



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil, Agraria y Rural

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n° 11001-31-03-035-2019-00063-01

Con el acostumbrado respeto por la sentencia de la Sala, manifiesto que, aunque comparto la decisión de no casar el fallo de segunda instancia, discrepo de algunas de las razones acogidas para llegar a la misma conclusión, particularmente del «[a]nálisis de la trascendencia de las acusaciones», en el que se indica que «los embates son intrascendentes, pues, si la Corte se ubicara en sede instancia, arribaría a igual conclusión que la del Tribunal, en el sentido de que la aplicación de la teoría a de los actos propios impide acceder a las súplicas».

1. Se concluye en la sentencia el fracaso de todos los cargos propuestos, por su incompletitud, incompatibilidad, desenfoque y vaguedad, sin embargo se adicionó el tema de la intrascendencia, abordando la teoría del retraso desleal, ajena al ordenamiento jurídico colombiano, que no me es posible compartir.

1.1. Al hablarse en el fallo de «**2.2. Teoría de los actos propios: fundamentos y casos de aplicación**», se afirma, que «**2.2.3. Son aplicaciones concretas de esta teoría: (...) (III) Retraso desleal (...)**»,¹ unificando conceptualmente ambas categorías, no obstante que la jurisprudencia ha distinguido claramente

¹ Negrillas fuera de texto

la teoría de los actos propios y la teoría del retraso desleal, como lo sostuvo esta Corporación en SC 28 abr, 2011, rad. 2005-00054-01, pues, al analizar la caducidad a la luz del derecho comparado, dijo: «[La Verwirkung - retardo desleal], pese a exigir una conducta actual contradictoria con la anterior, **tampoco se confunde con el venire contra factum proprium**, porque éste, de suyo no presupone, ni se basa en la ausencia de ejercicio del derecho durante un período relevante, sino un acto dicotómico opuesto a la buena fe y a la confianza legítima»²

Decisión citada en mi parecer en contexto diferente en la sentencia materia de aclaración, ya que, si bien se indica que la Corte trajo a cuento la teoría del retardo desleal, «al referirse al contexto internacional», se omitió precisar que en ese fallo expresamente la Sala estableció su diferencia con la doctrina de los actos propios; y tampoco se exteriorizó, que, en esa oportunidad, esta Corporación habló de aquella temática para ambientar, en un plano de *obiter dicta*, el tema de la caducidad sobre el que también explicó su puntual distinción con el ejercicio tardío de un derecho contrario a la confianza legítima, según la teoría inicialmente aludida en este párrafo, que, valga destacar, no sirvió de fundamento para resolver el caso planteado.

1.2. Asimismo, se transcriben aisladamente afirmaciones sobre el retardo desleal contenidas en la sentencia SC, 24 ene, 2011, rad. n.º 2001-00457-01, que fueron expuestas tangencialmente, por ser «dichos de paso», para introducir el principio de los actos propios, cuyos

² Negrillas fuera de texto.

orígenes -se dijo- «no parecieran anidar (...) en el Derecho romano; por el contrario, (...) surge en el Derecho intermedio y (...) su elaboración fue obra de los glosadores. (...). En el Derecho canónico, también, existen referencias (...). En el Derecho inglés (...) se adoptó el equivalente (...) incorporando la figura del “Estoppel”. Y, finalmente, se sostuvo que «en el sistema alemán fue incorporada por la jurisprudencia la figura de la “Verwirkung” o “atraso desleal”; para, seguidamente, señalar que «[l]as reseñas verificadas, con todo y las variables incorporadas en cada región o normatividad, respecto de las cuales no entra la Corte a establecer categorizaciones o ligeras generalizaciones».

1.3. Esa diferenciación entre la teoría del retardo desleal y la teoría de los actos propios también ha sido objeto de examen por el Tribunal Supremo Español, al resaltar:

1.- Aunque la parte recurrente vincula la **doctrina de los actos propios con el retraso desleal** y es cierto que jurisprudencialmente se han conectado ambas instituciones, **no son exactamente lo mismo**, aunque tienen en común la relación con el principio de buena fe (art. 7.1 CC).

2.- La sentencia de esta sala 760/2013, de 3 de diciembre, sintetiza la jurisprudencia sobre los **actos propios**, que referencia en la protección de la buena fe y la confianza. Recuerda que no todo acto está sujeto a este principio, pues para poder estimar que se ha infringido la doctrina de los actos propios, que encuentra su apoyo legal en el art. 7.1 CC , ha de haberse probado quebranto del deber de coherencia en los comportamientos, mediante actos propios que han de ser inequívocos y perfectamente delimitados, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar o extinguir, sin ninguna duda, una precisada situación jurídica afectante a su autor, de manera que sean incompatibles o contradictorios con la conducta precedente. En suma, se trata de que quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede además pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real (sentencia 295/2010, de 7 de mayo).

3.- Por otro lado, como recuerdan las sentencias de esta sala 399/2012, de 15 de junio , y 163/2015, de 1 de abril , el **retraso desleal**, que opera necesariamente antes del término del plazo de prescripción extintivo de la acción, encuentra su específico fundamento de aplicación como una de las formas típicas de los actos de ejercicio extralimitado de los derechos que suponen una contravención del principio de buena fe (art. 7.1 CC). De forma que para su aplicación se requiere, aparte de la natural omisión del ejercicio del derecho y un transcurso dilatado de un periodo de tiempo, una objetiva deslealtad respecto de la razonable confianza suscitada en el deudor acerca de la no reclamación del crédito. Confianza que debe surgir, necesariamente, de actos propios del acreedor a tal efecto. (Negrillas fuera de texto). (Sentencia Sala Primera de lo Civil de 26 de abril de 2018. núm. 260/2018).

1.4. Entonces, la exposición precedente revela que, en la sentencia de la referencia, no había razón para subsumir el concepto de retraso desleal en la doctrina de los actos propios, para forzar un mismo tratamiento jurídico a tales categorías, que, aunque parten de supuestos comunes, como la buena fe y la confianza legítima, su semejanza no apareja se insiste subsunción de la una en la otra.

Y es que con esa asimilación se deja entrever que la jurisprudencia colombiana ha dado aplicación a la teoría del retardo desleal a manera de regla resolutive, cuando -siendo una figura ajena a este ordenamiento- realmente se ha mencionado marginalmente para introducir otros temas integrantes de la *ratio decidendi*.

2. Adicionalmente, se pasó por alto que en la contestación de la demanda, en el fallo del Tribunal y en la demanda de casación no se invocó la teoría del retardo desleal, por lo que resulta sorpresivo para la parte

demandante -ahora recurrente- enrostrarle, a estas alturas del debate, una demora que trunca su reclamación, cuando no tuvo la oportunidad de rebatir ese argumento, circunstancia que afecta sus derechos al debido proceso y a la defensa.

Efectivamente, en todas esas actuaciones procesales expresamente se aludió a la teoría de los actos propios; denunciando particularmente el casacionista, en el cargo tercero de su recurso extraordinario, la violación del artículo 871 del Código de Comercio por aplicación indebida de esta doctrina, conceptualmente distinta al retraso en el ejercicio del derecho; el cual, a pesar de no ser alegado en las oportunidades correspondientes, se utiliza repentinamente en el fallo para sustentar la intrascendencia de una acusación que se formuló por la infracción de una norma que constituyó base esencial de la providencia impugnada -según el artículo 344 del Código General del Proceso-, al desconocerse el principio *venire contra factum proprium non valet*, pero no por incurrir en una dilación para pedir el reconocimiento de un contrato de agencia comercial.

3. En el fallo se dijo que las partes, en distintos años, suscribieron acuerdos de transacción, sobre -entre otras diferencias- *«todo pago, prestación, indemnización o bonificación... como consecuencia del contrato de distribución mencionado o, si se llegase a discutir acerca de su naturaleza jurídica... en especial de las prestaciones que señala el artículo 1324 del Código de Comercio».*

Si eso fue así, entonces la restricción de la demandante de elevarle reclamación a la demandada por esos conceptos no proviene de un «*retardo desleal*», sino de transacciones que, siendo un modo de extinguir las obligaciones según el artículo 1625, numeral 3º, del Código Civil, hicieron tránsito a cosa juzgada, de conformidad con el artículo 2483, *ibidem*, principio «*imprescindible para la seguridad jurídica*». (CSJ SC 24 jul, 2001, exp. 6448).

De ahí que no era dable introducir, a como diera lugar, el concepto de retardo desleal para sustentar la intrascendencia de los cargos formulados en casación, ya que, en el caso analizado, esa novedosa argumentación con una figura extraña al sistema legal colombiano, desconoce, la seguridad jurídica que rige las transacciones celebradas sobre diferencias surgidas del vínculo comercial materia del litigio, porque esos acuerdos transaccionales adquirieron la firmeza de cosa juzgada, generando «*como principal consecuencia, la extinción de la disputa que enfrenta a los contratantes con la misma fuerza que la ley reconoce a las sentencias judiciales (...)*». (CSJ SC, 29 jun, 2006, rad. 6428, reiterada en SC469-2023, rad. 2017-00763-01).

En ese orden, la aplicación de la doctrina en comento, como ocurrió en el caso bajo estudio, conduce a concluir que, no obstante haberse celebrado esos convenios para transigir las controversias surgidas entre los contratantes, aún sería posible que éstos demandaran por los asuntos que fueron materia de transacción, en el evento de no concurrir los presupuestos constitutivos de la teoría del retardo desleal, aspecto que en modo alguno comparto.

4. En la sentencia no se ve superada la discusión doctrinaria y jurisprudencial suscitada en torno al retardo desleal, referente a que en varios sistemas jurídicos no se ha aceptado dicha teoría de origen alemán, entre otras razones, por ser una institución propia de ese derecho, que surgió cuando existían términos prescriptivos de treinta años; pero se critica la admisión de esa doctrina en otros ordenamientos legales, porque ese lapso extintivo se ha reducido considerablemente, y aceptar tal teoría es establecer una prescripción o caducidad no contemplada en la ley, al impedir que el acreedor, por su retardo, ejerza su derecho.³

Esa cuestión resultaba relevante en el presente asunto, ya que la parte demandada propuso dentro de sus excepciones la que denominó «*EXTINCIÓN POR PRESCRIPCIÓN DE TODAS LAS ACCIONES DERIVADAS DEL SUPUESTO CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL*», porque el término extintivo empezó a correr desde que las prestaciones se hicieron exigibles, según el artículo 2535 Código Civil y el artículo 1329 del Código de Comercio, en cuya virtud las acciones de la agencia prescriben en cinco años, observándose un transcurrir de tiempo prolongado en el caso examinado, pues se ventila una relación de más de trece años de duración.

Sin embargo, en el fallo ese fenómeno prescriptivo fue reemplazado por la teoría del retardo desleal, que no cuenta con consagración normativa, mientras que la prescripción sí

³ Ver: López Mesa, Marcelo J. y Rogel Vide, Carlos. *La doctrina de los actos propios: Doctrina y jurisprudencia*, Editorial Reus, Buenos Aires, 2005. Págs. 82 a 87. Y Corte de Casación italiana, sentencia del 15 de marzo de 2004. n.º 5240, reiterada en, ordenanza del 28 de enero de 2020. n.º 1888.

tiene respaldo legal, ya que «*corresponde[] a una decisión de política legislativa contraria a la idea de perpetuidad de los derechos*»,⁴ al igual que la caducidad, que «*es de origen legal*» (SC 28 abr, 2011, rad. 2005-00054-01), pero, con la posición adoptada en la providencia, también vendría a ser sustituida por el aludido retraso.

Situación que pone de presente que, a decir de algunos tratadistas extranjeros -opuestos a introducir la comentada teoría en sus ordenamientos jurídicos-, «*toda institución que signifique la pérdida de los derechos por el mero transcurso del tiempo, incluso la caducidad de instancia o la prescripción -ambas reguladas legalmente-, debe ser interpretada, cuando menos, en forma estricta, si no restrictiva. (...). [H]emos criticado la tendencia liviana (...) de interpretar en forma extensiva los institutos que provocan el decaimiento de derechos por el mero transcurso del tiempo. Es que, a fuer de ser sinceros, nos parece que nunca pueden establecerse plazos virtuales e indeterminados, y por tanto, inseguros por naturaleza, fuera de los cuales caduca la acción. Conjeturar un plazo de caducidad no previsto, ni por el legislador ni por las partes, y anteponerlo al plazo de prescripción específicamente establecido para el caso, implica un atentado a los derechos constitucionales de los justiciables*».⁵

5. Tampoco, se explica como la aplicación de la teoría del retardo desleal incidiría en la agencia comercial de hecho, permitida por el artículo 1331 del Código de Comercio y que, en la práctica, es la figura que más controversias suscita, en la medida en que, no pocas veces, los contratantes comienzan su relación comercial con un tipo contractual que comporta algún grado de intermediación por una de ellas, en

⁴ CC. Sentencia C-091/18

⁵ López Mesa, Marcelo J. y Rogel Vide, Carlos. Op. Cit. Pág. 86.

favor de la otra, pero, posteriormente, una de las partes estima que su actividad mediadora dio lugar a la estructuración de un contrato de agenciamiento mercantil, al haber actuado por cuenta y en nombre de su contraparte, a quien ve como un verdadero agenciado; mutación que, en su opinión, conlleva el reconocimiento de las prestaciones que dicho convenio apareja, como las contempladas en artículo 1324, *ibidem*.

Prerrogativas que podrían frustrarse fácilmente con la aplicación de la teoría del retardo desleal, porque el silencio ante el primer acto que se consideró efectuado en calidad de agente comercial, podría ser visto como un derecho a reclamar no ejercido oportunamente, ya que sería viable enrostrar a quien procedió con tal mutismo, su omisión de avisar a su contraparte de la transfiguración contractual; escenario en el que sería imposible que se estructurara una agencia de hecho, pese a que la actitud silente del contratante afectado podría derivarse, entre otros motivos, de su posición asimétrica en la relación jurídica, comoquiera que, inicialmente, la jurisprudencia sobre el contrato de agencia entendió que su regulación era proteccionista, al asimilar, en dicho convenio, «al “agente” como su extremo más débil (...) [aunque, posteriormente] reconoció al “agente” como una persona de negocios que ejerce una actividad lucrativa con una mínima inversión, (...) aspecto equilibrante de la posición contractual de ambos». (SC18392-2017, rad. 2011-00081-01).

6. En suma, en el caso examinado no mediaba razón suficiente para fundamentar -con el argumento adicional de

la intrascendencia- la improsperidad de los cargos propuestos en el recurso extraordinario, bajo el amparo de la teoría del retardo desleal, ajena al ordenamiento jurídico colombiano; menos si a la demora en la reclamación tempestiva de una deuda, esta Sala no le ha dado la connotación sancionatoria sino que, en eventos similares, se ha impuesto la correspondiente consecuencia extintiva prevista en la ley. Así, en un fallo de vieja data, se indicó que *«[l]a omisión del acreedor [en cobrar la obligación] no puede ocasionar otro efecto jurídico que el de hacer prescribir su acción, como justa sanción a su negligencia. (...). Se repite que la omisión en el cobro de la deuda no constituye, por sí sola, acto dañoso o falta constitutiva de abuso. La única sanción que podía acarrear tal descuido de la padeció al acreedor con la prescripción de la acción»*. (CSJ SC 4 abr, 1940. G.J. T. XLIX. No. 1955 – 1956. Págs. 208 a 217).

7. En esos términos dejo expresada mi aclaración de voto.

Fecha *ut supra*.

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Magistrada

Firmado electrónicamente por:

**Martha Patricia Guzmán Álvarez
Magistrada**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: DD42BF60E1B233BED50426781BC740981554BC48EA8B295893EE92FEE2532D6A

Documento generado en 2024-04-09