

Reflexiones sobre la buena fe en el derecho

JUAN GUILLERMO DURAN*

a. Su configuración como binomio interior y exterior

b. Su aplicación en el ámbito jurisdiccional y ciudadano

Oímos hablar de buena fe en el Derecho; ahora bien, el concepto de buena fe parece prestado al Derecho por la Etica; tenemos la sensación de que la buena fe es una de esas figuras éticas que penetran en el Derecho¹. Esto realmente no debe sorprendernos por cuanto el Derecho, al ser un orden tanto educativo como coactivo perfeccionador del hombre², se constituye en una realidad íntimamente relacionada con la Etica. Baste recordar en este momento que el objeto de la justicia —concepto netamente ético— es el Derecho; como objeto es una realidad distinta pero relacionada la una con el otro.

* Profesor de planta Facultad de Derecho Universidad de la Sabana. Doctor en Derecho Comercial por la Universidad de Navarra.

Pero... ¿es la buena fe, un elemento puramente ético, sin una significación jurídica especial? Veamos qué connotación jurídica tiene.

La buena fe en el Derecho ha operado desde siempre, como es lógico; la buena fe fue entre los romanos una realidad importantísima en la vida jurídica; la *fides* se constituyó en una realidad trascendental; la *fides* —lealtad a la palabra dada— da valor y alcance a las obligaciones no formales³, y es fácil entender que con

1. Que la buena fe no es creación del Derecho, sino presupuesto del mismo venido del terreno de la moral, lo sostienen autores como Hernández Gil, Betti, De los Mozos (cfr. Escobar Gil, Rodrigo, El principio de la buena fe en los contratos administrativos, Revista Universitas, Bogotá, junio 1987, págs. 106-107).

2. Cfr. Rodríguez, Angel, Etica, Eunsa, Pamplona, 1984, págs. 218-219.

3. D'Ors, Alvaro, Derecho privado romano, Eunsa, Pamplona, 1981, págs. 61-62.

(56196)

el paso del tiempo, al crecer el tráfico jurídico y para evitar el exceso de fórmulas, la *fides* diera el clima necesario a todas las obligaciones, incluso a las basadas en las formas.

La *bona fides* se convierte en Roma en un concepto rector de los contratos⁴, concepto que, como veremos más adelante, sigue imperando en los ordenamientos actuales en materia de contratación.

Pero observemos que "*bona fides*" es una variante de la "*mera fides*"; ¿qué es entonces? Si "*fides*" es lealtad a la palabra dada (fidelidad), "*bona fides*" es algo más que mera fidelidad, es buena fidelidad, ausencia de mal en la lealtad (recordemos que se puede ser leal para un propósito deshonesto); es también buen propósito, rectitud en la intención, buen deseo de obrar bien, creencia o convicción de hacer algo honestamente.

De lo anterior se puede pensar que para el derecho romano la buena fe no es algo puramente interior; se manifiesta también en un elemento exterior: la palabra dada; esto nos debe ir ayudando a descubrir lo que de jurídico tiene la buena fe. Por ello desde ya podemos afirmar que según nuestro modo de ver no acaba de ser convincente la postura "psicológica" (en Derecho) de la buena fe, la cual ubica a ésta en el nivel de las meras representaciones mentales del sujeto⁵.

El Código Civil colombiano define en el art. 768 lo que es la buena fe en materia de posesión: "La buena fe

es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de todo otro vicio". Que la buena fe es algo interior no admite duda; lo dicen el sentido común, la ley y una extensa jurisprudencia⁶.

Pero fijémonos que la ley dice que la buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos⁷. Aparece nuevamente el elemento exterior: los medios legítimos. Es decir, no basta el elemento puramente interior, personalísimo, íntimo, privado, sino que es menester la presencia de un elemento exterior, visible por así decir, trascendente al sujeto.

El mismo art. 768 en su inc. 2º pone un ejemplo: "así, en los títulos traslativos de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse adquirido la cosa de quien tenía la fa-

4. Cfr. D'Ors, Alvaro, op. cit. No. 380. El mismo autor dedica en su obra Elementos de derecho privado romano (Eunsa, Pamplona, 1975), un capítulo titulado "Contratos de buena fe"; ellos son: la fiducia, los depósitos, el mandato y la gestión, la sociedad, la compraventa y los arrendamientos.

5. Cfr. Díez-Picazo, Luis, en El principio general de la buena fe, de Wieacker, Franz, Cuadernos civitas, Madrid, 1977, págs. 13 y 14.

6. Por ejemplo: tomo 88, págs. 233 y ss; tomo 85, pág. 739; tomo 83, págs. 80 y 103; tomo 82, pág. 251, etc., de la Gaceta Judicial.

7. El art. 764 del C.C. separa los dos elementos cuando dice: "se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe..."; pero aun en este caso, la buena fe supone el título, lo requiere, lo necesita, se basa en él.

cultad de enajenarla...". El elemento externo de la buena fe aparece, en el caso comentado, en el título. En esta línea encontramos el principio según el cual la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento (art. 9 C. de Co.); es decir, la ignorancia de buena fe (puramente psicológica) no es suficiente; la buena fe, en este caso, se ha objetivizado pues se impone el mandato legal sobre ella.

Debe señalarse que la buena fe aparece en los ordenamientos escritos legislados de dos maneras: a) como concepto técnico-jurídico presente en múltiples normas⁸ ante todo como mandato, aunque también para sancionar (positiva o negativamente) su cumplimiento o incumplimiento; b) como principio general⁹, en forma de mandato.

En el primer caso encontramos ejemplos como el del art. 1910 del C. de Co. colombiano. En él se contempla la famosa figura del comerciante de buena fe, como sujeto del beneficio del concordato preventivo de la quiebra. Esa buena fe se manifiesta, se exterioriza en varios supuestos: cumplir las obligaciones legales del comerciante; no haber sido el comerciante sancionado por ciertos delitos que afectan la vida del comercio, etc.

En el segundo caso encontramos ejemplos como el del art. 871 del mismo código: "Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos según la

ley, la costumbre o la equidad natural". El elemento exterior radica en la ley promulgada, en los hechos públicos reiterados y uniformes (costumbre), y en las circunstancias que impelen a la equidad a modificar un contrato según lo establecido en el art. 868 del C. de Co.

Por adelantado —para ir avanzando hacia nuestro objetivo— podemos afirmar que nos encontramos más del lado de la concepción ética de la buena fe en el terreno jurídico; esta concepción afirma que el comportamiento debe ser valorado teniendo en cuenta parámetros socialmente exigibles¹⁰. Como vemos se trata de una postura más objetivizada. En términos vulgares se trata de aquello de que "no bastan las buenas intenciones".

La buena fe se relaciona estrechamente con otras figuras jurídicas como la legitimación cambiaria y la causa societaria, en las que aparece una vez más el elemento externo de la buena fe. Así vemos cómo en el C. de Co. colombiano en materia de títulos valores, el art. 647 reza que "se considerará tenedor legítimo del título a quien lo posea conforme a su ley de circulación"; basándose la posesión sobre la buena fe, como vimos atrás, una vez más aparece como dijimos el elemento exterior que para el caso es la ley de circulación. En resumidas cuentas, la buena fe implícita en la

8. Cfr. Díez-Picazo, op. cit., pág. 11.

9. Cfr. Díez-Picazo, op. cit., pág. 11.

10. Cfr. Díez-Picazo, op. cit., pág. 13.

legitimación del tenedor de títulos valores requiere de un elemento trascendente que es la respectiva ley de circulación. Como dice Becerra Toro "... la buena fe es presupuesto insustituible para la legítima adquisición del derecho, y el tenedor está obligado a examinar formalmente el documento, los endosos anteriores, percatarse que el suyo se efectúe, y que se satisfaga el requisito de la entrega del título valor"¹¹. La buena fe entonces requiere de elementos objetivos y exteriores a la pura interioridad del sujeto tenedor.

En materia de causa societaria, es decir del elemento de validez del contrato de sociedad conocido como causa (la cual debe ser lícita), el código la define¹² como el conjunto de móviles que inducen a la celebración del contrato, conformes a la ley y al orden público y comunes o conocidos por todos los socios. La buena fe aparece aquí, en primera instancia, en el terreno de los móviles (buena fe puramente interna o en su primera fase; también la podríamos denominar buena fe incompleta). Pero en segunda instancia aparece el elemento externo: la ley, el orden público y el conocimiento del propósito por los demás socios, como parámetros de esa buena fe puramente interior.

La buena fe opera de un modo radical en el derecho de crédito.

Este es un campo que hoy tiene enorme aplicación e importancia; claro está que aquí más que operar la buena fe opera la confianza¹³; la confianza podríamos decir es una filial de la "fides"; la *fides* como anotába-

mos es lealtad; la confianza es fruto de la lealtad. Si tomamos el derecho de crédito, por ejemplo el préstamo, vemos que también hay una continua referencia a elementos externos a la pura confianza. Es más, en este terreno asistimos a un exceso de categorías y recursos externos, al punto que de confianza queda poco pues quienes otorgan el préstamo tratan de asegurar al máximo su posición, sin que además la confianza sea fruto de una "supuesta confianza". Aquí cabría hacer una consideración: en la vida jurídica contemporánea se estima la buena fe de parientes y conocidos casi como algo normal; no así con los desconocidos; esto tiene parte de natural pero hoy llega a excesos lamentables; esto hace pensar que la consideración de la persona —como título fundamental de la buena fe— se ha parcializado; se podría decir, que unos son tenidos como personas y otros no; en unos se cree y en otros no; esa es una de las crisis mayores del derecho actual.

Como se va observando, la buena fe, que es un concepto ético, presenta también una faceta propia en el campo del derecho. Dejemos sentado en este momento que en el campo ético y en el campo jurídico, la buena fe se

11. Becerra Toro, Rodrigo. Teoría general de los títulos valores, Temis, Bogotá, 1984, pág. 17.

12. Realmente el código de comercio no define causa lícita; define la causa ilícita (art. 104, inc. 3o.).

13. Cfr. Garrigues, Joaquín, Temas de derecho vivo, Editorial Tecnos, Madrid, 1978, págs. 279 y ss.

presenta como un concepto paralelo: la buena fe no se basta con elementos puramente interiores; requiere de una fuerza o luz exterior¹⁴. Debemos también señalar llegados a este punto, que en el campo del derecho los elementos externos de la buena fe¹⁵ que hemos ido señalando son por ejemplo la ley, la naturaleza del contrato¹⁶, un título; pero, ¿qué otros elementos hacen a la buena fe una realidad con entidad propia en el terreno jurídico? Algunos sostienen que se trata de una "ética jurídica" perteneciente al estamento de los juristas y no a la comunidad en general; añaden que tal buena fe es de carácter histórico y temporal; se niega por tanto su validez universal y atemporal. Tal ética jurídica no estaría ni del lado de un legalismo puro o positivismo riguroso, ni del lado de un "ilusorio derecho natural de estirpe metafísica"¹⁷. Ello sitúa a la ética jurídica en una encrucijada ante la cual se ve la necesidad de recurrir al derecho pretorio. Habría pues que resucitar el derecho pretorio¹⁸. Ahora bien, como afirma Díez-Picazo esto no es posible hoy en nuestros sistemas continentales por la consabida tripartición de poderes que impide que el aparato judicial legisle; y es que en el derecho pretorio, los pretores legislaban juzgando¹⁹.

Esto nos sitúa a su turno en el problema de la aplicabilidad de la buena fe. Desde luego hoy en día, aplicar un pretorismo en materia de buena fe es imposible; tampoco es viable recurrir al puro legalismo pues la buena fe desborda al mismo; tampoco se puede recurrir a un derecho

natural al que no se le diera aplicación pues éste está llamado a hacerse vida. La salida a este problema queda clara entonces por la vía jurisprudencial; la jurisprudencia define en sentido práctico-judicial a la ética jurídica; la configura; pero debemos afirmar que esta jurisprudencia no debe actuar aislada; hacen falta elementos que ayuden a definir esta ética jurídica. A nuestro modo de ver el

14. En el campo ético esto es evidente, salvo los casos de ignorancia invencible.

15. Los elementos internos de la buena fe en lo ético y en lo jurídico son los mismos: rectitud de intención, creencia, convicción, deseo de hacer el bien.

16. A este respecto nos gustaría señalar lo siguiente: en el campo del derecho comercial, parapetados en la idea de objetivación de esta rama del derecho, se ha caído en la pernicioso consideración de la primacía de la letra del contrato, sobre su espíritu. Aunque el derecho para su seguridad exige unas cláusulas, no podemos perder de vista que dichas cláusulas están al servicio de un espíritu contractual que es eminentemente personal; no porque muchas personas se obliguen frente a un contrato típico o seriado (vgr. seguros) se puede desconsiderar a cada persona en concreto. Es parte de la buena fe saber respetar y aceptar ciertos hechos extraordinarios, modificatorios, no sustancial sino accidentalmente de las cláusulas del contrato; se podría resumir la cuestión diciendo que primero es la persona humana y después la letra informativa del contrato; el espíritu prima sobre la letra; la letra mata, decía San Pablo.

17. Cfr. Díez-Picazo, op. cit., pág. 18. Tendríamos que añadir que el derecho natural no tiene por qué considerarse como una realidad lejana, sino como una herramienta que siempre es susceptible de ser vivida y aplicada.

18. Cfr. Díez-Picazo, op. cit., pág. 18.

19. Cfr. Cabanellas de Torres, Guillermo, Diccionario jurídico elemental, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1982, pág. 97.

gran elemento guía debe ser el derecho natural; éste como decíamos no es letra muerta, es plenamente histórico, aunque al mismo tiempo trascendente. El derecho natural viene a constituirse en el elemento permanente, estable, de la jurisprudencia, al que hay que tomar como punto de referencia siempre. El derecho natural por estar anclado, enraizado en la naturaleza humana, viene a definir la ética jurídica como un principio no sólo del estamento de los juristas sino también de toda la comunidad en general, de todas las gentes; no es solo algo de la esfera del derecho judicial en exclusiva, sino también algo perteneciente a la esfera de los ciudadanos. Desde luego que, como lo demuestra la experiencia, el derecho natural no es conocido por la gente de manera "fácil"; hay que enseñarlo; debe hacerse un "proselitismo" —valga la expresión— del derecho natural; hay que formar a la gente en este derecho. Pero por otra parte, no basta con que las personas conozcan el derecho natural; es menester, para que la buena fe sea completa tal como hemos venido exponiendo, un conocimiento del derecho positivo. El problema radica en la abrumadora cantidad de leyes que hoy conforman el derecho positivo²⁰; y aunque la ley manda que la ignorancia de la ley no sirve de excusa para su incumplimiento, ante el hecho anotado no podemos menos de pensar en que el precepto constituye a la postre un lastre imposible de sobrellevar; desde luego, si resulta inabarcable para el mismo abogado, qué será para el ciudadano común y corriente.

Debemos referirnos ahora a los

mecanismos que deben hacer valer la buena fe agredida; este aspecto lo tratamos como un punto relacionado con la solución jurisprudencial que venimos tratando. Es verdad que el derecho penal castiga la vulneración de la buena fe; pero también el derecho privado lo hace: manifestación de ello es el art. 867 del C. de Co. atrás indicado. La doctrina también ha ido sentando reglas y principios a este respecto; así por ejemplo: el ejercicio de un derecho subjetivo se tiene como contrario a la buena fe cuando se le da un destino económico-social distinto al atribuido a su titular por el ordenamiento jurídico, o cuando se ejercita de un modo o en unas circunstancias contrarias a las reglas que la conciencia social impone al tráfico²¹; también se considera viola-

20. Alvaro D'Ors habla de la "inflación legislativa", "legislación motorizada", "elefantiasis legislativa" que caracteriza al derecho actual, por lo que no duda en hablar, ante ese hecho, de manifestación evidente de la crisis del derecho (ver en: Escritos varios sobre el derecho en crisis, el artículo intitulado "Los romanistas ante la crisis de la ley", págs. 1-18; Cuadernos del instituto jurídico español. Consejo Superior de investigaciones científicas-delegación de Roma, Madrid, 1973). Esta supervaloración de la ley positiva entendida como derecho positivo debería ser equilibrada con el esfuerzo del estudio por parte de las Facultades de Derecho de un "Orden con fundamento en la naturaleza humana para la convivencia legítima en el marco social"; tal es lo que entiendo por Derecho Natural.

21. A este respecto podemos anotar que el anterior postulado puede aparecer ambiguo en determinados contextos como el colombiano, en donde la conciencia social se encuentra bastante deformada; de ahí la importancia de acudir a los "dogmas jurídicos"

torio de la buena fe lo que se conoce como venirse contra *factum proprium*; en efecto, nadie puede contradecir con un acto propio una conducta anterior también propia considerada objetiva y recta; igualmente encontramos contra la buena fe el retraso desleal, esto es, cuando alguien ha dejado de ejercitar un derecho, haciendo creer a su adversario que el titular ya no lo va a ejercitar, y ejercerlo posteriormente; encontramos también el abuso de la nulidad por motivos formales: si un negocio jurídico es ineficaz por no cumplimiento de un requisito formal y el negocio se cumple no obstante voluntariamente, no se puede ejercer después acción de nulidad; también encontramos como contrario a la buena fe el cumplimiento parcial: cuando el cumplimiento debe prestarse íntegramente, es violatorio de la buena fe compeler al acreedor a recibir una parte del cumplimiento; aunque también debe anotarse que aquí opera la equidad, en consecuencia, la buena fe impone moderación a la exigibilidad inmediata de una obligación cuando se dan ciertas circunstancias graves y especiales. Por último anotemos el postulado *dolo facit qui petit quod statim redditurus esset*: va contra la buena fe reclamar el cumplimiento de una prestación cuando en realidad lo que se debe es su restitución o devolución inmediata²².

No hay duda de que toda la construcción doctrinal anteriormente reseñada constituye un acervo jurídico notabilísimo; pero creemos que, aunque en esta materia el juez goza de

flexibilidad en el enjuiciamiento²³, además, debe exigirse un cumplimiento de la buena fe de manera muy severa²⁴; ello por las actuales circunstancias de desvalorización de la buena fe. Debe instaurarse un gran rigor en el castigo de la mala fe en el derecho privado para hacer renacer una sana convivencia dentro de la sociedad. Pero no obstante el rigor que proponemos debe recalarse el estudio de la esfera personal²⁵, pues no debemos perder de vista que aunque en la configuración de la buena fe es importante el elemento externo, la interioridad es igualmente un elemento sustancial. La persona es lo primero en toda actividad humana y por ende en el derecho.

La solución jurisprudencial se refiere solo a cuando la buena fe ha desembocado en litigio. Debe considerarse; aparte ese aspecto, otra realidad importantísima, para la cual ya hemos echado una base anteriormente cuando decíamos que la buena fe es un principio que debe ser conocido por los ciudadanos; la realidad a la que nos referimos consiste en que la buena fe no sólo debe ser tenida en cuenta en cuanto haya generado un conflicto sino también, y de

22. Cfr. Díez-Picazo, op. cit., págs. 21 a 23.

23. Cfr. D'Ors, Alvaro. Elementos de derecho privado romano, págs. 233 y ss.

24. Podría proponerse, por ejemplo, una suma determinada a título de indemnización a favor de la comunidad.

25. En esto el derecho canónico es significativo con el mecanismo de las pruebas psicológicas en el proceso de nulidad del matrimonio (ver cánones 1574, 1678 y 1680).

manera especialísima, como principio que debe regir las relaciones normales, reiteradas de la vida jurídica no jurisdiccional²⁶. En este terreno hay mucho por hacer por el excesivo terreno perdido. Baste pensar solamente en la desvalorización de la palabra dada; hoy toda palabra tiene que reducirse a escritura, so pena que se la lleve el viento. Pero además, es que hoy se ha constituido la idea social-núcleo, de que la buena fe es ingenuidad, por no decir otras palabras más populares y corrientes; sacar tajada es signo de audacia, de inteligencia: tumbar a los demás, es la única manera de sobrevivir; nuestra convivencia se ha deteriorado extremadamente; debemos crear un clima de lealtad, de dar la vida y la honra por la verdad; un clima de veracidad —base de la convivencia humana—. Por eso mismo, hablar hoy de la buena fe, aunque parezca un tema irrisorio, es urgente, no solo para la vida del derecho sino también para la vida social. No podemos olvidar entonces, que el derecho es una ordenación que busca el orden jurídico²⁷.

Por lo estudiado anteriormente, por la configuración e incluso la aplicación de la buena fe, podemos concluir que ésta se constituye en un

principio con entidad, propia en el campo del derecho; es decir, no sólo es un principio ético, sino también un principio jurídico; se configura entonces como un concepto jurídico. Pero nuestro propósito no es sólo mostrar lo anterior sino también contribuir a que la buena fe se constituya en una realidad viva en el campo jurídico; que no solo se la vea desde el punto de vista teórico sino también y aun con mayor veras como un principio práctico en la vida jurídica colombiana.

26. En este orden de ideas, aunque hablando específicamente del ámbito del derecho administrativo, se expresa el Dr. Rodrigo Escobar Gil al señalar que la buena fe eleva el tono moral de la gestión contractual y humaniza las relaciones contractuales. Destaca también, basándose en autoridades como Lorenz y Ennecceruz, que el principio de la buena fe es la base del tráfico jurídico y el principio supremo y absoluto que domina el derecho de obligaciones (Cfr. Escobar Gil, Rodrigo, op. cit., pág. 105). El legislador, en este sentido en que nos venimos ocupando, ha consagrado normas como el art. 867 del C. de C.: "Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo contractual, so pena de indemnizar los perjuicios que causen".

27. Cfr. Gutiérrez, Hernando. El derecho como orden, ordenación y ordenamiento, Bogotá, 1983, pág. 112.