

LOS INTERESES MORATORIOS CIVILES EN EL DERECHO OBLIGACIONAL COLOMBIANO: PACTO, PRESUNCIÓN, CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD

3

Un ensayo histórico y comparado de *lege ferenda* sobre la concepción de la onerosidad en el derecho privado bajo la vigencia de la Constitución de 1991

Resumen

El derecho privado, y en especial el de las obligaciones, está estrechamente vinculado con otra serie de consideraciones económicas, históricas y de derecho comparado, sobre todo en los convulsionados y contradictorios tiempos de globalización que vivimos y que parecen recobrar su significación. Las obligaciones dinerarias y, en especial, su tasación sancionatoria por vía de intereses deberían ser releídas, en las democracias neoconstitucionales latinoamericanas emergentes, a través de esos instrumentos, so pena de que los criterios económicos terminen minando la solidez del Estado Social mismo y por contera la supervivencia de los ciudadanos.

Abstract

Private law, and especially obligations and agreements law, is closely linked with another set of economic, historical and comparative law arguments, especially

in the convulsed and contradictory times of globalization that we live and which seem to regain their significance. Monetary obligations and, in particular, their imposition of sanctions by way of interests should be re-examined in the emerging of the Latinamerica new constitutional democracies through these instruments, on the grounds that economic criteria would end up undermining the solidity of the social state itself and thus ensuring survival of the citizen.

Keywords: Neoliberalism, Social State, obligations law, money, interest, assessment, arrears, covenant, constitutionality.

Palabras clave: Neoliberalismo, Estado Social, derecho de obligaciones, dinero, intereses, tasación, mora, pacto, constitucionalidad.

Introducción y planteamiento del problema

El péndulo que acota las ideas políticas y económicas entre las de extrema derecha y las de extrema izquierda, neoliberalismo e intervención social, parece haber llegado a uno de sus extremos en el año 2016: ¡Comienza el duro y peligroso regreso! Paradójicamente es el representante más llamativo de la derecha: Donald Trump, presidente electo de los Estados Unidos de Norteamérica, quien pretende liderar la limitación al libre comercio, a la globalización y a la economía mundial, para volver a los proteccionismos, al *antidumping* y a la valoración del trabajo y la industria norteamericanas: sus propuestas y sus objetivos sin embargo son tan pueriles como contradictorios. No existe un mínimo de consistencia política entre cada una de sus afirmaciones y sus propuestas (Hirschfeld & Preston, 2016).

En ese marco, aparecen sin embargo voces críticas, un tanto más coherentes, que abogan por la pervivencia de dos elementos esenciales en el mundo globalizado neoliberal: el Estado de derecho y, por encima de todo ello, el individuo. Thomas Piketty, economista francés es una de esas, también confusas voces, que lamentable y sorprendentemente mucho eco ha cobrado en el corifeo internacional de la reivindicación social. Luego de confesar que no ha leído completamente el capital de K. Marx, publicó un libro que denominó *El capital en el siglo XXI* (2014) y en el mismo es perceptible verdaderamente su falta de profundidad de conocimientos en historia y valoración económica. Sin embargo, capitalizando su popularidad se ha dado a la escritura de interesantes textos sobre la redistribución de la riqueza en el mundo contemporáneo.

Él, junto con otros académicos de las ciencias económicas y sociales, como Tony Judt (2010) o el mismísimo Joseph Stiglitz (2012) aparecen, poco a poco, como adalides que pretenden crear una dicotomía interesante sobre la estabilidad necesaria que debe existir entre constitucionalismo y neoliberalismo. En principio pareciera que lo uno no tiene nada que ver con lo otro, en la medida en que una es una categoría jurídica y la otra económica, pero paulatinamente en textos focalizados como *Ciudadanos y consumidores* de Nestor García Canclini (1995) o en el *Futuro de la Democracia* de Bobbio (2001) o la *Refundación del Estado en América Latina* de Boaventura de Sousa Santos (2010), pareciera aflorar, poco a poco, la intencionalidad específica para varios países, de propiciar esa discusión: el neoliberalismo sí pareciera tener un límite que va a materializarse en la postulación y respeto de derechos fundamentales de los individuos atados por el Estado nacional. Así, un principio que pareciera derivarse de esas lecturas es que, por más movilidad libre del trabajo y, sobre todo, de los capitales, que exista alrededor del planeta, lo cierto es que los Estados nación van a ser un baluarte defensivo para los ciudadanos que, así contextualizados, van a tener que poder acudir a sus legislativos o a sus jurisdicciones para hacer proteger su propia subsistencia y la de sus familias.

Más allá incluso de las interesantes reflexiones de García Canclini (1995), pareciera que el derecho social alemán fundado desde Otto Von Bismarck y su difusión hacia las socialdemocracias nórdicas: Suecia, Noruega, Holanda, Bélgica, Islandia y Escandinavia, ha sido el referente material clásico de esa teoría de equilibrio necesario entre la economía liberal manchesteriana inglesa y la pervivencia de derechos de los sujetos de la Europa continental, todo lo cual ya era una discusión válida en los primeros catorce años del siglo XX.

Pero más llamativo aún es el hecho de ese planteamiento que tiene más de una centuria y que para entonces no fue muy exitoso, tras las peores crisis económicas de los últimos tiempos y específicamente desde 2008 hasta hoy, son esas mismas naciones, las que han logrado obtener una estabilidad económica, que además brinda un margen amplio de calidad de vida y materialización de derechos sociales a sus ciudadanos.

En efecto, equívocamente se vincula esa estabilidad a fenómenos mal entendidos, como el mal llamado milagro económico alemán de la posguerra financiado por capitales norteamericanos, o a la postulación de los derechos fundamentales

como vinculantes y obligatorios, por primera vez en el sistema continental, a través de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y se minimiza la importancia de la legislación social que ha existido en Alemania desde finales del siglo XIX. Por supuesto, todos y cada uno de esos fenómenos han sido elementos de influencia importante en la perpetuación del respeto de los derechos ciudadanos y la redistribución económica, pero como lo hemos dicho en otros espacios y documentos, debería revalorarse nuevamente el papel de la legislación social en la duradera estabilidad de la economía alemana, que es, en palabras de los entendidos, la única que no ha sufrido mayores reveses y, de hecho, la única del mundo que sufre de un superávit problemático desde 2008 hasta nuestros días (Cfr. con Arango Rivadeneira (2001)).

Dos reflexiones adicionales parecen necesarias ahora. La primera tiene que ver con que esas socialdemocracias parecerían tener la virtud y la vocación de volverse un referente para las nacientes e incipientes democracias neo-constitucionales latinoamericanas que a duras penas tratan de solventar sus dificultades financieras con un equilibrio fiscal bastante delicado, pero que —a pesar de postularlo— desconocen (y deben desconocer) los derechos sociales altamente pregonados por sus ordenamientos, por mera imposibilidad económica. Esa referenciación, sin embargo no ha sido categorizada de buena manera en Latinoamérica, en parte por una tozudez investigativa y en parte por una falsa percepción de las significativas diferencias que existen entre las dos regiones: La Europa nórdica y una Latinoamérica posmodernista tropical. Sin embargo, no se apuntalan correctamente las características críticas que tanto a nivel histórico como económico han acompañado a los dos grupos de reformas constitucionales.

El otro punto trascendente tiene que ver con que la legislación social no es un todo, no solo tiene que ver con seguros de vida, de niñez, de maternidad de escolaridad, universitarios, de desempleo y muerte, sino que más que una legislación se habla de un “sistema jurídico social” que no solo comporta la expedición de normas legislativas respectivas, sino la reinterpretación constitucional y social de toda la legislación clásica: un elemento decisivo en ese sistema es la debida reinterpretación sobre la remuneración dineraria en los códigos civiles, que en Alemania fueron incluso posteriores a la creación del sistema legal social⁴⁶.

46 Recuérdese que el sistema social es de 1880 y el BGB es de 1900.

•Los intereses moratorios civiles en el derecho obligacional colombiano.

Pero adicionalmente es necesario postular que la realización del Estado social en nuestras latitudes se ha visto fuertemente obstruida por la lectura adjudicativa anacrónica y retardataria que parece opacar la reluciente renovación constitucional. Elementos adicionales como el principio de utilidad de Wilfredo Pareto, que en sistemas judiciales desarrollados es una constante analítica en los espectros negociales sometidos a valoraciones de equidad (y que ha supuesto que dos expertos reciban el premio nobel de economía este año), deberían ser puestos de presentes, pero como es claro, el avance de las ciencias sociales y, en especial, de la apreciación judicial suele ser paulatino y progresivo. Pero ojalá, poco a poco, se incorporen esta clase de instrumentos para medir la justicia y la equidad de la autonomía privada. En ese contexto este ejercicio tratará entonces de dinamizar debidamente el sistema obligacional civil y sobre todo el sistema de cobro de intereses durante la mora.

Importancia y difuminación de las relaciones obligatorias dinerarias

Las obligaciones dinerarias son sin lugar a dudas las más importantes de toda la dogmática del derecho privado. Si no se quisiera admitir esa situación, a lo sumo debería reconocerse que por lo menos son las más frecuentes, no solo por cuanto el dinero es por antonomasia la forma ideal de pactar la remuneración certera de bienes y servicios en muchísimos ámbitos tanto mercantiles y empresariales (todos los contratos de consumo) como civiles (la obligación alimentaria entre cónyuges o entre ascendientes y descendientes), administrativos (destinación de unos montos pertenecientes al erario para la realización de los fines del Estado), o incluso, del derecho punitivo (la indemnización por los daños ocasionada por el particular sujeto a los procedimientos sancionatorios, disciplinarios o penales, podrá incluso a través del principio de oportunidad —figura importada del derecho anglosajón— instar a las autoridades estatales a renunciar a su ánimo de persecución sancionatoria, siempre y cuando, transaccionalmente, todos los perjuicios causados a la víctima del delito o culpa hayan quedado o se entiendan resarcidos por las dos partes involucradas en el hecho)⁴⁷.

.....
47 Sobre el particular el lector puede confrontar las lecturas que sobre las obligaciones dinerarias realizan autores como Wolf y Neuner (*Allgemeiner teil des burgerlichen rechts*, 2012, p. 20), Medicus y Lorenz (*Schuldrecht I*, 2012) y en similar sentido Hinestrosa (2002, pp. 149 y ss).

Así, no solo a través de la regla de reconocimiento atinente a las fuentes de las obligaciones es dable admitir que la obligación más frecuente tiene que ver con el dinero, sino que la responsabilidad por el incumplimiento del dar, hacer o no hacer, entendidos como débito, deberá siempre ser tasada en dinero, para el momento de la responsabilidad. En efecto, a través del negocio jurídico obligatorio que así a bien tiene pactarla, del daño como fuente de responsabilidad indemnizatoria, que desde la *lex aquilia* abstrae la *vindicta* idéntica (ojo por ojo, diente por diente, etc.) como forma de resarcimiento y solo permite pagarse, previa sentencia, (sobre y) el patrimonio del ahora deudor, que en su momento fungió como agente causante del daño o sobre el de sus herederos; el abuso del derecho y el enriquecimiento sin causa, van a ser todos primigeniamente categorías, en las que la obligación pecuniaria nace a la vida jurídica como forma comprensiva, compensatoria e idealizada de la prestación que el deudor debe extinguir frente al acreedor. Esa obligación pecuniaria debe ser cumplida a cambio de un bien o un quehacer que ha desplegado o deberá desplegar la otra parte en los contratos bilaterales o conmutativos o bajo la comprensión de la relación obligatoria decimonónica.

El dinero en una democracia constitucional social

Sin embargo, pareciera, como en otros escenarios lo hemos puesto de presente (Castro, 2013), que en las democracias latinoamericanas pareciera abstraerse el mundo del derecho privado a la variación de las relaciones fundamentales constitucionales, lo que, sin lugar a dudas representa un desacierto gravoso para la garantía más comprensiva de los derechos de los individuos y sobre todo una desventaja significativa para el desarrollo dogmático serio del derecho, pero además implica una talanquera de no nimias proporciones para la consolidación económica de estas mismas naciones.

Al respecto, este ensayo trata de analizar de manera sencilla la comprensión de la obligación dineraria, la generación de intereses en las relaciones obligatorias, diferenciando su naturaleza civil y mercantil, y valiéndose de argumentaciones constitucionales, de derecho comparado e históricas. Con ello se trata de evidenciar cómo en el estado normativo actual pareciera evidente que en materia civil no es posible exigir intereses de ningún tipo cuando ellos no han sido acordados

• Los intereses moratorios civiles en el derecho obligacional colombiano.

por convenio expresamente, y de manera contraria a lo que ha afirmado la jurisprudencia; apartándose de las afirmaciones de la dogmática dominante. Además muestra cómo la tarea del juez va a ser (debería ser) mucho más irrestricta a la hora de constitucionalizar la prestación obligatoria de carácter dinerario, y como la limitación judicial de intereses que legalmente se le ha impuesto, debería ser más frecuentemente aplicada en todos los espectros decisionales de su tarea⁴⁸.

Restringida regulación legal de la obligación dineraria, explicación y abordaje por la jurisprudencia

Los códigos de la era legislativa respectiva⁴⁹ del derecho continental se orientan más a la regulación de la cosa debida entendiéndola como una de dos cosas: o como un cuerpo cierto o como un género. Por el contrario, las regulaciones sobre las obligaciones de dinero, dentro de esos trabajos legislativos son muy puntuales, por no decir que escasas, o en algunos casos, inexistentes. Así, por solo referir dos casos, en el *Bürgerliches Gesetzbuch* encontramos escasas normas al respecto §§ 244 — 248, 270, 272, 288 — 291, 301 y en el Código Civil Colombiano, salvo la regulación del mutuo arts. 2221 y ss., solo existen un par de normas, el art. 1617 y un par sobre el pago, (entre otras los artículos 1653 y 1654), que se refieren a la obligación dineraria como tal (Cfr. Medicus & Lorenz, 2012, p. 89; Hinestrosa, 2002, p. 149 y Ospina Fernández, 2008, p. 279).

.....
 48 A diferencia de lo que sucede en nuestros despachos judiciales civiles, en los cuales a través de un auto de formato se ordena por secretaría limitar el cobro de intereses, lo que debe desarrollarse al interior de la práctica judicial es la restricción del cobro excesivo de intereses, a través de la aplicación rigurosa de los principios de inmediatez y veracidad del juicio concretada en un estudio de justificación constitucional, legal y de razonabilidad de los intereses que se pretenden exigir en virtud de los procesos ejecutivos, para que en caso de no cumplir tales requisitos, se proceda a sancionar al acreedor con la pérdida de los intereses cobrados en exceso tal cual lo prescribe el artículo 884 del Código de Comercio.

49 El proyecto codificador tuvo como baluarte la consolidación de un Estado-nación absoluto capaz de regular todas las relaciones humanas de sus súbditos mediante el monopolio del uso de la fuerza, la administración de justicia y el poder soberano de definir el derecho. Es así como a través de la expedición de códigos, leyes, decretos, normatividades en general, fue posible unificar regulaciones desarticuladas al interior del territorio de un determinado Estado. Las características anteriormente referidas se pueden ubicar históricamente alrededor de 1648 en tiempos de la denominada “paz de westfalia”, época en la cual ya se habían consolidado en Europa Estados más o menos estructurados y sólidos, capaces de ordenar, regular y orientar las conductas de sus administrados de acuerdo a normas uniformes y públicas. Este proceso de estatalización y necesaria codificación de la vida social marca la ruptura con el estado de cosas de la Edad Media, época esta en la cual predominaba un pluralismo jurídico desordenado y sin la existencia de un Estado absoluto que se abrogue el monopolio de la fuerza, el monopolio de la creación normativa y la administración de justicia (Marquardt, 2009).

Frente a esa situación, y como en la parte introductoria ya se ha referido, las obligaciones con contenido pecuniario son las más frecuentes y por lo mismo y de alguna manera las más importantes en el tráfico jurídico: el precio de compra, el canon de arrendamiento, el salario, la remuneración de los contratos de obra, de asesoría, etc.. Pero incluso, si la prestación y contraprestación se contraen a cosas diversas que no sean dinero, su incumplimiento durante el débito, implicará que en el momento de tasar la responsabilidad, la misma prestación omitida o imperfecta se cuantifique a través del así llamado subrogado pecuniario: esto es, en dinero, como ya arriba ha quedado dicho.

Vale anotar aquí, que en general se ha entendido, que pareciera ser una herencia del *Corpus Iuris Civilis Justiniano* la concepción de que el dinero debería regularse solo para el caso de ese reemplazo posterior de la cosa debida: esto es como un asunto de solvencia relativa del deudor, que podría siempre extinguir su vínculo con dinero, en el caso del incumplimiento absoluto o relativo, imperfecto o moratorio (Cfr. Medicus & Lorenz, 2012).

Sin embargo, también vale acotar que la expedición temprana (Código Civil chileno/colombiano) o tardía (BGB) de los códigos, nunca tuvo la pretensión de ser ni mucho menos un prolegómeno, tal vez inadecuado, de la industrialización y la economía de mercado, como en parte la dogmática de las obligaciones, en especial del norte de Europa, quieren presentarlo. Posteriores fenómenos como la devaluación, la inflación, la pérdida de capacidad adquisitiva del dinero y las constantes crisis del sistema financiero posmoderno, fueron las que pusieron mientes en no pocas oportunidades temporales y espaciales sobre la necesidad de regular de manera mucho más minuciosa y detallada al dinero no solo como fenómeno económico, sino también como prestación de la obligación entendida en términos jurídicos.

En efecto, la codificación no buscaba subyugar el fenómeno jurídico al económico, esa forma de comprensión resulta un tanto descabellada, sin embargo, pareciera ser la dominante en las aproximaciones actuales que ha desarrollado la jurisprudencia.

En efecto, en las posiciones de la jurisprudencia sobre los intereses se vislumbra ese ánimo economicista un tanto ajeno a la juridicidad como se hará evidente en el siguiente resumen que recoge las últimas decisiones:

•Los intereses moratorios civiles en el derecho obligacional colombiano.

Sentencia del 05 de julio de 2011. Ref: Exp. 19001-3103- 003-2000- 00183-01.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil.

Magistrada ponente: Ruth Marina Díaz Rueda.

Hechos: Los demandantes hicieron oferta de venta al Incora de unos fundos, para el “programa de reforma agraria” desarrollado por la entidad, siendo beneficiarios los campesinos de Morales (Cuaca).

Acordaron como precio \$1.400'000.000, los que se pagarían en un 70% por el Incora y el 30% con un crédito que confería en desarrollo del programa la Caja Agraria a los futuros adquirentes, el cual fue aprobado y debía desembolsarse dentro de los 30 días siguientes a la fecha del otorgamiento del título escriturario y de entregado el lote.

Se celebró promesa de compraventa entre los propietarios de los inmuebles, los campesinos vinculados al programa y el Incora. La aprobación del crédito por la Caja Agraria generó seguridad para la consolidación del negocio, además porque se constituyó hipoteca a favor de la misma, y por ello los trahentes procedieron a otorgar los títulos y a entregar los predios a los compradores.

El Incora canceló a los accionantes el 70% del precio, pero no se hizo el desembolso del préstamo por la Caja, y al entrar en liquidación informó que por fuerza mayor no pudo concretar la operación.

Por el incumplimiento acotado los vendedores fueron perjudicados, por cuanto el convenio no se habría protocolizado sin la aprobación del crédito por la demandada y confirmado el mutuo con su firma en el título escriturario.

En primera instancia se declaró que la Caja Agraria incurrió en “responsabilidad precontractual”, por lo que se la condenó a cancelar intereses de plazo y moratorios con base en la tasa certificada por la SuperFinanciera, sobre la suma de \$420'000.000.

El Tribunal modificó la condena en lo relativo al pago de los réditos y determinó que tanto los remuneratorios como indemnizatorios debían liquidarse al 6% anual y los moratorios deben ser liquidados hasta que la entidad demandada efectúe el pago total.

Problema Jurídico: 1. ¿El Tribunal impuso una condena adicional por concepto de capital y por ende una reforma en perjuicio?

2. ¿La indemnización derivada de la responsabilidad precontractual solamente puede concretarse en el interés negativo, mas no en lo reconocido en el fallo, lo cual corresponde a “una declaratoria de responsabilidad contractual”?

3. ¿El sentenciador no aplicó las normas sustanciales que establecen que no hay lugar a indemnización de perjuicios por mora en caso de fuerza mayor o caso fortuito, pues dado el estado de liquidación en el cual se encontraba la Caja Agraria a partir de junio de 1999 existiría un evento de fuerza mayor?

Ratio Decidendi: 1. No, en razón a que solo se varió el porcentaje de los intereses y el término a partir del cual se causaban los indemnizatorios. Para tasar el resarcimiento del perjuicio solo se incluyó lo relativo a los intereses legales de carácter civil que hubiere podido producir el saldo del precio que se le adeuda a los demandantes con relación al contrato de compraventa, es decir, que no se ordenó la cancelación del saldo del precio de la compraventa, sino únicamente los réditos sobre lo adeudado por los adquirentes de los predios.

2. El ad quem concluyó que la Caja no cumplió con ejecutar el contrato a que se había comprometido con los compradores del inmueble, afectando la buena fe en la etapa precontractual, lo que lleva a reafirmar que el pago cuestionado de los \$420'000.000 son por el resarcimiento del perjuicio sufrido que en el presente asunto coincide con el mismo valor, y al fijar los parámetros para su cuantificación, entró a precisar que se origina en una de las formas de la responsabilidad civil extracontractual y debe por tanto regularse conforme a lo dispuesto en el artículo 1617 del C.C. siendo el interés a aplicar tanto para el plazo como para la mora, el legal del 6% anual.

3. El análisis del asunto se abordó bajo el ámbito de la responsabilidad precontractual y en esa medida resulta impertinente la aplicación del inciso 2° del canon 1616 del Código Civil, pues la misma contempla un evento de justificación de la mora respecto de “obligaciones de origen contractual”, basado en la existencia de fuerza mayor o caso fortuito. Pretender el reconocimiento de la aludida eximente de “responsabilidad contractual”, implicaría apartarse de lo concebido por el Tribunal a partir de la estimación de los elementos de juicio, ingresando así a un escenario distinto al escogido para la acusación, lo cual resulta inadmisibles a la luz de la técnica de casación.

Resolución: No casa.

Sentencia del catorce (14) de diciembre de 2011. Ref: Exp C-1100131030142001-01489-01.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil.

Magistrado ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar.

Hechos:

La parte demandante (Constructora Safinsa Limitada) y demandada (Bancafé S.A., antes Corporación Cafetera de Ahorro y Vivienda, Concasa) celebraron un contrato de mutuo con interés por una suma de \$1'500.000.000, la cual fue desembolsada entre abril de 1993 y julio de 1995. Dicho crédito fue garantizado con una hipoteca.

La pretensión de la demanda iba encaminada a que se declarara que la parte demandada había cobrado un monto excesivo de dinero no amparados en el contrato, que se imputó a rubros que no correspondían, que no contabilizó bien los pagos efectuados y que cobró intereses sobre intereses. Igualmente, pretendía que se condenara a la convocada a devolver el exceso pagado, estimado en \$1.247'000.000, “junto con sus intereses, liquidados desde la fecha del cobro indebido”, incluyendo los perjuicios materiales y morales causados.

Primera instancia:

El juez de primera instancia condenó a la entidad financiera a pagar un monto de \$597'523.382.06, más intereses, los cuales ascendían a la cantidad de \$492'364.153.90, al considerar que el banco cobró sumas excesivas de dinero.

Segunda instancia:

Consideró que el negocio detentaba una naturaleza comercial, por lo cual no le era aplicable el precedente de inexequibilidad del UPAC. Contrarió la afirmación de la parte demandada sobre la posición dominante de la entidad bancaria, descartando de esta manera las figuras del abuso de la posición dominante y de revisión de los contratos. Estimó que los deudores sabían qué obligaciones tenían respecto a su contraparte, ya que las pactaron válidamente. El Tribunal desechó algunas afirmaciones por falta de pruebas, como la relacionada al cobro de intereses sobre los intereses. Sin embargo, luego de atacar las pretensiones de la demanda, condenó al banco a pagar la suma de \$351'875.431.16 en razón a un cobro de lo no debido y por equivalencia a UVR más intereses.

Problema jurídico: ¿Las imputaciones realizadas a rubros distintos a intereses y a capital, en todo caso, previstos en la ley positiva y contractual, eran válidos o violaban normas de orden público?

Obiter dicta:

-“Los intereses remuneratorios y moratorios que en materia comercial se reconocen sobre un capital histórico o nominal, cuando no se ha especificado por convenio el interés, no sólo incorporan elementos de ganancia y de indemnización, según el caso, sino que igualmente aparejan un componente que, precisamente, está destinado a corregir la depreciación del dinero” .

- “Los contratos de mutuo celebrados con entidades financieras, es cierto, no están abandonados totalmente a la autonomía de la voluntad, toda vez que encuentran ciertos límites, en lo que interesa al caso, entre otros, a las aplicaciones de los pagos efectuados por los deudores, pues al considerar que éstos constituyen la parte más débil del contrato, no puede dejarse al arbitrio de los acreedores calificado, como los establecimientos de crédito, entre otros, señalar las tasas de interés, ni imputar los abonos que reciben como a bien lo tengan”.

- “Por ser los servicios financieros una actividad que demanda masivamente la población debe prestarse en forma estandarizada para satisfacer las necesidades de ésta, con la dinámica y agilidad que la vida contemporánea exige”.

- “La actividad financiera, como motor integrante de la economía, tiene una función social que supone responsabilidades, y como tal, de interés público, lo cual significa que debe estar sujeta a controles e intervenciones del Estado, según lo previsto en los artículos 334 y 335 de la Constitución Política”.

- “Se reputarán **intereses** las sumas que el acreedor reciba del deudor sin contraprestación distinta al crédito otorgado, aún cuando las mismas se justifiquen por concepto de honorarios, comisiones u otros semejantes” (art. 68 de la Ley 45 de 1990). “Al decir la norma que los pagos que se reciban “sin contraprestación distinta al crédito otorgado” o en “exceso de las sumas que señale el reglamento”, se imputarán a los réditos causados, esto significa que existen rubros autorizados que se justifican y causan de manera independiente, de una parte, aquellos que las autoridades competentes no tienen en cuenta para el cálculo de la tasa de interés efectiva, y de otra, los servicios vinculados directamente al crédito”.

Decisión: CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y en sede de instancia **revoca** parcialmente la sentencia de

primera instancia, **declara** probadas algunas de las excepciones propuestas por la parte demandada, así como que la entidad bancaria hizo cobros no debidos y **condena** a esta a devolver dichos montos actualizados a la parte demandante.

Sentencia del 4 de julio de 2013. Ref: Exp. 1700131030032008-00216-01

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil.

Magistrado Ponente: Fernando Giraldo Gutiérrez.

Hechos:

El 17 de enero de 1997, el Banco Central Hipotecario **concedió** a Ana Beatriz García Botero un préstamo para adquisición de vivienda por un capital de cincuenta y cinco millones de pesos (\$55'000.000), que se cubriría en ciento ochenta (180) cuotas mensuales, instrumentado en el pagaré a la orden N° 02702875-4.

Dicha la obligación se pactó en pesos, con “incrementos mensuales del capital inicial o de los saldos acumulados, que se produzcan por la capitalización de la porción de intereses causados que las cuotas periódicas no alcancen a cubrir”, y unos intereses convencionales durante el plazo, bajo la modalidad mes vencido, tomando el DTF nominal anual trimestre anticipado más 8.50%.

Señala la accionante que el Banco Central Hipotecario cedió parcialmente su cartera, en la que estaba incluido dicho crédito, al Banco Granahorrar, con corte al 31 de diciembre de 1999 y que posteriormente el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. absorbió al Banco Granahorrar por lo que para la época de inició del litigio era el titular legítimo del pagaré N° 02702875-4.

Indica la demandante que la inconformidad radica en la forma como se capitalizaron los intereses de la operación financiera entre el 17 de enero de 1997 y el 31 de diciembre de 1999, así como los valores cobrados por seguro de vida, incendio y terremoto, lo que incidió en que la reliquidación del crédito, por disposición de la ley, quedara hecha sobre un saldo incorrecto, a su criterio, con trascendencia en la forma como se siguió calculando mes por mes.

Primera instancia:

El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Manizales, una vez agotado el trámite procesal, absolvió a la entidad financiera en primera instancia. Impugnó la parte vencida.

Segunda instancia:

La Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales confirmó la decisión de primera instancia asegurando que “los intereses en la época en que se ajustó el contrato de mutuo” estaban regidos por el artículo 137 del Decreto 663 de 1993, que definía la tasa efectiva “para los efectos legales del sistema de valor constante”, y el literal f) del artículo 16 de la Ley 31 de 1992, relacionado con “los valores en moneda legal de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante UPAC”, estipulaciones que fueron declaradas inexequibles por los pronunciamientos de la Corte Constitucional C-700 y C-383, ambos de 1999, respectivamente, cuyos efectos no son retroactivos, por lo que “las entidades que en su momento aplicaron esa normativa vigente, actuaron conforme a derecho, no generando por lo tanto y en su contra responsabilidad de índole alguna”.

Problema jurídico:

¿Se equivoca el Tribunal en segunda instancia al aplicar partes enteramente sustanciales de sus argumentos en la aplicación de normas relacionadas con las regulaciones legales de la formación de las UPAC para los efectos de las ejecuciones financieras de los contratos de mutuo o pagarés suscritos en sistema de valor constante sin advertir que el pleito se circunscribía en un crédito denominado en pesos *con capitalización de intereses, que era la especie de financiación estipulada en el pagaré No. 02702875-4 y aducida en los hechos y pretensiones de la demanda?*

Ciertamente, tratándose de un título valor en favor de un establecimiento de crédito, las normas reguladoras del asunto se encontraban en la Ley 45 de 1990, el Decreto 663 de 1993, la Ley 546 de 1999, el Código de Comercio y las reglas de interpretación del Código Civil, además de la jurisprudencia y los principios de actuación de buena fe, en virtud de las cuales “la ejecución financiera del pagaré No. 02702875-4, ajustada a derecho, quedó distribuida en tres etapas”, la primera por su estipulación en pesos del 17 de enero de 1997 al 31 de diciembre de 1999, la segunda en esta última fecha para su reliquidación en UVR y la tercera, con posterioridad a la misma y hasta el 17 de enero de 2012, respetando lo pactado, con la prohibición de incrementar la tasa remuneratoria.

Ratio:

En primer lugar expone la Corte que las calidades del préstamo de consumo conforme la definición del artículo 2221 del Código Civil, no son materia de

•Los intereses moratorios civiles en el derecho obligacional colombiano.

discusión y tienen plena aplicación en el campo mercantil y financiero, tal como lo señaló el sentenciador. En vista de esto, no hay reparo en el carácter unilateral del mutuo, circunstancia que imposibilita aplicarle al mismo normas consagradas únicamente para pactos bilaterales, como lo son el artículo 1546 del Código Civil, sobre la condición resolutoria por incumplimiento, o el 1609 del mismo estatuto, relacionado con la excepción de contrato no cumplido, aspectos a los que se refiere pronunciamiento de la Corte.

En relación con el contrato de mutuo y su unilateralidad, esta calidad en nada riñe con la posibilidad de que los deudores de créditos de vivienda reclamen por la imputación inadecuada de los pagos realizados o por los errores en la facturación periódica convenida, con mayor razón cuando estas transacciones se encuentran atadas a factores como el DTF, las tasas de interés o el IPC; la aplicación de fórmulas de matemática financiera; así como las conversiones monetarias en UPAC o UVR, en su momento.

En segundo lugar, la Corte encuentra discrepancias conceptuales dentro del fallo del Tribunal porque se produjo en este caso una alteración del objetivo de la demanda, al encasillar el asunto como si se tratara de una reclamación por la reliquidación del crédito en los términos de la Ley 546 de 1999, cuando el propósito de la demandante era develar inconsistencias en la liquidación y pago periódico de la obligación hipotecaria, desde el momento mismo en que fue desembolsada, de conformidad con la normatividad vigente para las diferentes etapas en que se ha desenvuelto, en busca de su consecuente resarcimiento.

Expone en todo caso, que el Tribunal incurrió en el yerro evidente de restar valor probatorio al informe de profesional aportado con la demanda, sin sopesarlo, transcribiendo con tal fin un precedente horizontal que ninguna relación guardaba con el caso y sin que se puedan avizorar en que consistían los desaciertos concretos de la experticia.

Decisión:

Con el fin de analizar los elementos del contrato específico y analizarlo a la luz de las regulaciones que tratan la materia la Corte Suprema casa la sentencia del Tribunal y se permite solicitar pruebas oficiosas a fin de analizar los elementos aplicables al título valor discutido y asimilar la controversia desde el orden fijado a partir del Código Civil y no de la normatividad de la UPAC.

Re-exposición histórico-ideológica ¿onerosidad presunta o ideologías mundiales?

Por el contrario, lo que pretendía la codificación era cerrar de manera definitiva una eterna discusión y un permanente problema de fuentes que era un diario rompecabezas durante el así llamado *ancien régime*. El nacionalismo, primero francés y luego romántico⁵⁰, conllevó a que esa unidad de fuentes jurídicas tuviera una prevalencia sistemática dentro de las discusiones políticas de los nacientes Estados del continente; y, poco a poco, se vislumbró la posibilidad de regular todos los asuntos de la vida humana, de manera similar a lo que en la antigüedad en Roma había ocurrido, bajo la égida de hacer coincidir el renacimiento humanista, con el retorno a los pensamientos, filosofías y comprensiones grecorromanos, también bajo una nueva comprensión un tanto peyorativa de la Edad Media.

Esa, por supuesto es la explicación más precisa y contundente de por qué los códigos civiles de Europa y Latinoamérica contienen escasas regulaciones para las obligaciones dinerarias. Históricamente las obligaciones de dinero no tenían mayor importancia dentro de la juridicidad, lo propio ocurría para el momento en que los códigos fueron expedidos. Cosa muy diversa es que luego las obligaciones de dinero hayan alcanzado la connotación que hasta hoy nos acompaña⁵¹.

En la República Federal —cuyos paradigmas han sido implementados por no pocas democracias integrantes hoy en día de la Unión Europea— una obligación de dinero obliga al deudor frente al acreedor a *crear un poder de disposición de este, sobre el valor expresado (Nennbetrag) como valor patrimonial en el pacto obligatorio*. Por lo tanto, la obligación de dinero es una obligación de creación de disposición de una cifra dineraria y por lo mismo no es una obligación de género y menos aún de cuerpo cierto o de género determinado, como hasta la saciedad se ha discutido en prácticamente todas las otras latitudes del sistema continental europeo y por supuesto en Latinoamérica (Medicus & Lorenz, 2012, p. 90)⁵².

50 *Das allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten* (1794) y el *Codex Maximilianeus Bavaricus* (1756) son, entre muchos otros, ejemplos previos de codificaciones, que sin embargo, no contaron con un ambiente adecuado para su promulgación y entrada en vigencia, como sí ocurrió con el código civil francés de Napoleón en 1804.

51 La afirmación es evidente por ejemplo en la misma Constitución Política de 1991, pues para la época de su promulgación la importancia del dinero y las obligaciones pecuniarias era sin dudas sobresaliente, tanto así que varias de sus disposiciones normativas a él o a ellas se refieren, por ejemplo: Preámbulo, arts. 2, 48, 53, 64, 66, 214, 215, 26, 333, 334, 335 y 336.

52 En el caso colombiano, es de obligatoria consulta la muy interesante interpretación de Pérez Vives en su obra *Teoría General de las Obligaciones* (1954), así como la claridad que sobre el particular impregna Fernando

En los casos normales tanto convencionales como legales o judiciales, en la mayoría de las democracias constitucionales del planeta, el valor de las obligaciones dinerarias ha de cumplirse en la moneda legal interna de los países, en el caso de Colombia: el peso colombiano; pero por ejemplo en Europa, a través del euro que entró en vigor el primero de enero de 2002 y que reemplazó todas las monedas nacionales de los dieciséis países fundadores del Acuerdo Euro, tras la Convención de Maastrich. Posteriormente otros países se han adherido al Acuerdo. Hoy en día son 27 países.

Reconocimientos legales e históricos de las obligaciones dinerarias

Una primera observación tiene que ver con el hecho de que la legislación civil siempre estuvo concebida para el pago de las obligaciones dinerarias en efectivo, no otra cosa puede desprenderse de la literalidad de textos como los contenidos en el inciso segundo del artículo 2224 del C.C. o el artículo 2234, *ibidem*, de donde se colige que el pago en efectivo implicaba la posibilidad de pagar incluso en denominaciones muy bajas —monedas incluso— siempre y cuando ello no implicara un perjuicio para el acreedor; y, así mismo, el hecho de que una carta de pago o recibo por el capital comportará la presunción del pago de los intereses. Pero aún incluso tras la consultación comparada de la dogmática, queda claro que legislaciones mucho más sistemáticas que la civil nuestra, como la contenida en el *Bürgerliches Gesetzbuch*, de la República Federal alemana y expedida incluso ya para el tardío año de 1900, se pensó en la misma forma de extinción de la obligación dineraria, esto es, en efectivo (*Barzahlung*) como bien lo mencionan nuevamente Medicus y Lorenz (2012, p. 90). Es este un primer indicio para afirmar que el código civil nunca fue pensado para la realización de grandes negocios, por lo menos de manera principal, sino para la regulación de lo que es llamado por los mismos autores, en seguimiento de otros autorizados dogmáticos sobre el tema, como Werner Flume o Karl Larenz “los pequeños negocios de la vida diaria”, que constituirían la regla general de los negocios subsumibles a la legislación civil [*Diese Barzahlung bildet auch heute noch bei den kleineren Geschäften des täglichen Lebens die regel*] que siempre van a ser cancelados con dinero en

Hinestrosa en su *Tratado de las obligaciones* (2002, pp. 145-149) e incluso Guillermo Ospina Fernández (2008, pp. 279-280), para efectos de relieves la importancia de las obligaciones pecuniarias como una clasificación autónoma de las obligaciones diferente de las obligaciones de género.

efectivo. Esa comprensión de cosas es respaldada por supuesto por el hecho de que las nuevas regulaciones sobre quién es consumidor, quién es empresa y cuándo se encuentra la dogmática frente a un negocio típico de consumo en Alemania fueron introducidas no en el código de comercio, sino en el código civil (§§ 13, 14 y 305 A y siguientes hasta el 311 en BGB).

En términos históricos es claro que el código civil era la *última ratio*, una especie de legislación marco referente a la que debería remitirse el operador del derecho o el declarante para subsumir o enmarcar su prevalente declaración negocial autónoma, pero ello no implicaba una consonancia en muchísimos aspectos que tratan de ser obviados por una parte de la jurisdicción y de la doctrina nacionales hoy en día. En efecto la legislación civil, en casi todos los países adscritos al sistema continental europeo, es un centro de gravedad alrededor del cual gravitan relaciones jurídico-contractuales mercantiles, laborales o administrativas, solo por mencionar algunas; pero donde por supuesto existen claras diferencias interpretativas y conceptuales. En efecto, ya es propicio aquí recordar que en las relaciones civiles no existe un ánimo de lucro, como sí existe en materia mercantil y es esa una de las principales razones, sino la más importante, para, entre otras cosas, procurar evitar, la promoción permanente de unificación de las dos legislaciones. Al respecto cabe anotar que el único país del sistema continental europeo que unificó los códigos civil y comercial ha sido Italia, pero sus problemáticas interpretativas internas son el pan diario de la jurisprudencia italiana.

Vale recordar que los códigos civiles (a diferencia de los códigos de comercio que se remiten más a un derecho gremial medieval) fueron el receptáculo legislativo del Romanticismo que acogió las regulaciones contenidas en el *Corpus Iuris Civilis*; pero era allí precisamente donde se reiteraba que el *Ius Civile* regulaba las relaciones negociales entre patricios y/o plebeyos que eran, para el mayor periodo de existencia de Roma, los únicos que constituían la ciudadanía romana, incluso sobre gran parte del periodo clásico; y también es menester traer a colación el hecho de que ni a estos ni a aquellos, les estaba permitido trabajar, durante esos mismos siglos, por cuanto el trabajo era una actividad propia de esclavos. Así mismo, el *Ius Civile* fue concebido como un derecho subsidiario frente al derecho imperial que debía garantizarle a cada ciudadano romano unos derechos

•Los intereses moratorios civiles en el derecho obligacional colombiano.

básicos como agua⁵³, algo más de una libra de harina de trigo diaria⁵⁴ y vestido o cobijo durante todos los meses del año.

Por supuesto esas prerrogativas ciudadanas tuvieron marcadas diferencias durante las divisiones de monarquía, república e imperio, que atravesaron casi los casi quince siglos de historia jurídica romana, pero en general es constatable que el derecho civil, ya para la república, como forma de organización política, era un apéndice de los derechos imperiales que regulaban la actividad y las prerrogativas ciudadanas frente a los gobernantes romanos⁵⁵.

Así mismo, contextualizado correctamente como ha quedado el derecho civil romano, vale acotar que toda su filosofía siempre estuvo fundamentada sobre un principio de interpretación, conocido como el *favor debitoris* o interpretación, aplicación y ejecución a favor del deudor. En efecto la concepción del *Ius Civile* nunca tuvo un ánimo de onerosidad a favor del acreedor, sino que por el contrario estuvo fundamentado en la solución de los problemas financieros o para ajustarnos más en la terminología, en las necesidades básicas y apremiantes que debía satisfacer el deudor. En efecto principios como el de la conservación del patrimonio del deudor o normas como las contenidas en el artículo 1624 del C.C. (contenido del *favor debitoris* como principio interpretativo del contrato) o en el artículo 2229 del C.C. (en el que, salvo pacto de intereses, se autoriza a pagar al deudor de manera anticipada la obligación dineraria) permiten colegir y evidenciar que sí existía, incluso en el derecho civil clásico, un sujeto privilegiado en la relación obligatoria: el deudor.

.....
53 Tal fue la trascendencia histórica del derecho social emanado en Roma, inclusive en términos de desarrollo técnico, que la identidad actual con la cual se puede agrupar un concepto de “lo europeo” debe aludir necesariamente a las proezas construidas durante la vigencia de la civilización romana occidental; tanto así que en los actuales billetes de euro se encuentran representados los acueductos romanos —fascinantes legados de Roma para la humanidad— que incluso eran construidos antes que las ciudades y que funcionaban durante los 12 meses del año a pesar de los duros inviernos en el norte, y actualmente pueden continuar en funcionamiento.

54 Sobre las prerrogativas, ventajas o derechos sociales en Roma se debe consultar la obra de Eugène Petit *Tratado elemental de derecho romano* (2007) cuyo capítulo segundo aborda las vicisitudes de las personas libres y su clasificación de ciudadanos y no ciudadanos.

55 Sobre el particular, las reformas de Cayo y Tiberio Graco trajeron prosperidad a la civilización romana en el sentido de repartir equitativamente las tierras de cultivo entre campesinos pobres y necesitados, concesión de la ciudadanía romana a poblaciones anteriormente excluidas de las ventajas que ella suponía, inversión en carreteras para facilidad del comercio y de los desfiles militares. Toda esa gestión, entre otras reformas, constituyeron el principio de la prosperidad romana en los inicios del Principado, entendido como la primera edad del imperio y, sobre todo, la proliferación de normas y monedas. Cfr. Mommsen (2003) *Historia de Roma. Libro primero* y Monateri (2006) *Gayo, el Negro: Una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental*.

Todo lo anterior, y desde ya, nos reconduce a repensar la ligera inclusión del derecho civil dentro de los parámetros mercantilistas, para afirmar el perenne y omnipresente ánimo de onerosidad, cuando ello no es acertado, por lo menos desde el punto de vista histórico y político que gestó la legislación civil.

La buena fe en el derecho romano y en la Edad Media: aproximación

Todo lo anterior nos reconduce a reflexionar en la consolidación parsimoniosa de la *bonus fides* o buena fe como principio rector del derecho civil. Una contextualización debida implica reconocer que el ciudadano griego y romano no era un dechado de virtudes éticas, sino que como bien lo reconocen historiadores y antropólogos (Indro Montanelli y Levi Strauss) la inclinación de los pueblos latinos hacia la buena vida, el aprovechamiento del otro, el procurar sacar la mayor ventaja de los negocios a toda costa y en contra del cocontratante parecen ser constantes históricas a lo largo de toda la historia del Adriático y el Mediterráneo. Por supuesto la asimilación regulatoria que acompañó a Roma para acoger sistemas jurídicos mucho más técnicos que los propios y provenientes de otros pueblos que incluso habían sido por ellos conquistados o alinderados en el adriático o el norte de Europa también parece ser una corriente de pensamiento aislada que comienza a volverse dominante (Monateri, 2006), pero todo ello nos lleva a recordar cómo funcionaban los pueblos latinos en sí. La buena fe no era una intención de buen obrar que surgía plena con absolutos desconocidos, ni era una aproximación de principio a la normatividad que regulaba los negocios; sino que, por el contrario, era una situación bastante costumbrista, un arraigo que afloraba solo en muy determinadas relaciones familiares, de amistad y por supuesto, solo posteriormente negociales en las dos clases sociales reconocidas en Roma, durante un larguísimo periodo: los patricios y plebeyos.

El préstamo de dinero, el depósito, la servidumbre, el mutuo referido a unas libras de harina, el comodato de los libros que debían tornar a la biblioteca primigenia no eran negocios que típicamente se desarrollaran en la Roma antigua, ni se desarrollan en nuestras actuales sociedades latinas entre perfectos desconocidos, sino que por el contrario se celebran y ejecutan entre personas que por muy diversas razones parecieran estar ligadas por relaciones sociales de muy largo tiempo: familiares, padres, hijos, amigos de toda la vida, vecinos que compartían

una heredad, herederos o causahabientes que debían facilitarse servidumbres o vías de paso, luz o agua, ajustadas a sus escasas o precarias necesidades. Así, la buena fe no era un constructo artificioso que debiera exigirse a los particulares frente a absolutos desconocidos, sino que por el contrario, era un comportamiento leal que se derivaba, por supuesto, del profundo conocimiento mutuo de los individuos en otras áreas de su vida en comunidad. La naturaleza del *Ius civile* parecía consolidarse, entonces desde dos aristas complementarias: era un derecho subsidiario al imperial, que permitía regular las relaciones crediticias entre individuos de la misma clase y donde la consideración de mayor peso tenía que ver con la satisfacción de los necesidades del deudor; y por otro lado, como una consolidación de la confianza, nunca forzada entre dos desconocidos, sino que por el contrario era la consecuencia de su mutuo, paulatino y profundo conocimiento del otro. Entendidas así las cosas, vale acotar que esa situación bien podía haberse dado por superada durante la vigencia del Estado liberal clásico, donde incluso el mismo Jeremiah Bentham llegó a defender a ultranza la usura, como ideal regulación de la autonomía privada de la voluntad. (Cfr. Bentham, 2009).

Ese Estado liberal fue superado por un Estado constitucional en el que prevalecen los derechos fundamentales, extendiendo incluso su validez a las relaciones entre particulares a través de la observancia y aplicación jurisdiccional de estos a los contratos celebrados entre particulares —como bien lo ha extendido la teoría alemana de la *Drittwirkungstheorie* o *Austrahlungswirkungstheorie* o Teoría del efecto entre terceros y particulares de los derechos fundamentales o la Teoría del efecto de irradiación de los derechos fundamentales sobre la decisión que judicialmente vincule a los contratantes, cuando el negocio jurídico llegue a conocimiento del juez civil, por ejemplo—. Lo propio ocurre en Colombia, donde el constituyente admitió que incluso la acción de tutela, como sistema de amparo de los derechos fundamentales, procedía contra personas no solo del derecho público, sino privado; esto es, particulares, quienes en el sentir de la Asamblea Nacional Constituyente también tendrían la capacidad de violar los derechos fundamentales, por solo citar dos ejemplos atinentes y consecuentes del posmodernismo constitucional de nuestra era.

Así entendidas las cosas, resulta claro que una lectura histórica y constitucional de los intereses comportaría admitir que ya no estamos bajo la égida del

Estado liberal económico manchesteriano, donde podría defenderse a toda costa el pacto de intereses abusivos como expresión de la autonomía privada.

La llegada del Estado neoconstitucional caracterizado por la postulación de derechos de rango constitucional en los textos de los nuevos pactos constitucionales (lo que hasta ese momento solo le estaba permitido a la ley), así como la posibilidad de proteger judicialmente y prevalentemente, a través de acciones de rango constitucional, comportaría que las relaciones obligatorias entre particulares, pero en especial entre particulares y el Estado como prestador de beneficios crediticios, deberían verse también modificadas en cuanto a su interpretación y aplicación. En ese marco, las relaciones obligatorias cuya prestación consiste en el pago de dinero y, en especial, la generación de intereses sobre esa misma prestación inicial, deberían releerse a la luz de la irradiación de los derechos fundamentales.

En Colombia, sin embargo, la Corte Constitucional ha entendido que si bien la autonomía privada y la iniciativa son derechos que el constituyente quiso postular como de rango constitucional (art. 333 de la Constitución Política), no lo es menos que ellos no alcanzan a tener la categoría de derechos fundamentales que puedan ser amparados bajo los lineamientos de la acción de tutela.

Por supuesto, no obstante desde la *lege ferenda* es menester acotar que la lectura constitucional del negocio jurídico se ha quedado corta a la hora de materializar ese Estado social y democrático de derecho que debería consolidarse como objetivo poco a poco. Al respecto cabe anotar que si bien en una primera instancia parece extraño, desde todas las formas de interpretación, admitir que en Colombia en el texto constitucional existan dos cláusulas generales de libertad (art. 16 y art. 333), no lo es menos, que la única forma articulada y sistémica de leer esas normas es la de verlas como necesarias y complementarias.

En esa medida, luego de hacer una interpretación integrativa y sistemática de toda la Constitución y en especial de los derechos constitucionales y fundamentales, la única solución plausible es que el negocio jurídico debe ser leído desde una nueva forma epistemológica constitucional, por virtud de la cual, siempre va a prevalecer, no solo el declarante autónomo, sino el consumidor (art. 78 de la Constitución Política), pero en general aquel que en un Estado social se ve constreñido a asumir deudas para realizar de manera efectiva cierta clase de derechos. En un plano referencial de la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

•Los intereses moratorios civiles en el derecho obligacional colombiano.

las obligaciones para adquirir una vivienda digna, para costear una enfermedad de las denominadas de alto costo o cualquiera que se adquiriera, para pagar la educación propia o de un miembro de la familia a quien se deban alimentos.

Los intereses, su regulación e interpretación en Colombia

Como bien lo resumen varias obras típicas de las obligaciones en el espectro académico nacional —*Ospina Fernández* (2008), *Fernando Hinestrosa* (2002) o las compilaciones de la Universidad de los Andes de la profesora Marcela Castro *Derecho de las obligaciones* (2009)— en Colombia es necesario dividir las regulaciones sobre intereses en materia civil y comercial.

Mientras que en estas se presume la onerosidad (como bien se desprende de un derecho gremial que busca la profesionalización empresarial de la riqueza y el lucro), su tasación, de manera subsidiaria y supletoria al negocio jurídico dispositivo respectivo, corresponderá, durante la remuneración del plazo, a una tasa máxima idéntica a lo que pagan los bancos por el periodo correspondiente, esto es, al Interés Bancario Corriente (IBC). Durante el periodo en el que el deudor incurra, quede y permanezca incurso en mora se deberá pagar como indemnización esa misma tasa aumentada hasta en una mitad, todo de acuerdo al artículo 884 del Código de Comercio. Esa misma medida se equipara a los límites de usura postulados por el Código Penal, en una modificación que siempre saludamos, pues las legislaciones anteriores llegaron a permitir montos exorbitantes que llegaron a rondar incluso hasta dos veces el mismo IBC. La norma sobre capitalización de intereses es en sí misma todo un entuerto, que tanto la jurisprudencia como los conceptos de la Superintendencia Financiera han venido a complicar aún más⁵⁶. No obstante lo confuso de las normas mismas, como bien lo critica lúcidamente Hinestrosa (2002), todo hasta allí pareciera tener alguna lógica ponderativa que, mal que bien, acompasa con criterios comparados, relativamente unificados. Por supuesto, en esa comparación aflora claro que la redacción podría mejorarse significativamente, si se obedeciera a mínimos criterios de técnica legislativa básica, pero esa discusión es distinta a la que aquí ponemos sobre la mesa.

.....
56 Sobre el particular se pueden destacar las sentencias del tres (03) de julio de 2012 Rad. 980 — 01, del 31 de julio de 2014 Rad. 457 — 01, y la sentencia del veintisiete (27) de febrero de 2015 Rad 825-01 de la Corte Suprema de Justicia que confunden refinanciación con anatocismo, impetración de la demanda después de un año de causados los intereses insolutos, y la corrección monetaria como elemento de la tasa de interés.

¿Es consecuente y constitucional la lectura, interpretación y aplicación del artículo 1617 del Código Civil? Aproximación y propuesta

Respecto de las primeras obligaciones, todo pareciera indicar que dentro de los lineamientos de la autonomía privada, que ahora debe leerse desde la Constitución, en materia civil si no se han pactado intereses. Estos no se deberán.

Por lo demás, de manera consecuente, a esa lectura desde la autonomía privada preceptuada en los artículos 16 y 333 del texto constitucional, lo pactado por las partes del convenio, en el negocio, será la tasa que, durante plazo remuneratorio o sanción moratoria como pena, deberá ser pagada. El único límite a respetar será el de usura. Si se pactaron los intereses, sin fijar su tasa, deberá estarse nuevamente a lo preceptuado por el artículo 1617 del C.C.

En caso de que el deudor incurra en mora, ha entendido la jurisprudencia que los intereses moratorios deberán ser pagados a la tasa legal del 6% anual, a menos que se haya pactado expresamente una tasa superior (Cfr. art. 1617 del C.C. y artículos 2221 y ss del C.C.); pero sobre esta interpretación, equívoca en nuestro sentir por las razones que adelante expondremos, se ocupa el texto a continuación.

En efecto, el punto central de este ejercicio tiene que ver con una corrección interpretativa de la lectura del artículo 1617 del C.C. Así, cuando en el artículo se menciona que se adeuda una obligación de dinero, la indemnización moratoria de perjuicios deberá someterse a las subsiguientes reglas. En la parte pertinente de la regla primera se dispone que se siguen debiendo los intereses convencionales si el que se pactó es superior al legal que corresponde al 6% anual o comenzarán a deberse los legales en el caso contrario. Este es el numeral puntual que acoge en este ensayo nuestra atención.

Análisis desde los métodos de interpretación aplicados a la norma correspondiente

Como es conocido por todos, los cuatro sistemas de interpretación normativa son el exegético, el sistemático, el histórico y el teleológico. En este artículo hemos introducido de manera amplia la importancia de la así llamada interpretación conforme a la Constitución. Puestas así las cosas, y para entrar en materia, las

palabras de la regla primera que nos llaman poderosamente la atención son las de “en el caso contrario”.

Esta mención podría hacer relación a dos cosas:

1. Que se deberán pagar los intereses legales: cuando los pactados convencionalmente sean inferiores a lo estipulado legalmente, pero siempre deberá existir un pacto de intereses convencionales.
2. Que se deberán pagar los intereses legales: Siempre. Independientemente de que exista o no un pacto de intereses convencional.

La primera interpretación que es la que en este escrito queremos privilegiar, partiría de que el no pacto de intereses implicaría la imposibilidad de que en juicio fueran cobrados intereses de algún tipo, esto es ni remuneratorios de plazo, ni indemnizatorios por mora, pues ellos no fueron deseados ni por el acreedor ni por el deudor.

Esta posición se refuerza con todas las razones que a lo largo del texto han sido referidas y que ahora condensamos:

- a. No acompasa con los principios de la autonomía de la voluntad que privilegia los pactos expresos y no tácitos.
- b. No guarda respeto, consecencialmente, con el reconocimiento positivo de la autonomía de la voluntad, amparada por la Constitución Política (1991) en sus artículos 16 y 333.
- c. No tiene en cuenta las razones históricas para la creación de la figura de la buena fe: en el sentido de que pareciera traído de los cabellos que un hijo le cobrara intereses de plazo o mora (especialmente estos últimos) a su padre, por una deuda civil que lo que buscaba por encima de cualquier otro interés de lucro del acreedor hijo, era la superación de una crisis o suplir unas necesidades importantes del deudor padre (Alessandri, 1981).
- d. Evacuadas las razones que se acoplan a cada una de las formas y sistemas de interpretación anteriores: histórica, sistemática y teleológica, que parecieran desconocer la interpretación exegética de la norma, lo cual también parece cuestionable(!), habría que anotar que la lectura que se ha privilegiado a lo largo del desarrollo de la jurisprudencia nacional, hoy en día y desde la expedición de la Constitución de 1991, es una interpretación que no es conforme con esa misma Constitución, en la que los criterios que salvaguardan la preservación de la parte débil del contrato,

deudor (art. 1624) consumidor (art. 78 Constitución Política y Ley 1480 sobre protección al consumidor), son la verdadera realización plena de la autonomía plena de la voluntad, donde el funcionario administrativo o judicial puede inmiscuirse.

La nueva égida constitucional, a través de la cual se ha de leer el clásico Código Civil, y su aproximación detallada más completa, a manera de conclusión, implicaría que no se puedan cobrar intereses de mora en materia civil, bajo ninguna circunstancia, a menos que ellos hayan sido expresamente pactados por las partes en la convención, y cuando se deba verificar en las audiencias verificatorias ordenadas por el nuevo Código General del Proceso, por parte del juez, que tampoco fueron queridos, dadas las relaciones de íntima confianza de acreedor y deudor buscaban la solución dineraria de este último y no un ánimo lucrativo a favor del primero.

A manera de conclusión

El Estado social no se va a construir a base de sentencias de tutela y de unificación por parte de la Corte Constitucional, como tampoco que el posconflicto ubique posibilidades y oportunidades para todos los colombianos. Menos aún se va a construir con la expedición de una legislación social que diametralmente modifique el gasto público, como en alguna oportunidad, bastante icónica, algún representante del Congreso lo refirió. Pero con lecturas mucho más precisas, detenidas y adecuadas a la Constitución y a las escuelas del derecho, puede construirse poco a poco la juridicidad, y su interpretación, que transforma sociedades.

Las normas deben ser leídas de manera adecuada a su tiempo. El avance del neoliberalismo a ultranza debe ser mitigado por las lecturas constitucionales de todo el ordenamiento. Pareciera que la lectura constitucional del derecho privado es una contradicción por sí misma, o por lo menos así quieren presentarlo muchos investigadores, pero no hay tal: El derecho privado en otras latitudes, como la alemana, fue el pilar desde el cual se planearon y se fortalecieron las indemnizaciones patrimoniales, por la inobservancia de los derechos fundamentales (Castro, 2012). Mucho beneficio traería a la jurisdicción en Colombia poder acoger varias de esas interpretaciones muy relevantes en el espectro del derecho comparado.