

BUENA FE Y LEALTAD “PRE-PROCESALES”¹

DR. NICOLÁS PÁJARO MORENO

DR. JORGE SANTOS RODRÍGUEZ

SUMARIO

INTRODUCCIÓN - I. BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL - II. LEALTAD Y BUENA FE EN LA FORMULACIÓN DE LA ESTRATEGIA - a. El carácter abstracto de los principios de lealtad y buena fe procesales - b. La lealtad de las partes en el ejercicio del derecho de acción y de contradicción - c. El proceso y el juego: el valor de la estrategia en las actuaciones ante la jurisdicción - III. ALGUNOS ESCENARIOS PREPROCESALES - a. Aspectos probatorios - 1. *Pruebas presentadas de común acuerdo* - 2. *Pactos sobre pruebas* - b. Actuaciones durante el procedimiento administrativo. b. Lealtad en el procedimiento administrativo - 1. *Lealtad en el procedimiento administrativo* - 2. *Lealtad preprocesal en la fase jurisdiccional* - c. Lealtad y buena fe de las partes en la etapa de conciliación extrajudicial - CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

El rico y complejo universo en que se desenvuelven las relaciones sociales lleva consigo la posibilidad de llegar a situaciones controversiales, necesitadas de una solución que garantice el mantenimiento de la paz social. Durante la historia, las sociedades han ensayado diversos mecanismos para lograrla, desde la autotutela hasta los regímenes modernos de

¹ El presente artículo es el resultado de la línea de investigación que se realizó, con ocasión del XXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, en el Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia, en la que también participaron los alumnos Nicole Yvette Avendaño, Luis Gabriel Cárdenas, Andrés Ospina, Anabel Riaño, Mónica Rodríguez, Edwin Yezid Sierra y Gregory Torregrosa. Presentamos nuestros agradecimientos a los profesores del Departamento Luis Guillermo Acero y Miguel Enrique Rojas, quienes brindaron valiosos comentarios y sugerencias a lo largo de la investigación.

heterocomposición. Al estudiarlos, se encuentra en la mayoría de ellos un intento por llegar a la verdad real como supuesto de toda solución jurídica, analizada según las pautas y dentro de los límites impuestos por la razón.

Dentro de este contexto, las máximas de lealtad y buena fe asumen gran importancia como supuestos básicos para llegar a resolver las controversias jurídicas que se presenten en el seno de una sociedad. Sin embargo, advertimos que en muchas ocasiones pesa sobre ellas un fuerte olvido tanto por parte de los abogados litigantes, como de los funcionarios judiciales, sea porque las infrinjan directamente, a través de diversas prácticas procesales, sea porque toleren pasivamente, e incluso promuevan conductas contrarias a tales principios. En últimas, con ello se impide el correcto funcionamiento de la administración de justicia, además de comprometer seriamente su legitimidad.

Existe una opinión generalizada según la cual los principios mencionados deben informar la conducta de las partes a lo largo de la totalidad del proceso. No obstante, durante las investigaciones y debates que dieron lugar al presente artículo, surgió el interrogante de si ellos debían predicarse exclusivamente del ámbito temporal comprendido entre la demanda y la sentencia definitiva, o si, por el contrario, debían proyectarse hacia momentos anteriores o posteriores. En un intento de dar respuesta a tal interrogante, nos hemos propuesto hacer una exploración de la lealtad y la buena fe procesales en el momento previo al inicio del proceso, cuando no se ha puesto aún en marcha la jurisdicción, pero las partes, o, por lo menos, una de ellas, disponen de todo lo necesario para hacerlo. En dicha fase preparatoria se construyen los fundamentos del debate que será objeto del proceso, y la conducta que asuman en ella las partes repercutirá sin duda en el desarrollo de las futuras actuaciones judiciales.

Siguiendo con la línea trazada en investigaciones anteriores, consideramos innecesario hacer una propuesta legislativa que corrija los posibles vicios de la normatividad vigente. Por el contrario, hemos dedicado nuestra investigación a la aplicación concreta de las disposiciones existentes y a determinar de manera práctica cuáles son aquellos casos en que, de acuerdo con ella, las partes se comportan de manera desleal, temeraria o de mala fe, en los que el juez debe hacer uso de los poderes que le son conferidos. Así mismo, también orientamos parte de nuestro análisis a estudiar algunas actuaciones de las partes que, a pesar de parecer desleales, no lo son en realidad.

En desarrollo de tal argumento, iniciaremos con una breve aproximación a los conceptos de buena fe y lealtad procesal (I), que nos servirán durante el resto del trabajo como criterios orientadores de los posteriores análisis. A continuación, nos referiremos a la incidencia de los mencionados principios en la determinación de la estrategia de las partes, como línea directriz que dirigirá el desenvolvimiento del proceso (II). En un tercer capítulo examinaremos algunas situaciones previas al proceso que pueden involucrar consideraciones acerca de la corrección de las partes en la actuación ante la jurisdicción (III), relativas al material probatorio (a), y al agotamiento de etapas previas al proceso, como la vía gubernativa (b) y la conciliación extraprocesal (c).

I. Buena fe y Lealtad procesal

El proceso no puede concebirse en función de intereses particulares. Su finalidad última, que coincide, en general, con la de todo el ordenamiento jurídico, es asegurar la paz social a través de la aplicación del derecho. Los intereses particulares de quienes intervienen en el proceso son apenas un medio para la realización de su finalidad pública, según dicho de CARNELUTTI². La reclamación de un derecho subjetivo a través de una pretensión procesal es apenas la expresión de una necesidad de actuar el derecho para resolver una situación problemática capaz de poner en entredicho la paz social³. En ese sentido, es apenas obvio que para la

² Citado por DEVIS ECHANDÍA, *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo I. Bogotá, Temis, 1961, p. 135.

³ GUASP considera, por el contrario, el fin del proceso se encuentra en la satisfacción de una pretensión procesal. El mencionado autor considera que existen diversas reclamaciones derivadas de la convivencia (y que constituyen la base sociológica del proceso), cuyo reflejo jurídico es la pretensión procesal, a partir de la cual el juez debe realizar el examen y la actuación correspondientes para dar solución a esa reclamación. Por otro lado, critica la posición de quienes sostienen que el objeto del proceso es la actuación del derecho sustancial, pues considera que con ella se está dejando de lado la vida que subyace al proceso. Cfr. GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, Tomo I. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, páginas 11-18. Dentro del desarrollo normal de la vida sociedad es normal que quienes participan en ella se encuentren en distintas situaciones problemáticas que requieren de solución, sea porque existe incertidumbre sobre las prerrogativas que competen a los distintos sujetos, sea porque ya se ha llegado a raíz de ello una situación de conflicto entre ellos. Por nuestra parte, consideramos que la pretensión procesal es la expresión de esa necesidad social de resolver esa controversia o situación problemática. Pero el fin del proceso no es la satisfacción de pretensiones; estas últimas son apenas el pretexto que da origen al proceso. En realidad lo que se busca garantizar es la armonía social dentro de las reglas del derecho, y por tanto, la solución de tales controversias debe hacerse por medio de la aplicación del ordenamiento.

realización de tal interés general se tracen deberes específicos para quienes intervienen en el proceso, que atiendan a su adecuada realización. Esas consideraciones nos llevan a estudiar los principios generales de buena fe y lealtad de las partes dentro del proceso.

El principio general de buena fe (y, por tanto, también el de buena fe procesal) parte del supuesto base de que el hombre actúa según la representación que tiene de la realidad. Con ello se quiere decir que, cuando alguien despliega cualquier actividad en el mundo exterior lo hace *porque conoce (o cree sinceramente conocer) las circunstancias en que se encuentra* y es apenas normal que se acepte y se favorezca confiar en el conocimiento propio.

Podemos explicar lo anterior recurriendo a un ejemplo sencillo, sin temor a pecar de banales. Observemos el comportamiento del peatón que camina por una acera cualquiera. Una persona común y corriente sabe que la superficie de una acera es medianamente uniforme, gracias a lo cual puede andar a una determinada velocidad, sin necesidad de verificar cada uno de sus pasos y sin temor a tropezar con ningún objeto extraño. Sin embargo, no es improbable que una piedra o una losa un poco por encima del nivel normal haga tropezar y caer a nuestro peatón. Por el conocimiento que poseía, y la confianza que tenía en él, es perfectamente excusable ese tropezón.

En el ámbito del derecho tal conocimiento se refiere a cuáles son las prerrogativas y los deberes propios y cuáles son los que le corresponden a los demás sujetos que lo rodean. De este modo, podemos afirmar que la buena fe es el principio según el cual es lícito confiar en lo que se conoce y actuar determinándose por ello, y en este orden de ideas la conducta del sujeto que tropieza con un derecho ajeno, pero sinceramente convencido de hallarse asistido de razón⁴, resulta excusable. En otros términos, si sé que soy titular de un derecho (por ejemplo, de propiedad), es lícito que

en aras de solucionar o evitar conflictos más graves que terminen por fracturar la sociedad. En este sentido, DEVIS ECHANDÍA afirma: "Y para una cabal comprensión de esta materia nos parece mejor decir que tal interés público consiste en la realización del derecho mediante la actuación de la ley, y secundariamente en lograr, cuando existen intereses contrapuestos, la composición justa del litigio, y cuando no, la declaración del interés tutelado por la norma o derecho subjetivo" *Tratado...*, cit., p. 138.

⁴ La definición de buena fe como "sincero convencimiento de hallarse asistido de razón" es obra de COUTURE. Citado por FUEYO LANIERI, Fernando. *Interpretación y juez*. Santiago de Chile, Universidad de Chile, 1976, p. 120, nota 240.

celebre contratos (venda la cosa) o ejerza acciones (la reivindique) fundadas en aquél. El derecho, en principio, no debe oponerse a que los distintos sujetos confíen en la idea que tienen de la realidad y se determinen por ella: en esto consiste la denominada *buena fe subjetiva*.

Pero un concepto de carácter subjetivo como el propuesto no deja de traer consigo serios problemas en cuanto su fundamentación teórica y en cuanto su aplicación práctica. Lo primero, por cuanto el conocimiento que tiene un sujeto de la realidad no es igual al que tiene el resto, y apoyarse únicamente en aquél para establecer juicios de valoración jurídica sobre hechos concretos puede llevar a una peligrosa posición relativista y a justificar conductas contrarias a los hechos o al derecho, con base exclusivamente en lo que la parte creyó que era justo. Lo segundo, por cuanto la prueba del convencimiento moral, así como la de todo tipo de conciencia, cuando no es imposible, reviste una dificultad extrema.

Ahora bien, para ilustrar mejor lo apenas dicho, volvamos al ejemplo del peatón. Si ese mismo sujeto camina por una acera donde se encuentra suficientes señales de precaución por una obra que se esté realizando (una instalación de líneas telefónicas), y no habiéndose en ellas, tropieza y cae, su error no puede ser excusable a la luz del principio de buena fe, a pesar de no haber, en estricto sentido, conocido la circunstancia. Otro tanto puede decirse del peatón que sabía de antemano de la realización de la obra o de aquel que, a pesar de haber visto la señalización, decidió deliberadamente pasar por la zona en reparación.

En todos estos casos puede verse cómo un criterio subjetivo de valoración de la conducta resulta a todas luces insuficiente. Es por ello por lo que se ha optado por un *concepto objetivo de buena fe*, según el cual, no se permite actuar según cualquier representación que se haga el sujeto de la realidad, sino únicamente cuando para llegar a tal conocimiento haya mediado diligencia y corrección. Es decir, poco importa lo que el sujeto efectivamente conozca de las circunstancias, sino aquello que, según su posición y teniendo en cuenta todos los intereses involucrados en su acción (y no sólo los suyos) *debía saber*.

Según lo anterior, actúa de mala fe no sólo quien sabe que no tiene la razón, sino también aquel que no lo sabe debiendo conocer dicha circunstancia. De modo que nuestro peatón nada podría reclamar si cayendo en la excavación se llegase a fracturar una pierna, y menos si cayendo daña las instalaciones recién hechas, así sinceramente no hubiera visto la señalización.

Trasladado al ámbito del proceso, ese concepto objetivo de buena fe se materializa en el deber de actuar conforme a la finalidad del proceso y el interés público que está involucrado en él, esto es, en la búsqueda de la verdad en aras de aplicar el derecho, dar solución a una situación problemática y asegurar, indirectamente, la paz social. Como tendremos oportunidad de analizar más adelante, la buena fe procesal mira a la búsqueda de la verdad y no a la satisfacción de los intereses de quien actúa, ya que es el interés general, y no el particular, que el que debe regir toda actuación dentro del proceso judicial⁵.

Este último sentido de la buena fe y es el que acogeremos dentro de las líneas del presente artículo.

Una modalidad (quizá la más importante) de la buena fe dentro del proceso es denominada por la doctrina y la jurisprudencia como *lealtad procesal*. En concreto, lo que este último principio de busca es la colaboración entre las partes en el cumplimiento de los fines del proceso. Por tanto, se trata de un deber de cooperación en la búsqueda de la verdad para la aplicación concreta del derecho y la solución real de la controversia que llevó a las partes a los estrados. Y una de las manifestaciones principales de este principio es la obligación de decir la verdad. En cumplimiento de ese deber, se busca excluir del proceso los recursos torcidos, la prueba deforme y las inmoralidades de todo orden⁶, además de otro tipo de conductas que nos proponemos analizar en el presente escrito.

Buena fe y lealtad son lo que ha denominado la doctrina *deberes procesales*. Con ello se quiere decir que son imperativos jurídicos tendientes a la ordenación del proceso y para la construcción del interés público que

⁵ En este sentido, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha aplicado un concepto objetivo de buena fe para analizar la conducta de las partes. En Sentencia S-083 de 1995, con ponencia del magistrado Héctor Marín Naranjo, refiriéndose a la conducta de quien afirma desconocer el domicilio del demandado, afirmó: "Pero esta nesciencia que exige la ley como supuesto de índole factual, vista a la luz de los principios éticos antedichos, no puede ser la ignorancia supina, es decir la de aquel negligente que no quiere saber lo que está a su alcance, o la del que se niega a conocer lo que debe saber, pues en estas circunstancias, es de tal magnitud su descuido que, frente a la confianza que tanto el juez como la parte le han depositado y que reclaman de él un comportamiento leal y honesto, equivale a callar lo que se sabe, es decir, es lo mismo que el engaño" (subrayas dentro del texto). En este sentido, ni siquiera el convencimiento sincero de la parte que afirmó bajo juramento no conocer ese dato podría desvirtuar lo que, obrando con la diligencia y corrección debidas, se exige que sepa.

⁶ DEVIS ECHANDÍA, *cit.*, p. 124.

se busca⁷ en la materialización del derecho sustancial⁸. Por su naturaleza, no es posible obligar al cumplimiento de dichos deberes mediante una ejecución forzada; lo único que puede hacer al respecto del ordenamiento jurídico es tratar de evitar su violación previendo la imposición de sanciones de carácter pecuniario, personal o disciplinario a quien los infrinja⁹.

Por último, valga la pena aclarar que estos dos deberes, en cada caso concreto, se deben guardar hacia distintos sujetos e instituciones cuando se actúa dentro del proceso: el cliente, la contraparte, la Administración de Justicia¹⁰. Sin embargo, sin importar a quién se dirijan, ellos tienen un mismo y único sentido, pues en todo caso la finalidad perseguida por todos en el proceso es idéntica y la verdad que se busca es una sola, y es bajo estos principios que deben desarrollarse la totalidad de las relaciones entre los distintos sujetos procesales.

II. Lealtad y buena fe en la formulación de la estrategia

a. El carácter abstracto de los principios de lealtad y buena fe procesales.

Es nota común de las codificaciones procesales modernas la consagración de la buena fe y de la lealtad procesal como principios orientadores y moralizadores de la conducta de las partes en sus actuaciones ante la jurisdicción¹¹. Sin embargo, el gran problema que surge de la consagración positiva de dichas máximas se encuentra en la manera de darle eficacia real. Dado el carácter excesivamente abstracto de su formulación, resulta difícil reconocer en qué casos específicos se está frente a conductas desleales o de mala fe y se debe actuar para reprimirlas. Una situación tal corre el riesgo de caer en lo que un famoso procesalista definió como la *hipocresía* del Código de Procedimiento Civil¹², que consagra

⁷ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Depalma, 1975, pp. 209-210.

⁸ Constitución Política de Colombia, artículo 228.

⁹ COUTURE, *Fundamentos...*, cit., p. 210.

¹⁰ El Decreto 196 de 1971, en su artículo 47, señala como deberes expresos de las partes guardar lealtad hacia “la recta y cumplida administración de justicia” (numeral 2º), con “los clientes” (numeral 4º) y “con sus colegas” (numeral 2º).

¹¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Tratado...* cit., p. 123.

¹² CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologías, sociedad*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 287.

deberes a las partes del proceso sin establecer sanciones que aseguren su cumplimiento, o, añadimos nosotros, que no determina suficientemente las conductas que dan lugar a las sanciones establecidas¹³.

La formulación de los principios de lealtad y buena fe procesales suele ser realizada de manera genérica en la ley, y entre las pocas ayudas que ella nos brinda para reconocer los casos en que se configuran infracciones a tales principios hay unas pocas presunciones, tales como las de temeridad y mala fe consagradas en el artículo 74 del C. P. C.¹⁴. A pesar de que dicho catálogo no es taxativo y que pueden darse (y se dan en la realidad) otras conductas que atentan contra los preceptos debatidos, no se ve en la práctica que éstas sean sancionadas, ni que se haga nada para evitar que acaezcan; es más, ni siquiera se puede verificar que se apliquen las sanciones que establece el código para las conductas en él descritas como presuntamente temerarias.

Sin embargo, el problema que se deriva no es de orden legislativo, como podría llegar a pensarse. El ordenamiento jurídico ha puesto en cabeza del juez un fuerte poder de dirección del proceso, que incluye, entre otras, la facultad de suplir los vacíos aparentes de la ley positiva mediante la interpretación de la conducta de las partes. Es a él a quien corresponde superar los obstáculos que surgen de la aplicación de las leyes y hacer concretos, en cada caso, los alcances de los principios de lealtad y buena fe por cuyo cumplimiento debe velar¹⁵.

¹³ En el caso que tratamos aquí, tanto el Código de Procedimiento Civil (art. 71 y siguientes) como otros cuerpos legislativos, como la Ley 222 de 1995 (artículo 133) establecen sanciones pecuniarias concretas para todas aquellas conductas que puedan ser consideradas como temerarias o de mala fe. Sin embargo, la definición de "conducta temeraria" o de "mala fe" no es clara, y muchas veces estas sanciones son dejadas de aplicar por huir a problemas de interpretación sobre los mencionados conceptos.

¹⁴ El artículo 74 del C. P. C., al respecto, dispone: "Temeridad o mala fe. Se considera que ha existido temeridad o mala fe, en los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición, incidente o trámite especial que haya sustituido a éste.
2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.
3. Cuando se utilice el proceso, incidente, trámite especial que haya sustituido a éste o recurso, para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos.
4. Cuando se obstruya la práctica de pruebas.
5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso".

¹⁵ Vale la pena aclarar que no se necesita solicitud de parte para la aplicación de sanciones por el incumplimiento de los deberes procesales de buena fe y lealtad, sino que es una facultad oficiosa

b. La lealtad de las partes en el ejercicio del derecho de acción y de contradicción.

Los principios de lealtad y buena fe muchas veces son interpretados dentro de un ámbito restringido, como si sus infracciones se dieran con exclusividad dentro del proceso, y en las actuaciones de las partes aisladas de su contexto. Esta visión de los mencionados preceptos empobrece considerablemente su amplitud original y desarma al juez contra los abusos que, con más frecuencia de lo imaginado, se hacen del derecho a litigar.

Todo sujeto de derecho tiene la posibilidad de acudir ante la jurisdicción para encontrar solución a aquellas controversias jurídicas en que se puedan ver envueltos en sus relaciones con otros. A ese poder de impulso de la jurisdicción se le denomina derecho de acción. Doctrinalmente se concibe la acción como un derecho abstracto, en parte para salvar algunas dificultades de orden teórico que suscitan algunos casos en que la acción se ejerce de manera infundada. Así, quien acude a la jurisdicción, hace uso de tal poder sin importar que tenga o no el derecho sustancial que invoca como fundamento de sus pretensiones.

El carácter abstracto del derecho de acción, sin embargo, no justifica a quien lo ejerce de manera infundada, temeraria o desleal. Una cosa es que quien actúa de manera infundada ponga efectivamente en movimiento a la jurisdicción; otra cosa es que por ello su conducta sea correcta. En realidad, en su actuar se evidencia un claro abuso del derecho de acción¹⁶, llegando

del juez de conocimiento del proceso. Así lo expresó la Superintendencia de Sociedades, en auto 410-16-615 de 9 de octubre 2003, dentro del trámite del concordato de Exportaciones Bochica S. A. C. I.: “Llama la atención el Despacho en el sentido que la posibilidad de imponer la sanción por temeridad o mala fe, corresponde al juez y no requiere en consecuencia de solicitud de las partes en tal sentido. No obstante, en este proceso, una de las partes al decorrer las objeciones a los créditos, solicitó la aplicación de la sanción”.

¹⁶ “[...] si so pretexto del recto ejercicio de los derechos consagrados en la ley se utiliza el recurso con propósitos dolosos o fraudulentos, o se hace uso con temeridad de los medios de impugnación (artículos 71 y 74, numerales 1º y 3º C. P. C.), tal proceder, necesariamente coloca a la parte en un abuso del derecho de litigar y una violación de sus deberes de lealtad, probidad y buena fe, que la hacen responsable patrimonialmente con respecto a la contraparte y a los terceros afectados con semejante conducta”. C. S. J., Sala de Casación Civil, Auto A-268 de octubre 7 de 1997. También, en el caso de actuaciones temerarias en un proceso penal, la C. S. J. ha dicho: “Se incurre en dicha culpabilidad cuando se obra con dolo o intención de causar daño con el proceso penal impertinente o se comete culpa o negligencia grave en la oportunidad (ligereza o precipitud) o seriedad (infundamentación a sabiendas o notoria) de la denuncia penal o actos posteriores (...)” Sala de Casación Civil, Sentencia de 13 de octubre de 1988, M. P. Pedro Lafont Pianetta.

incluso en ocasiones a dar lugar a un fraude a la ley procesal, pues bajo el velo de legalidad de quien aparentemente ejerce un derecho subjetivo (de acudir al juez) pueden esconderse propósitos contrarios a la Constitución y la ley. No sobra recordar que, si como consecuencia de alguna de estas conductas abusivas se ocasiona un daño a otro, surge a cargo de quien lo ocasionó una obligación de resarcir, de acuerdo con las leyes civiles.

El ejercicio del derecho de acción se materializa en un acto procesal: la demanda. En ella quedan plasmados los fundamentos de hecho y de derecho en que se basa quien acude a la jurisdicción buscando satisfacer sus pretensiones. Ella es la guía que servirá al juez para proferir la decisión final sobre el asunto sometido a su conocimiento.

La demanda, como todo acto procesal, no es en sí lícita ni ilícita; no es en sí misma buena ni mala¹⁷: sobre su bondad se sabrá al decidirse sobre lo pedido por ella. *Será al momento de dictar sentencia que el juez tendrá posibilidad de determinar los verdaderos alcances que conlleva el acto de presentar una demanda e iniciar un proceso.* En dicha providencia se tendrán a disposición todos aquellos elementos de hecho y de derecho (en especial el material probatorio aportado y practicado en el proceso) que servirán al juzgador para determinar si el actor en la demanda obró con lealtad y buena fe, o si, por el contrario, se sirvió del proceso para obtener otro tipo de efectos distintos de la solución de la controversia planteada. Si el examen de corrección de la actuación de las partes se realiza de manera apresurada, podría el juez estar decidiendo sin elementos sobre la idoneidad del acto procesal que dio inicio al proceso, llegando siempre al mismo resultado: la hipocresía de la que hablábamos anteriormente, plasmada en una aprobación incondicional de la actuación de quien demanda.

De lo dicho hasta ahora puede afirmarse otro tanto en lo que respecta al ejercicio del derecho de contradicción por la parte demandada y de su contestación a la demanda.

c. El proceso y el juego: el valor de la estrategia en las actuaciones ante la jurisdicción.

Algunos autores han querido comparar el proceso con un juego, en el que las partes realizan una competición de habilidad para alcanzar sus

¹⁷ CALAMANDREI, Piero. *Derecho Procesal Civil México*, Harla, 1997, p. 253.

metas, de acuerdo con unas reglas dadas de antemano, que determinan en qué casos hay trampa¹⁸. En tales exposiciones, se habla de la lealtad como una especie de *fair play*, casi en el mismo sentido en que hablamos de juego limpio en un partido de fútbol.

Desde un principio podemos ver, más allá de lo inusual de la comparación, que juego y proceso son, en realidad, dos cuestiones bien distintas.

La misma naturaleza del proceso nos impide compararlo con un partido de fútbol, aunque muchas veces la práctica se encargue de asimilarlos. El proceso no es un fin en sí mismo, sino que atiende a la efectiva realización del derecho sustancial en el caso concreto; con él se busca dar efectiva solución a necesidades sociales¹⁹. El juego, al contrario, se basta a sí mismo y no atiende a fines superiores. Los premios obtenidos por el juego pueden motivar a las partes a ganar, pero no es posible afirmar que ellos sean su fin: ello equivaldría a decir que la finalidad del proceso son los honorarios de los apoderados.

Por otro lado, mientras que en el partido de fútbol el objetivo de ambos equipos es ganar, el del proceso es descubrir la verdad y resolver controversias con base en ella. El vencedor en el juego lo es por su habilidad o su astucia; por su parte, el favorecido con una decisión judicial, a quien no consideramos correcto llamar vencedor, lo es por medio la verdad.

En fin, el juego es ante todo entretenimiento o espectáculo; el proceso no lo es, ni debe serlo.

El proceso judicial busca entonces la realización del derecho mediante la búsqueda de la verdad, y es obvio que en este contexto la lealtad asuma connotaciones muy distintas de las del *fair play* en una cancha. *La lealtad procesal es una función de la verdad en el proceso*: es un imperativo para

¹⁸ CALAMANDREI, cit., pág. 249 ss.

¹⁹ GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 11; COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Depalma, 1974, pp.145 ss. Por su parte, DEVIS ECHANDÍA afirma: "El proceso no es una guerra en la cual el fin justifique los medios empleados para obtener la victoria, así sean inmorales, deshonestos o desleales. De ninguna manera. El Estado presta el servicio público de justicia, a un tremendo costo, para que se tutelen por conducto de los jueces los derechos subjetivos de las personas, su libertad y su honor, con el fin primordial de mantener la armonía y la paz sociales (...); pero de dicho servicio debe hacerse uso con estricta sujeción a la ley, la moral, la buena fe y la prudencia. La violación (...) del deber de actuar sin temeridad se garantiza con la imposición de dicha responsabilidad patrimonial." DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal; tomo I, Teoría General del Proceso*. Bogotá, ABC, 1972, p. 325.

las partes que deben ayudarse mutuamente, así como deben ayudar al juez, para llegar a una certeza sobre los hechos discutidos y las consecuencias jurídicas que se siguen de ellos. La lealtad procesal implica, en este sentido, actuar de manera honesta, sin sorpresas ni verdades a medias, sino con todas las cartas sobre la mesa; muchas veces, en cambio, este tipo de conductas son lícitas en el juego.

De todo lo dicho podemos ya entrever la importancia que tiene la determinación de la estrategia de quien va a actuar como demandante o demandado en un proceso. En la determinación de la estrategia, plasmada a lo largo de todo el proceso, y de manera particular en los actos procesales arriba mencionados (demanda y contestación) tendrán gran incidencia los principios de lealtad y buena fe.

Entendemos por estrategia una descripción completa que se hace la parte de la forma como piensa actuar, de principio a fin. Se trata del planteamiento de una directriz que oriente a la parte en el proceso de acuerdo con lo que pretende, lo que tiene, lo que piensa que tienen las demás partes y lo que espera de ellos. Se trata de un estudio de acciones y reacciones mutuas dentro de un proceso que se piensa emprender o continuar. Trazar una estrategia, en cierto sentido, corresponde al examen de las actuaciones propias que se conoce como "hacer de abogado del diablo".

Al formar la estrategia procesal, la parte interesada habrá de identificar cuál es la mejor conducta posible, cuáles los hechos que deberán ser demostrados, los argumentos jurídicos invocados, el orden de presentación, las pruebas que deberán solicitarse y la manera de intervenir en el proceso.

Existen, sin embargo, ciertas situaciones problemáticas que son tomadas en cuenta por algunos litigantes en el momento de preparar su intervención *en el proceso. A manera de ejemplo, referiremos algunas de ellas.*

La primera es la de quien, en el texto de la demanda, omite a propósito algunas de las pretensiones subsidiarias y consecuenciales, a la espera de la contestación, para añadirlas en una posterior reforma a la demanda y tomar por sorpresa al demandado²⁰.

²⁰ Esta situación es bastante común en aquellos procesos que se rigen en su totalidad por el Código de Procedimiento Civil. Causa de esto está en la amplitud del término para reformar la demanda permitido por el artículo 89 de dicho estatuto. En los procesos contencioso-administrativos no se da el caso, puesto que las aclaraciones o correcciones a la demanda se pueden permitir sólo hasta el último día de fijación en lista (artículo 208 del C. C. A.).

La segunda es la del demandado que se da cuenta de vicios de fondo en la demanda (v. gr., falta de legitimación en la causa) y no los alega en la contestación para evitar una reforma de la demanda que los subsane; posteriormente, ese mismo sujeto se valdrá de ese vicio en sus alegatos de conclusión para ganar el proceso, y hacerle perder tiempo al demandante, o lograr que se consolide una prescripción.

Un tercer caso es el de quien alega, como fundamento de la demanda o de las excepciones de mérito, hechos que no podrá probar por ser falsos, confiando en la ligereza o impericia de la contraparte, o para al menos ganar tiempo, e insolventarse en el entretanto.

Por último, está la situación de quien, al acudir a la jurisdicción, contradice su propia conducta anterior (*venire contra factum proprium non valet*²¹).

Estas prácticas, entre muchas otras, son ejercidas cotidianamente por los abogados. Son mecanismos de sagacidad que muchas veces pueden tener efectos en los resultados del proceso, pero no con base en la lealtad procesal, tal como la hemos definido, sino en engaños, verdades a medias y la mayor parte de las veces en la mala fe de la parte que hace uso de ellos. Pero son comúnmente definidos como “estrategias” dentro del proceso.

De lo dicho, cabe entonces preguntarse si es posible trazar una estrategia exitosa previa a la intervención en un proceso atendiendo a los

²¹ Lo expresado hace referencia a la denominada “doctrina de los actos propios”, según la cual no se puede ejercer válidamente un derecho subjetivo si con ello se contradice una conducta anterior jurídicamente relevante y eficaz. En gracia de ejemplo, si alguien, mediante una acción u omisión, implícitamente da lugar a la existencia de un contrato (aceptación tácita), más adelante no podrá válidamente alegar en un proceso que dicho negocio nunca surgió a la vida por falta de consentimiento de su parte: su acción u omisión es contraria a la pretensión o excepción procesal de inexistencia del acto.

En palabras de Alejandro BORDA: “La teoría de los actos propios es una regla general de derecho, derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria con respecto al comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto”. BORDA, Alejandro. *La teoría de los actos propios y el silencio como expresión de la voluntad*, en “Contratación contemporánea”, compilación dirigida por Atilio Aníbal ALTERINI y otros. Bogotá, Temis-Palestra, 2000, p. 71.

La teoría de los actos propios ha sido reconocida dentro de la jurisprudencia colombiana como un verdadero principio general de derecho derivado del de buena fe, entre otros, por las sentencias de la Corte Constitucional T-475 de 1992, T-295 de 1999, T-827 de 1999 y T-618 de 2000, y del Consejo de Estado de 9 de marzo de 2000, Exp. 11447; de 19 de junio de 1996, Exp. 4868; y de 11 de septiembre de 1997, todas de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

criterios de lealtad. En otras palabras: nos cuestionamos si en el proceso es posible presentar desde un principio todas las cartas sobre la mesa. Nuestra respuesta, sin temor a apresurarnos en su exposición, es que ello sí es posible.

Sostener que es leal ocultar la verdad en el proceso, así sea parcialmente, con el fin de obtener un resultado que le sea favorable a la parte que lo contrató para velar por sus intereses, es algo hipócrita. La contradicción es evidente: no es posible, por un lado, recurrir al proceso buscando la solución de un litigio de acuerdo con la verdad y ocultar parte de ella esperando la reacción, la sorpresa de la contraparte cuando en un momento posterior se dé cuenta del nuevo elemento en discusión y para el cual no estuvo preparado. El proceso es un mecanismo de solución de controversias, y no debe ser utilizado en ningún caso para crear nuevos conflictos sociales.

Un abogado diligente, con anterioridad a la iniciación del proceso, hará el examen del caso siguiendo todos los pasos que exige el análisis previo a la formación de su estrategia: se informará de los hechos del proceso y calificará las posibles soluciones jurídicas haciendo de "abogado del diablo". El fin de un examen tal debe traer como resultado la formulación de un esquema sólido y coherente, racionalmente sostenible, suficiente por su propio peso argumentativo y fáctico para soportar cualquier tipo de contraargumentación de la parte contraria, sin necesidad de ayudas de tipo retórico, ni de actuaciones oscuras, disimuladas o parciales que busquen sorprender a la otra parte y menguarle sus posibilidades de contradicción. Entre otras cosas, porque cuando se estudia la reacción probable de la parte opuesta se busca verificar la solidez del esquema que se planteará en el proceso, y no la mejor manera de desarmar a la contraparte.

El buen estratega trabaja con la verdad, y la presenta al juez para que decida conforme a ella²². El valor ético de quien actúa lealmente en el ejercicio de la profesión es la prudencia. Cada actuación que realice debe estar precedida de un examen concienzudo y debe traer como consecuencia un debate serio.

²² Al respecto, es importante tener en cuenta la anotación que hace CARNELUTTI: "cuando el agente, después de la previsión y antes de obrar delibera, su deliberación conduce a un juicio sobre la *licitud* o la *ilicitud* del acto, que se resuelve en la *buena* o en la *mala fe*." En *Teoría general del derecho*. Madrid, Revista de derecho privado, 1953, p. 342.

Más que a un jugador, entonces, el abogado, en la etapa de formación de su estrategia, debe parecerse a un hombre de ciencia que verifica sus teorías antes de llevarlas a la práctica. Con esa óptica el juez debe analizar la conducta de las partes en el proceso, y al tener los elementos necesarios para hacer dicha valoración, es decir, en el momento de dictar la sentencia, debe darle peso probatorio²³ y proceder a aplicar, si es el caso, las sanciones previstas para los casos de temeridad y mala fe dentro del proceso.

III. Algunos escenarios preprocesales

Dentro del presente capítulo se analizarán algunas conductas particulares, con incidencia dentro del proceso, que pueden o deben ser ejecutadas con anterioridad al mismo, en aras de determinar cuándo ellas se prestan para actos de mala fe o de deslealtad. Inspirados por las mismas premisas que nos han guiado hasta el momento, nos concentraremos en determinar si las situaciones que se analizarán son prácticas leales, a pesar de parecer lo contrario, o si, viceversa, pueden prestarse para abusos, a pesar de su imagen de licitud.

En este sentido, observaremos algunas conductas referentes a las pruebas que se harán valer en el proceso, y sobre el agotamiento de algunos requisitos previos, como la conciliación extrajudicial y la vía gubernativa.

a. Aspectos probatorios

1. Pruebas presentadas de común acuerdo

Reviste gran importancia para el procedimiento civil colombiano, el cambio introducido por el artículo 21 del Decreto 2651 de 1991²⁴, en el cual se replantea el principio de la inmediación judicial en materia probatoria y se permite a las partes que, de común acuerdo, practiquen testimonios, interrogatorios de parte, pericias e inspecciones judiciales sin la presencia de un juez.

Las anteriores pruebas, salvo el interrogatorio de parte, que requiere la intervención de abogado, pueden ser practicados²⁵ directamente por las

²³ Es decir, considerar deducir indicios de la conducta procesal de las partes para valorar los hechos alegados, según lo dispone el artículo 259 del C. P. C.

²⁴ Adoptado como legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998.

²⁵ Hablamos de su práctica, ya que para ser aportados al proceso se requiere de derecho de postulación, se debe hacer por medio de un memorial suscrito por un abogado.

Más que a un jugador, entonces, el abogado, en la etapa de formación de su estrategia, debe parecerse a un hombre de ciencia que verifica sus teorías antes de llevarlas a la práctica. Con esa óptica el juez debe analizar la conducta de las partes en el proceso, y al tener los elementos necesarios para hacer dicha valoración, es decir, en el momento de dictar la sentencia, debe darle peso probatorio²³ y proceder a aplicar, si es el caso, las sanciones previstas para los casos de temeridad y mala fe dentro del proceso.

III. Algunos escenarios preprocesales

Dentro del presente capítulo se analizarán algunas conductas particulares, con incidencia dentro del proceso, que pueden o deben ser ejecutadas con anterioridad al mismo, en aras de determinar cuándo ellas se prestan para actos de mala fe o de deslealtad. Inspirados por las mismas premisas que nos han guiado hasta el momento, nos concentraremos en determinar si las situaciones que se analizarán son prácticas leales, a pesar de parecer lo contrario, o si, viceversa, pueden prestarse para abusos, a pesar de su imagen de licitud.

En este sentido, observaremos algunas conductas referentes a las pruebas que se harán valer en el proceso, y sobre el agotamiento de algunos requisitos previos, como la conciliación extrajudicial y la vía gubernativa.

a. Aspectos probatorios

1. Pruebas presentadas de común acuerdo

Reviste gran importancia para el procedimiento civil colombiano, el cambio introducido por el artículo 21 del Decreto 2651 de 1991²⁴, en el cual se replantea el principio de la inmediación judicial en materia probatoria y se permite a las partes que, de común acuerdo, practiquen testimonios, interrogatorios de parte, pericias e inspecciones judiciales sin la presencia de un juez.

Las anteriores pruebas, salvo el interrogatorio de parte, que requiere la intervención de abogado, pueden ser practicados²⁵ directamente por las

²³ Es decir, considerar deducir indicios de la conducta procesal de las partes para valorar los hechos alegados, según lo dispone el artículo 259 del C. P. C.

²⁴ Adoptado como legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998.

²⁵ Hablamos de su práctica, ya que para ser aportados al proceso se requiere de derecho de postulación, se debe hacer por medio de un memorial suscrito por un abogado.

partes, sin necesidad de intervención alguna por parte del juez ni de apoderados. Todo lo anterior redundará en una nueva visión respecto del procedimiento, lo cual no solo le sale al paso a la morosidad judicial sino que resalta la dignificación de la profesión del abogado y el leal comportamiento y la buena fe con que deben guiarse las partes dentro del proceso.

Refiriéndose al caso de la pericia, manifiesta el profesor LÓPEZ BLANCO que *"la circunstancia de que las dos partes lo presenten, requisito central para dar cabida a todas estas modalidades probatorias que estamos comentando, evidencia que ellas están de acuerdo con los análisis y conclusiones a los que arribaron los expertos cuyos servicios requirieron y por tal motivo los someten a la consideración del juez, pues es obvio suponer que si no los comparten, mal harían en presentarlos, por cuanto la razón de ser de esta modalidad probatoria estriba en eliminar toda la tramitación propia de la pericia y llevar el conocimiento del juez el informe pericial para que lo evalúe, ilustre su criterio y sirva como base para que tome la determinación pertinente, de donde se infiere lo impertinente que sería el presentarlo y luego entrar a cuestionar sus fundamentos o conclusiones"*²⁶.

Podemos afirmar que toda petición o alegato que tienda a desvirtuar el valor del material aportado de común acuerdo, conducta que el autor arriba transcrito considera como algo impertinente, debe a todas luces ser rechazada, y constituye otro ejemplo de actuaciones de mala fe, pues contraría la seguridad con que las partes entran al debate procesal respecto de la prueba de ese hecho en particular. De darse una alegación tal, el juez debe calificarla como temeraria, de acuerdo con lo dicho arriba sobre la doctrina de los actos propios²⁷. El juez debe valorar todo el material probatorio según su prudente juicio, y de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 187 y 249 del C. P. C., puede tomar toda solicitud o alegato en contra de lo allegado de común acuerdo como un indicio desfavorable a quien elevó la petición.

A pesar de que las anteriores pruebas se puedan realizar con anterioridad o con posterioridad a la iniciación de un proceso judicial, en su práctica, pero sobre todo en su aporte y contradicción deben seguirse los principios de lealtad y buena fe que inspiran todo proceso, pues es en este escenario donde tendrán su eficacia práctica.

²⁶ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Comentarios al decreto de descongestión judicial*, 2ª ed., Bogotá, Dupré Editores, 1994. pp. 75 ss.

²⁷ Ver arriba, nota no. 21.

2. Pactos sobre pruebas

Los contratos o pactos sobre pruebas son aquellos convenios, expresos o tácitos, mediante los cuales las partes pretenden alterar las reglas normales de la prueba judicial²⁸. Estos acuerdos pueden ser de varias clases:

- a) Los relativos a la determinación de los hechos a probar.
- b) Los que modifican las formalidades procesales establecidas por la ley para la construcción de una prueba.
- c) Los que alteran el valor que la ley otorga a un medio probatorio determinado.
- d) Los relativos a la carga de la prueba o a la obligación de probar.

Una primera posición considera que estos pactos son válidos y vinculantes, siempre y cuando el derecho involucrado en el proceso judicial sea disponible, por cuanto en ese caso equivaldrían en mayor o menor medida a una renuncia de un derecho. En ayuda del argumento anterior se ha dicho que el juez, dentro de la neutralidad que lo caracteriza, debe permitir a las partes plantear la forma en que presentarán el debate procesal.

Sin embargo, una segunda posición niega la validez de esta clase de convenios con fundamento en que las normas procesales sobre la materia probatoria son de orden público y tiene un carácter vinculante. Por otro lado, sostiene que no existe para las partes un derecho de disposición sobre el material del proceso, de tal forma que, si las partes cumplieran voluntariamente lo acordado, el juez sólo estaría condicionado a los resultados de su actividad pero no resultaría obligado por sus disposiciones.

Lo anterior es definitivamente cierto, más aún si se considera que de la producción de la prueba depende la eficacia del proceso, por lo cual no puede dejarse esa actividad a la libre disposición de las partes sino que debe ser regulada para obtener los mejores resultados²⁹ en aras de obtener la verdad en el proceso.

²⁸ Cfr. PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. 7, La Habana, Editorial Cultural, 1936, pp. 763 ss.; LESSONA, *Teoría general de la prueba en derecho civil*, t. I, Madrid, Editorial Reus, pp. 49 ss. y 161 ss.; CHIOVENDA, *Principios generales de derecho procesal civil*, t. II, Madrid, Editorial Reus, pp. 292 ss.; ROCCO, *Tratado de derecho procesal civil*, Vol. II, Bogotá, Editorial Temis, 1970, pp. 204 ss. En especial DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, t. I, Buenos Aires, Víctor de Zabalía, 1972, pp. 511 ss.

²⁹ Cfr. CARNELUTTI, *Sistema de derecho procesal civil*, t. II, Buenos Aires, Uteha, 1944, p. 448.

Finalmente, es de resaltar que la sanción que otorga el C. P. C. a estos pactos es la ineficacia de pleno derecho, cuando en su artículo 6º dispone que los particulares no pueden derogar, sustituir o modificar las normas procesales y que tales estipulaciones se tendrán por no escritas.

Lo anterior a todas luces y sin asombro de duda permite afirmar que la violación o el incumplimiento de cualquier tipo de pactos sobre pruebas, y no sólo los arriba enumerados, no constituye de ninguna manera una infracción al explicado principio de lealtad procesal. En efecto, dichos acuerdos no son verdaderamente vinculantes entre las partes y, por el contrario, resultan absolutamente inoponibles al juez, de manera que no se puede aceptar que su desconocimiento pueda constituirse en la infracción mencionada.

b. Actuaciones durante el procedimiento administrativo

La lealtad como imperativo de comportamiento y como obligación de decir la verdad, debe estar presente en el procedimiento administrativo de formación de los actos administrativos, en la vía gubernativa y en el proceso judicial que a continuación se sigue. Para su estudio trataremos por separado la lealtad dentro del procedimiento administrativo (1) y la lealtad con la administración pública ante el contencioso administrativo (2).

1. Lealtad en el procedimiento administrativo

Afirmamos que dentro del procedimiento administrativo se exige un comportamiento leal, es decir, este es un escenario donde una parte no debe sorprender a la otra con actuaciones imprevistas, dañarla de manera maliciosa u obstruir su derecho de defensa, entre otros actos. Este deber es predicable tanto para el administrado como para la propia administración, quien tiene unos deberes más especiales por las particularidades propias del procedimiento administrativo.

Este procedimiento administrativo podemos definirlo como una serie de etapas, pasos o actos concatenados entre sí que han de cumplirse para la formación de la voluntad de la administración pública, materializada con un acto administrativo. Este procedimiento administrativo, como consecuencia del sometimiento de la administración pública al derecho, tiene como función, en primer lugar, servir de garantía de seguridad, defensa y contradicción para los administrados, pero también pretende imprimir eficacia a las actuaciones públicas, especialmente, las administrativas.

De lo dicho, podemos afirmar que la administración, por actuar en una doble condición dentro del procedimiento administrativo, tiene el deber de ser leal en su desarrollo por ser parte dentro del mismo, pero a su vez, tiene el deber de respetar el debido proceso y el derecho de contradicción, en su calidad de fallador.

En la práctica encontramos diversos ejemplos donde administración o administrado no cumplen con el deber de lealtad enunciado. En primer lugar, vemos que en el procedimiento tributario, que no es nada distinto de un procedimiento administrativo especial, resulta desleal y violatorio del derecho de defensa respecto del administrado presentarle un requerimiento especial sin la totalidad de los defectos imputados a la liquidación privada. Este ejemplo, desde la perspectiva de la administración como parte, constituye una conducta desleal ya que ésta en el presente caso no contribuye a esclarecer la verdad dentro de la actuación tributaria pues al esconder defectos en la liquidación privada del contribuyente está omitiendo decir completamente la verdad, lo cual es, según lo dicho, manifestación esencial del principio de lealtad procesal. Ahora, desde el punto de vista de la administración falladora, se considera como una práctica violatoria del debido proceso, pues si se tiene en cuenta que el requerimiento será el acto frente al cual el administrado se pronunciará en desarrollo del derecho de contradicción, no debería admitirse que la administración deje de presentar todos los argumentos que tenga frente a la liquidación privada³⁰, y se reserve alguno para el momento de la sanción. Con lo anterior se excluye la posibilidad de imponer sanciones al contribuyente cuando éstas se fundamenten en argumentos nuevos frente a los cuales no se tuvo oportunidad de defenderse. Se trata de una aplicación jurisprudencial del deber de lealtad.

Un segundo ejemplo, con similares características, se encuentra en el proceso disciplinario, en el sentido de que no es posible sancionar al funcionario investigado por cargos no expuestos en el auto correspondiente, es decir, frente a los cuales no le fue posible pronunciarse en la oportunidad de presentar descargos. En este ejemplo, que al igual que el anterior se refiere a procedimientos administrativos especiales que pueden dar lugar a un acto administrativo sancionatorio, además del postulado de la buena fe se desconoce el deber de lealtad que compete a la administración en su calidad de parte y se evidencia una violación del debido proceso por la

³⁰ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 15 de marzo de 1996, expediente 7426.

administración como ente fallador. Aquí, la administración no sólo tiene la carga sino también el deber de decir la verdad completa, de presentar todos los argumentos de hecho y de derecho con fundamento en los cuales realiza la acusación de una presunta violación de un tipo disciplinario.

Otro ejemplo se refiere nuevamente al procedimiento administrativo tributario. Considera el Consejo de Estado que ni la cuantificación del tributo, ni la imposición de sanciones administrativas pueden fundarse en pruebas ocultas, imprecisas o sobreentendidas por la administración, pues la falta de contradicción de la prueba y su posterior valoración en el acto definitivo, en la liquidación final, constituye un acto de "falta a la lealtad debida entre las partes"³¹. Lo anterior por una obvia razón: con esta conducta la administración no está diciendo la verdad al interior del procedimiento administrativo.

Finalmente, en cuanto a la contratación estatal, en la fase de liquidación del contrato, cuando se trata de una liquidación bilateral, el administrado tiene el deber de hacer todas las reservas, objeciones y salvedades que considere pertinentes, ya que, en caso contrario, la jurisprudencia ha admitido que aquél pierde el derecho a contradecir posteriormente el acto de liquidación. Según el Consejo de Estado, sólo actúa con lealtad quien hace la reserva de forma clara, tajante, concreta³² y no genérica, quien no lo hace torna inocua dicha reserva³³, de tal forma que al momento de impugnar el acto no se va a sorprender a la administración. Quien no formula las reservas a la liquidación de la forma descrita, no le está diciendo la verdad a la administración, no está desplegando una conducta leal al interior del procedimiento administrativo de liquidación contractual y no podrá, en consecuencia, ejercer válidamente las acciones correspondientes el mencionado acto.

Los anteriores ejemplos demuestran que durante todo el procedimiento administrativo, y no simplemente en el cuestionamiento de actos en vía administrativa, es deber al que se debe someter no sólo la administración (en su doble posición de parte y fallador) sino también el administrado, quien debe ajustar también su conducta a los postulados de buena fe y lealtad procesal, diciendo siempre la verdad en sus actuaciones.

³¹ Ibíd.

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de febrero de 2001, expediente 11689.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de marzo de 2000, expediente 10778.

2. Lealtad preprocesal en la fase jurisdiccional

Dentro del proceso contencioso administrativo, como en todo proceso judicial, operan los principios de lealtad y buena fe procesales, sin olvidar que el proceso contencioso posee algunas características que lo hacen especial, en particular por la existencia de un debate previo, es decir, la vía gubernativa, que se lleva a cabo ante la administración con la finalidad de impugnar sus propios actos. En este sentido, cabe preguntarse si la conducta de quien, en el momento de acudir ante la jurisdicción, presenta argumentos, hechos, causales de nulidad u otras circunstancias que no fueron alegadas en vía administrativa es una actuación leal y de buena fe. Este punto ha sido ampliamente debatido por el Consejo de Estado, en el cual, a pesar de que inicialmente hubo numerosas posiciones opuestas, hoy parece existir un consenso en torno a la necesidad de que el administrado no pueda presentar ante el juez administrativo hechos nuevos, distintos de los alegados en vía gubernativa.

En efecto, los hechos constituyen el objeto del debate, de modo que no exponer la totalidad de ellos dentro de la vía gubernativa constituye un acto desleal con la administración pública, con el cual resulta violado su derecho de defensa y debe proceder el juez administrativo a aplicarle las sanciones respectivas a quien los alega, habiéndolos callado con anterioridad. Los recursos de la vía gubernativa deben exponer un contenido fáctico completo porque es de esta manera como se le permite a la administración que tenga la oportunidad de revisar las decisiones tomadas para que, de estimarlo conducente, las confirme o aclare o, en caso contrario, las modifique o revoque³⁴.

El artículo 135 del C. C. A. consagra el agotamiento de la vía gubernativa como requisito de procedencia de ciertas acciones, que se entiende cumplido, entre otras, cuando se han presentado los recursos y los hechos que los fundamentan son los mismos que los presentados frente al juez. Pero vale la pena insistir que sólo se agota la vía gubernativa cuando existe coincidencia material entre lo solicitado en ella y lo planteado ante el juez administrativo, es decir que "la identidad debe darse entre el asunto que fue objeto de revisión y análisis por parte de los funcionarios administrativos y el que finalmente se somete a juzgamiento en la jurisdicción"³⁵.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 30 de octubre de 1992.

³⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 6 de agosto de 1990.

Sobre este punto ha entendido el juez contencioso que los hechos deben siempre ser los mismos, sin que ello impida que su planteamiento pueda ser mejorado. En un primer momento, algunos fallos consideraron que al ser la vía gubernativa la oportunidad de la administración para la revisión y reconsideración de sus propios actos, no era posible presentar ante lo contencioso hechos ni argumentos nuevos³⁶; por fortuna esta tesis fue abandonada y ahora existe consenso en el sentido de permitir presentar argumentos nuevos no esgrimidos en vía gubernativa, siempre y cuando se sustenten en los mismos fundamentos fácticos. Se ha dicho, para permitir mejorar el soporte argumentativo, no se exige en ninguna norma que exista congruencia entre la argumentación presentada ante la vía gubernativa y aquella planteada ante la jurisdicción³⁷. Se sostiene además que "no se requiere ser abogado para interponer los recursos en la vía administrativa, lo que muy seguramente puede llevar a que esbozados y puestos de presente los aspectos generales de la disconformidad del administrado con los actos de la administración, se presenten deficiencias de técnica jurídica que mal no podría enderezar un abogado"³⁸.

Además de lo anterior, consideramos que no es desleal con la administración presentar argumentos nuevos que ataquen el acto, porque en todo caso es deber del funcionario actuar con apego al principio de legalidad y, en su garantía, le es posible revocar de oficio, sin restricción alguna, el acto viciado de ilicitud que sea desfavorable al administrado (no es fácil imaginar cómo un administrado vaya a demandar la nulidad de un acto que le es favorable, pues esto riñe contra cualquier lógica), sin jamás poder considerarse al funcionario como un simple espectador o un tercero ajeno dentro de una actuación administrativa.

Finalmente, y una vez determinado que es desleal presentar sorpresivamente hechos nuevos, pero no lo es presentar argumentos nuevos sustentados en los mismos hechos, para dar claridad a esta última afirmación es necesario precisar qué debe entenderse por un argumento para poderlo diferenciar de un hecho. El argumento nuevo es un discurso

³⁶ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 4 de abril de 1997, al manifestar que "constituye una falta de lealtad de las partes el proponer con ocasión del recurso de apelación cargos sustancialmente nuevos a los esgrimidos en sede gubernativa y en primera instancia".

³⁷ Se afirma además que si se exigiera dicha correspondencia, los recursos de la vía gubernativa, serían un anexo obligatorio de las acciones de impugnación de actos, requisito que no está establecido por la ley.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 29 de octubre de 1999.

que busca demostrar una situación de hecho planteada, sin ampliar o modificar el escenario del debate; por el contrario, un hecho nuevo tiene como efecto la ampliación de la realidad del debate que se viene desarrollando.

c. Lealtad y buena fe de las partes en la etapa de conciliación extrajudicial

La conciliación como mecanismo de solución de controversias tiene como finalidad principal que las partes en conflicto puedan solucionar la situación problemática que las involucra, mediante la intervención de un tercero imparcial, que dentro de la discusión promoverá un acercamiento de las partes y propondrá fórmulas de arreglo, buscando las más de las veces una cesión mutua de intereses. “El procedimiento de conciliación da a menudo a las partes en litigio la oportunidad de *reducir las reclamaciones a medidas justas*, facilita el acuerdo entre las partes, evitando así los gastos que traería un proceso y asegura un arreglo razonable desde que la buena voluntad de cada una de ellas comprende el punto de vista de la otra”³⁹.

A partir de la expedición de la Ley 640 de 2001, en una gran cantidad de procesos la conciliación extrajudicial fue elevada a requisito de procedencia⁴⁰ de la demanda y su ausencia es causal de rechazo de plano de la demanda⁴¹. Es posible que, en un primer intento de acercamiento, al

³⁹ Le Tribuneaux Du Travail, Ginebra, 1939, p. 56.

⁴⁰ Los autores del presente artículo preferimos utilizar la expresión “requisito de procedencia” sobre aquella usada por la ley “requisito de procedibilidad”, semánticamente incorrecta.

⁴¹ El artículo 36 de la Ley 640 de 2001 expresa, de manera impropia: “Rechazo de la demanda. La ausencia *del requisito de procedibilidad* (sic) de que trata esta ley, dará lugar al rechazo de plano de la demanda” (se resalta). En estricto sentido, lo que está consagrando el precepto citado es un requisito de la demanda, adicional a los contenidos en el artículo 75 y siguientes, y es la prueba de haberse intentado un acuerdo conciliatorio, esto es, la certificación de la que habla el artículo 2º de la misma ley. En caso de no acompañarse la mencionada certificación no debe entenderse que falta cumplir con el requisito de procedencia, sino que falta anexar su prueba al escrito de la demanda. En esos casos el juez, según el procedimiento establecido por el artículo 85 del C. P. C., debe inadmitir la demanda para que en el término de cinco días sea subsanada acompañando la mencionada certificación. Sólo si vencido ese término no se aporta el documento requerido, procede el rechazo de la misma. Sin embargo, es práctica reiterada de la mayoría de los jueces rechazar *de plano* la demanda si falta la susodicha certificación, sólo porque la ley así lo expresa en su tenor literal. Pero un análisis juicioso de la norma da a entender que únicamente se establece el rechazo cuando falta agotar la fase de conciliación (el “requisito de procedibilidad” que resaltamos en la cita), y no ante la simple ausencia inicial de su prueba. Es decir, el artículo 36 de la Ley 640 nada añade al régimen general previsto por el artículo 85 del C. P. C. sobre la

momento de realizar la citación para audiencia de conciliación, el solicitante haya renunciado de antemano a ciertos intereses, en aras de facilitar un posible acuerdo. Sin embargo, fracasado ese primer intento de solución de la controversia, puede darse que, al momento de presentar la demanda, se pretenda con ella más de lo que se solicitó en la conciliación. ¿Puede el juez de conocimiento admitir la demanda, a pesar de que sobre algunas de las pretensiones no se haya tratado en la etapa de conciliación? ¿Puede dicha conducta de la parte demandante considerarse como un acto desleal hacia el demandado?

Con base en lo dicho arriba, podemos afirmar que si bien es cierto que existe una cierta diferencia entre lo pedido en la solicitud de conciliación y en la demanda judicial, ello por sí solo no justifica que el funcionario judicial deba rechazar la demanda por considerar que no se ha cumplido el requisito de procedencia. Es un error calificar sin más que la simple falta de identidad entre lo que se reclamó extrajudicialmente y lo que se pretende ante el juez encuadre necesariamente en la causal de rechazo de la demanda consagrada por la Ley 640. Es importante que tanto jueces como abogados entiendan que lo que se somete a conciliación no son pretensiones sino un litigio entero, una disputa en derecho; en este sentido cualquiera de las partes puede perfectamente adicionar en la posterior demanda todas las pretensiones que le sean concurrentes, que lo amplíen, o lo modifiquen, siempre que no desborden la médula del litigio. Sólo en el caso contrario, es decir, si las nuevas peticiones exceden este último límite, sería procedente aplicar la sanción procesal señalada.

Aclarado lo anterior, fácilmente se comprende que la inclusión de nuevas pretensiones concurrentes a lo solicitado para la conciliación tampoco es una conducta desleal, ni atenta contra el principio de la buena fe. En primer lugar, porque en la conciliación no se exige, de quien presenta la solicitud para audiencia, que haga una relación precisa y absoluta de los intereses presentes, o una valoración de los intereses futuros: ello sería como colocar una camisa de fuerza a las partes, quienes llegaron a la etapa de conciliación dispuestas a conciliar y a ceder algunas de sus pretensiones, a reducir sus reclamaciones a la medida justa, o que no se encuentran en la posibilidad

admisión, subsanación y rechazo de la demanda por ausencia de un requisito de forma. Cualquier interpretación contraria a la apenas expuesta debe ser descartada por inconstitucional, por contrariar los principios de economía procesal y de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal (artículo 228 constitucional), y por poner un obstáculo injustificado al acceso a la administración de justicia (artículo 229 superior).

de prever las consecuencias sobrevinientes, derivadas del conflicto con posterioridad al fracaso de la conciliación.

Pero si bien es cierto que esta conducta es permitida, resulta pertinente llamar la atención para que en el momento de la conciliación los intervinientes actúen con probidad, con sinceridad y se pongan de presente y de manera oportuna todas las circunstancias estimables para la conciliación, que no se guarden circunstancias que alteren el litigio que se pretende negociar, para sorprender a la contraparte en un posterior proceso judicial.

Es frecuente que se asista a la conciliación extrajudicial con la simple idea de cumplir con un requisito legal, previo a la iniciación de un proceso, a la espera de un proceso en que se puedan proponer todo tipo de pretensiones. Es necesario, a este respecto, cambiar dicha mentalidad frente a la conciliación extrajudicial, pues con ello se está desnaturalizando la finalidad esencial de la conciliación, esto es, lograr la solución de controversias por medio de un mecanismo alternativo a un proceso judicial, a menudo prolongado y costoso.

La lealtad y la buena fe procesales, en estos casos, deben analizarse en el comportamiento de las partes que varían sus pretensiones para ir al proceso, luego de fallida la conciliación, para determinar en qué casos puede proceder el juez a admitir la demanda o en cuáles debe rechazarla. Dicho análisis debe realizarse desde un punto de vista objetivo, atendiendo a los deberes de corrección y diligencia que radican en cabeza de las partes, buscando con ello la verdadera finalidad del cambio en las peticiones, sin que interese cuál fue la intención de las partes, sino el litigio que se intentó conciliar y si coincide con el que se presenta en la demanda judicial.

En síntesis, presentar en la demanda nuevas pretensiones no ventiladas en sede de conciliación no es en sí misma una conducta desleal; sólo lo será en la medida en que con ello se cambie la sustancia del litigio que se pretende solucionar mediante el proceso. En ese caso, el juez debe proceder de oficio, o a petición de la contraparte, a aplicar las sanciones previstas para las conductas de mala fe, en contra de quien, por viveza o ligereza indebidas, busca evadir la etapa de conciliación extrajudicial.

CONCLUSIONES

No es necesario un cambio legislativo para conseguir el cabal cumplimiento de los principios de buena fe y lealtad procesal en las

actuaciones de quienes acuden a la jurisdicción. Es al juez a quien compete interpretar las normas para hacer encuadrar en ellas las conductas que violan dichos deberes y garantizar de este modo la moralidad del proceso judicial, así como la realización de su fin último: la paz social. Sería ingenuo esperar que la promulgación de una nueva ley procesal solucione los problemas que surgen del abuso del litigio, si fallamos en la interpretación de la normatividad vigente, especialmente en aquellos casos, como el presente, en que se muestra abstracta o imprecisa.

En este sentido, el juez debe estar en capacidad de determinar aquellos casos, incluso los anteriores del proceso, que atenten contra la búsqueda de la verdad real en aras de solucionar una controversia jurídica, y debe poder calificarlos, sin titubeos, como desleales o de mala fe, así no estén consagrados en la ley expresamente como tales. Nuestra posición se basa en la confianza en quien detenta la jurisdicción y en los poderes que el ordenamiento le confía para dirigir y mantener la función del proceso.

Por último, debemos resaltar que la conducta desleal o de mala fe de algunos usuarios de la función jurisdiccional hará que quienes se comportan de tal manera se vean también perjudicados con sus propias actuaciones, pues son ellos quienes principalmente se encargan de estropear el sistema procesal y contribuyen a la deslegitimación y desgaste de la jurisdicción. Sólo mediante un comportamiento honesto y leal es posible contribuir a la construcción de la justicia social por medio de la jurisdicción.