.

La T-511 de 2001 sugería entonces que no era posible concluir que la sentencia C-955 de 2000 hubiere exigido que en cualquier caso de reliquidación y con independencia de la actividad del deudor, procediera la terminación del proceso. Esta comprensión, sin embargo, intentaría ser neutralizada por la sentencia T-606 de 2003.

Se ocupaba ahora la Corte de la acción de tutela interpuesta por una entidad financiera en contra de la decisión del Tribunal Superior de Medellín que había dado por terminado un proceso ejecutivo debido a que, en opinión de tal organismo, al haberse efectuado la reliquidación -con independencia de la subsistencia de un saldo en mora- era esa la consecuencia que había previsto la ley 546 de 1999. El caso había llegado a la Corte Constitucional después de que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia había revocado una decisión de la Sala Civil de la misma Corporación que, a su vez,

había declarado procedente la acción de tutela dado que no se habían reunido las condiciones para terminar el proceso.

En la nueva decisión, la Corte Constitucional parece plantear un giro en su posición. La interpretación de la sentencia C-955 implica, según lo señala la Corte, que con independencia de que subsistan saldos en mora después de la reliquidación o de que el deudor hubiere ejercido los recursos judiciales a su cargo, la terminación debe ser declarada. Resumía la Corte así una clara posición:

“En consecuencia para la Sala resulta claro i) que el 31 de diciembre de 1999 los procesos ejecutivos, en los que una entidad financiera cobraba un crédito concedido en Unidades de Poder Adquisitivo Constante UPAC, para adquirir vivienda, se suspendieron a efectos de permitir la reliquidación del crédito, de oficio o por petición del deudor; y ii) que efectuada la reliquidación del crédito el proceso finalizó y la actuación fue archivada. Sin perjuicio de que la acreedora, *“si el deudor incurriere nuevamente en mora”*, haya iniciado otro proceso, sobre el crédito previamente reliquidado y con documentos contentivos de una obligación que así lo indican.

Por consiguiente, el parágrafo 3º del artículo 42 no estableció una modalidad de terminación por pago total de la obligación, la que existía y siempre ha existido en el ordenamiento, sino la finalización de los de los procesos ejecutivos en curso por ministerio de la ley, sin consideración al estado del mismo, ni la cuantía del abono especial, como tampoco de “las gestiones” del deudor para cancelar las cuotas insolutas del crédito.”

Pasara lo que pasara, entonces, la terminación debía producirse. La protección de los deudores de esta sentencia se contraponía entonces al interés de la Corte, en la sentencia T-511 de 2001, de mantener a salvo el proceso ejecutivo cuando después de efectuada la reliquidación se concluía la continuidad de la mora o el accionante no había ejercido los recursos a su disposición. Este último argumento, como razón para no amparar derechos invocados por los deudores hipotecarios, fue sostenido por la Corte, de manera especialmente clara, en la sentencia T-112 de 2003 en la que además destacó, apoyándose en la T-235 de 2001, que la discusión sobre el contenido de

la reliquidación no era un asunto que pudiera ser examinado por parte de la jurisdicción constitucional. Si bien estas últimas determinaciones no planteaban una discusión especial sobre la terminación del proceso, si evidenciaban el interés de la Corte por desconstitucionalizar aquellos casos referidos exclusivamente a los resultados de la reliquidación o en los que los deudores no hubieran ejercido de manera diligente los recursos a su disposición.

En el 2004 un caso similar se plantearía en la sentencia T-534 de 2004. Un deudor hipotecario presentó acción de tutela en contra del juez de ejecución dado que, a pesar de estar ordenado por la jurisprudencia constitucional, no estableció la terminación del proceso después de la reliquidación del crédito. Destacaba el accionante que el inmueble sería rematado en cuatro días. El juzgado accionado y el banco utilizaron un argumento semejante según el cual después de llevada a efecto la reliquidación, subsistía un saldo en mora lo que implicaba, en consecuencia, la imposibilidad de terminar el proceso. Este defensa claramente desafiaba la posición que la Corte sostuvo en la sentencia T-606 de 2003 y pretendía apoyarse, en consecuencia, en las tesis de la T-511 de 2001 y de aquellas que intentaban eludir la intervención de los jueces constitucionales en este tipo de discusiones.

A pesar de la invocación del argumento de la subsistencia de la mora, la Corte siguió *formalmente* un camino diferente para justificar la decisión de no acceder a las pretensiones de la deudora. El razonamiento se vinculó a la inexistencia de una actuación efectiva por parte de la accionante en el proceso ejecutivo quien, según lo advirtió la Corte, no había ni siquiera solicitado la terminación del proceso. Este comportamiento de la Corte, consistente en no definir el asunto a partir del problema de la subsistencia de saldos insoluto, pudo obedecer a la posibilidad de llegar a un acuerdo más rápido si se concentraba la argumentación en la naturaleza subsidiaria o residual de la acción de tutela. De hecho, el Magistrado Cepeda y el Magistrado Beltrán, integrantes de esta Sala, no mantendrían su acuerdo en casos futuros.

Dijo la Corte como preludio de la negación del amparo:

"De este recuento, se puede concluir: no existe ninguna solicitud de la actora encaminada a que el juez dé por terminado el proceso y la única actividad que ha realizado en el largo proceso ejecutivo, se encuentra en la

objeción que presentó en contra del avalúo del inmueble, objeción que fue resuelta desfavorablemente mediante auto de 14 de julio de 2003. Pero antes de esto no se observa otra actuación procesal, no obstante haber sido notificada personalmente del mandamiento de pago, tampoco compareció como parte demandada a la audiencia de conciliación, ni objetó la liquidación del crédito. Sólo faltando 4 días antes de la fecha señalada para la diligencia de remate, la actora presentó esta acción de tutela.”

De esta forma, la Corte intentó abordar el asunto a través de un argumento que podría ser compartido de manera más amplia y que no demandada entonces, llevar a cabo complejos esfuerzos argumentativos que permitieran arribar a un acuerdo. Esta orientación, sin embargo, no iba a liberar a la Corte de abordar nuevos casos en los cuales, tal y como ocurrió en la sentencia T-701 de 2004, los participantes ya solicitaban que el caso fuera llevado a la Sala Plena de la Corte Constitucional.

3.3 La sentencia T-701 de 2004, la afirmación de inexistencia de jurisprudencia discordante y las dudas sobre la irrazonabilidad

La sentencia T-701 cuyos supuestos eran fácticamente asimilables a aquellos que habían originado la sentencia T-606 de 2003 se ocupó, de manera directa, del problema referido a la subsistencia de saldos en mora. Para ello, la Corte empezó por destacar que existía un acuerdo hermenéutico generalizado de acuerdo con el cual los procesos ejecutivos debían terminar “cuando luego de efectuada la reliquidación del crédito (a) no quedan saldos insoluto a favor de la entidad bancaria, (b) aunque hay saldos insoluto, los mismos son cancelados por el deudor y (c) hay saldos de la deuda, pero los extremos de la obligación acuerdan la reestructuración del crédito.” El problema es entonces que ocurre cuando una vez adelantada la reliquidación conforme a las pautas definidas por la ley y la jurisprudencia resultan saldos que no son pagados por el deudor o no son objeto de un acuerdo de reestructuración.

Aclarado ello, la Corte se esfuerza por presentar los argumentos que fundamentaban una y otra posición. Así, de una parte, la Corte enunció de la siguiente forma los razonamientos de aquellos que como la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y las entidades financieras acreedoras, defendían la continuidad del proceso cuando existían saldos insoluto. En primer lugar, si el propósito del proceso ejecutivo es obtener el pago, contradice su naturaleza

que subsistiendo un saldo después de la reliquidación se proceda a decretar su terminación. En segundo lugar, la terminación no resulta compatible con el hecho de que la ley la condicionó a la conclusión de un acuerdo de reestructuración tal y como se sigue, entre otras cosas, de la redacción de la norma. En tercer lugar y para afianzar el anterior razonamiento, la Corte advierte que esta posición parte de considerar que la expresión acuerdo de reliquidación supone también un acuerdo de reestructuración no siendo entonces asuntos diferentes. En cuarto lugar, si el objetivo hubiere sido la terminación de los procesos el legislador lo habría dicho de manera expresa lo que, finalmente, no ocurrió.

La opción interpretativa alternativa, por su parte, se fundamentaba en los siguientes argumentos según lo expuso la Corte. De una parte sostiene que los procesos, en virtud de lo señalado por la sentencia C-955 de 2008, debían terminar sin condicionamiento alguno el 31 de diciembre de 1999 dado que no se establece una consecuencia diversa. En segundo término esta posición sostiene que los procesos requieren concluir dado que la causal prevista en el parágrafo tercero del artículo 42 no es una hipótesis de terminación por pago sino que obedece a razones diferentes asociadas, por ejemplo, a la consecuencia de un orden justo y a la prevalencia del derecho sustancial. La conversión de los créditos a Unidades de Valor Real (UVR) como consecuencia de la expedición de la ley, implica que la mora desaparecía el 31 de diciembre de 1999 y, al ocurrir ello, la razón del proceso ejecutivo también. Finalmente señala que tal y como lo reconoció la T-606 de 2003 los propósitos del la ley, en verdad, se asociaban también a la solución de una gran crisis social “*motivada en gran parte por el gran número de procesos ejecutivos en curso (i) dado que las obligaciones superaron el monto e pago de los deudores, y en muchos casos el valor de las viviendas (ii) en razón de que los deudores fueron compelidos a trasladar a las entidades prestamistas sumas superiores a lo realmente adeudado; (iii) toda vez que los deudores no conocían el monto de sus obligaciones, siéndoles imposible proyectar sus pagos, como también solicitar la reestructuración del crédito para adecuarlo a sus reales condiciones de pago.*”

La Corte toma partido en esta sentencia por la tesis de la terminación de los procesos. Para ello, se esfuerza por presentar diferentes argumentos para fundamentar tal conclusión. Algunos son nuevos y otros reiteran los que hasta el momento habían sido formulados en el debate jurídico hasta ahora planteado. Con apoyo en un argumento literal y el hecho de que

la sentencia hubiere excluido del artículo el límite temporal para solicitar la terminación, la Corte entiende que el alcance del artículo es claro en el sentido de ordenar la terminación de todos los procesos con independencia de la existencia de saldos. De otra parte, la Corte entiende que no es posible asimilar la reliquidación con la reestructuración dado que la ley distingue entre una y otra y, por ello, es incorrecto señalar que la terminación se encuentre condicionada por la reestructuración; según la Corte esta última es una etapa posterior a la reliquidación pero no condiciona la terminación del proceso ejecutivo. Señala la Corte que si el proceso ejecutivo tiene como propósito el cobro de una obligación vencida, en el caso de los créditos convertidos a UVR respecto de los cuales era obligatorio además condonar los intereses de mora, no existiría un tal vencimiento que justificara su continuidad. Considerando, adicionalmente, que la ley tenía como propósito no solo ajustar el sistema de financiación sino también proveer medios que permitieran que las personas conservaran sus viviendas, la continuidad del proceso iría en contra de ello dado que la exigibilidad inmediata de una de las cuotas haría posible la aplicación de la cláusula aceleratoria y, en consecuencia, impediría cualquier posibilidad de recuperación.

Igualmente, la Corte sostiene que el concepto de gastos sostenibles para entender el derecho a la vivienda digna implicaría que no debe someterse a cargas desproporcionada a quien tiene como finalidad cristalizar la adquisición de un lugar para vivir y, entonces, la terminación del proceso permitiría garantizar ello de una mejor forma. Asimismo la Corte señala que es evidente que la sentencia de la Corte tuvo como propósito excluir las posibilidades de continuación de procesos inicialmente establecida en la regla tercera del párrafo objeto de interpretación. Finalmente la sentencia T-701 de 2004 destaca que una ponderación entre los derechos de los deudores y los derechos de los bancos a continuar la ejecución tiene como balance que la importancia de realizar los intereses de los primeros es mas alta que la gravedad de la restricción impuesta a las posibilidades de acción de los segundos que, en todo caso, podrían iniciar nuevamente los procesos ejecutivos.

Un último asunto ocupó la atención de la Corte en esta decisión. Se había solicitado que el caso fuera llevado a la Sala Plena de la Corte considerando que existían dos posiciones divergentes en la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, la sentencia intenta demostrar, a través de la identificación de

la *ratio decidendi* de las sentencias T-511 de 2001, T-606 de 2003 T-534 de 2004, que no existía discrepancia alguna y que las diferencias eran solo aparentes.

La estrategia de la Corte para demostrar la coherencia es relevante. Su perspectiva consiste en igualar todos los casos desde la perspectiva del problema de la existencia de medios alternativos y derrotar la eventual relevancia del problema de los saldos insoluto. En efecto si no consiguiera tal derrota podrían enfrentarse de manera dramática, las mencionadas sentencias (T-511 de 2001, T-606 de 2003 y la T-534 de 2004). Sin embargo la T-701 de 2004 ubica la *ratio decidendi* en otro punto y ello le permite afirmar la consistencia. Por ello la Corte indica lo siguiente refiriéndose a las dos últimas:

"De las decisiones adoptadas por esta Corporación es posible inferir algunas reglas respecto de la procedibilidad de la acción de tutela en los supuestos reseñados:

(...) *Prima facie*, ante la jurisdicción civil deben discutirse y tramitarse las controversias que suscite la ley de vivienda. En tanto todos los jueces tienen el deber de ser garantes de la constitucionalidad del proceso, a ellos corresponde también procurar la integridad de los derechos fundamentales de las partes.

(...) No puede activarse la acción de tutela como medio principal para subsanar la inactividad procesal de las partes.

(...) La decisión de declarar terminados todos los procesos ejecutivos hipotecarios en trámite a 31 de diciembre de 1999, no es irrazonable ni arbitraría y, por tanto, no procede contra ella solicitud de amparo constitucional."

El lector queda en libertad, en este momento, para adoptar sus propias conclusiones. Es necesario advertir, sin embargo, que a pesar del esfuerzo de Uprimny por afirmar la coherencia de los pronunciamientos de la Corte, la *ratio decidendi* de las decisiones anteriores no se reduce al problema del agotamiento de los recursos sino que ella se anuda también a las dificultades de los saldos que subsisten. Dependiendo de la perspectiva que se adopte las conclusiones serán diversas. Sin embargo, si la *ratio decidendi*

se encuentra compuesta por las mejores razones que explican la conexión o encadenamiento entre los hechos del caso y la solución adoptada, parece correcto concluir que no es irrelevante el problema de los saldos después de la reliquidación y, por ello, si existiría una verdadera confrontación de tesis.

Sin demostrar desacuerdos sustantivos con lo resuelto en esta sentencia, el Juez Uprimny aclara su voto. El objetivo es admitir que no puede acusarse a ninguna de las posiciones de resultar irrazonables dado que se apoyan, todas ellas, en argumentos adecuados. A pesar de tal circunstancia, la existencia de dos posiciones claramente contradictorias cuya unificación por parte de la jurisdicción ordinaria no es posible debido a los límites del recurso extraordinario de casación, podría entonces derivar en una vía de hecho constitutiva de un defecto por consecuencia⁵³ que le exige al juez constitucional definir la mejor interpretación aunque ninguna de ellas resulte irrazonable. Ubicaba entonces Uprimny el corazón de la cuestión en un lugar diferente al defecto sustantivo hasta ahora invocado para la procedencia de la acción de tutela. De cualquier manera, esta posición no pareció encontrar eco en las decisiones posteriores de la Corte.

53 En el fundamento jurídico 10 de la aclaración de voto el Magistrado Uprimny indica: Según mi parecer, la tutela es la única solución que ofrece el ordenamiento colombiano para enfrentar esas situaciones de grave afectación a la seguridad jurídica y de violación generalizada a la igualdad, que resulta de la coexistencia de interpretaciones contradictorias de una disposición, sin que exista una instancia de unificación. La procedencia de la tutela no deriva en este caso de la actuación arbitraria de los jueces, pues las distintas interpretaciones son razonables, sino de la ausencia de una instancia unificadora. Por consiguiente, es necesario admitir que en esos eventos existe una vía de hecho por consecuencia debido a la falta de unificación frente a una discrepancia sistemática de los jueces frente al entendimiento de una disposición; en tales casos, adquiere competencia la jurisdicción constitucional para unificar los entendimientos discrepantes de la misma disposición y evitar así una masiva violación a la igualdad. Sin embargo, a fin de mantener la subsidiariedad de la tutela y evitar una injerencia indebida de la jurisdicción constitucional en la justicia ordinaria, es indudable que debe tratarse de situaciones excepcionales, que impliquen una afectación masiva del derecho a la igualdad. Por ello considero que esta vía de hecho por consecuencia se configura cuando: (i) Conviven dos interpretaciones admisibles, pero contradictorias de una misma norma, y; (ii) Los asuntos que regulan tales normas no son susceptibles de casación, y; (iii) Los diversos Tribunales de Distrito aplican, de conformidad con lo señalado en el punto (i), de manera opuesta, la misma prescripción normativa en numerosos casos, y (iv) Cada una de tales interpretaciones es regular y generalizadamente atacada por vía de tutela alegando defecto sustantivo, y; (v) La persistencia de las dos interpretaciones contradictorias amenaza gravemente los derechos fundamentales de las partes procesales, ocasionándoles con ello un grave perjuicio *iusfundamental*, no susceptible de corrección al interior de la propia jurisdicción; (vi) Y el precedente y la doctrina probable no constituyen una expectativa razonable de la manera en la cual los jueces fallaran en estos casos, poniendo en cuestión entre otros el derecho a la igualdad y la pretensión de seguridad jurídica.

3.4 La sentencia T-357 de 2005: el preámbulo de la sentencia de unificación 813 de 2007

A pesar del esfuerzo que por demostrar su inexistencia hizo la sentencia T-701 de 2004, los desacuerdos resultaban evidentes. La sentencia T-357 dejaría clara la fuerza de la discordia. El caso era similar a los expuestos. Un deudor presentaba acción de tutela contra el juez de ejecución señalando la vulneración de sus derechos como consecuencia de la no terminación del proceso ejecutivo, a pesar de haberse efectuado la reliquidación. El juez de tutela señaló que tal terminación no era procedente debido a que al efectuar la reliquidación existía un saldo en mora y, adicionalmente, no existía constancia acerca de un acuerdo de reestructuración.

Luego de aludir a algunos pronunciamientos de la Corte sobre la materia y sin hacer referencia a las sentencias T-511 de 2001, T-535 de 2004⁵⁴ y T-701 de 2004, la Corte presentó así el precedente vigente:

"Del desarrollo jurisprudencial antes citado se deduce que para que el juez civil deba dar por terminado el proceso ejecutivo hipotecario instaurado para el cobro de créditos de vivienda en UPAC es necesario que se haya iniciado antes del 31 de Diciembre de 1999 y que la entidad acreedora haya aportado a él la reliquidación del crédito. Así mismo, se infiere que no es necesario que el ejecutado solicite al juez la terminación del proceso, ya que ésta se produce por ministerio de la ley y por tanto aquel debe declararla oficiosamente."

La Corte Constitucional, no obstante la subsistencia de saldos después de la reliquidación, consideró que se había configurado una vía de hecho y ordenó, luego de declarar la nulidad de todo lo actuado –una vez se había aportado la reliquidación-, que el juzgado correspondiente procediera a la terminación del contrato. Así expuesto el asunto, el desacuerdo del Magistrado Cepeda se planteó con gran ímpetu.

En el salvamento se señala que no pueden calificarse como vías de hecho todas las determinaciones que, atendiendo las circunstancias del

54 En la sentencia T-1243 la Corte reiteró su jurisprudencia en relación con la improcedencia de la acción de tutela cuando el demandado en el proceso ejecutivo no ejercía de manera oportuna los recursos judiciales a su disposición.

caso, puedan llegar a estimar que la terminación del proceso ejecutivo, a pesar de la reliquidación, no resulta procedente. Para Cepeda existen varios caso que justificarían una conclusión diferente a la que se sostuvo en la sentencia de la que se separaba. En su opinión, son tres los supuestos en los que la negativa de un juez a terminar el proceso ejecutivo, a pesar de la reliquidación, no constituye una vía de hecho. El primero se presenta cuando luego de efectuada la reliquidación correspondiente y de ofrecida una formula razonable de reestructuración se produce una nueva mora. El segundo evento se presenta en aquellos casos “en los cuales el deudor no ejerció los recursos para controvertir las decisiones con las cuales se encuentra en desacuerdo, o ni siquiera solicitó al juez civil que de por terminado el proceso”. La última hipótesis sería aquella que se presenta cuando se “*compruebe en el proceso de tutela que (i) gozan de ingresos claramente altos y, por lo tanto, no son la población objetivo de la política de ayuda a los deudores de créditos hipotecarios, y (ii) carecen de la intención de pagar la obligación adquirida*”.

Es importante destacar que respecto del primer supuesto, Cepeda cualifica la oferta de reestructuración evitando, por esa vía, que formulas desproporcionadas de refinanciación puedan conducir a la violación de los derechos de los deudores. De cualquier forma y a pesar de esta cualificación –que habría de ser retomada en la sentencia SU-813 de 2007, es claro que en los eventos de saldos subsistentes, no es procedente la terminación automática del proceso. Una vez expuestas las líneas de su argumentación, el salvamento concluye diciendo que no era procedente conceder el amparo dado que, a pesar de la oferta de reestructuración por parte del acreedor, el deudor no la había considerado.

El encendido debate habría de producirse en múltiples decisiones. Algunas, además, intentan buscar una alternativa no extrema. En la sentencia T-495 de 2005 la Corte ratifica la tesis de la terminación del proceso sin otorgar relevancia a ningún hecho diferente al aporte de la reliquidación. Sin embargo, La invocación de las sentencias T-535 de 2004 y la T-1243 del mismo año se hace con el propósito de advertir que en ellas se había reconocido la improcedencia de la acción de tutela en aquellos eventos en los que no se habían agotado los recursos disponibles. Parece entonces la Corte tomar un camino intermedio al que no le interesa la

presencia de saldos después de la reliquidación pero que es sensible al tipo de comportamiento judicial del accionante⁵⁵.

En algunos casos incluso la jurisprudencia de la Corte se ocupó de un problema adicional relacionado con lo que ocurría cuando el bien había sido ya rematado. En el caso resuelto en la sentencia T-591 de 2006 amparó los derechos a pesar de que el bien había sido ya objeto de remate. Luego de afirmar la existencia de una vía de hecho, dijo la Corte lo siguiente sobre la situación en la que se encontraba un tercero adquirente de buena fe:

“Considera necesario la Sala hacer una especial referencia al hecho de que, como en los casos resueltos en las sentencias T-080 de 2006 (...) T-1181 (...) y T-495 (...) de 2005, dentro del proceso ejecutivo hipotecario que se adelantó contra la señora Bedoya Gaviria, los bienes que servían de garantía al crédito adquirido con “Ahorramás” ya fueron rematados, adjudicados y entregados a su adquirente. Ello por cuanto este hecho no modifica la existencia de una vía de hecho violatoria del derecho al debido proceso del que es titular la demandante en sede de tutela. Aunque el tercero adquirente de los bienes los haya adquirido de buena fe, ello no obsta para que la protección y restablecimiento de un derecho de rango fundamental –el del debido proceso- prevalezca sobre un derecho constitucional mas no fundamental, como el de la propiedad del tercero de buena fe, conforme a lo previsto en el artículo 5º superior y a lo expuesto en la doctrina constitucional. Es el deber de esta Sala recordar que en un conflicto entre un derecho fundamental y uno de carácter patrimonial, siempre debe primar el de carácter fundamental. No obstante, como efecto de la decisión que aquí se toma, considera la Sala que el señor Diego Fernando García Medina puede acudir a los mecanismos judiciales ordinarios pertinentes para obtener el reembolso de lo pagado, de acuerdo con la ley.”⁵⁶

55 Así resumía la Corte esta posición: “Según se expuso en el acápite anterior, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales por la indebida y errada aplicación del artículo 42 de la Ley 546 de 1999, está sujeta al cumplimiento de dos condiciones básicas. Una de contenido sustancial, constitutiva de la vía de hecho, la cual se materializa en la decisión judicial de continuar los procesos ejecutivos hipotecarios en curso a 31 de diciembre de 1999, a pesar del alcance fijado por la jurisprudencia al artículo 42 de la Ley 546 de 1999, en el sentido de que éstos han debido terminarse por ministerio de la ley. Y otra de naturaleza formal o de procedibilidad, consistente en establecer previamente que el afectado haya alegado el hecho constitutivo de la violación en su escenario natural, el proceso ejecutivo hipotecario.”

56 En esta decisión Nilson Pinilla Salvo el voto expresando su desacuerdo general en relación con la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales en aquellos casos en que existe un desacuerdo interpretativo.

Se trataba de una conclusión natural con la tesis de la continuidad ya ganadora a pesar de los esfuerzos de Cepeda. Sin embargo, desde la otra orilla, el magistrado Araujo también debía resignarse a aceptar que en los casos de negligencia procesal, el deudor no podría triunfar.

Había llegado ya el momento de la unificación. Una curiosa unificación.

3.5 LA SENTENCIA SU-813 DE 2007: una muy especial sentencia de “unificación”

La sentencia SU-813 de 2007 tuvo como propósito unificar la jurisprudencia de la Corte en relación con la procedencia de la acción de tutela en aquellos casos en los que no se decretaba la terminación de los procesos después de aportada la reliquidación. Las pautas definidas por la Corte en esa sentencia respecto de las cuales puede afirmarse que existió un acuerdo mayoritario son varias. En ellas se refleja la tensión entre la tesis de la continuidad relativa y la tesis de la terminación absoluta.

La Corte afirma con claridad que no siempre que se niega la terminación del proceso es procedente la acción de tutela. De esta manera, plantea varios ajustes a la tesis de la terminación absoluta. En primer lugar la Corte exige que el deudor demuestre el cumplimiento de acciones que evidencien una diligencia básica en la gestión de sus derechos. De esta manera, salvo en los casos en que al deudor no le es posible el planteamiento de su posición en esta materia, el cumplimiento de la carga exigida por la Corte se satisface cuando solicita la terminación del proceso o su nulidad en el evento de que hubiere continuado el proceso. A pesar de esta exigencia la Corte no demanda del deudor el agotamiento de la totalidad de los recursos disponibles y, en esa medida, matiza el carácter residual de la acción de tutela.

En segundo lugar y siguiendo su tesis de acuerdo con la cual la acción de tutela contra providencias judiciales debe interponerse en un plazo razonable, la decisión destaca que la acción de tutela debe presentarse en un plazo que no puede superar el auto aprobatorio del remate. Esta regla intenta entonces hacerle frente a las decisiones judiciales que la Corte había

adoptado anteriormente y en las cuales ordenaba la nulidad de lo actuado aun afectando los derechos de los terceros.

Finalmente, la Corte aclara que en los casos en los que procede la acción de tutela por la no terminación del proceso correspondiente la causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales es el defecto sustantivo. La interesante tesis de la vía de hecho por consecuencia planteada en la T-701 de 2004 no es escuchada en esta oportunidad.

Las precisiones de la Corte ofrecían entonces claridad. Además de las anteriores la Corte enunció las reglas que debían seguirse para llevar a efecto la terminación del proceso ejecutivo y, adicionalmente, lo que debía ocurrir posteriormente. En ellas, se evidenciaba un ataque a la tesis de la continuidad relativa dado que la forma como se encuentran enunciadas sugiere que aun existiendo saldos el proceso debe terminarse y, lo que ocurre, es que se abre una etapa de estructuración del crédito.

Así entonces, de acuerdo con la posición de la Corte Constitucional el deudor debía expresar su acuerdo o desacuerdo con la liquidación y, en caso de no estarlo, el juez debía resolver la objeción. Una vez establecida la reliquidación, se imponía la terminación del contrato mediante la adopción de una providencia en la cual habría de ordenarse a la entidad financiera la reestructuración de la obligación.

A pesar de establecer estas dos condiciones que eran las que podían derivarse de la ley, la Corte se ocupa de anticiparse a los problemas que el proceso de reestructuración de la obligación podía suponer. De esta manera (i) ordenó que no se tuvieran en cuenta los intereses causados desde el 31 de diciembre de 1999 y (ii) exigió que la reestructuración tuviese "en cuenta criterios de favorabilidad y viabilidad del crédito, así como la situación económica actual del deudor" además de considerar las decisiones del deudor sobre las modalidades de financiación. A pesar del llamado de la Corte a alcanzar acuerdos adecuados estableció que en caso de no ser posible, dentro del un plazo de treinta días siguientes a la solicitud de cualquiera de las partes la Superintendencia Financiera determinaría lo correspondiente a la reliquidación⁵⁷.

57 Complementaba la Corte señalando lo siguiente: "En ningún caso podrá cobrarse intereses causados antes de definida la reestructuración del crédito. No será exigible la

Cabe resaltar que la decisión le confiere a la sentencia efectos respecto de todos los procesos que cumplían las condiciones enunciadas por la sentencia. De esta manera la doctrina de la Corte se aplicaba a los procesos que se hubieran iniciado antes del 31 de diciembre de 1999, que se refirieran a créditos de vivienda, en los cuales no se hubiere aprobado el auto de aprobación del remate o de adjudicación del inmueble y, finalmente, en los que no existiera una decisión derivada del trámite de la acción de tutela.

La sentencia formula un numeral quinto en el que la providencia parece especificar las condiciones que determinan la terminación del proceso ejecutivo. Respecto de ese aparte siete de los magistrados aclaramon su voto. Su preocupación parece haber obedecido al hecho de que lo allí dicho no representaba la versión respecto de la cual se había conseguido el consenso⁵⁸. Dijeron entonces:

“Con el respeto acostumbrado, los magistrados firmantes nos permitimos aclarar que, a juicio de la mayoría de la Corte, la *ratio decidendi* de la sentencia se encuentra consignada en el apartado 4 de dicha providencia, intitulado *causales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales y aplicación de la doctrina constitucional al caso concreto. Efectos de la sentencia*. En ese apartado se concilian las distintas posiciones de las salas de revisión con el fin de unificar la jurisprudencia y proteger en mayor grado el debido proceso en conexidad con el derecho a la vivienda digna.

En este sentido, el apartado 5, intitulado *La obligación de terminar los procesos ejecutivos con título hipotecario basados en un crédito upac que se encontraban en curso el 31 de diciembre de 1999. Reiteración de jurisprudencia*, refleja la opinión del magistrado ponente y no las razones de la decisión.”

Araujo formuló un extenso salvamento de voto. Indicó que la sentencia retrocedía y admitió calificarla como una sentencia *cangrejo*. Se opuso a la mayoría de acuerdos alcanzados y reiteró la posición que hasta

obligación financiera hasta tanto no termine el proceso de reestructuración.”

58 El aparte No. 5 se titulaba “**La obligación de terminar los procesos ejecutivos con título hipotecario basados en un crédito UPAC que se encontraban en curso el 31 de diciembre de 1999. Reiteración de jurisprudencia.**” (Los resaltados corresponden a la sentencia original)

el momento había sostenido en relación con la obligación de terminar automáticamente el proceso, la inconstitucionalidad de imponerle un plazo a la interposición de la acción de tutela así como la inadmisibilidad de exigir un determinado comportamiento del deudor. Se trató de un texto que expresa un profundo desacuerdo por la determinación de la Corte Constitucional.

Desde una línea opuesta se encontraba el salvamento del Magistrado Pinilla quien señalaba, una vez más, la improcedencia de la acción de tutela cuando se trataba de providencias judiciales que contenían una elección interpretativa admisible. De esta manera, su posición se orientaba a eliminar cualquier posibilidad de presentar la acción de tutela en estos casos. Sin duda alguna, recogía la posición de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, en varias oportunidades, afirmó la improcedencia del recurso de amparo.

A pesar de la construcción del acuerdo antes explicado, en el 2008 se produce una nueva sentencia de unificación. La SU-038 en la que fue ponente Jaime Araujo Rentería se ocupó de analizar un caso similar a los examinados en la SU-813 de 2007. Sin embargo, en la hipótesis objeto de revisión por parte de la Corte el proceso ejecutivo ya se había declarado terminado por parte del juez de ejecución como consecuencia del pago de un tercero de la obligación que lo había motivado. Siendo ello así la Corte declaró que se trataba de un hecho superado. Sin embargo, en la sentencia, Araujo incorpora una argumentación en algo parecida a la del numeral 5 de la sentencia SU-813 de 2007.

Considerando, probablemente, que lo indicado no tendría fuerza alguna de *ratio decidendi* dada la consideración del hecho superado, solo la magistrada Clara Inés Vargas advirtió que no estaba de acuerdo con ese aparte de la providencia dado que el mismo reflejaba la posición del ponente y no, exactamente, lo determinado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-813 de 1997. Nilson Pinilla también aclaró su voto advirtiendo lo mismo que a través del salvamento de voto había hecho en esta última. Finalmente Cepeda se limitó a presentar una reflexión sobre el significado de la disidencia en la jurisdicción constitucional advirtiendo que no valía la pena insistir en aquello que ya en otras providencias había dicho.

Después de ello, la Corte parece haber ajustado su comportamiento al precedente establecido en la sentencia de unificación de 1997. Ello

lo demuestra, por ejemplo, la sentencia T-1240 de 2008 en la que, a pesar de todo, Araujo insistió en aclarar el voto con argumentos semejantes a los expuestos en las dos decisiones de unificación. Sin embargo y no obstante que resultó correcta a la luz de tal sentencia de unificación, la solución dada en la sentencia T-679 de 2010 a un asunto semejante a los allí tratados, parece apoyarse en fragmentos muy parecidos a aquellos que motivaron, por aquel entonces, la aclaración de voto multitudinaria por el enigmático numeral 5.

4. CONCLUSIONES

La evolución jurisprudencial presentada evidencia una muy potente disputa por dominar la interpretación de la ley en un sensible asunto social. Caracteriza esta evolución un desacuerdo en todos los niveles e instancias. Los jueces ordinarios plantean posturas que los jueces de tutela en ocasiones comparten y en otras no. Como consecuencia de ello los accionantes son no solo los deudores sino también los acreedores. Finalmente, la Corte Constitucional evidencia en sus salas de revisión enormes diferencias que solo después de casi 7 años son examinadas en una sentencia de unificación.

El origen de la discordia fue la interpretación de la sentencia C-955 de 2000 y la forma como impactó la ley 546 de 1999. Alrededor de tal interpretación, dos tesis ciertamente distantes. Una de ellas advertía que los procesos ejecutivos, después del aporte de la reliquidación, debían terminarse automáticamente con independencia de los resultados de la misma y, en caso de no ocurrir tal cosa, sería posible la presentación de una acción de tutela al margen del comportamiento procesal del deudor. La otra señalaba que la terminación automática no era procedente y que solo resultaba posible en aquellos casos en los que no existían saldos insoluto, el deudor había ejercido los recursos a su disposición y no se trataba de un deudor con capacidad económica que había intentado burlar el cobro. Estas posiciones se enfrentaban una y otra vez y, en el último tiempo, incrementaron la polémica alrededor de la solución que debía darse en los eventos en los que el remate se había ya producido.

No obstante los intentos de la decisión T-701 de 2005 por demostrar que no existía confrontación alguna entre las diferentes sentencias, aparentemente contradictorias en las reglas que definían, la Corte decidió adoptar una sentencia de unificación. En ella se propuso buscar un punto medio que, de una parte, no eliminara el derecho de los deudores pero que, al mismo tiempo, les atribuyera especiales cargas de actuación. De esta manera, la solución consistiría en otorgar el derecho general a la terminación con independencia de las circunstancias específicas de la obligación pero, en todo caso, restringiendo las posibilidades de presentar la acción de tutela. Esta restricción se produciría cuando había transcurrido más de un tiempo razonable y, adicionalmente, el deudor no había empleado los medios judiciales a su alcance.

La sentencia de unificación demuestra, en este caso, su importancia política y jurídica. En un asunto abiertamente disputado (i) en el que las posiciones de todos los interesados son diferentes a lo largo de los distritos judiciales y (ii) en el que el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en materia civil adopta una posición que tiene como efecto la negación de la tutela cuando quien la interpone es un deudor y su concesión cuando es el acreedor quien actúa, la Corte Constitucional termina resolviendo una cuestión de derecho ordinario impregnándolo de consideraciones constitucionales. Sin embargo de no asignarse ese papel, las posibilidades de estabilizar la controversia hubieran sido casi inexistentes.

EL TRANSITO CONTRACTUAL DE LA LEY 546 Y LA MODIFICACION UNILATERAL DE EXPECTATIVAS NEGOCIALES

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Victor Guillermo Conde Tamayo, Sergio Raúl Cardoso Gonzalez, Carlos Eduardo Arias Correa, Harvey Leon Quintero Garcia y Astrid Valencia Muñoz en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009". El tema elegido por Reinaldo Huertas, Fabio Hernán Bastidas Villota, Deisy Elisabeth Zamora Hurtado, Janis Molina Rios, Geovanny Paz Mesa, Luis Fernando Gutiérrez Giraldo y Diego Fernando Calvache García, no coincide exactamente con el problema jurídico que trata este escrito, pero se relaciona con la comprensión y aplicación de la ley 546 de 1999.

1. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia constitucional ha tenido en materia de contratos bancarios importantes intervenciones. Una de ellas, como se sabe, lo fue la correspondiente a la interpretación del párrafo tercero del artículo 42 de la ley 546 de 2000 que regulaba el régimen de transición respecto de los créditos que eran cobrados a través de un proceso ejecutivo y que, al mismo tiempo, se beneficiaban de la reliquidación ordenada por la mencionada ley. El alcance que debía conferirse a tal disposición originó enérgicas disputas al interior de la Corte que permitían constatar una importante tensión entre la necesidad de proteger los intereses de los bancos y el propósito de garantizar un amparo lo más amplio posible a los deudores hipotecarios.

El litigio en materia de créditos hipotecarios no se agotó, sin embargo, en esta discusión. La transición al nuevo régimen implicaba algunas cuestiones adicionales. Una de ellas se refería a lo que ocurría con las condiciones originarias –plazo, intereses y monto de las cuotas- de los contrato de mutuo celebrados con anterioridad a la expedición del nuevo régimen y que hubieren sido pactados en UPAC o en pesos

Este problema motivó una discusión importante sobre el alcance (i) de la autonomía de los bancos en el proceso de configuración de los créditos,

(ii) del debido proceso en materia contractual y, adicionalmente, (iii) de la buena fe en las disposiciones contractuales que regulan este tipo de operaciones.

La constitucionalización de estas controversias tuvo su causa, indudablemente, en la sensibilidad que se derivaba del hecho de tratarse de créditos de vivienda. Es probable que la intervención en las dinámicas contractuales o en la definición del alcance de la acción de tutela para disputarlas, no hubiere estado tan impactada por el lenguaje constitucional si se tratara, por ejemplo, de créditos de libre inversión. La preocupación de la Corte, expuesta con claridad en su jurisprudencia, radicaba en la manera de hacerle frente a un problema cuya notoriedad incluso declaraba la Corte. Tratándose entonces de un asunto que incidía en los mandatos de protección de la vivienda digna y, en particular, en la justicia del sistema de otorgamiento de créditos, la Corte estaba interesada en ofrecer una comprensión constitucional del asunto.

El anuncio sobre el propósito que habría de delimitar la interpretación de la Corte quedaba resumido de la siguiente forma en la sentencia C-955 de 2000:

“Es un hecho públicamente conocido, que por tanto no necesita prueba especial dentro de este proceso ni requiere ser sustentado en cifras, el de que las deudas en UPAC se hicieron impagables en la generalidad de los casos, en términos tales que se extendió la mora y que la cartera hipotecaria de difícil o imposible cobro creció desmesuradamente, conduciendo a la instauración de incontables procesos ejecutivos, de remates y de daciones en pago, con las naturales consecuencias negativas para la economía y para la estabilidad del crédito. A todo lo cual se agregó la pérdida o disminución del valor de los inmuebles, como una expresión más de la recesión que ha venido afectando al país en los últimos años.

El legislador encontró, entonces, una situación creada, de excepcional gravedad, de cuya solución dependía no solamente la buscada reactivación económica sino la atención inmediata de la crisis individual y familiar causada por los aludidos factores, con inmenso perjuicio para miles de personas.”

Definir el móvil interpretativo de la Corte, esto es, el punto de partida que orienta el entendimiento del conjunto de disposiciones que

regulan los créditos hipotecarios, permite entender la orientación concreta de la jurisprudencia constitucional en esta materia. El presente escrito se ocupa de examinar las reglas definidas por la Corte Constitucional a efectos de dar respuesta a los problemas enunciados anteriormente.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Es constitucionalmente posible que los acreedores de créditos de vivienda modifiquen unilateralmente situaciones contractuales previamente definidas con su participación?

TESIS A

No resulta posible la alteración unilateral de situaciones contractuales dado que se desconoce el derecho al debido proceso y a la buena fe.

TESIS B

Resulta posible la alteración unilateral de situaciones contractuales cuando ello se hace en cumplimiento de la ley de financiación de vivienda.

L 546/1999	
C Const, S C 955/2000	
C Const, S T 822/2003	
C Const, S T 357/2004	
C Const, S T 793/2004	
C Const, S T 212/2005	
C Const, S T 611/2005	
C Const, S T 652/2005	
C Const, S T 1186/2005	
C Const, S T 207/2006	
C Const, S T 419/2006	
C Const, S T 276/2008	

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

3.1 La redenominación de los créditos: la ley 546 de 1999 y la sentencia c-955 de 2000

Una consecuencia natural del tránsito de legislaciones respecto de la forma en que podían celebrarse contratos de mutuo que tuvieran como propósito, a través de la constitución de una garantía real, la adquisición de vivienda, consistía en la necesidad de definir lo que debía ocurrir con los acuerdos previos establecidos en UPAC o en pesos y que desconocían las nuevas reglas de financiación.

La ley 546 de 1999 estableció una muy limitada regulación sobre la materia. Así, la primera frase del artículo 39 establecía que “Los establecimientos de crédito deberán ajustar los documentos contentivos de las condiciones de los créditos de vivienda individual a largo plazo, desembolsados con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley a las disposiciones previstas en la misma” y, más adelante, el segundo inciso de la misma disposición señalaba que, en cualquier caso, “los pagarés mediante los cuales se instrumenten las deudas así como las garantías de las mismas, cuando estuvieren expresadas en UPAC o en pesos, se entenderán por su equivalencia, en UVR, por ministerio de la presente Ley.”

De esta manera, la ley 546 contemplaba dos reglas del tránsito legislativo en materia documental. De una parte, señalaba la obligación de ajustar los instrumentos que contenían las condiciones de los créditos y, de otra –con el propósito de evitar que la ausencia de tal ajuste impactara la seguridad de los mismos–, establecía que por disposición de la ley cuando se encontraran expresados en pesos o en UPAC debían entenderse denominados en UVR. El inciso primero del artículo 17 de la citada ley precisó además que “*sin perjuicio de lo establecido en el artículo primero de la presente ley, el gobierno nacional establecerá las condiciones de los créditos de vivienda individual a largo plazo que tendrán que estar denominados exclusivamente en UVR, de acuerdo con los siguientes criterios generales (...)*”. Se definió también, en el párrafo del artículo 17, que era una opción del deudor solicitar que un crédito otorgado inicialmente en UPAC

fuese redenominado en moneda legal colombiana respetando los límites que establecía la ley, por ejemplo, en materia de intereses.

La regulación descrita fue considerada constitucional por parte de la Corte en la sentencia C-955 de 2000⁵⁹. En esa decisión, como era natural al tratarse del control abstracto, la Corte Constitucional no se ocupó de las situaciones concretas a las que podía dar lugar la aplicación de la disposición mencionada y, en particular, la Corte no se preguntó qué ocurriría en aquellos eventos en los cuales, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 17 y 39 de la ley 546 de 1999, la entidad acreedora ajustaba los términos del contrato y el deudor se oponía a ello. El primer caso que suscitó tal cuestión fue resuelto por la Corte en la sentencia T-822 de 2003.

3.2 La sentencia T-822 de 2003 y la definición del deber de informar las modificaciones contractuales

Cinco casos fueron acumulados por la Corte. Todos ellos se caracterizaban por el hecho consistente en que el Fondo Nacional del Ahorro, amparándose en lo dispuesto en la ley 546 de 1999 y en instrucciones de la Superintendencia Bancaria, procedió a reajustar el crédito de los accionantes –pactado inicialmente en pesos- formulándolo en Unidades de Valor Real y sin ofrecer suficiente información sobre el procedimiento de la redenominación. La consecuencia de ello, según se relata en la presentación de los casos, consistió en el cambio del plazo para el pago, en el número de cuotas y, en algunos casos, en el incremento de las mismas.

La Corte Constitucional desarrolló su examen a partir, fundamentalmente, de la eventual afectación del derecho a la información. En opinión

59 Allí dijo la Corte: "(...) El artículo 39, que consagra la obligación de los establecimientos de crédito de ajustar los documentos contentivos de las condiciones de los créditos de vivienda individual a largo plazo, desembolsados con anterioridad a la fecha de vigencia de la Ley a las disposiciones previstas en la misma, es apenas una consecuencia del cambio de sistema, el cual repercute forzosamente en los contratos que se venían ejecutando. (...) No se viola la Constitución con el aludido mandato, toda vez que éste, por su carácter general e imperativo, ajusta al nuevo orden las relaciones jurídicas establecidas con anterioridad, y ello se encuentra incluido en la órbita de atribuciones del legislador. (...) Lo propio puede afirmarse en relación con el plazo concedido, de 180 días, que para la fecha de esta providencia ya ha expirado. (...) También resulta constitucional que, por ministerio de la ley, los pagarés mediante los cuales se instrumenten las deudas así como las garantías de las mismas, cuando estuvieren expresadas en UPAC o en pesos, se entiendan por su equivalencia en UVR, previa -desde luego- la reliquidación en los términos precedentes."

de la Corte, los accionantes eran titulares de un derecho constitucional –desarrollado en algunas disposiciones de la ley 546- a obtener información relacionada con la redenominación del crédito hipotecario a efectos de conocer las condiciones bajo las cuales se produciría la misma. Esta información, en opinión de la Corte, constituía un asunto fundamental dado que solo así era posible que los deudores examinaran el alcance del ajuste y presentaran pruebas o argumentos para oponerse a ello. Según lo señalado en la sentencia, si el deudor no se encontraba de acuerdo podría plantear el asunto ante la Superintendencia Bancaria quien contaba con la competencia para resolver definitivamente el asunto. Pero para ello requería información.

La radicación de esta última competencia en la Superintendencia Bancaria la fundamentó la Corte en la constitucionalidad condicionada del artículo 20⁶⁰ de la ley 546 de 1999. En esta declaratoria, que se produjo en la sentencia C-955 de 2000, la Corte sostuvo que tal artículo, dirigido a regular la posibilidad del deudor de solicitar la reestructuración de los créditos dentro de los dos primeros meses de cada año, era constitucional si se entendía (i) que tal reestructuración debía hacerse sobre la base de condiciones objetivas a partir de la información que le suministraría al deudor la entidad financiera y, en caso de controversia sobre la reliquidación, (ii) que la Superintendencia tendría la competencia para adoptar una decisión. De acuerdo con ello, la T-822 de 2003 extendía las reglas de supervisión estatal de las reestructuraciones a aquellos eventos en los que entre la entidad acreedora y el deudor se suscitaba un desacuerdo sobre la redenominación que, según la ley 546 de 1999, se encontraba ordenada.

60 El artículo 20 de la ley 546 estableció, lo siguiente: "La Superintendencia Bancaria establecerá condiciones uniformes para los documentos contentivos de las condiciones del crédito y sus garantías, mediante los cuales se formalicen las operaciones activas de financiación de vivienda individual a largo plazo. (...) Durante el primer mes de cada año calendario, los establecimientos de crédito enviarán a todos sus deudores de créditos individuales hipotecarios para vivienda una información clara y comprensible, que incluya como mínimo una proyección de lo que serían los intereses a pagar en el próximo año y los que se cobrarán con las cuotas mensuales en el mismo período, todo ello de conformidad con las instrucciones que anualmente imparta la Superintendencia Bancaria. Dicha proyección se acompañará de los supuestos que se tuvieron en cuenta para efectuarla y en ella se indicará de manera expresa, que los cambios en tales supuestos, implicarán necesariamente modificaciones en los montos proyectados. Con base en dicha información los deudores podrán solicitar a los establecimientos de crédito acreedores, durante los dos primeros meses de cada año calendario, la reestructuración de sus créditos para ajustar el plan de amortización a su real capacidad de pago, pudiéndose de ser necesario, ampliar el plazo inicialmente previsto para su cancelación total."

El deficitario suministro de información, según la sentencia, desconoció el derecho al debido proceso de los deudores, implicó un abuso de la posición dominante de las entidades financieras y, adicionalmente, dejó en situación de indefensión a los accionantes. De esta manera, la Corte concluía anudando el problema de información a la cuestión iusfundamental planteada por los deudores. Esta circunstancia tuvo como efecto la adopción de una solución encaminada a corregir la equivocación en esta materia. La preocupación de la Corte estaba vinculada con la transición que suponía el nuevo esquema de financiación. Las personas que pretendían acceder a créditos de vivienda tenían un derecho especial de información considerando, entre otras cosas, la complejidad de la regulación. Así entonces, en la parte resolutiva la Corte le ordenó al Fondo Nacional del Ahorro que informara a los accionantes "su situación, relacionando con claridad, certeza y de manera comprensible los procedimientos de reliquidación y redenominación de créditos, a fin de que a los deudores se les permita formular reclamos, solicitar y presentar pruebas e interponer recursos; todo ello de acuerdo con las normas legales, la sentencia C-955 de 2000 y las Circulares de la Superintendencia Bancaria, como se indicó en la parte motiva del presente fallo."

La Corte sujetó la actuación del Fondo Nacional del ahorro al Código Contencioso Administrativo a fin de asignar al deudor los derechos a oponerse, a presentar pruebas y a recurrir las decisiones adoptadas en el trámite de modificación documental. Ello lo consigue a través de la identificación de la naturaleza jurídica del Fondo Nacional del Ahorro. No solo se ocupaba de conferir esos créditos -de manera tal que podía ser considerado el prestador de un servicio público- sino que, adicionalmente y en tanto entidad estatal, se encontraba atado de manera directa a los principios que disciplinan la función administrativa. Este argumento de la Corte que habría de ser presentado con fuerza en la sentencia T-793 de 2004, abría el camino para constitucionalizar de manera muy intensa la controversia.

En cualquier caso, la decisión adoptada en esta sentencia no advierte que la reliquidación y la redenominación sean definitivamente incorrectas o que la organización acreedora careciera de competencia para llevarla a cabo sin el consentimiento del deudor. En una dirección diferente, la sentencia se preocupa con fuerza por destacar las debilidades del procedimiento seguido para ajustar el crédito que, si se hubiera adelantado correctamente, no habría privado al deudor del ejercicio del derecho a oponerse.

El planteamiento de la Corte fue reiterado en la sentencia T-357 de 2004 en un caso cuya similitud fáctica con el resuelto en la T-822 de 2003 era evidente y, en consecuencia, la decisión adoptada consistió en exigir el suministro de información adecuada sobre el procedimiento seguido para el ajuste del crédito⁶¹. Esta perspectiva procedural del problema sería objeto de algunas modificaciones dirigidas a imponer una condición sustantiva a la reliquidación. Esta condición habría entonces de afectar de manera importante la transición exigida por la que era, en aquel entonces, la nueva ley de financiación de vivienda.

La sentencia T-793 de 2004: no basta el cumplimiento del deber de información y, por ello, es indispensable el consentimiento del deudor

No obstante su juventud, el razonamiento de la Corte sería objeto de varios ajustes en la sentencia T-793 de 2004 en la que la Corte trató, nuevamente, un caso en el que el Fondo Nacional del Ahorro había adoptado la decisión de ajustar un crédito originalmente en pesos, al sistema de financiación regulado en la ley 546. Ello había tenido un impacto importante en el plazo para su pago. Sin embargo, a diferencia de los eventos examinados en la T-822 de 2003 y en la T-357 de 2004 la Corte no formula, desde el principio, que el problema consista en la ausencia de información dado que, según se constata en la referencia al material probatorio, ya existía un informe del Fondo, dirigido al accionante durante el trámite de la tutela, en el que se exponía el procedimiento de reliquidación que se había adelantado.

Tal circunstancia condujo a la Corte, probablemente, a presentar el problema desde otra perspectiva. La decisión de la Corte incorpora, respecto de los casos anteriores, precisiones de la mayor importancia. Así, señala que la modificación efectuada por el Fondo sin el consentimiento previo del deudor constituye una violación del principio de la buena fe en su manifestación específica de la prohibición de venir en contra de los propios actos. La Corte resume su argumento de la siguiente forma:

61 La Corte ordenó "informar a las actoras lo atinente a sus respectivos créditos, de tal manera que en esos informes puedan enterarse con claridad sobre los procedimientos de reliquidación de los mismos, su equivalencia en UVR, la razón de la ampliación del plazo, intereses y demás condiciones del crédito para que así se les garantice el derecho a la formulación de reclamos, a la interposición de recursos y al ejercicio de las acciones judiciales que consideren conducentes si fuere el caso según su criterio, conforme a lo establecido en el ordenamiento jurídico pertinente."

“Para la Corte no hay duda de que la alteración unilateral de los términos contractuales causada por alguna de las partes, desconoce el principio de buena fe y el respeto a los actos propios, es decir el desconocimiento de la máxima según a nadie le es permitido ir en contra de sus propios actos, cuando no obedece a una conducta legítima.”

La prohibición de venir en contra de los actos propios implica la imposibilidad de desconocer, en contra de terceros que se ven afectados, las consecuencias o resultados de una conducta o actuación previa. De alguna manera, ello supone una exigencia de fidelidad frente al comportamiento anterior desplegado por una persona y que proyecta sus efectos en un tercero. En la aplicación de esta exigencia se encuentra en juego la buena fe en tanto a través de la prohibición referida se amparan las expectativas que de manera legítima adquirió una persona a raíz de la actuación relevante de otra.

La idea sugiere entonces que a pesar de la exigencia legal de readecuación de los créditos a fin de expresarlos en Unidades de Valor Real, es absolutamente imprescindible contar con el consentimiento del deudor. La infracción de la buena fe se produce dado que este último podía confiar en que el crédito otorgado conservaría sus condiciones originales y no podría ser objeto de ajuste salvo que tuviera su origen en la voluntad de las partes. Este razonamiento fue potenciado por la Corte al advertir que en este tipo de contratos, al ser objeto de una intervención *superlativa* por parte del Estado y obedecer a la consecución de un fin constitucionalmente relevante –garantía de la vivienda digna-, sobresalía la confianza en los términos del contrato y, por ello, tal seguridad en el acuerdo tenía un valor especialmente alto⁶².

Además de esta nueva presentación, la Corte se encarga de examinar la procedencia de la acción de tutela. Era claro que la disputa que se había planteado podía asociarse a un problema contractual que, en principio, estaría excluido del alcance de la jurisdicción de tutela. No obstante que la Corte inicia por afirmar la naturaleza residual de la acción de tutela, sostiene

62 Este argumento es complementado por la Corte al indicar: “Y es que el fin de la adquisición de estos servicios, tal y como lo manifiesta el actor, se encuentra estrechamente ligada con la definición por parte del adquiriente de un verdadero modelo de vida. La sorpresiva alteración de los términos contractuales, en el entendido que las previsiones patrimoniales que le permiten al actor haber delimitado la forma de atender sus necesidades existenciales, se ve trastocada por la abrupta liquidación del crédito y, ante todo, por el aumento del plazo para la cancelación de éste.

con fuerza que al tratarse de un supuesto de abuso de posición dominante y de contravención del principio de la buena fe que constituía, además, una violación del debido proceso, existía una justificación suficiente para el empleo del amparo constitucional.

La invocación del argumento de la buena fe anunciaba que la orden principal de la Corte no sería la de suministro de información. Se formularía entonces un conjunto de reglas que, casi sin variación, habrían de sostenerse a lo largo del tiempo. La primera de ellas advertía que en estos casos lo procedente era ordenar el restablecimiento del crédito en las condiciones originalmente pactadas. Una vez hecho esto y dada la preocupación de la Corte por el respeto de las condiciones establecidas en la ley y en la jurisprudencia constitucional en relación con los límites de los créditos hipotecarios, señaló –como segunda regla- que el Fondo debe verificar que el préstamo originalmente otorgado cumpla tales condiciones y, en el evento de no ocurrir ello, debe informarle al deudor –de manera oportuna y completa- tal situación y la forma como debería ajustarse el crédito. Seguidamente, es la última regla regla, el ajuste requerido deberá contar con el consentimiento del deudor y, en ausencia del mismo, se mantendrá el crédito en las condiciones originales pudiendo el Fondo, si así lo considera, acudir a la jurisdicción ordinaria a fin de resolver la controversia.

Se muestra decidida la Corte a respetar de manera absoluta e incondicionada la voluntad del deudor. Esta lucha contra lo exigido por la ley y lo planteado por el Fondo – a quien la Superintendencia Bancaria le hacia un seguimiento especial en relación con su comportamiento en esta materia- termina dando el triunfo a la relación contractual pactada originalmente con apoyo especial en el principio de la buena fe. El Fondo anunciaba con desesperación que su comportamiento tenía por objeto darle cumplimiento a lo dispuesto en la ley dado que, en algunas ocasiones, los créditos conferidos inicialmente contemplaban, por ejemplo, la capitalización de intereses⁶³. Sin embargo, la Corte dejaba a un lado este llamado e insistía que si lo pretendido

63 Esta confrontación con la ley es reconocida explícitamente por la Corte en el fundamento jurídico No. 7 de la sentencia T-419 de 2006: "La Corte reitera que las entidades financieras no pretendo de adecuar las condiciones de un crédito a la legalidad no pueden modificar de forma unilateral y sin el consentimiento del deudor los sistemas de amortización o los plazos o cualquiera de las condiciones inicialmente pactadas en el contrato de mutuo, pues con ello se desconoce el derecho al debido proceso del deudor y se configura un abuso en la posición dominante por parte de la entidad financiera."

era modificar la relación jurídica primigenia, resultaba necesaria una deliberación real que tuviera como resultado un acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor. Decía la Corte en la sentencia T-212 de 2005:

“Lo anterior indica que a los usuarios de créditos a largo plazo les asiste el derecho de contar con la oportunidad de discutir con su acreedor el mantenimiento de las condiciones pactadas, al punto que las modificaciones inconsultas, por el solo hecho de la imposición, además de constituir manifestaciones abusivas, contrarias a la buena fe y al respeto por el acto propio, infunden desconfianza a las actividades financieras y quebrantan, no sólo los derechos patrimoniales de sus deudores, sino particular y principalmente sus derechos fundamentales a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad.”

Según se señaló anteriormente esta tesis se habría de mantener a lo largo del tiempo tal y como lo confirman, entre otras, las sentencias T-611 de 2005, T-652 de 2005 y T-419 de 2006. Además de ello, el precedente de la Corte se extendió a entidades financieras privadas lo que demuestra que no podía vincularse la ratio decidendi de las decisiones anteriores al hecho de que se tratara de una entidad pública. Ello ocurrió, por ejemplo, en las sentencias T-1186 de 2005 y T-207 de 2006. La razón para que la condición del órgano accionado no implicara un supuesto de disanalogía puede encontrarse (i) en el énfasis que hacia la Corte alrededor del crédito de vivienda, (ii) en la irrelevancia que tal circunstancia tuvo en el control de constitucionalidad adelantado en la sentencia C-955 de 2000 y, adicionalmente, (iii) en la consideración de la actividad bancaria como un servicio público. Puede decirse entonces que las sentencias de tutela recién mencionadas, ampliaron el precedente al eliminar como hecho relevante la naturaleza jurídica de la entidad acreedora. Ello les permitió, se insiste, reproducir las reglas que en la sentencia T-793 de 2005 presentado la Corte.

El balance constitucional se había conseguido. El núcleo de la argumentación era compartido por la mayoría de la Corte y solo algunos desarrollos más amplios diferenciaban sus pronunciamientos. La tesis de la violación del debido proceso y de la buena fe como consecuencia de las modificaciones no acordadas con el deudor, se aceptaba ampliamente. En particular, la recomprensión del alcance del debido proceso a tal punto de señalar que la

conducta anticontractual implicaba una infracción de tal garantía constitucional, imponía un estándar de examen constitucional particularmente novedoso y exigente en esta materia. El debido proceso contractual que además habría de impactar otros escenarios de discusión constitucional, era una exigencia que derivaba en el mandato del consentimiento previo si de lo que se trataba era de ajustar el contenido del contrato.

La disputa de este acuerdo, por parte de los acreedores, tenía muy reducidas posibilidades de éxito. Por ello, intentarían presentar argumentos desconocidos hasta el momento que, finalmente, no afectarían el compromiso de la Corte con la tesis dominante.

3.4 El reclamo de la inmediatez de la acción de tutela y de su carácter subsidiario

Una estrategia de defensa centrada en los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela habría de ser intentada por el Fondo Nacional del Ahorro. Su descontento era evidente y ahora concentraba su esfuerzo en desconstitucionalizar las controversias a través (i) de la indicación de acuerdo con la cual las acciones de tutela interpuestas no lo habían sido en un plazo adecuado, de manera tal que no se satisfacía la exigencia de la inmediatez y (ii) de la afirmación, a pesar de haber sido objetada por la Corte en una sentencia previa, según la cual existían mecanismos judiciales alternativos para tratar el problema contractual.

La ausencia de inmediatez podría ser una estrategia de argumentación ciertamente poderosa. Consistía, este planteamiento, en advertir que los deudores habían dejado pasar un tiempo extendido entre el reajuste del crédito por parte del acreedor y la interposición de la acción de tutela a tal punto que, en algunos casos, el deudor había iniciado el pago de la cuota definida después de la modificación unilateral del crédito. No iban a tener éxito los acreedores. En la sentencia T-1063 de 2006 primero y luego, en la T-276 de 2008, se descarta la admisibilidad de este argumento.

En la primera de las decisiones, la Corte afirma que el transcurso del tiempo no subsanaba la violación del derecho al debido proceso derivada de la alteración de los acuerdos contractuales previos. La vulneración de tal derecho se

mantenía y, como consecuencia de ello, la interposición de la acción de tutela no dejaba de cumplir el requisito de la inmediatez. En la segunda de tales providencias, la Corte retoma el argumento planteado desde el 2006 y concluye afirmando que no es aceptable aducir el incumplimiento del requisito de inmediatez cuando el Fondo Nacional del Ahorro altera las condiciones contractuales iniciales:

“La jurisprudencia de esta Corporación se ha referido a la inoponibilidad del principio de inmediatez como requisito de procedibilidad de la acción de tutela en los casos en los cuales se reprocha la actuación del Fondo Nacional del Ahorro, consistente en la variación unilateral de las condiciones iniciales del crédito, de pesos a Unidades de Valor Real UVR, al sostener que, el tiempo transcurrido desde la modificación al contrato de mutuo no subsana la violación al debido proceso (...). Se ha manifestado igualmente, que el hecho de que el actor haya continuado pagando las cuotas no significa de manera alguna que hubiera aceptado tácitamente la variación unilateral en las condiciones del crédito. El continuar cancelando las cuotas bajo el nuevo sistema de amortización, aún persistiendo la vulneración del derecho al debido proceso, era la alternativa menos gravosa a su interés de acceder a una vivienda. Es por ello que no puede hablarse de un desinterés del actor frente a las modificaciones contractuales, sino del desconocimiento de sus derechos por parte de la entidad financiera (...).”

Combatido este argumento, restaba por examinar el referido a la existencia de mecanismos alternativos.

En el caso que dio lugar a la sentencia T-1186 de 2005 los jueces de instancia habían advertido que la acción de tutela no era el mecanismo para discutir la actuación de los acreedores derivada de un contrato de mutuo. Advertían, por ello, que no podían los mecanismos ordinarios ser sustituidos por la acción de tutela. Tal razonamiento exigió de la Corte un esfuerzo por fundamentar que aun siendo factible –en abstracto- la utilización de medios alternativos, ello no excluía la interposición del amparo constitucional. La argumentación de la Corte fue especialmente confusa.

Según lo expresó la Corte en la sentencia referida, debía tenerse como punto de partida el carácter residual de la acción de tutela. Sin embargo,

la acción de tutela desplazaría al medio ordinario cuando se configurara un perjuicio irremediable. La sentencia, luego de caracterizar aquello que delimita tal categoría –la del perjuicio irremediable–, concluye que el mismo se configura en el caso estudiado y, en consecuencia, decide aplicar las reglas diseñadas en la sentencia T-793 de 2004. Advierte que el perjuicio irremediable, en eventos como los estudiados por la Corte, “*se puede materializar en una excesiva ampliación del plazo estipulado o en un aumento desmesurado de la cuota mensual que tengan como consecuencia la afectación de derechos fundamentales*”.

No obstante que constata la existencia de un perjuicio irremediable, la Corte propone un camino diferente al anunciar la necesidad de evaluar la idoneidad del medio alternativo. Este anuncio no desencadenó un esfuerzo por profundizar en la cuestión. En cualquier caso y de manera sorpresiva la Corte señala, al resolver el caso, que no existe un mecanismo alternativo para plantear el asunto. Advierte lo siguiente al enfrentarse al argumento contenido en una de las decisiones de instancia:

“En el presente caso, el Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá, como Juez de Única Instancia, denegó el amparo solicitado, entre otras razones, por considerar que no se configura un perjuicio irremediable, por lo que la acción de tutela no es la vía para debatir una relación contractual de carácter privado y para lo cual existe la vía ordinaria. (...) No obstante, para la Sala no existe tal mecanismo, en virtud a que no se puede obligar a la parte deudora a iniciar un proceso con miras a establecer cuáles eran las condiciones pactadas, cuando no intervino en su modificación, habida cuenta que es el Fondo Nacional del Ahorro el interesado en el asunto.”

No es claro el razonamiento de la Corte. De la afirmación sobre la imposibilidad de obligar a una persona a acudir a un medio alternativo no se sigue la falta de idoneidad de tal medio. Ese argumento habría podido fundamentar, seguramente, la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio. A ello, sin embargo, la Corte renuncia y, entonces, otorga el más amplio nivel de protección⁶⁴ estableciendo el carácter definitivo de la acción de tutela. Así las cosas, tal y como ocurrió con el argumento de la inmediatez, la Corte le cierra toda posibilidad de éxito al argumento procesal

64 A pesar de la ausencia de claridad del planteamiento de la Corte este habría de ser citado en sentencias recientes tal y como ocurrió, por ejemplo, en la T-620 de 2010.

que planteaban ahora los acreedores con la confianza, posiblemente, de que la jurisdicción ordinaria, emparentada con la sensibilidad propia del derecho civil, trataría de otra forma su caso.

Con algún grado de conciencia acerca de las imprecisiones dogmáticas de la T-1186 de 2005, en la sentencia T-276 de 2008 la Corte Constitucional defiende el argumento de la ausencia de idoneidad de los medios judiciales alternativos, exponiendo de manera más cuidadosa su razonamiento y evitando cualquier rastro de confusión con el reconocimiento de la protección transitoria por presentarse un perjuicio irremediable. Advierte que la idoneidad del medio se encuentra determinada por la forma en que fueron desconocidos los derechos fundamentales. Considerando entonces la naturaleza de la violación del debido proceso y de la buena fe, la Corte concluye que el medio judicial alternativo no es eficaz. Esta conclusión, -sin perjuicio de las objeciones de que puede ser objeto-, sugiere que la violación de los derechos de los deudores por el tipo de actuaciones cuestionadas es de tal gravedad, que no se justifica imponerles la carga desproporcionada de iniciar un proceso ordinario para debatir el asunto. Cierra así esta controversia.

La Corte, como se vio, se enfrenta en esta última etapa a desafíos procesales. Los argumentos que los sustentan son defendidos por las entidades acreedoras y, aunque en ocasiones resultan escuchados exitosamente en las instancias, la Corte no se mostró dispuesta a aceptarlos y negó toda posibilidad de éxito.

4. CONCLUSIONES

El lenguaje marcadamente constitucional de las disputas relacionadas con contratos de mutuo para adquisición de vivienda, ha tenido su causa en el reconocimiento de la magnitud del problema por parte de la jurisprudencia constitucional. El grado de protección que debe conferirse al derecho a la vivienda digna ha constituido, en algunos momentos de la historia de la Corte Constitucional, un asunto de primer orden.

Las grandes discusiones relacionadas con la estructura del sistema de financiamiento, han dado lugar después a *microcontroversias* de enorme complejidad en las que los acreedores parecen intentar ganar aquello que perdieron en los litigios estructurales. Sin embargo, a pesar de ese intento, la jurisprudencia constitucional puede caracterizarse –en esta materia- como una jurisprudencia especialmente sensible a los intereses de los deudores y, en esa medida, cuando ha tenido la oportunidad, se ha ocupado de extender el radio de acción de los derechos a fin de evitar la anulación de las posibilidades de acceder a una vivienda digna.

Los ajustes unilaterales constituyen uno de los ejes de esas *microcontroversias*. A pesar de que los acreedores argumentan con fuerza el cumplimiento de una obligación legal, la Corte les impone el deber de respetar los acuerdos previos cuya estabilidad es litigada por los deudores. No interesa el costo que ello suponga ni los llamados de atención que los órganos de supervisión puedan hacer. Así, (1) el interés de proteger la parte débil, (2) la naturaleza de la actividad de financiación y (3) el deber de proteger la buena fe en las relaciones contractuales, entre otros, constituyen el fundamento de la posición de la Corte.

No obstante la audiencia que los argumentos sustantivos y procesales de los acreedores ha tenido en las instancias –según ello se deriva de los relatos de la Corte Constitucional- y de la controversia dogmática que el asunto de las modificaciones contractuales en cumplimiento de la ley puede suscitar, la jurisprudencia constitucional se ha mantenido bajo una sombra decisional estable y estrecha. Los movimientos son menores y solo reflejan el interés de complementar la argumentación o de ampliar la protección de los deudores.

LA POSIBILIDAD DE REVOCAR LOS CERTIFICADOS DE PAZ Y SALVO EXPEDIDOS POR ENTIDADES FINANCIERAS EN MATERIA DE CREDITOS DE VIVIENDA

Al igual que la reconstrucción jurisprudencial contenida en los trabajos referidos al alcance del parágrafo tercero del artículo 42 de la ley 546 de 2000 y a la evolución jurisprudencia en materia de readecuación de créditos a Unidades de Valor Real, este escrito se apoyó en el tema escogido por Reinaldo Huertas, Fabio Hernán Bastidas Villota, Deisy Elisabeth Zamora Hurtado, Janis Molina Rios, Geovanny Paz Mesa, Luis Fernando Gutiérrez Giraldo y Diego Fernando Calvache García, Victor Guillermo Conde Tamayo, Sergio Raúl Cardoso Gonzalez, Carlos Eduardo Arias Correa, Harvey Leon Quintero Garcia y Astrid Valencia Muñoz en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

1. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de contratos de mutuo para la adquisición de vivienda se ha ocupado de analizar diversos problemas. En otros capítulos de este libro se encuentran los trabajos referidos a los efectos que en los procesos ejecutivos tuvo la expedición la ley 546 de 1999 y, adicionalmente, la posición de la Corte Constitucional en relación con la posibilidad de modificar a UVR los créditos que, por ejemplo en pesos, se encontraban otorgados.

La línea jurisprudencial que presenta este trabajo, cuya evolución ha resultado especialmente estable, se ocupa de examinar la posición de la Corte en aquellos eventos en los que las entidades bancarias, luego de expresar que una deuda hipotecaria se encontraba a paz y salvo o se había reducido como consecuencia de la aplicación de los abonos previstos por la ley en el tránsito de legislación que en esta materia se produjo en 1999, constataba la existencia de un error y procedía a expresar al cliente la necesidad de corregirlo reconstituyendo nuevamente la obligación de manera unilateral y, declarando la imposibilidad de levantar el gravamen hipotecario o de excluir un dato negativo reportado en una base de datos.

Las posturas posibles en esta materia se encuentran entre aquella que confiere a la entidad bancaria un derecho absoluto para reconstituir la obligación a efectos de proteger los recursos públicos y ajustar su conducta a las normas aplicables en esta materia y la que sostiene que los derechos fundamentales de los clientes impiden que de manera unilateral las entidades bancarias den lugar al nacimiento de una obligación que su conducta señaló como extinguida.

Cómo se verá, la jurisprudencia constitucional se orienta por otorgar una protección especial a los deudores y, de esa manera, es consistente con su marcada idea de salvaguardar los derechos de los usuarios del sistema financiero. A pesar de ello en las instancias y en la defensa presentada por las entidades bancarias se refleja una decisión inequívoca de litigar, hasta último momento, la posibilidad de proceder en tal sentido.

El análisis jurisprudencial que se presenta comprende lo ocurrido entre el año 2002 y el año 2005. Se trata, como podrá constatarse, de una jurisprudencia alrededor de la cual existe un acuerdo amplio que suscita únicamente diferencias en su aplicación. El único salvamento de voto se refiere a un aspecto accidental de la doctrina construida por la Corte pero no afecta el contenido básico de acuerdo con la cual la reconstitución unilateral de una obligación desconoce el derecho al debido proceso, el derecho a la vivienda digna, la buena fe y, en algunos casos, el derecho al habeas data.

Las entidades bancarias no han conseguido en esta historia ningún triunfo. Incluso aunque la Corte había demarcado que su doctrina se aplicaba a créditos de vivienda se ha mostrado también interesada en ampliar el precedente hasta abarcar otro tipo de contratos de mutuo. Ello sugiere que la existencia de una relación de dominio justifica una intervención profunda en el mercado de crédito.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Es constitucionalmente posible después de expresada la extinción de una obligación hipotecaria o de ajustado su valor a favor del deudor, que la entidad financiera proceda a reconstituir la obligación hipotecaria mediante un decisión unilateral?

TESIS A

Las entidades financieras SI se encuentran habilitadas para reconstituir las obligaciones hipotecarias a fin de proteger los recursos públicos y garantizar la aplicación de las normas que regulan los abonos de los créditos para adquisición de vivienda.

TESIS B

Las entidades financieras NO se encuentran habilitadas para reconstituir las obligaciones hipotecarias dado que ello desconoce, entre otros, el derecho al debido proceso, el derecho a la vivienda digna y el principio de la buena fe.

			T 1085/2002
			T 083/2003
			T 141/2003
			T 323/2003
			T 346/2003
			T 546/2003
			T 550/2003
			T 1154/2003
			T 987/2003
			T 959/2003
			T 287/2004
		S.V. Tafur T 733/2004	T 733/2004
			T 1038/2004
			T 129/2005

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

3.1 Las sentencias T-1085 de 2002 y T-083 de 2003: El inicio de la protección del cliente

. El banco Granahorrar, después de expedir un certificado que expresaba que uno de sus clientes se encontraba a paz y salvo como consecuencia de la aplicación del abono contemplado en la ley en materia de créditos de vivienda anuncia, posteriormente, que existe un saldo pendiente de pago identificado en una revisión de la operación adelantada por la entidad financiera. Como consecuencia de ello, le advierte al cliente, que debe proceder a su pago.

La sentencia T-1085 de 2002 abordó este caso y dio inicio entonces al debate constitucional alrededor de esta cuestión afirmando que se había violado el derecho al debido proceso del usuario. Para fundamentar esta posición la Corte señaló que la entidad bancaria no solo prestaba un servicio público que hacía posible la interposición de la acción de tutela en su contra sino que, adicionalmente, podía sostenerse la existencia de una posición dominante de la entidad financiera que demandaba el otorgamiento de una especial protección del cliente.

Una vez sentadas las premisas para abordar constitucionalmente el desacuerdo contractual, la Corte señala que la posibilidad del Banco para contar con toda la información relativa a los créditos otorgados constituye una razón para prohibir a las entidades financieras que después de generar una expectativa a favor de uno de sus usuarios proceda, de manera unilateral, a modificar su posición original. Complementa la Corte este argumento advirtiendo que la entidad financiera, si lo estima procedente, puede adelantar las acciones que correspondan ante la jurisdicción ordinaria y no, en una dirección contraria, corregir la situación que estima irregular afectando los derechos de los clientes.

La fundamentación de la Corte, si bien anuncia la violación del debido proceso no profundiza en tal consideración. Tampoco vincula de manera fuerte esta decisión a la necesidad de proteger el derecho a la vivienda digna. Ello ocurriría en la sentencia T-083 de 2003 en la que la Corte debía

examinar un caso similar al resuelto en el 2002. El razonamiento de la Corte se fundamenta en diversos argumentos constitucionales.

En primer lugar y después de llevar a cabo el recuento de la jurisprudencia referida al control de constitucionalidad de los sistemas de financiación de vivienda la Corte destaca, con apoyo en el artículo 51 del texto constitucional, la especialidad de los contratos a través de los cuales se hacen efectivos tales sistemas. Es claro el intento de la Corte por ubicar los contratos de esta naturaleza fuera del control de las normas ordinarias de los contratos y, por ello, afirma su particularidad. Luego de advertir tal circunstancia la Corte concluye que una función adscrita a la regulación de estos contratos consiste en revertir *“la situación de desigualdad existente entre las entidades financieras y los usuarios”*. De esta manera, continua la Corte, la intervención del Estado debe orientarse *“al mantenimiento del equilibrio contractual a través de medidas que brinden protección y seguridad jurídica al usuario del crédito, que impidan la inclusión de cláusulas irrazonables y desproporcionadas que hagan imposible la amortización de los créditos en condiciones equitativas y que dificulten o imposibiliten el goce efectivo del derecho a la vivienda digna”*.

Desarrollado el anterior paso, la Corte precisa –tal y como lo advirtió la T-1085 de 2002- que las entidades bancarias despliegan un servicio público que hace posible considerarlas como autoridades. Establecida esa condición la decisión se desliza rápidamente a la afirmación de acuerdo con la cual las entidades financieras se encuentran vinculadas por el derecho al debido proceso –más amplio que el debido proceso legal- uno de cuyos componentes es la exigencia del respeto al acto propio.

La Corte explica el alcance de tal principio señalando lo siguiente:

“El principio de respeto del acto propio opera cuando un sujeto de derecho ha emitido un acto que ha generado una situación particular, concreta y definida a favor de otro. Tal principio le impide a ese sujeto de derecho modificar unilateralmente su decisión, pues la confianza del administrado no se genera por la convicción de la apariencia de legalidad de una actuación, sino por la seguridad de haber obtenido una posición jurídica definida a través de un acto que creó situaciones particulares y concretas a su favor.”

Para la Corte, la aplicación de la prohibición de irrespetar el acto propio es posible cuando se satisfacen tres condiciones. La primera, consiste en que la expresión inicial haya dado lugar a “una situación subjetiva concreta y verificable que conceda confianza a su beneficiario de la titularidad de una posición jurídica determinada”. La segunda consiste en que la determinación inicial sea alterada de manera unilateral por quien la había emitido “con base en parámetros irrazonables o desproporcionados”. La tercera condición demanda, fundamentalmente, la presencia de “identidad entre el sujeto que emite la decisión y su beneficiario”.

Con este planteamiento la Corte configura un vínculo especialmente fuerte entre el debido proceso y la buena fe. Una actuación de los bancos en el sentido indicado desconoce las expectativas que el usuario había depositado en el banco. La jurisdicción constitucional asume que en estos eventos la manifestación inicial de la entidad financiera constituye una forma de extinción de la obligación con apoyo, incluso, en las disposiciones del artículo 1625 del Código Civil. A este reclamo, la Corte anuda también la afirmación consistente en que la actuación de las entidades financieras implican el desconocimiento de la existencia de mecanismos jurídicos para plantear el asunto y, en verdad, lo que ocurre, es que la entidad financiera, termina haciendo justicia por su propia mano.

Adicionalmente sostiene que la actuación del banco resulta desproporcionada aún en el evento de argumentar que de lo que se trata es de obtener el pago de recursos que pertenecen al sistema financiero y, en consecuencia, son del público. De acuerdo con la sentencia, la expectativa del cliente es tan poderosa que ni aún esta razón puede fundamentar la actuación del banco de darle nueva vida a la obligación. Incluso, la Corte señala que ese comportamiento puede vulnerar el derecho al buen nombre del usuario dado que desemboca en un reporte negativo en las bases de datos que administran datos financieros.

La sentencia entonces concluye que se ha desconocido el derecho fundamental al debido proceso que, en esta amplia comprensión, “*no se restringe al simple cumplimiento de los preceptos contenidos en la ley, sino que involucra a la observancia de los demás derechos, principios y valores constitucionales que le dan sentido, como son la buena fe y el respeto del acto propio*”. Una

vez dicho eso, procede la Corte a ordenar a la entidad financiera la cancelación del crédito y el levantamiento de la hipoteca.

3.2 Una etapa de precisiones sobre el alcance y efectos del precedente

El planteamiento de la Corte Constitucional en la sentencia T-083 de 2003 sería reiterado en decisiones posteriores. Sin embargo, la fuerza de la respuesta se incrementó de manera importante. Así, por ejemplo, durante el año 2003 en las sentencias T-141, T-323 y T-346 la Corte hizo un llamado a la Superintendencia a efectos de que en desarrollo de sus facultades impidiera que el comportamiento de la entidad financiera continuara produciéndose. La continuidad del litigio demandaba que la Corte requiriera la intervención de los órganos de inspección vigilancia y control que, en materia de créditos hipotecarios, tenía competencias especiales de actuación⁶⁵.

En una dirección semejante la Corte, en la sentencia T-141 de 2003, expresa su desacuerdo con la actuación del Banco resaltando que ella evidenciaba un comportamiento irrazonable al no contar con el consentimiento del usuario. Al destacar la posición de dominio de las entidades financieras señaló:

“Granahorrar sencillamente, al percatarse de su yerro impuso su posición dominante frente al usuario, obligándolo a acogerse a la voluntad unilateral de éste, no teniendo el deudor alternativa distinta que la de aceptar so pena de verse avocado a los juicios judiciales pertinentes, con la posibilidad de perder su vivienda pues, precisamente la entidad financiera por ostentar una posición más fuerte y tener a su alcance la posibilidad de un mecanismo de defensa apto como es un proceso ejecutivo hipotecario, impone su voluntad sin tener el más mínimo reparo en la situación particular y concreta del usuario. Es justamente ahí en donde resulta vulnerado el debido proceso pues se impone una carga unilateral sin contar con la anuencia del usuario, alegando que se trata de un contrato cuyas controversias han de ser resueltas por la jurisdicción compe-

65 El llamado fue formulado así por la Corte: “**SOLICITAR** a la Superintendencia Bancaria que en ejercicio de la plenitud de sus funciones constitucionales y legales, adopte las medidas correctivas o sancionatorias a que haya lugar, con el fin de prevenir que asuntos como los planteados en las presentes acciones de tutela, sigan teniendo ocurrencia. Adicionalmente, solicitar a la citada entidad, la verificación del cumplimiento de las órdenes dadas en la presente sentencia

tente, sin tener en cuenta que los contratos se rigen por el principio de la buena fe, que el demandante también considera vulnerada.”

En estas decisiones continúa resistiéndose al argumento de la necesidad objetiva que las entidades financieras formulaban con fuerza. El planteamiento de los bancos consistía en señalar que no podían restringirse las posibilidades de acción de las entidades financieras cuando el comportamiento posterior a la expedición del certificado de paz y salvo tenía como propósito garantizar el respeto a las normas vigentes y, de manera especial, proteger los recursos públicos.

Esta resistencia a argumentos como el señalado era ciertamente difícil considerando que la actividad bancaria se consideraba ya como una actividad de interés público. La posición de la Corte se mantenía a salvo dado que tal Corporación no cerraba la posibilidad de reconstituir la obligación en caso de que el proceso de reliquidación del alivio hubiere sido equivocado sino que, por el contrario, habilitaba a los bancos para acudir a la jurisdicción ordinaria a fin de obtener tal declaración. Este señalamiento de las posibilidades de acudir a la jurisdicción civil libraba a la Corte de la presión de entender extinguida la obligación para siempre y, al mismo tiempo, conseguía mantener en los bancos radicada la competencia de recuperación de los recursos.

Hasta el momento la Corte se había ocupado de casos en los que la entidad bancaria, en efecto, había expedido certificados de paz y salvo respecto de obligaciones preexistentes y, posteriormente, advertía que por defectos en la aplicación de los abonos subsistía la obligación. En la sentencia T-546 de 2003 la Corte tendría que definir si la expedición de tal certificado era o no una condición necesaria para la aplicación de la tesis del acto propio o si el primero de los requisitos de la misma también podría deducirse de otro comportamiento.

Uno de los casos allí examinados se refería al comportamiento de una entidad financiera que, luego de haber restituido una suma de dinero a uno de sus clientes, expresaba posteriormente que aún existía una obligación pendiente. El banco no expidió formalmente documento de paz y salvo. A pesar de ello, la Corte Constitucional consideró aplicable el precedente definido

en sus decisiones anteriores. La aparente ampliación del precedente se consigna de manera clara en el siguiente aparte de la sentencia:

“En el presente caso, la Sala de Revisión encuentra que si bien no obra un paz y salvo expedido por la demandada, la conducta de ésta muestra claramente que la obligación fue cancelada en su totalidad con fundamento en la información suministrada por el banco, razón que explica la posterior devolución del saldo a favor de la accionante por parte de la demandada.”

La ampliación sólo es aparente dado que, en todo caso, la jurisprudencia anterior al identificar el primer supuesto de la tesis del acto propio, lo había formulado de manera suficientemente amplia a tal punto que bastaba con evidenciar cualquier manifestación del banco, en ese sentido, para proceder a la aplicación de la doctrina⁶⁶.

El precedente continuaba relativamente estable y la Corte se ocupaba (i) de explicar las diferentes hipótesis en que el aplicándose o (ii) de ampliar la fundamentación hasta el momento ofrecida. Así ocurrió en la sentencia T-550 de 2003 en la que advirtió que el precedente se aplicaba no sólo cuando el abono comunicado tenía como efecto la extinción total de la deuda sino también cuando implicaba una reducción de su valor. En uno y en otro caso, la actuación unilateral del banco constituía una violación del derecho al debido proceso, del derecho a la vida digna y, adicionalmente, del principio de la buena fe. Adicionalmente, en esa oportunidad, la Corte abordó nuevamente la tensión constatada entre la necesidad de proteger los recursos del sistema financiero y los derechos fundamentales de los usuarios advirtiendo que esa colisión debía resolverse a favor de las garantías iusfundamentales:

66 La inexistencia de ese elemento fue uno de los factores determinantes para que la Corte considerara inaplicable el precedente en la sentencia T-544 de 2003 dado que, en esa oportunidad, no existía certidumbre sobre el alcance de la controversia y la Corte encontró que, en realidad, existía una disputa sobre el alcance de la obligación. Dijo la Corte en el fundamento jurídico 3.1: “En ningún momento se configuró en cabeza de la accionante una situación jurídica concreta emanada de la actuación de la demandada. Ello porque si bien la funcionaria de la entidad bancaria le suministrara información sobre el monto del saldo insoluto de la deuda crediticia a pagar para cancelar totalmente su obligación, lo cierto es la reliquidación del crédito de la accionante, así se hubiera corregido pasando de \$5.090.072,36 a \$5.282.489,00 y su aplicación al capital se hubiera hecho extemporáneamente, lo cierto es que no es claro si la accionante canceló la totalidad de la obligación hipotecaria que tenía con la entidad bancaria, tal y como obra en las pruebas recaudadas por la Sala de Revisión.”

"Sin embargo, a juicio de la Sala tal argumento debe desestimarse como quiera que, si bien se reconoce la obligación de todas las entidades de preservar los recursos públicos, el cumplimiento de dicho deber nunca significa el desconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, pues su primera obligación consiste precisamente en dirigir sus actuaciones hacia la efectividad de los mismos, y mucho menos, autoriza a sorprender a los usuarios del sistema bancario, en vez de acudir a los medios jurídicos con que se cuenta para lograr la protección de los recursos desviados como consecuencia de un error cometido por la propia entidad, tal y como fue reconocido por ella misma."⁶⁷

Este que era uno de los argumentos que mayor capacidad tenía para doblegar la posición de la Corte fue entonces controlado. Para ello la cuestión se mostró no como un problema de pérdida de recursos sino como un asunto marcadamente iusfundamental en tanto comprometía la confianza de los clientes en el sistema financiero.

3.3 La ampliación del precedente a créditos que no tenían como propósito la adquisición de vivienda: la sentencia T-1154 de 2003

Hasta el momento el precedente de la Corte se había referido a obligaciones asociadas a créditos para la adquisición de vivienda. De hecho, según se dejó explicado, la Corte asoció la protección otorgada en aquellos casos de revocación de certificados de paz y salvos a la circunstancia de que la garantía del derecho a la vivienda digna exigía que la celebración y ejecución de los contratos de mutuo resultara especialmente protectora de los derechos del deudor. Sin embargo, el énfasis interpretativo de la Corte habría de cambiar y, como consecuencia de ello, se preparaba una importante extensión del precedente en la sentencia T-1154 de 2003.

En este nuevo caso una persona interpuso acción de tutela en contra de una entidad bancaria, la cifin y Asobancaria. Para el efecto, argumentó la violación del derecho constitucional al habeas dato dado que las bases de datos financieros se encontraba el reporte de una obligación financiera que, según la comunicación del banco acreedor, se había extinguido. El banco destacaba que la remisión de una comunicación sobre la extinción de la

67 Los planteamientos de esta sentencia fueron reiterados casi de manera idéntica en la sentencia T-987 de 2003.

obligación había obedecido a un error operativo y, en consecuencia, el crédito aún se encontraba vigente.

La Corte concentró su atención en el problema constitucional referido a la veracidad del dato incorporado en las bases de datos. No se evidencia el empleo explícito del argumento del debido proceso ni de la buena fe y, como resultaba, natural, no podía invocarse el derecho a la vivienda digna dado que el crédito, según la evidencia existente, no era para adquisición de vivienda. A pesar de ello la Corte, de una parte, invocó la posición de predominio en la que se encontraban los accionados y, de otra, utilizó una fórmula similar a aquella que había empleado para explicar el alcance del deber de respeto al acto propio.

Dijo la Corte lo siguiente:

“Por tanto, con base en las pruebas que obran en el expediente, en donde según el Banco Cafetero, la actora canceló la obligación en su totalidad, aunque posteriormente, manifiesto haber incurrido en un error en la expedición del paz y salvo, se concederá la protección solicitada, ordenando al Banco Cafetero y a las demás entidades demandadas, que actualicen los datos negativos que con relación a la obligación adquirida por la actora con “prestafacil” del Banco Cafetero, existan en su base de datos, pues los errores en que incurra una entidad bancaria, deben ser solucionados al interior de la misma, o debieron ser por lo menos previamente informados a la demandante antes de ser reportados, ya que para la actora lejos de considerarse morosa del crédito adquirido, con el paz y salvo expedido, tenía la convicción de haber cumplido con la obligación, y ser reportada ante una entidad financiera, después de haber sido informada de la cancelación total de la deuda, no sólo desconoce sus derechos, dañando su buen nombre, sino que también afecta sus futuros negocios con el sector financiero.”

La interpretación, a partir de la sentencia T-1154 de 2003, de lo ocurrido en las sentencias que fueron expedidas con anterioridad, permite identificar de manera apropiada cuales de las razones bastarían para sostener la posición de la Corte. En realidad, la naturaleza del crédito no constituye un elemento que se integre al núcleo de la fundamentación. Lo realmente importante, en estos casos, es la contradicción entre la conducta inicial y la conducta

posterior de una entidad que se encuentra en una posición especial de predominio⁶⁸ y cuyo resultado puede ser, por ejemplo, la afectación del buen nombre.

Este comportamiento de la Corte sugiere que a pesar de la fuerza con la cual, en la sentencia T-083 de 2003, se utilizó el argumento del derecho a la vivienda digna, la jurisprudencia constitucional no era dependiente de esa circunstancia para la protección de los derechos de los clientes bancarios en las hipótesis de alteraciones contractuales unilaterales. En esta oportunidad el planteamiento de la Corte hace pensar en la adopción de un criterio no formal para la definición del precedente en tanto tal Corporación, más allá de las palabras empleadas para su definición, lo busca en las mejores razones que podían explicar sus determinaciones. La vivienda no era una de ellas al paso que sí lo era la posición de dominio de la entidad. Esta conclusión es de la mayor importancia dado que permite extender el alcance del planteamiento jurisprudencial a supuestos en los cuales exista una situación contractual de debilidad⁶⁹

En este momento de la corta evolución jurisprudencial podría hacerse una síntesis del alcance del precedente. La imposibilidad de ir en contra del propio acto se aplica cuando una entidad bancaria ha adoptado una decisión en relación con cualquier tipo de crédito y la misma es expresada de manera expresa y tacita a pesar de lo cual, posteriormente, es revocada con el propósito de dar lugar al nacimiento de las obligaciones extinguidas o incrementar el valor de las obligaciones preexistentes.

3.4 El único desacuerdo: El salvamento de voto en la sentencia T-733 de 2004

El balance conseguido, no obstante que se mantendría, suscitaría un desacuerdo en relación con las condiciones que debían reunirse para

68 Dijo la Corte en esta sentencia: "No obstante lo anterior, en virtud del contrato de venta de cartera celebrado con la Central de Inversiones Cisa, el Banco Cafetero decidió reportar a la señora García como morosa de la obligación adquirida, y simplemente al contestar su solicitud de corrección de información, argumentó que el paz y salvo expedido en alguna oportunidad, fue consecuencia de un "error operativo", error que para la Corte, no tiene porqué soportarlo la parte más débil de la relación, que es en este caso la demandante."(Subrayas y negrillas no hacen parte del texto original)

69 Cabe preguntarse si el precedente si se encuentra ligado a la presencia de una entidad bancaria.

considerar la producción de una revocación de la decisión inicial. En la sentencia T-733 de 2004, el asunto se suscitó. En el caso examinado una entidad financiera, después de haber aplicado el alivio al crédito exigido por las normas de financiación de vivienda y de cancelar el gravamen hipotecario correspondiente, informó al accionante que por una equivocación en el proceso de reliquidación era necesario reversar el procedimiento y, por ello, anunció al deudor, según lo destaca la Corte, que con la previa aprobación de la Superintendencia había procedido a definir un nuevo saldo⁷⁰.

La Corte Constitucional reiteró su jurisprudencia⁷¹ y estableció la violación del derecho fundamental al debido proceso del deudor destacando, en este caso, que la entidad financiera debía proceder si lo consideraba pertinente a dar inicio al proceso ordinario orientado a obtener la declaratoria de existencia de la obligación. En este caso, la Corte encontró satisfechas las condiciones para aplicar la doctrina que obliga a respectar el acto propio y, como consecuencia, de ello, amparó los derechos del accionante.

Álvaro Tafur se apartó de la decisión mayoritaria al considerar que no se encontraba acreditada la modificación de la situación inicial del deudor dado que, en su opinión, únicamente existía una “comunicación dirigida por el Banco Granahorror S.A. a la señora Adela Santamaría Hernández informándole sobre el resultado de la operación de reliquidación de su crédito, ordenada por la Superintendencia Bancaria, e invitándola a cancelar la diferencia a su cargo, sin apremios de ninguna clase.”. Para Tafur esta situación unida al hecho de la cancelación del gravamen hipotecario y a la devolución de los documentos que daban cuenta de la obligación, excluía la violación de los derechos fundamentales.

Este distanciamiento no implicaba una separación radical de la tesis dominante de la Corte. Se limitaba a destacar, de una parte, que la revocación

⁷⁰ La situación es descrita por la Corte de la siguiente manera: “Pasado año y medio de haber liquidado su crédito y otorgado el alivio, Granahorror le informó a la accionante que se le había reliquidado el crédito inicial, que esa reliquidación había sido ajustada a derecho y aprobada por la Superintendencia Bancaria, motivo por el cuál se dio lugar a la reversión del alivio y al señalamiento de un nuevo monto adecuado; por lo tanto, la señora Santamaría, adquiría una nueva deuda por un valor de \$ 5'180.946,01 con Granahorror.”

⁷¹ Esta reiteración se produciría también en otras sentencias. Así ocurrió, por ejemplo, en las sentencias T-287 de 2004 y T-1038 del mismo año. En esta última la Corte reconoció el derecho que tenía el demandante que había iniciado un proceso ejecutivo orientado a la cancelación de la hipoteca a que en la sentencia del juez ordinario se tomara en consideración la jurisprudencia constitucional referida al respecto al acto propio.

requería la existencia de un acto inequívoco en ese sentido y que, adicionalmente, la violación de los derechos podría no encontrarse satisfecha en aquellos eventos en los cuales, no obstante el anuncio sobre la subsistencia de la deuda, se había levantado el gravamen hipotecario y se había surtido la restitución de los documentos que acreditaban la instrumentación de la obligación.

Más allá de este desacuerdo, la jurisprudencia constitucional ha seguido el mismo camino. Esa evolución, en sus planteamientos más recientes, ha indicado que el marco de protección definido en sus sentencias debía extenderse también a aquellos supuestos en los cuales el acreedor cesionario se abstendía de cancelar una hipoteca debido a que el cedente, a pesar de haber declarado originalmente extinguida la obligación, posteriormente modificaba la situación original. En estos eventos, para la Corte, la aplicación de su doctrina no se veía afectada de ninguna manera. Ello fue así, por ejemplo, en las sentencias T-959 de 2003 y T-079 de 2004.

4. CONCLUSIONES

La reconstitución de obligaciones extinguidas por una declaración previa de una entidad financiera resulta inconstitucional. Esta afirmación la ha apoyado la jurisprudencia constitucional en argumentos asociados al debido proceso, a la buena fe y a la vivienda digna. No obstante esta triple fundamentación, es posible constatar que la situación de dominio de la entidad bancaria, más allá del objeto del crédito, es la razón fundamental para cuestionar el comportamiento de los bancos.

La interpretación amplia del debido proceso, más allá de su comprensión vinculada a trámites judiciales o administrativos, le ha permitido a la Corte relacionarlo con la exigencia de la buena fe en materia contractual y, en particular, ha hecho posible considerar el desconocimiento del propio acto como una violación del debido proceso. De esta manera, cuando en el marco de una relación contractual uno de los sujetos incurre en un comportamiento que defrauda las expectativas fundadas que el otro había depositado en él, se configura la infracción cuestionada por la Corte.

La ampliación del precedente por parte de la Corte, a fin de extender su planteamiento a créditos diferentes a los de vivienda, fue posible suprimiendo de los hechos relevantes la naturaleza del crédito otorgado de manera tal que, con independencia de ello, los bancos nunca pueden ir en contra de su propio acto. Esta ampliación, quizás el hecho más relevante en la línea, parece sugerir la adopción de una posición no formal –material frente al precedente- si se considera que la Corte termina buscando la fundamentación y alcance del precedente en argumentos diversos a aquellos que parecían ser los principales en la definición original de la regla.

Los desacuerdos en la Corte en esta materia resultan marginales. Ellos se limitan a discusiones sobre el significado de algunas de las expresiones que conforman el precedente. Queda claro con ello que, tal y como ha ocurrido en los problemas que involucran a deudores, la Corte ha adoptado una definida línea de protección a su favor.

LA INCIDENCIA DE LAS DECISIONES DE LA JURISDICCIÓN PENAL EN LAS DISPUTAS ASOCIADAS A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRAContractUAL

Ensayo elaborado a partir del trabajo de investigación desarrollado por Federico González Campos, Ingrid Mantilla Gómez, Martha Inés Covaleda Castaño, Elena Patricia Fuentes López, Álvaro Eduardo Ordoñez Guzmán, Jorge Mario Gallego Cadavid en el marco del "IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados (as) y Jueces (zas) de la República. Promoción 2009"

1. INTRODUCCIÓN

Una cuestión importante desde la perspectiva de la responsabilidad civil consiste en establecer cuál es el impacto que las decisiones en materia penal pueden tener en los casos que ante la jurisdicción ordinaria (y administrativa) y con el propósito de atribuir tal responsabilidad, se traman. Las respuestas que podrían sugerirse van desde aquellas que advierten que ningún impacto pueden tener las decisiones que en materia penal se adopten considerando la diversa naturaleza jurídica de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil⁷² y aquellas que advierten que, a pesar de las referidas diferencias, la jurisdicción penal podría ostentar una especie de

72 En la sentencia sustitutiva del 20 de enero de 2009, la sala de Casación Civil presentó de la siguiente forma las diferencias que entre los dos tipos de responsabilidad encontraba relevantes: "La primera tiene origen en la violación o puesta en peligro intencional, culposa o preterintencional de un bien jurídico tutelado expresamente por la ley penal. Ella existe independientemente de toda idea de daño (...); en cambio, aquella otra, la civil, emerge de la ocurrencia de un hecho dañino o de una omisión que le irroga un perjuicio a otro, ya sea por la violación de una obligación preexistente o por la ejecución de un hecho ilícito en el plano extracontractual, aparejando la obligación de reparar el daño a fin de restaurar el equilibrio roto. (...) A su vez, la responsabilidad penal es eminentemente personal y, obviamente, también lo son las penas que ella apareja (...) La responsabilidad civil, por el contrario, puede hacerse efectiva no solo respecto de quien produjo el perjuicio, sino también frente a sus herederos, e, incluso, respecto de personas por quienes se responda, amén que está facultado para reclamarla quien sufrió el daño y sus causahabientes. (...) Igualmente, difieren en la naturaleza y extensión de la sanción que acarrean, por cuanto la responsabilidad criminal es castigada con la imposición de una pena-multa o privación de la libertad y de otros derechos-, mientras que la civil apareja la indemnización del

supremacía sobre la jurisdicción civil atendiendo los objetivos que se adscriben a los órganos que la integran.

El artículo 57 de la ley 600 de 2000, cuyo enunciado es sustancialmente idéntico a los establecidos en códigos de procedimiento penal anteriores a tal regulación, establece:

“La acción civil no podrá iniciarse ni proseguirse cuando se haya declarado, por providencia en firme, que la conducta causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que obró en estricto cumplimiento de un deber legal o en legítima defensa.”

Un caso como el siguiente, examinado por la Corte Suprema en varias de las sentencias que componen la línea jurisprudencial, puede evidenciar la importancia práctica de la cuestión y las disputas que se suscitarían alrededor de la interpretación de tal disposición.

Puede suponerse que el propietario de un vehículo se encuentra conduciendo. Durante tal actividad le causa la muerte a un peatón. Como consecuencia de ello los familiares de la persona fallecida formulan la denuncia penal correspondiente. Durante el trámite de la investigación se constata que a pesar del esfuerzo por frenar el vehículo, las condiciones del pavimento impidieron que el conductor reaccionara oportunamente y, a raíz de tal circunstancia, la autoridad judicial determina su absolución por inexistencia de dolo o culpa debido a que se trató de una hipótesis de fuerza mayor. El juez civil, ante quien se tramitaba un proceso ordinario de responsabilidad civil, indica que al presentarse tal circunstancia debe concluirse que el conductor no cometió el hecho y, en consecuencia, no es procedente continuar con el proceso civil considerando lo dispuesto en el artículo 57 de la ley 600.

Las preguntas que surgen son de especial interés. ¿Es correcta la tipificación de un evento de fuerza mayor como la no comisión del delito? ¿Puede el juez ordinario evaluar la decisión del juez penal a efectos de indicar que la calificación dada en relación con el supuesto de absolución no es jurídicamente aceptable? ¿En esta materia, cuál es el grado de conexión

daño, esto es, dejando de lado los eventos de reparación “*in natura*”, en el pago de una suma de dinero que deje indemne a quien lo padeció. (...).”

entre la absolución del denunciado-persona natural y la persona jurídica a la que aquella se vincula?

Adicionalmente podría discutirse que ocurriría cuando el accidente se produce con ocasión de la puesta en marcha de un vehículo estatal. ¿La configuración, a favor del conductor, de alguna de las hipótesis que contempla el artículo 57 del Código Penal, impide asignar responsabilidad a la entidad estatal correspondiente? ¿Las diferencias existentes entre la responsabilidad civil de la administración y la responsabilidad civil de los particulares tienen alguna incidencia? ¿En esta materia, cuál es el grado de conexión entre la absolución del denunciado-persona natural y la persona jurídica pública a la que aquella se vincula?

Estas preguntas se inscriben en un debate mucho más amplio relacionado con las consecuencias de contar con diversas jurisdicciones ocupándose del examen jurídico de los mismos hechos. Ello es realmente importante si se tienen en cuenta, por ejemplo, las diferencias en materia probatoria –por ejemplo lo referido a la carga de la prueba- o los diversos efectos que pueden generar las hipótesis eximentes de responsabilidad –cabría preguntarse cuál es el tratamiento jurídico de la concurrencia de culpas en la jurisdicción civil y en la jurisdicción penal–.

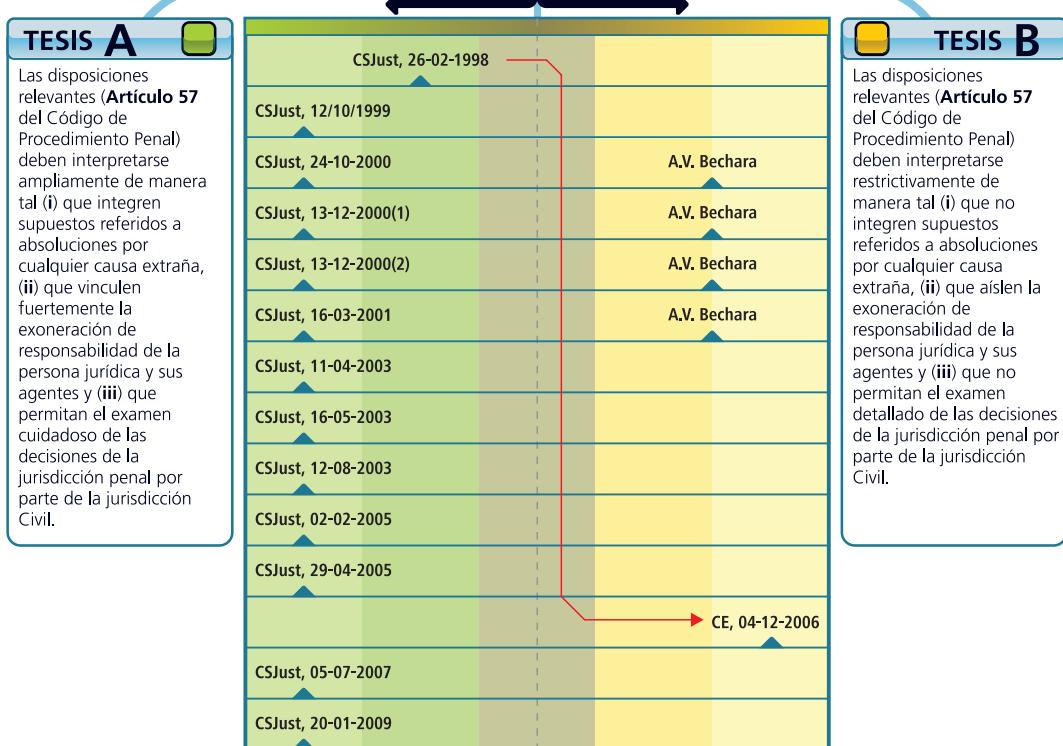
En particular y ello constituye el objeto de este escrito, los efectos de la sentencia absolutoria en materia penal puede plantear algunos desacuerdos. A pesar de ello, la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia da cuenta de un comportamiento relativamente pacífico. Igualmente ocurre, a pesar de algunas variaciones en su orientación, en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Las disputas suscitadas en la Sala Civil han motivado únicamente algunas aclaraciones de voto de uno de los magistrados.

Esas aclaraciones se han encontrado vinculadas a reacciones respecto de las interpretaciones relativamente amplias de la Corte Suprema en relación con las hipótesis diseñadas en el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal y con las actividades que puede desarrollar el juez a fin de definir su aplicación.

A continuación se presentan algunos de los momentos más importantes de esta historia. Se detalla una etapa que transcurre entre 1998 y 2009.

2. GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Cuál es el grado de amplitud interpretativa de las disposiciones legislativas que prevén los supuestos en los que las sentencias absolutorias en materia penal tienen efectos impeditivos en relación con las reclamaciones por responsabilidad civil?



3. Análisis jurisprudencial

3.1 La sentencia del 26 de febrero de 1998 y la definición inicial del alcance de la cosa juzgada penal en procesos de asignación de responsabilidad civil

A raíz de una colisión de dos vehículos automotores que tuvo como desenlace la muerte de uno de los conductores, los familiares demandaron a la sociedad propietaria de los vehículos con el propósito de obtener la declaratoria de responsabilidad y conseguir las indemnizaciones correspondientes. Durante el proceso penal seguido en contra del conductor, la justicia penal dispuso la cesación del procedimiento dado que, según lo recuerda la Corte “se había demostrado que el procesado no cometió la acción que se le imputa, el hecho no le es atribuible y en tales condiciones resulta libre de toda responsabilidad en el indicado suceso”.

La cuestión entonces consistía en establecer cuál podría ser la incidencia de tal decisión en la atribución de responsabilidad a la persona jurídica demandada. La Corte procede presentando varios argumentos que le permiten justificar su absolución. El razonamiento de la Corte, en esa dirección, se despliega a través de diferentes niveles. Inicialmente, plantea una especie de importancia superlativa de las decisiones penales atendiendo los intereses que a través de su actuación pretenden ser protegidos. Ello la conduce a señalar la inevitable incidencia de las determinaciones de los jueces penales en las posibilidades de actuación de los jueces civiles preguntándose, entonces, cómo debe desarrollarse tal incidencia. Para dar respuesta, la Corte inicia por descartar que esa vinculación pueda ser explicada totalmente a través del concepto de cosa juzgada dado que, considerando la diferente naturaleza y objetivos de los procesos civiles y penales, no podría aludirse a la ocurrencia de tal fenómeno en la forma en que el mismo es comprendido en el ordenamiento procesal civil. Excluida una fórmula genérica como la señalada, la Corte advierte que cada caso debe ser examinado de acuerdo a sus particularidades anotando, sin embargo, que el reflejo de las decisiones penales en materia civil es absolutamente relevante a fin de conferirle coherencia al sistema jurídico.

Una vez allí ubicada la Corte, apoyándose en sentencia de casación de 1997, destaca que dos son las pautas que deben ser tenidas en cuenta para hacer posible una integración de las jurisdicciones alrededor de este punto. Señala entonces:

"En otros términos, es únicamente la solución del proceso penal lo que se juzga erga omnes y, por lo tanto, autoridad con semejante extensión es predictable tan sólo de aquellas comprobaciones con efectos punitivos que, efectuadas por el juez penal y por mandato expreso de la ley, son de tal naturaleza que se las deba considerar como base necesaria e insustituible de la responsabilidad criminal declarada, criterio éste que para su cabal entendimiento, bien puede desdoblarse en dos fórmulas paralelas entre sí y que a la vez se limitan recíprocamente, recogidas en los siguientes enunciados:

"(i) Los jueces penales tienen la función privativa de decidir sobre la existencia del hecho constitutivo de la infracción penal, si ese mismo hecho le es jurídicamente imputable al sindicado, y en fin, si se produjo con las características exigidas por la ley para motivar la aplicación de una determinada pena prevista en el código del ramo;

"(ii) En general y por eso mismo dejando a salvo eventos de excepción legalmente regulados, los jueces del fuero punitivo en el marco propio de la acción penal, no están llamados a estatuir sobre hechos determinantes de simple responsabilidad civil no condicionada por la solución dada a la cuestión penal en el correspondiente fallo; si lo hacen, no se remite a duda que sus conclusiones forman parte del juicio jurisdiccional así emitido, pero lo cierto es que a ellas no se une la autoridad absoluta a la cual viene aludiéndose y por ende "...no existe ningún inconveniente para que sean contradichas en el proceso civil, puesto que aun cuando el mismo juez penal hubiera advertido su error, su resolución no habría sido modificada. El juez civil no tropieza con la decisión dada a la acción pública, no la declara inexacta, y solamente aprecia a su manera hechos que el juez penal no tenía porque considerar (...)"

De esta forma, para la Corte es necesario diferenciar entre los tipos de enunciados planteados en una decisión penal. Si se trata de

planteamientos relacionados únicamente con la responsabilidad penal la jurisdicción civil tendrá la obligación de seguirlos adecuadamente. Sin embargo, si ellos se refieren a la solución de un problema de responsabilidad civil, su alcance es definitivamente limitado dado que podría el juez civil oponerse a los planteamientos del juez penal.

Este preámbulo de la Corte le permite, a continuación, presentar un argumento de gran interés para la solución del caso: considerando que las disposiciones vigentes le atribuyen al juez penal la posibilidad de determinar si la conducta causante del perjuicio no se realizó o el sindicado no cometió el delito u obró en estricto cumplimiento de un deber legal o en legítima defensa, el juez penal tiene una especial competencia en esa materia que, en principio, no puede ser cuestionada atendiendo el enunciado (i) antes transcrita. Si ello es así y no habiendo el Tribunal -cuya decisión se recurría- objetado la afirmación de la autoridad penal de acuerdo con la cual el denunciado no había cometido el delito, la decisión del juez ordinario habría de atenerse a lo allí resuelto⁷³.

Formulado así el argumento, la Corte determinó casar la sentencia a fin de absolver a la sociedad demandada dado que, atendiendo la forma como fue planteada su responsabilidad, la absolución del denunciado penalmente implicaba que la persona jurídica requerida civilmente también lo debía ser. Es posible, parecer sugerirlo la Corte, que si el fundamento de la responsabilidad hubiera sido otro –no referido exclusivamente a la actuación del conductor- la solución del problema habría conducido a un resultado diverso.

De cualquier manera, dejaba la Corte sentada las bases de su visión del problema. Estas bases estaban determinadas por la asignación de un

73 Esta idea se constata en el siguiente aparte de la decisión: "Es palpable, entonces, que para el funcionario penal quedó demostrado que el "hecho no le es atribuible" al encartado, lo que equivale a decir, que él no lo cometió, deducción que, como ha quedado dicho, produce efectos absolutos o erga omnes, motivo por el cual los demás organismos de la jurisdicción no pueden desatenderla, por supuesto que en los términos escuetos en los que fue plasmada, no puede entenderse como una disquisición sobre la mayor o menor culpabilidad del sindicado en el percance, o la ausencia de ésta, sino que, yendo mucho más allá, lo exonerá de toda participación en el fatal desenlace o, lo que es lo mismo, pone al descubierto la inexistencia de cualquier vínculo o nexo de causalidad entre su conducta y el evento dañoso. (...) Y es, así mismo evidente, que el Tribunal, incurriendo en el error que aquí se le atribuye, pretirió esa determinación, pues ninguna alusión hizo a ella, no obstante que fue ese organismo el que de manera oficiosa ordenó que las copias de la actuación penal, se allegaran al proceso." (Subrayas no hacen parte del texto original)

poder especial a la jurisdicción penal en aquellos aspectos que legalmente le habían sido asignados pero, al mismo tiempo, por la competencia de los jueces civiles de contrarrestar sus pronunciamientos con el propósito de aislarse de la incidencia de la cosa juzgada. En cualquier caso este aislamiento, interpretando la decisión de la Corte, debía ser objeto de una especial fundamentación.

La providencia puede caracterizarse como una determinación que acepta un estrecho vínculo entre la responsabilidad penal de la persona natural y la responsabilidad civil de la persona jurídica. Esta conexión, que según se vio no es absoluta, no parece ser aceptada por la jurisprudencia del Consejo de Estado en la actualidad. En efecto, en decisión de fecha 4 de diciembre de 2006, tal Corporación resumió sus posturas al respecto indicando que no podía ser aceptada aquella que señalaba que la absolución de la persona natural investigada tenía como consecuencia la absolución de la entidad estatal. En su lugar, destacando las diferencias entre la responsabilidad estatal y la responsabilidad de los funcionarios, señaló que sólo en caso de que la única prueba que se encuentre en el expediente de un proceso de responsabilidad estatal consista en la sentencia de absolución se podría abstener de condenar a la entidad estatal.

Según se nota, el Consejo de Estado ubica la discusión en un nivel menos dogmático y más probatorio. El núcleo de su posición es presentado apoyándose en citaciones de sentencias precedentes:

“(…). Sin embargo, en providencias posteriores se aclaró que la sentencia penal absolvatoria que se dictara con base en las causales señaladas, tenía efectos de cosa juzgada en el proceso que se adelantara contra el Estado para obtener la reparación de los perjuicios causados con los mismos hechos que dieron lugar al proceso penal, cuando la única prueba que obrara en este último proceso fuera la sentencia penal, pero que cuando en el mismo obraran otras pruebas traídas inclusive del mismo proceso penal u otras diferentes, el juez administrativo podía condenar al Estado, a pesar de que el funcionario hubiera sido absuelto en el proceso penal(…).

“(…). Finalmente, la Sala adoptó el criterio de que si bien la decisión de carácter penal no puede ser modificada por la jurisdicción contenciosa y

que la misma hace tránsito a cosa juzgada, dicho efecto se predica de la situación jurídico penal del procesado, y en algunos eventos, en relación con la responsabilidad civil del funcionario sometido a juicio, pero no con respecto a la decisión que deba tomarse cuando lo que se cuestiona es la responsabilidad del Estado (...).

Dos perspectivas diferentes lideradas por jurisdicciones diversas. En todo caso, a pesar de la lejanía que parecería existir, es cierto que ambas se encuentran dispuestas a desvincular los resultados del proceso penal y la atribución de responsabilidad civil. Esa desvinculación se produce con menor potencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema en la que se asoma con mucha fuerza –y esa podría ser la causa- la relativa primacía del derecho penal.

3.2 La defensa mayoritaria de una interpretación amplia de los efectos de la cosa juzgada penal sobre la responsabilidad civil y la solitaria oposición a tal razonamiento

El asunto planteado anteriormente no ha ocupado, sin embargo, la mayor parte de la atención de esta disputa. Los problemas ahora se concentrarían, ya definido el núcleo básico de la relación entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, en el alcance del texto del Código de Procedimiento Penal que le reconocía efectos civiles a la sentencia penal absolutoria y en las posibilidades del juez civil de examinar el contenido de la decisión del juez penal a fin de identificar las razones de la absolución.

3.2.1 La sentencia del 12 de octubre de 1999

En sentencia del 12 de octubre de 1999 la Corte debía establecer si la decisión de un Tribunal de no condenar civilmente a la sociedad propietaria de un vehículo que había causado lesiones a una persona, resultaba o no ajustada a la disposición que establecía los efectos de las sentencias penales en materia de responsabilidad civil. El conductor había sido absuelto de responsabilidad penal bajo el argumento de acuerdo con el cual el accidente se había producido como consecuencia del empujón que hacia la calle le había propinado una tercera persona a la víctima.

Es importante destacar, inicialmente, que el problema referido a la responsabilidad de la sociedad por el hecho de uno de sus dependientes

no es tratado explícitamente por la Corte. Su decisión se concentra en examinar el problema de la cosa juzgada y parece dar por hecho que las conclusiones sobre la responsabilidad de su dependiente se extenderían a la sociedad. La Corte formula muy cuidadosamente los argumentos que sostienen su tesis relacionada con la interpretación amplia del artículo del Código de Procedimiento Penal.

Según se indicó en la introducción de este trabajo, las disposiciones del proceso penal establecen que las acciones civiles no pueden iniciarse ni continuarse cuando a través de una decisión ejecutoriada, el juez penal determina que *la conducta causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que obró en estricto cumplimiento de un deber legal o en legítima defensa*.

La sentencia de la Corte empieza por destacar las razones que justifican la existencia de la disposición. En primer lugar y resaltando lo inconveniente que sería tener una decisión penal y una decisión civil contradictorias, concluye advirtiendo que la regulación existente contribuye a conferir coherencia al ordenamiento de manera tal, precisa la Corte, que “el tráfico social no se resienta de manera palmaria”. A continuación, la Corte destaca que considerando la importancia de los procesos penales en tanto comprometen valores importantes “deben quedar a salvo de cualquier sospecha de error, y no pueden por lo tanto ser desconocidos por absolutamente nadie (...).” En tercer término, la Corte advierte que lejos de suponer un problema asociado a la supremacía de una jurisdicción sobre otra, lo que intenta la disposición es garantizar una especie de *unidad de jurisdicción*⁷⁴.

La exposición de la naturaleza de la norma examinada, le abre el paso para explicar la forma en que debe ser interpretada. En opinión de la Corte, cuando se presentan los supuestos que ella contempla no es posible que el interprete llegue a ponderar su aplicación o no. Irremediablemente la consecuencia será la allí prevista. Esta condición excepcional de la norma hace

74 Ello ocurre, desde luego, con la natural excepción en aquellos eventos en los cuales el pronunciamiento de los jueces civiles se ha producido con anterioridad. Dice la Corte: “Tanto es así, que la influencia de lo penal sobre lo civil no es cuestión que se imponga a toda costa, puesto que sólo opera, en lo cual se reconocen fronteras que la delimitan, en tanto que el juez civil no haya definido el punto con anterioridad; porque si este ya se hubiere pronunciado, su decisión se mostrará imperturbable, así y todo sea distinta a la que haya de tomar el juez penal, y aunque entonces se frustre en definitiva la unidad de jurisdicción que en principio procura evitar el “escándalo jurídico” de pronunciamientos divergentes.”

que la decisión de la Sala de Casación Civil anuncie que la interpretación de la norma debe ser restrictiva de manera que no se extienda a supuestos no contemplados por ella. Por eso es que señala la Corte, citando pronunciamientos precedentes y antes de afirmar el carácter taxativo de los eventos en los que las sentencias penales aniquilan la expresión del juez civil, que “*impedido está el intérprete para presionar sus límites y hacer que en ella quepan más hipótesis de las que precisamente contempla*”.

El carácter taxativo de la disposición no implica inexistencia de discusiones sobre su alcance. La Corte sugiere que sobre la primera, tercera y cuarta hipótesis no existiría dificultad. Sin embargo, allí se pregunta cuál es el significado de *no haber cometido el delito*. Inmediatamente, en una determinación que marcaría la solución de los casos que sucesivamente se presentarían, la Corte señala que tal expresión comprende todos los supuestos en los que no exista nexo causal entre la conducta y el resultado. Con fuerza señala la sentencia:

“Acaso el segundo reclama puntualizar, pues en él se anidan muchas equivocaciones, de lo cual es muestra patente el caso que de momento ocupa la atención de la Corte, que necesariamente abarca todas las hipótesis en que la absolución penal se debió al reconocimiento de un hecho que rompe el nexo causal indispensable para la configuración de la responsabilidad civil; en reducidas cuentas, quedan comprendidas allí todas las hipótesis que caen bajo el denominador común de “causa extraña”.

Evidentemente, llegar a la absolución porque se estima que medió el caso fortuito o la fuerza mayor, o el hecho de un tercero, o la culpa de la víctima, es tanto como asegurar que el hecho generador de la responsabilidad que se imputa al procesado no lo cometió éste. Obsérvese bien que la ley, al referirse al hecho, no habla a secas, como para que entonces no pudiera hablarse más que de una participación física o material del sindicado, sino que alude es al hecho “causante” del perjuicio, para aludir así al hecho jurídicamente relevante en la producción del daño.”

La Sala de Casación precisa cuáles son las hipótesis que comprende el artículo del Código de Procedimiento Penal. Sin embargo, a pesar de anunciar el uso de una tesis restrictiva, continúa ampliando la forma de comprender la incidencia de la sentencia penal absolutoria. Ahora la inquietud

consistiría en determinar la medida en que puede ser valorada la decisión adoptada por el juez penal a efectos de determinar la aplicación o no del artículo que ordena no continuar o no iniciar los procesos civiles de responsabilidad.

Sobre ello pueden plantearse dos respuestas extremas. La primera sostiene que la revisión del juez civil –o administrativo en su caso- debe consistir en un examen exclusivamente formal que se limite a identificar, por su enunciación, las razones que justifican la absolución; si después de identificarlas encuadra en algunos de los supuestos mencionados se impediría el adelantamiento del proceso civil. La segunda tesis, que podría caracterizarse como marcadamente material, exige que el juez civil evalúe detalladamente la línea de argumentación de la sentencia penal a fin de precisar con total claridad si la fundamentación expuesta se ajusta a alguna de las hipótesis que inhiben la asignación de responsabilidad civil.

La Corte Suprema adopta una perspectiva definitivamente material. Esta tesis empieza a ser acogida cuando la Corte establece que la parálisis del proceso civil se encuentra condicionada “a que de la decisión penal brote inequívocamente que la absolución descansa en una cualquiera de las causas” de forma tal que si no es posible arribar a una conclusión tal con absoluta certeza la disposición no resultaría, *prima facie*, aplicable⁷⁵. Esta revisión por parte del juez confiere una amplia posibilidad de interpretación de las decisiones de los jueces penales a fin de determinar si pueden o no plantear, ante la jurisdicción ordinaria, un problema de responsabilidad civil. La Corte es consciente de lo problemático que resultaría aceptar una tesis exclusivamente formal dado que las consecuencias de una decisión en este sentido pueden impactar – habría de agregarse- sobre el derecho de acceder a la administración de justicia y el derecho a la reparación. Aunque estas garantías constitucionales no son explícitamente invocadas por la Corte parece claro que existe conciencia de su existencia.

75 Ello es dicho por la Corte con absoluta claridad: “porque es natural pensar que la preceptiva en cita, atendidos sus peculiares efectos, rechaza su aplicación en aquellos eventos en que, como ocurre a menudo, el pronunciamiento penal se ofrece oscuro, ambiguo y hasta contradictorio. No puede olvidarse, a este propósito, los rasgos prominentes que orientan tan delicado problema, empezando por tener siempre presente que la autoridad de la cosa juzgada penal absolutaria sobre lo civil, no se presenta frente a una decisión cualquiera, pues es forzoso que, con arreglo a un principio admitido por todos, el pronunciamiento penal, amén de necesario, sea cierto, aspecto este último sobre el que aquí se está llamando la atención con el objeto de indicar que tal connotación exige que ese pronunciamiento no puede estar afectado de dubitación o confusión algunas.”

3.2.2 Las sentencias del 24 de noviembre de 2000, del 13 de diciembre de 2000 y del 16 de marzo de 2001 y el desacuerdo del Juez Bechara

Los casos resueltos en estas sentencias suscitan el desacuerdo teórico de Nicolás Bechara sobre algunos aspectos que, inicialmente, había aceptado al suscribir la sentencia de fecha 12 de octubre de 1999. Ese desacuerdo se formularía de manera idéntica frente a cuatro decisiones de la Corte Suprema adoptadas entre los años 2000 y 2001.

Las sentencias resuelven casos análogos en tanto en todos ellos la Corte se pronuncia sobre la posibilidad de iniciar o continuar un proceso de responsabilidad civil cuando la decisión de un órgano de la jurisdicción penal absuelve al posible responsable. En ellos la Corte reitera sus planteamientos de acuerdo con los cuales (1) es posible incorporar todos aquellos supuestos de rompimiento del nexo causal (fuerza mayor, caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima o hecho de un tercero) y adicionalmente, (2) es necesario evaluar las decisiones de las autoridades penales a fin de establecer si, en verdad se han configurado los eventos mencionados en el Código de Procedimiento Penal.

En la sentencia del 24 de noviembre de 2000 la Corte se ocupó de examinar si resultaba correcta la decisión adoptada por el Tribunal consistente en atribuir responsabilidad patrimonial a quienes fueron demandados por los perjuicios causados con ocasión de un accidente de tránsito, a pesar de que la jurisdicción penal advirtió la ocurrencia de un evento constitutivo de fuerza mayor o causa fortuito. En esta oportunidad la Corte señaló que no existía defecto alguno en la decisión debido a que el razonamiento del juez penal era ciertamente equívoco indicando que “[f]rente a fenómeno tan complejo, el juez penal se limitó a elaborar un elemental razonamiento: falla mecánica, igual suceso imprevisible e irresistible, igual caso fortuito; y nunca se dijo, de forma atendible, porqué.” A partir de lo anterior la Corte concluye señalando que el razonamiento del juez penal “semeja un cascarón vacío, resultando simple apariencia la inclusión que de los hechos se hizo en la causal comentada (...”).

En la primera de las sentencias del 13 de diciembre de 2000 la Corte, debido a deficiencias en la formulación del recurso, se limitó a rectificar

la posición del Tribunal advirtiendo –la sentencia de la Corte- que sí resultaba posible entender comprendidas por el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal las hipótesis de fuerza mayor y caso fortuito. Se trataba, en este caso, de una reiteración de la posición asumida en 1999. En la segunda sentencia de la misma fecha la Corte insiste en la necesidad de aceptar que la causa extraña constituye un evento de absolución relevante para el derecho civil y, adicionalmente, destaca la importancia de que tal evento sea evidente y claro en la sentencia penal. Finalmente, en la sentencia de fecha 16 de marzo de 2001, la Corte rectifica al Tribunal Superior –nuevamente ante deficiencias del recurso- indicándole que no es aceptable la afirmación según la cual no es un supuesto que impida la acción civil el que corresponde a la absolución del demandado por culpa exclusiva de la víctima.

El Juez Bechara formula una aclaración de voto idéntica en cada una de las sentencias. Sus desacuerdos interpretativos tocan los dos ejes de la argumentación de la Corte.

En primer lugar, señala que la interpretación de la segunda hipótesis de absolución penal que da lugar a la parálisis de la acción de responsabilidad, esto es, la que alude a que el demandado “*no cometió el delito*” debe reducirse a su expresión naturalista y no entenderse referida a todos los supuestos de causa extraña. Según la aclaración “la calificación que al respecto haga el juez penal sólo puede estar referida a que el hecho físico realizado no es obra del sindicado sino de un tercero.” Para ello destaca, por ejemplo, que en la hipótesis de fuerza mayor o caso fortuito el sujeto sí ejecuta la conducta y lo que el ordenamiento prevé es su no culpabilidad. Bechara indica que la comprensión de la Corte desconoce de manera seria el carácter taxativo de la norma del Código de Procedimiento Penal.

En segundo lugar, la aclaración señala que no resulta posible exigir del juez civil una revisión detenida de la sentencia que reconoce uno de los supuestos de aniquilamiento de la acción civil. En opinión de Bechara, establecer esta exigencia implicaría que el juez debe adelantar un examen probatorio excesivamente detenido a tal punto que, según sus palabras, “le impone al juez civil una misión casi que imposible, como es acatar y desacatar al propio tiempo la cosa juzgada puesta de presente.”

3.3 La estabilidad del precedente

No obstante su fuerza jurídica, los argumentos planteados en las aclaraciones de voto no fueron incorporados en la argumentación de la mayoría. Los casos que siguieron a estas sentencias así lo demuestran. Por ejemplo, en la sentencia de **16 de mayo de 2003** la Corte señala que la afirmación hecha en la sentencia penal consistente en la configuración de fuerza mayor no excluye la posibilidad de iniciar una acción de responsabilidad civil si, como ocurrió en el caso estudiado, podía demostrarse que la calificación jurídica de las circunstancias que rodearon el accidente no eran ciertas. Igualmente, en la sentencia del **12 de agosto de 2003**, la Corte tuvo oportunidad de examinar un caso en el que se discutía la responsabilidad civil de una persona absuelta en un proceso penal con fundamento en la existencia de la configuración de defensa putativa. Señaló la Corte que en ese supuesto no operaba en manera alguna, el artículo correspondiente del Código de Procedimiento Penal. En decisión de fecha **2 de febrero de 2005** la Corte Suprema, al examinar una sentencia que había considerado la imposibilidad de adelantar un proceso de responsabilidad civil cuando el demandado había sido absuelto en un proceso penal bajo el argumento de legítima defensa putativa, sostuvo que no es posible extender las reglas del Código de Procedimiento Penal a supuestos no autorizados por la norma. Advierte que la interpretación debe ser marcadamente restrictiva considerando que una hipótesis como esta tiene como efecto acallar al juez civil. En providencia del **29 de abril de 2005** la Corte, luego de reconocer los efectos de la sentencia absolutoria en materia penal, alude a la necesidad de revisar su contenido para asegurarse que encuadre en los eventos que eliminan las posibilidades de formular pretensiones resarcitorias. Se discutió si podía negarse una circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito a pesar de haber sido reconocida por el juez penal. En ese contexto la Corte indica que la disposición del Código de Procedimiento Penal “*no exige coherencia absoluta de pareceres para que se produzca el efecto impeditivo allí previsto y tampoco demanda diversidad de opiniones para descartarlo*”. Así mismo en la determinación adoptada el **5 de Julio de 2007** la Sala de Casación reconoce los efectos de la cosa juzgada penal en las hipótesis previstas en el Código de Procedimiento Penal siempre y cuando la sentencia respectiva hubiere hecho el análisis detenido y claro de su estructuración. En este caso, la Corte no encontró un análisis suficiente y en tal medida estableció que no existía obstáculo para que el demandante iniciara la acción civil correspondiente⁷⁶.

76 Entre otras pueden consultarse también las sentencias 11 de abril de 2003 y 20 de enero de 2009

Las decisiones anteriores indican, en consecuencia, que es necesario en cada caso examinar lo dicho por el juez penal a fin de establecer, con absoluta precisión, si los razonamientos contenidos en su decisión encuadran exactamente con las hipótesis allí contenidas. Si así no fuere, las decisiones penales no tendrán la capacidad de inhibir la actuación del juez civil que, por ello, podrá pronunciarse sobre la existencia o inexistencia de responsabilidad patrimonial.

4. CONCLUSIONES

Tal y como se expresó en la introducción, la evolución de la jurisprudencia en relación con la incidencia de la cosa juzgada penal en materia de responsabilidad civil, no ha resultado especialmente conflictiva al menos desde 1998. Esta cuestión también se ha extendido a la jurisdicción contencioso administrativo que ha debido resolver cuestiones relativamente semejantes.

Las decisiones de la Corte Suprema permiten constatar, en general, dos líneas de pensamiento. Una de ellas interesada en interpretar de manera amplia el artículo del Código de Procedimiento Penal a efectos de extenderlo a supuestos que a pesar de no encontrarse contemplados claramente en él podrían caer en su significado. La otra, orientada a señalar que la disposición debe ser interpretada de manera especialmente restrictiva a tal punto que solo los eventos claramente contemplados en ella podrían justificar el impedimento de la jurisdicción ordinaria para pronunciarse.

Estas dimensiones del debate se han visto complementadas por otras que se preguntan por el grado de poder que le debe ser conferido a las decisiones en materia penal. En este escenario se integra la discusión acerca de si resulta o no posible examinar la corrección de los planteamientos que hace el juez penal a fin de identificar la verdadera razón de su decisión, de manera tal que sea factible determinar si la providencia que se invoca para inhibir el pronunciamiento del juez civil cae comprendida por el significado del artículo del Código de Procedimiento Penal. De otra forma dicho, aquí se ha planteado si el examen que de la providencia del juez penal debe hacerse requiere desplegarse de manera exclusivamente formal o si también tal revisión debe ser sustantiva. La posición mayoritaria de la Corte Suprema adhiere a la segunda posición aunque, con buenos argumentos, uno de los magistrados ha expresado su desacuerdo.

En cualquier caso, el debate suscitado da cuenta, en verdad, de orientaciones diferenciadas acerca de la supremacía de los debates criminales sobre los patrimoniales. Igualmente de tal discusión se deriva una preocupación acerca del grado de confianza que se debe depositar en el texto de las decisiones penales a fin de precisar si se configuran los elementos que tienen como desenlace la obligación de la jurisdicción civil de guardar silencio.

