

**Lizandro Alfonso Cabrera Suarez**

**La Principialistica En El Derecho Mercantil**



**Lizandro Alfonso Cabrera Suarez**

**La Principialistica En El Derecho  
Mercantil**

**¿Los Principios del Derecho Mercantil Son Propios?**

**Editorial Académica Española**

## **Impresión**

Información bibliográfica publicada por Deutsche Nationalbibliothek: La Deutsche Nationalbibliothek enumera esa publicación en Deutsche Nationalbibliografie; datos bibliográficos detallados están disponibles en Internet en <http://dnb.d-nb.de>.

Los demás nombres de marcas y nombres de productos mencionados en este libro están sujetos a la marca registrada o la protección de patentes y son marcas comerciales o marcas comerciales registradas de sus respectivos propietarios. El uso de nombres de marcas, nombres de productos, nombres comunes, nombres comerciales, descripciones de productos, etc incluso sin una marca particular en estas publicaciones, de ninguna manera debe interpretarse en el sentido de que estos nombres pueden ser considerados ilimitados en materia de marcas y legislación de protección de marcas, y por lo tanto ser utilizados por cualquier persona.

Imagen de portada: [www.ingimage.com](http://www.ingimage.com)

Editor: Editorial Académica Española es una marca de  
LAP LAMBERT Academic Publishing GmbH & Co. KG  
Dudweiler Landstr. 99, 66123 Saarbrücken, Alemania  
Teléfono +49 681 3720-310, Fax +49 681 3720-3109  
Correo Electrónico: [info@eae-publishing.com](mailto:info@eae-publishing.com)

Publicado en Alemania

Schaltungsdienst Lange o.H.G., Berlin, Books on Demand GmbH, Norderstedt,  
Reha GmbH, Saarbrücken, Amazon Distribution GmbH, Leipzig  
**ISBN: 978-3-8454-9066-3**

## **Imprint (only for USA, GB)**

Bibliographic information published by the Deutsche Nationalbibliothek: The Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche Nationalbibliografie; detailed bibliographic data are available in the Internet at <http://dnb.d-nb.de>.

Any brand names and product names mentioned in this book are subject to trademark, brand or patent protection and are trademarks or registered trademarks of their respective holders. The use of brand names, product names, common names, trade names, product descriptions etc. even without a particular marking in this work is in no way to be construed to mean that such names may be regarded as unrestricted in respect of trademark and brand protection legislation and could thus be used by anyone.

Cover image: [www.ingimage.com](http://www.ingimage.com)

Publisher: Editorial Académica Española is an imprint of the publishing house  
LAP LAMBERT Academic Publishing GmbH & Co. KG  
Dudweiler Landstr. 99, 66123 Saarbrücken, Germany  
Phone +49 681 3720-310, Fax +49 681 3720-3109  
Email: [info@eae-publishing.com](mailto:info@eae-publishing.com)

Printed in the U.S.A.

Printed in the U.K. by (see last page)

**ISBN: 978-3-8454-9066-3**

Copyright © 2011 by the author and LAP LAMBERT Academic Publishing GmbH & Co. KG  
and licensors

All rights reserved. Saarbrücken 2011

**LA PRINCIPALISTICA  
EN DERECHO  
MERCANTIL**

**PRESENTADO POR:  
LIZANDRO CABRERA  
SUÁREZ**

## INDICE

### CAPÍTULO I

ESTADO DEL ARTE	8
CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO MERCANTIL	8
INTRODUCCIÓN	8
CONCLUSIONES	17
LOS PRINCIPIOS Y LA MOVILIDAD DEL DERECHO	17

### CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO	18
LOS PRINCIPIOS Y SU EVOLUCIÓN EN EL DERECHO MERCANTIL	18
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN Y MÉTODO	19
INTRODUCCIÓN	19
A. EL IUSNATURALISMO	20
B. EL ESTUDIO DE LA PRINCIPIALÍSTICA	20
C. DOCTRINAS ECONÓMICAS	23
PLANTEAMIENTO	23
1. EL MERCANTILISMO	38
2. LA FISIOCRACIA	39
3. LA ESCUELA CLÁSICA	39
4. EL INSTITUCIONALISMO	40
5. EL NEOCLASISMO	42
6. EL NEOLIBERALISMO	43
7. LA TEORÍA MARXISTA	43
8. LA ECONOMÍA KEYNESIANA	43
D. LA TEORIZACIÓN SOBRE LOS TIPOS DE ESTADO	44
I. ESTADO LIBERAL	44
II. ESTADO DE DERECHO	45
III. ESTADO SOCIAL DE DERECHO	45
E. CONCLUSIONES	47

### CAPÍTULO III

3.1 LOS PRINCIPIOS FUENTES DEL DERECHO	48
3.2 INTRODUCCIÓN	48

3.3	DEFINICIÓN	48
3.4	LOS PRINCIPIOS SON NORMAS IMPERATIVAS	65
3.4.1	LOS PRINCIPIOS SON NORMAS POSITIVAS	66
3.5	LOS PRINCIPIOS BASE DE LA CREACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO	67

	CONCLUSIÓN	69
--	------------	----

#### **CAPÍTULO IV**

4.1	LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO MERCANTIL	69
4.2	INTRODUCCIÓN	69
4.3	EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO MERCANTIL	70
4.3.1	HISTORIA DEL DERECHO COMERCIAL EN COLOMBIA	73
4.3.2	LOS INCOTERMS Y SU REGULACIÓN EN COLOMBIA	73
4.3.3	LOS PRINCIPIOS DE LA UNIDROIT	75
4.3.4	LOS BENEFICIOS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL	79
4.4.	ENUNCIACIÓN GENERAL DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO MERCANTIL	79
4.4.1	PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	79
4.4.2	PRINCIPIO DE LA LIBERTAD DE LAS FORMAS CONTRACTUALES	80
4.4.3	PRINCIPIO DE LA SOLIDARIDAD PASIVA	81
4.4.4	PRINCIPIO DE LA BUENA FE	82
4.4.5	PRINCIPIO DE LA AUTODETERMINACIÓN	85
4.4.6	PRINCIPIO DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL	85
4.4.7	PRINCIPIO DE LA LIBERTAD DE LA FORMA	87
4.4.8	PRINCIPIO DE LA FUERZA OBLIGATORIA "PACTA SUNT SERVANDA"	88
	CONCLUSIONES	89

#### **CAPÍTULO V**

	ESTADO DEL ARTE SOBRE JURISPRUDENCIA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO APLICADOS AL DERECHO MERCANTIL EN COLOMBIA	96
	JURISPRUDENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE ABUSO DEL DERECHO	99
	JURISPRUDENCIA SOBRE LOS PRINCIPIOS DE ABUSO DEL DERECHO Y BUENA FE	106
	JURISPRUDENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	148
	JURISPRUDENCIA SOBRE LOS PRINCIPIOS DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y BUENA FE	155

JURISPRUDENCIA SOBRE LOS PRINCIPIOS DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y FRAUDE A LA LEY	159
JURISPRUDENCIA SOBRE LOS PRINCIPIOS DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN	164
JURISPRUDENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE	173
JURISPRUDENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA	182
JURISPRUDENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE FRAUDE A LA LEY	188
JURISPRUDENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN	194
RESUMEN DE SENTENCIAS Y ANÁLISIS DE LA RADIO-DECIDENDI EN LA JURISPRUDENCIA	211
INFORMES DE INVESTIGACIÓN JURISPRUDENCIAL	232
EL PRINCIPIO DEL ABUSO DEL DERECHO	232
EL PRINCIPIO AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	235
EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE	237
EL PRINCIPIO DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA	240
UBICACIÓN NORMATIVA ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	242
FRAUDE DE LA LEY	243
UBICACIÓN NORMATIVA FRAUDE DE LA LEY EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	244
LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN	245
CONCLUSIÓN	246
<b>CAPÍTULO VI</b>	
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	247
BIBLIOGRAFÍA	264

## DESCRIPCIÓN GENERAL

El hombre desde los inicios de la historia de la humanidad, ha estado acompañado de una necesidad permanente de tener bienes y servicios que satisfagan sus necesidades, así no tuviera la conciencia de una actividad mercantil. Es allí, donde esta la génesis de los principios que enrutaron el comportamiento mercantilista que a través del tiempo ha ido evolucionando y que dada su importancia el hombre positivizó mediante unas normas que van desde un Estado caracterizado por la aplicación fría de la misma hasta el Estado moderno donde hay una alimentación práctica de la función social que debe cumplir la norma en el Estado, convirtiéndose este aspecto en el filón de lo fundamental que me propongo con este trabajo. Este propósito lo enfoco y tomo como elemento total el análisis de los tipos de Estado de Derecho y de Estado Social de Derecho, puesto que hablar de dos sistemas que rigen un Estado necesariamente conlleva el estudio y análisis de cada uno de los elementos que integran la concepción de sendas clases. Dentro de ellos juega un papel muy importante, sin demeritar los demás, el conocimiento de la finalidad del Estado. Es ahí en donde encontramos la razón sustancial, el porqué este trabajo es útil, viable y pertinente, habida cuenta que al ingresar en su nominación un solo concepto, el giro de la finalidad organizacional es total. No es lo mismo legislar, ejecutar y administrar justicia desde un Estado de Derecho a hacerlo desde un Estado Social de Derecho, pues los principios tornan su objetivo hacia el fenómeno de ente comunitario y no de normas. Mirado así, el ámbito de lo mercantil tiene que ser impactado con la tendencia anunciada, pues de no serlo se tornaría un elemento excluido del contexto que se propone tan novedosa figura. Es pertinente entonces, investigar si esos principios evolucionaron a la par que lo hizo la actividad mercantilista y de ser así, cual ha sido ese impacto, esa repercusión en la actual concepción del Estado, para ello tendré que analizar la tendencia jurisprudencial colombiana en ese campo. Así mismo, es pertinente indicar en este acápite, que se estudiará que vinculación jurídica tienen los principios, son obligaciones, sí o no y porque. Dejando sentado con afirmación indubitable si estos principios obedecen o no a una novedosa transformación o continúan siendo los postulados universales que han inspirado y continúan haciéndolo a la generalidad del derecho. Es buscar si los principios del Derecho mercantil son nuevos o son una aplicación o adecuación de los principios generales del derecho.

Queda claro que la pretensión general del presente enfoque lo constituiría el análisis o el estudio de los principios del derecho dentro de las dos figuras de organización Estatal, es decir el del ESTADO DE DERECHO Y DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO y los principios que lo rigen, transversalizado con la figura específica del derecho mercantil que es la preocupación y génesis que inspira esta investigación.

El trabajo de investigación se construyó de la siguiente manera:

**CAPITULO I: ESTADO DEL ARTE**, con el cual se pretende mostrar el desarrollo conceptual y diferencial de los principios dentro de la ciencia jurídica, para ir acercándonos a una adecuación propia a la principalística en el derecho mercantil, haciendo especial énfasis en la movilidad del derecho, concluyendo con su evolución en los diferentes modelos económicos en el ordenamiento colombiano, especialmente en el Estado Social de Derecho.

**CAPITULO II: MARCO TEORICO**, con el cual se pretende mostrar que el derecho mercantil como un comportamiento del hombre en sociedad no es ajeno a la principalística. El hecho de que esta rama de lo jurídico sea relativamente nueva en cuanto a su codificación, evidencia que la génesis del mismo es tan antigua como el hombre, por ello este trabajo evidenciará la forma en que los principios generales del derecho han permeado a esta especialidad.

Los dos primeros capítulos brindan al lector una aproximación conceptual y teórica del tema, al tiempo que permiten establecer la posición del autor, para empezar a desarrollar el resto del proceso en forma de trabajo investigativo, pues de esta forma se hilan más fácilmente los contenidos y se desarrollan los objetivos del mismo.

**CAPITULO III: LOS PRINCIPIOS FUENTE DEL DERECHO** con el cual se pretende mostrar que comercio en el mundo y gracias a la necesidad que ha acompañado al hombre desde siempre guarda una antigüedad que podría decirse supera a las relaciones normativas del género humano que datan desde las conductas reguladas por el derecho divino hasta la aparición de las normas civiles. Quiere lo anterior significar que a pesar de la antigüedad del comercio solo la aparición de la norma en esta especialidad del derecho mercantil surge en el entorno social como un reflejo de los principios que orientaron al derecho en general y por lo tanto la principalística que acompaña al derecho mercantil en buena parte guarda coherencia con la principalística que rige el derecho en general. Un principio es fuente de derecho porque contiene la pauta comportamental mas conveniente para la interrelación de los asociados en un conglomerado, además de que su fundamento lógico resulta de gran utilidad para garantizar la perpetuidad de tal práctica o de tal aplicación.

**CAPITULO IV: LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO MERCANTIL** con el cual se pretende demostrar que el derecho mercantil no es más que la respuesta a un crecimiento de un cúmulo de relaciones en el ámbito del comercio, cuyo origen no es claro ni preciso, pero sus límites estaban demarcados por la satisfacción de las necesidades de sus pueblo, al escudriñar en los llamados principios del derecho mercantil se va encontrando que no son nuevos si no la aplicación o adecuación de los principios generales del derecho que simplemente y como construcción del género humano se ajustan para garantizar su convivencia y ejercicio comercial.

CAPITULO V: ESTADO DEL ARTE SOBRE LA JURISPRUDENCIA EN RELACION A LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO MERCANTIL con el cual se pretende realizar una búsqueda y lectura de sentencias en las cuales se acude a los principios generales del derecho como fuente formal del fallo, construyendo “cuadros de jurisprudencia”, en los cuales se hace referencia a algunos aspectos fundamentales de la sentencia, así como a la decisión adoptada en cada uno de los casos., posteriormente a manera de resumen y para facilitar el análisis se dibuja un esquema al respecto. La línea jurisprudencial se realizará tomando la metodología propuesta por el autor López Medina (2006).

CAPITULO VI: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES, en el cual se plasman la contrastación de las hipótesis, se establece si fueron positivas y negativas y se formulan recomendaciones frente al tema.

Los dos primeros capítulos se desarrollaron en forma de ensayo. Los cuatro posteriores en forma de texto investigativo.

## CAPITULO I

### ESTADO DEL ARTE

#### CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO MERCANTIL

##### RESUMEN

---

El ensayo esta orientado a mostrar el desarrollo conceptual y diferencial de los principios dentro de la ciencia jurídica, para ir acercándonos a una adecuación propia a la principalística en el derecho mercantil, haciendo especial énfasis en la movilidad del derecho, concluyendo con su evolución en los diferentes modelos económicos en el ordenamiento colombiano, especialmente en el Estado Social de Derecho.

---

**PALABRAS CLAVES:** Principio, mercantilismo, derecho, normas, economía, Estado de Derecho, Estado Social de Derecho.

---

##### SUMMARY

The essay is faced to show the conceptual and distinguishing development of the beginning inside the juridical science, to go approaching a proper adequacy the principalística in the commercial law, doing special emphasis on the mobility of the right, concluding with his evolution in the different economic models in the Colombian arranging, especially in the Social State of Right.

---

**KEYWORDS:** Beginning, mercantilism, right, norms, economy, Constitutional state, Social State of Right.

---

## I. INTRODUCCION

La única manera como el ser humano da respuesta a sus necesidades, es a través del comportamiento. Este último es el que le permite ejercitar su existencia individual y comunitaria. Podríamos afirmar entonces, que la vida de los seres vivos es una cadena de necesidades resueltas continuamente por estos mediante los procedimientos que, al ser asumidos por cada ser humano, no se quedan solo en eso, sino que generan unas repercusiones que recibe tanto el propio ser vivo generador de la acción, como los demás que le rodean. Aplicado este proceso al ser humano, cada uno de nosotros para satisfacer la necesidad ejecuta la conducta generando afectaciones personales y comunitarias o sociales, las cuales pueden ser positivas (agradables, constructivas, placenteras, etc.),

negativas (desagradables, destructivas, etc.) o intrascendentes (no generan ni placer, ni displacer, pasan desapercibidas). Como el hombre en sus comportamientos es impredecible, precisamente por su misma conformación animal y racional, sus afectaciones o conveniencias pueden llegar a convertirse en obstáculos para la convivencia del mismo hombre y es por ello, que con la finalidad de proteger esa convivencia, desde que él se reconoce miembro de un grupo social ha intentado controlar, regular las acciones cuyas consecuencias atentan contra el grupo, bien sea creando límites al ejercicio comportamental a través de reglas o prohibiéndolos y cuando ya no es imposible detener la realización de estos, castigando al autor. Es así, como la necesidad social de la convivencia precipita la creación de las reglas, requisitos, presupuestos, normas de convivencia o principios cuya existencia es connatural al ser vivo pero que en el hombre por ser reflexionada e inteligente se torna como condición-garantía del ejercicio de su existencia, la cual detenta por el solo hecho de ser un ser humano y es a esto lo que, desde la sustantivación se le denomina derecho. Naturalmente, si los comportamientos son dinámicos, dada la permanente evolución de los métodos de dar respuesta a las necesidades de convivencia, queda fácil comprender el por qué las normas y reglas que tratan de regular los aspectos comportamentales no puedan ser estáticas, pues de ser así, la pretensión de ser condición garantía de la convivencia humana sería fallida. Pero, por el contrario los principios resultan ser la base que consulta el ser humano para normar y reglar, como quien dice, son el norte de la convivencia humana.

La movilidad del derecho responde, entonces, a fenómenos sociales que se desarrollan en condiciones, contextos y momentos únicos e irrepetibles dada la diversidad de reacciones comportamentales en los seres humanos. Esta movilidad del derecho está legitimada por el sistema político, entendido este como el creador y organizador del mismo, siendo el individuo su destinatario.

El Derecho, entendido como la potestad que detenta el ser humano por el solo hecho de serlo para resolver sus necesidades en el ejercicio de su existencia, es un fenómeno fuerte definido, determinado por otras situaciones sociales que lo anteceden, de las cuales sobresalen, lo ambiental, lo social y lo económico, y por eso se dice que es un error considerar como una realidad completamente autónoma al Derecho<sup>1</sup>, como lo sostiene Ortiz (2000) en su obra *Estudios de Filosofía Jurídica*, donde se reconoce la correlación del Derecho y la sociedad, lo que indica que el Derecho no puede dejarse suelto por lo que el hombre en su afán de orden empieza a concretar derechos, deberes, obligaciones desde la costumbre a la norma, que posteriormente con la positivización se hace ley escrita.

La evolución jurídica social del hombre continúa con la sistematización de la amplia gama de la normatividad, produciendo el fenómeno llamado la

---

<sup>1</sup> ORTIZ RIVAS, Hernán. "Estudio de la Filosofía Jurídica" Editorial Temis. Bogotá, 2000 Página VII.

codificación, es decir la dependencia del código como garante de seguridad jurídica.

El derecho natural, se tenía como aquella forma ideal, que garantizaba de manera infalible la realización del ordenamiento de la vida en comunidad, se tomaba como una perfecta racionalidad normativa, lo que implicaba adecuar de manera perfecta la norma al fin, que no era otra cosa que la justicia y el bien común porque el derecho natural, fue considerado en la antigüedad como la participación de la humanidad en el orden racional del universo, lo que hacía el hombre a través de la razón.

El positivismo nace como una contrapropuesta al derecho natural, a la primacía de la razón humana y entonces, aparece la tesis de que la única realidad es la que nos es dada de modo empíricamente verificable y entra a considerar como únicas fuentes del derecho a las leyes, los usos jurídicos y las decisiones judiciales cuyo origen sea documental. Entonces, el derecho positivo es pues el producto histórico emanado del poder gobernante de la sociedad, establece la voluntad de una comunidad social en un espacio de tiempo determinado. Lo real es el derecho creado y aplicado por los hombres.

Las únicas normas reconocidas para regular la conducta de los hombres en sociedad son entonces las que emanan de ese órgano autorizado y que se encuentran contenidas en un compendio denominado código o codificación del derecho.

KELSEN<sup>2</sup>(1935) expresa que el único derecho posible es el derecho positivo, y que la ciencia del derecho es ciencia del derecho positivo, esto es ciencia creada y aplicada por los hombres de manera válida y eficaz. Por ello, una vez aparece el derecho positivo se escribe la norma; no tiene ningún otro tipo de derecho reconocimiento alguno y empieza a perder vigencia el hasta entonces reconocido y considerado derecho natural hasta nuestros días, donde se mantiene la tendencia del derecho codificado o escrito y cada vez más especializado, pero

---

<sup>2</sup> HANS KELSEN fue un jurista, filósofo y político austriaco (Praga, 1881- Berkeley, California, Estados Unidos 1973). Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Viena desde 1917. En 1929, obtuvo una cátedra en la Universidad de Colonia, pero la ascensión del nazismo le llevó a dejar Alemania (1933). Tras algunos años enseñando en la Universidad de Ginebra, partió a la de Praga (1936). Finalmente, el estallido de la Segunda Guerra Mundial (1939-45) lo llevó a abandonar Europa, refugiándose en los Estados Unidos (1940). Allí ejerció la docencia en la Universidad de Harvard, luego en la de Berkeley (1942). Kelsen defendió una visión positivista (o iuspositivista) que él llamó teoría pura del Derecho: un análisis del Derecho como un fenómeno autónomo de consideraciones ideológicas o morales, del cual excluyó cualquier idea de derecho natural. Analizando las condiciones de posibilidad de los sistemas jurídicos, Kelsen llegó a la conclusión de que toda norma emana de otra norma, remitiendo su origen último a una norma hipotética fundamental que es para Kelsen una hipótesis o presuposición transcendental, necesaria para poder postular la validez del derecho. Más tarde, Kelsen situó dicha norma en el Derecho internacional, de ahí que defendiese la primacía de éste sobre los ordenamientos nacionales. Su concepción de la democracia como técnica participativa de elaboración del derecho le convierte en uno de los principales teóricos de la democracia del siglo XX. Entre sus obras destacan: De la esencia y valor de la democracia (1920), Teoría general del Estado (1925) y Teoría pura del Derecho (1935).

abriéndose paso las nuevas tendencias del derecho, derecho realidad donde se toma ya no el derecho como una regulación de la voluntad divina o producto de fuerzas metafísicas sino como un producto de la razón humana consciente. El derecho, pues como el resultado del ejercicio de la voluntad soberana y en esa medida cobra vigencia y validez.

Vistos a grosso modo los aconteceres entre el derecho natural y el positivo, es procedente analizar de qué manera ambas tendencias manejan la regulación normativa y es aquí donde aparece la aplicación del concepto principio<sup>3</sup>, usando a Valencia (2005), el neologismo “principlística”, proviene del nombre latino neutro plural principia (principios) y del afijo “ística” que da idea de sistematización. “Principlística jurídica”, pues “vale tanto como tratado filosófico-científico de los principios generales del derecho”. Entendidos así, estos frente al ius naturalismo individualista o escuela clásica del derecho natural<sup>4</sup>, para Finnis (1984)<sup>5</sup> el derecho natural significa la existencia” de un conjunto de principios básicos, los cuales indican las formas básicas de realización humana, en cuanto bienes que son perseguidos y realizados, y que son, en uno u otro modo, usados por cualquier persona que considere que hacer, sin importar lo infundado que puedan ser sus conclusiones”, según lo anterior el derecho natural se hace presente solo como principios generales del derecho. Para el derecho positivo en los principios de materializa, concreta o condensa el ideario todo del ius naturalismo, por lo tanto es insuficiente, pues la imposibilidad en que las disciplinas jurídicas especiales se encuentran para definir tanto la noción universal del derecho, como los conceptos jurídicos básicos, a hecho crear a muchos tratadistas partidarios del positivismo jurídico<sup>6</sup> que dentro del marco de esa posición doctrinal existe una disciplina capaz de subsanar esas deficiencias, habiéndose dado el nombre de teoría general del derecho<sup>7</sup>. La evolución del derecho permite establecer que las dos teorías con el propósito de afinar una armonía entre sus posiciones, conjugaron una posición ecléctica por la cual se considera a los principios como lugares comunes, esto es puntos donde se debe concentrar el sentido común, la experiencia y los valores superiores que en esencia están dentro del derecho y donde pueden descubrirse la virtualidad y exigencia operativa de estos, lo cual se hace a partir de la intervención científica.

<sup>3</sup> VALENCIA RESTREPO Hernán. Nomoarquica, Principlística Jurídica o Filosofía y Ciencia de los Principios Generales del Derecho. Editorial Temis 2005.

<sup>4</sup> El Derecho natural es de carácter metafísico, es decir, en él el derecho se contempla como algo lógico e invariable. Sólo se tiene en cuenta lo que el derecho debe ser, con independencia de lo que sus muchas y contradictorias regulaciones establezcan en el espacio y en el tiempo. Así, según esta escuela, lo que el derecho es no consiste en la mera autoridad del legislador (que es lo importante para el positivismo), sino que su auténtico carácter se oculta tras la realidad. A la verdadera naturaleza o esencia del derecho, pues, sólo podemos acceder mediante una razón exenta de provincianismos ideológicos. Los iusnaturalistas aíslan al derecho de este mundo y lo colocan en otro de carácter paradigmático, puesto que la virtualidad efectiva del derecho se opone a la arbitrariedad humana. El Derecho natural capta la dimensión profunda del derecho, por lo que se dice que en este modelo epistemológico el derecho “es” lo que “debe ser”, ser y valor se igualan.

<sup>5</sup> FINNIS, Jhon. Natural law and natural right, Oxford, 1984, pag 23, obra citada por Valencia2005.

<sup>6</sup> Sobre el positivismo jurídico, cfr, Naturreth oder Rechtspositivismus, Herausgegeben von Werner Maihofer, Herman Gunter Verlag, Bad Homburg von del Hohe, 1962. Obra citada por Valencia Pág. 22

<sup>7</sup> Cfr. GARCÍA MAINES Eduardo, Filosofía del Derecho, IV Edición, México, DF. Porrúa, 1983.

Una parte integrante del derecho es el concepto económico que se encuentra inmerso como producto de la convivencia humana, El comercio, en su aceptación económica original, consiste esencialmente en una actividad de mediación o interposición entre productores y consumidores, con propósito de lucro. La conveniente división del trabajo impulso la necesidad de que esa acción mediadora fuera realizada por personas especializadas: los comerciantes. Así, desde el punto de vista económico. Es comerciante la persona que profesionalmente practica aquella actividad de interposición, de mediación, entre productores y consumidores. El derecho mercantil nació precisamente para regular el comercio o, mejor dicho, los actos y relaciones de los comerciantes propios de la realización de sus actividades mediadoras. En su origen, pues, el derecho mercantil aparece estrechamente unido a la noción económica de comercio y mediante ésta se explicó y determinó el concepto de aquél. El derecho mercantil fue entonces el derecho del comercio. Actualmente, sin embargo, es imposible definir el derecho mercantil por medio de una simple referencia al concepto económico original de comercio. El campo de aplicación de las normas mercantiles, la materia mercantil, se ha ampliado más allá de los límites de esta noción. En efecto, gran parte de los negocios y actos regulados en la actualidad por el derecho positivo mercantil no tienen relación con aquel concepto económico del comercio a que me he referido. Son mercantiles simplemente porque la ley los califica como tales, independientemente de que tengan o no carácter comercial desde el punto de vista estrictamente económico. Debe concluirse que es preciso abandonar el concepto económico del comercio, porque sobre él no puede basarse una determinación exacta del actual contenido del derecho mercantil. Es verdad que el comercio es el punto de partida histórico del derecho mercantil. Originalmente este derecho es un derecho para el comercio o, lo que es lo mismo, para los comerciantes en el ejercicio de su profesión. Pero a lo largo de la historia muchas instituciones jurídicas nacidas en el seno del comercio y para el comercio han enriquecido el campo de la contratación general y en él se aplican los preceptos de las leyes mercantiles que regulan esas instituciones, las cuales, por consiguiente, han dejado de ser peculiares y exclusivas del comercio en sentido económico. Por eso se afirma hoy con razón que no todo el derecho mercantil es derecho para el comercio, ya que hay sectores enteros del derecho mercantil que se aplican sin consideración a la finalidad comercial de la operación. Así pues, el ámbito actual del derecho mercantil (o derecho comercial) es mucho más amplio del que puede desprenderse de la terminología usada, y no abarca solamente las relaciones que pertenecen al comercio en su sentido económico, de lo que si estoy seguro es que tanto la actividad mercantil como la comercial obedecen a una necesidad surgida de la interrelación personal de los asociados a una comunidad y por lo tanto, resultan ser comportamientos y si ello es así hemos de encontrar unos principios que se encuentran inmersos en ellos. El hombre desde los inicios de la historia de la humanidad, ha estado acompañado de una necesidad permanente de tener bienes y servicios que satisfagan sus necesidades, así no tuviera la conciencia de una actividad mercantil. Es allí, donde esta la génesis de los principios que enrutaron el comportamiento mercantilista que a través del tiempo

ha ido evolucionando y que dada su importancia el hombre positivizó mediante unas normas que van desde un Estado caracterizado por la aplicación fría de la misma hasta el Estado moderno donde hay una alimentación práctica de la función social que debe cumplir la norma en el Estado. Hablar de dos sistemas que rigen un Estado necesariamente conlleva el estudio y análisis de cada uno de los elementos que integran la concepción de sendas clases. Dentro de ellos juega un papel muy importante, sin demeritar los demás, el conocimiento de la finalidad del Estado. Es ahí en donde encontramos la razón sustancial, el porque de este ejercicio analítico y su utilidad en la aplicación práctica, habida cuenta que al ingresar en su nominación un solo concepto, el giro de la finalidad organizacional es total. No es lo mismo legislar, ejecutar y administrar justicia desde un Estado de Derecho a hacerlo desde un Estado Social de Derecho, pues los principios tornan su objetivo hacia el fenómeno de ente comunitario y no de normas. Mirado así, el ámbito de lo mercantil tiene que ser impactado con la tendencia anunciada, pues de no serlo se tornaría un elemento excluido del contexto que se propone tan novedosa figura.

La Corte Constitucional Colombiana se ha pronunciado muchas veces sobre el tema de la principalística y del bloque de constitucionalidad, ejemplo de ello son las sentencias C-225 (1995)<sup>8</sup>/ C-486 (1993)<sup>9</sup>/ T-296 (1994)<sup>10</sup>, etc. La vía jurisprudencial se justifica porque es misión inherente a toda administración de justicia, crear, interpretar, integrar y renovar el ordenamiento y ello en muchas ocasiones es posible hacerlo acudiendo a los principios. Varios excelentes ejemplos para nuestro caso son la T-011 (1993)<sup>11</sup> al pronunciarse sobre la Buena Fe y la C-112 (1993)<sup>12</sup> sobre la Igualdad ante la Ley, Cosa Juzgada C- 543 (1992)<sup>13</sup>, Debido Proceso T- 516 (1992)<sup>14</sup>, Derecho a la Defensa T- 097 de 1994<sup>15</sup>.

---

<sup>8</sup> Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-225 de 1995. Derecho Internacional Humanitario-naturaleza imperativa/ius cogens. MP. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>9</sup> Corte Constitucional Colombiana., Sentencia C – 486 de 1993. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. Demanda de inconstitucionalidad contra el decreto 410 de 1971, la ley 04 de 1989 y los artículos 3 a 9 y 98 a 514 del Código de Comercio

<sup>10</sup> Corte Constitucional Colombiana. T-296 de 1994 temas: sometimiento de los jueces al imperio de la ley, alcance de la competencia del juez de tutela, frente a las demandas de autoridades ejecutivas, el incumplimiento de sus funciones por parte de las autoridades puede constituir una amenaza para los derechos fundamentales de los particulares.

<sup>11</sup> Corte Constitucional Colombiana. T-011- de 1993. Principio de la buena fe: el artículo 83 de la Constitución establece: "las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas". MP Alejandro Martínez Caballero

<sup>12</sup> Corte Constitucional Colombiana. c-112 de 1993. MP Hernando Herrera Vergara. Principio descubierto por la Corte: derecho a la administración de justicia

<sup>13</sup> Corte Constitucional Colombiana, C- 543 de 1993. Principio de seguridad jurídica. MP. José Gregorio Hernández Galindo. Una de las demandas sobre las cuales se pronuncia la corte en esta oportunidad, se halla estructurada sobre la base de que el artículo 11 del decreto 2591 de 1991 quebranta los preceptos constitucionales, no tanto por introducir un término de caducidad sino por permitir que se ejerzan acciones de tutela contra sentencias amparadas por el principio de la cosa juzgada.

<sup>14</sup> Corte Constitucional Colombiana. Tutela el carácter fundamental del derecho al debido proceso proviene de su estrecho vínculo con el principio de legalidad al que deben ajustarse, no sólo las autoridades judiciales sino también, en adelante, las administrativas, en la definición de los derechos de los individuos. Es pues una

El profesor estrada Vélez(2000)<sup>16</sup>, en su obra la excepción de la principalidad, reconoce que en todos los medios jurídicos existe una necesidad del estudio de los principios, lo cual propone la iniciativa de excepción de principalidad y sostiene que el bloque de constitucionalidad surge como una ampliación del criterio de validez de las fuentes del derecho, si se quiere originado en Kelsen y que se le atiende por la preponderancia de los valores fundamentales , sociales y bilaterales imperantes en el ordenamiento.

Colombia recibe la influencia de otros países, situación que llega por los viajes de nuestros políticos, de los legisladores, por la presencia del mundo académico en el mapa internacional y por el intercambio de saberes que aparentemente tienen un fin último de cooperación mutua, pero que en el currículo oculto legalizan el poder de unos pocos. Se reconoce entonces la necesidad de adecuar las estructuras jurídicas, como lo plantea Santos (1998)<sup>17</sup> para legitimar las nuevas formas de negociación<sup>18</sup>, surgidas con el final de la guerra fría<sup>19</sup>, que marcó el inicio de un nuevo orden mundial<sup>20</sup>, uno donde se cristalizó el poder del

defensa de los procedimientos, en especial de la posibilidad de ser oído y vencido en juicio, según la fórmula clásica, o lo que es lo mismo, de la posibilidad de ejercer el derecho de defensa. el derecho al debido proceso comprende no solo la observancia de los pasos que la ley impone a los procesos judiciales y a los procesos y trámites administrativos, sino, también el respeto a las formalidades propias de cada juicio, que se encuentran, en general, contenidas en los principios que los inspiran, el tipo de intereses en litigio, las calidades de los jueces y funcionarios encargados de resolver. MP. Simón Rodríguez Rodríguez

<sup>15</sup> Corte Constitucional Colombiana. El principio de la presunción de inocencia impone que la carga de la prueba corresponda a los acusadores y que para desvirtuarla sea necesario que la prueba practicada haya tenido lugar en un juicio, con todas las garantías procesales y formalidades previstas. para condenar es indispensable la certeza de la culpabilidad, debido a que es la inocencia la que se presume cierta. la culpabilidad debe ser probada bajo las condiciones establecidas por el debido proceso. cualquier enuciado con pretensión de veracidad establecido por fuera de las formas procesales que protegen el derecho de defensa, es una veracidad espuria que no tiene validez, así cuente con la convicción del juzgador o incluso con la verdad real. mientras estos supuestos no hayan sido respetados, el investigado continuará gozando del beneficio de la presunción de inocencia. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>16</sup>ESTRADA VÉLEZ Sergio. la excepción de la principalidad. Bogotá editorial Temis 2000

<sup>17</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa: La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación, Universidad Nacional de Colombia - facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 1998, 288 pp.

<sup>18</sup> El liberalismo económico defiende el mercado como instrumento productivo: para asignar los recursos escasos de la sociedad a sus usos o empleos alternativos a través de los precios libre, porque se respeta de ésta manera las prioridades de la gente en esas asignaciones, y no se imponen las de los elencos políticos y burocracia.

<sup>19</sup> El término "guerra fría" fue por primera vez utilizado por el escritor español Don Juan Manuel en el siglo XIV. En su acepción moderna fue acuñado por Bernard Baruch, consejero del presidente Roosevelt, quien utilizó el término en un debate en 1947 y fue popularizado por el editorialista Walter Lippmann. Este concepto designa esencialmente la larga y abierta rivalidad que enfrentó a EE.UU. y la Unión Soviética y sus respectivos aliados tras la segunda guerra mundial. Este conflicto fue la clave de las relaciones internacionales mundiales durante casi medio siglo y se libró en los frentes político, económica y propagandístico, pero solo de forma muy limitada en el frente militar.

<sup>20</sup> Durante la década de 1970 tuvo lugar una extensa discusión sobre la información y las relaciones entre los países desarrollados y los tercermundistas. El desfase entre el Primer y el Tercer Mundo, herencia colonial, originó el llamado a un "Nuevo Orden Económico Mundial" que implicaba una distribución más equitativa de los recursos económicos como reparación a la explotación durante el colonialismo. Pero al colonialismo político no sólo había sucedido otro económico sino también un colonialismo "informativo": la frase "Nuevo Orden Mundial de la Información y la Comunicación" (NOMIC) vinculó a la información al debate sobre la distribución mundial de recursos económicos, haciendo un llamado en lo relacionado con los recursos de información y comunicación por las mismas razones (disparidad cualitativa y cuantitativa).

capitalismo como modelo económico de producción. Se pensó en el mundo como una aldea global, como un territorio unificado en el cual las comunicaciones y sus avances permitieran estar en permanente contacto. Las mercancías, la fuerza de trabajo y el talento comenzaron a trascender fronteras y fue así como bloques económicos quiebran las economías de superpotencias para hablar de una de mercados. El derecho comparado<sup>21</sup> inicia su carrera en la construcción del orden jurídico nacional, ahora se debe pensar en legislaciones que garanticen la movilidad de las mercancías y en hacer parte del comercio mundial, en los dos frentes del mercado, es decir la oferta y la demanda. El neoliberalismo como nuevo sistema económico internacional, encumbró la separación entre ricos y pobres, entre países desarrollados y en vía de desarrollo y para lograr esto, la superestructura del modelo debería garantizar su permanencia en el poder y es así como cada grupo inicia una carrera por su bienestar.

En relación a la fundamentalidad, para citar a Robert Alexy<sup>22</sup> y adentrándose en la disertación acerca de los derechos fundamentales, se entenderán estos como principios de optimización que ordenan en su mayoría la relación jurídica fáctica, lo que permitirá entender que no existen derechos absolutos, que es imprescindible su interacción y que la intervención del Estado se legitima mientras se respete el principio de proporcionalidad. En su Teoría de los derechos fundamentales<sup>23</sup>, Alexy (1993) propone investigar estructuras tales como la de conceptos de derechos fundamentales, la influencia de los derechos fundamentales en el sistema jurídico y la fundamentación de los derechos fundamentales. El autor señala que su material más importante es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Dicha teoría se guía por la pregunta ¿cuál es la decisión correcta desde el punto de vista de los derechos fundamentales y de la fundamentación racional de los derechos fundamentales? Para Alexy, una característica de su Teoría es que con el análisis lógico se puede librar a la ciencia de los derechos fundamentales, al menos en parte, de la retórica política y de los vaivenes de la lucha de las concepciones del

<sup>21</sup> El Derecho Comparado es un análisis académico que pretende diferentes codificaciones de diversos países para mostrar y encontrar lo común en el sistema colombiano.

<sup>22</sup> Robert Alexy nació el 9 de septiembre de 1945 en Oldenburg, Alemania jurista y filósofo. Estudió derecho y filosofía en Göttingen. Recibió el PhD en 1976 con la disertación Teoría de la Argumentación Jurídica, y en 1984 logró la Habilitación con el libro Teoría de los Derechos Fundamentales. La definición de derecho de Alexy es como una mezcla entre el normativismo de Kelsen (mayor influencia del positivismo jurídico) y el naturalismo jurídico de Radbruch (Alexy, 2002), es por ello que su teoría jurídica del derecho se conoce como no positivismo. Publicaciones: Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung (1983). Traducido por Manuel Atienza e Isabel Espejo como "Teoría de la Argumentación Jurídica: Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica" (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989). Theorie der Grundrechte (1985; segunda edición 1994). Traducida por Ernesto Garzón Valdés como "Teoría de los derechos fundamentales" (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993). Mauerschützen (1993) Recht, Vernunft, Diskurs (1995) Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996 (1999) Begriff und Geltung des Rechts (2002) Elemente einer juristischen Begründungslehre (2003)

<sup>23</sup> "Los Derechos Fundamentales", es la traducción de una voz que lleva este nombre, y que Alexy preparó para la Enzyklopädie Philosophie. En esta voz, Alexy expone las propiedades básicas de su concepto de derechos fundamentales y las pone en un interesante diálogo con otras concepciones de estos derechos, reinantes hasta el momento en el mundo alemán, como las de Schmitt, Forstthoff y Böckenförde.

mundo. Alexy afirma que no pretende crear una “matemática del derecho”, en palabras de Jhering, sino tomar del “manejo lógico” lo que hay en él de correcto e indispensable para la jurisprudencia. En este sentido, el autor afirma que la teoría estructural que propone continúa la tradición analítica de la jurisprudencia de conceptos.

Para Alexy tanto las reglas como los principios pueden concebirse como normas. La distinción entre reglas y principios es, pues, una distinción entre clases de normas. En su opinión, la distinción es cualitativa o conceptual, rechazando, al igual que Dworkin, la teoría de que la distinción entre principios y reglas es un asunto meramente de grado, y que considera que los principios no son más que reglas con un alto nivel de generalidad. Para Alexy, los principios se diferencian de las reglas en que éstos «son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida de lo posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas» En este sentido, los principios jurídicos son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diversos grados en función de las situaciones fácticas y de las posibilidades jurídicas. Así, a diferencia de las reglas, las cuales sólo pueden ser cumplidas o incumplidas por ser normas que exigen un cumplimiento pleno -es obligatorio hacer lo que se ordena, ni más ni menos-, los principios establecen una obligación que puede cumplirse en diversos grados, dependiendo de las posibilidades jurídicas que establecen otros principios y reglas en sentido contrario, y del contexto fáctico en que se aplican. Como las posibilidades jurídicas se establecen en relación con otros principios que se contraponen a aquél, la aplicación de los principios se realiza mediante la operación de ponderación entre los mismos, a diferencia del caso de las reglas, cuya aplicación se realiza en forma de subsunción. Cuando dos principios se contraponen no existe una contradicción, sino una tensión entre ellos, y el caso se resuelve ponderando la supremacía de uno frente a otro respecto al caso concreto, «al principio que juega en sentido contrario se le hace retroceder, pero no se le declara inválido.

En concepto de Valencia (2005) la posición de Dworkin y Alexy respecto de los principios consiste en darle a los mismos una función integradora en la interpretación del derecho partiendo de dos argumentos, uno el que las normas están fundadas en principios y dos que los jueces no pueden crear normas. Esa función integrativa va a llenar los vacíos de las normas tanto en la aplicación del derecho como para su interpretación debiendo contemplarse primero que todos los valores fundamentales y bilaterales de la comunidad que están contenidos en los principios para inspirarse en ellos. Como ejemplos de principios integrativos se puede citar las magníficas construcciones jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia entre los años 1935 y 1940: doctrina sobre el abuso de los derechos, el enriquecimiento sin causa, la imprevisión en los contratos, la teoría de la apariencia, el principio de la buena fe, el fraude a la ley, la simulación, el error de derecho, el error sobre los móviles, la responsabilidad civil extra-contractual y la teoría de la causa. Todos ellos son paradigmas de desarrollo jurisprudencial de los principios, hoy convertidos en instituciones ante toda legislación y con

independencia de ella. En el año de 1971 varios de esos principios fueron consagrados expresamente por el legislador en el Código de Comercio: el abuso de los derechos art. 830, el enriquecimiento ilícito art. 831, principio de la buena fe Art. 835 y 863, la imprevisión de los contratos art. 868. Esta jurisprudencia comercial, debe ser menos civilista por obra y gracia de los principios, que inspiran el derecho mercantil. Queda demostrado entonces que en el derecho comercial los principios juegan un papel que es definitivo en la aplicación del mismo

## CONCLUSIONES

### LOS PRINCIPIOS Y LA MOVILIDAD DEL DERECHO

- a. Desapasionadamente al realizar una visión o lectura panorámica de este ensayo se puede decantar que dentro de la naturaleza de la norma, esto es dentro de su razón de ser, se encuentra el comportamiento humano en relación con la convivencia y este concepto entraña la existencia de los principios, toda vez que estos atienden el porque el hombre acciona frente a una necesidad y con ello estos principios se tornan en razón fundamental, axiológica, tópica que sirve para crear, interpretar e integrar el ordenamiento (Valencia 2005 Pág. 101).
- b. De no ser por los principios el juez en el momento de aplicar la norma y cuando cuenta con un espacio de intermediación que normalmente existe entre los presupuestos de la norma y el caso controvertido sobre el cual debe aplicarse aquella, repito este juez quedaría desorientado y sería su arbitrio el que llenaría tales espacios, es aquí la principialística juega su papel mas importante ya que el operador de justicia acude a ellos como los primeros o fundamentalísimos puntales sobre los cuales las normas han sido creadas.
  - c. Como los principios hacen referencia a la totalidad de los comportamientos y uno de esos procederes es el que satisface la necesidad del intercambio de bienes y servicios, la conceptualización que se aplica de aquellos al derecho en general es aplicable en particular al derecho mercantil. De esta manera cuando surge la noción de comportamiento mercantil o de acciones en relación con actividades mercantiles y comerciales, en esos procederes esta implícito lo fundamental para que el hombre pueda asumir su accionar, esto es el principio que anima el derecho comercial.
- d. El mundo con su avance tomo el concepto de comportamiento mercantil como fundamental para la coexistencia de los pueblos y entonces lo internacionalizo, haciendo del mismo ya no un derecho local, sino un derecho global, el cual se ha tornado cada vez mas complejo en la medida en que la internacionalización de la economía como producto

entre otros del avance de las telecomunicaciones ha hecho su incursión en todo el orbe. De aquí hemos de añadir otra necesidad mayor, cual es la de los comportamientos internacionales frente a los nacionales por que es todo el genero humano el que requiere de la actividad comercial y esto implica y condiciona diferentes formas de actuar, por lo cual es de máxima necesidad la utilización de unos fundamentos universales que sirvan de puntal, de pie de apoyo para resolver el problema de la creación de normas internacionales.

- e. El derecho atiende las necesidades del hombre en su forma objetiva, por lo tanto las razones de su actuar, es decir, los principios primeras causas o fundamentos de sus comportamientos siempre han estado ahí, la única diferencia es que en el proceso de idealización humana para imprimirle fuerza a la ley hay unos que han aceptado lo positivizado como única norma valida para regular las interrelaciones comportamentales de los hombres; pero de todos modos trátese de un Estado de Derecho o de un Estado Social de Derecho y muy a pesar de algunas voluntades de teorizantes en lo jurídico los principios van a ir implícitos en los comportamientos que vaya asumiendo el hombre frente a las necesidades pasadas, actuales y futuras.

## **CAPITULO II**

### **MARCO TEORICO**

#### **LOS PRINCIPIOS Y SU EVOLUCIÓN EN EL DERECHO MERCANTIL<sup>24</sup>** **RESUMEN**

---

El ensayo está orientado a mostrar que el derecho mercantil como un comportamiento del hombre en sociedad no es ajeno a la principialistica. El hecho de que esta rama de lo jurídico sea relativamente nueva en cuanto a su codificación, evidencia que la génesis del mismo es tan antigua como el hombre, por ello este trabajo evidenciará la forma en que los principios generales del derecho han permeado a esta especialidad.

---

**PALABRAS CLAVES: DOCTRINA ECONÓMICA, ESTADO, DERECHO MERCANTIL, PRINCIPIOS.**

---

#### **SUMARRY**

---

<sup>24</sup> Ensayo presentado como marco teórico ante la maestría en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, aplicando el método de Austin: <http://serviciosva.itesm.mx/cvr/investigacion/doc0029.htm>, 1.2.2008.

The test is designed to show that the trade law as a behavior of men in society is not immune to the principalistica. The fact that this branch of law is relatively new in terms of their coding evidence that the genesis of it is as old as man, why this work highlight how the general principles of law have permeated this specialty.

---

KEYWORDS: ECONOMIC DOCTRINE, STATE, COMMERCIAL LAW, BEGINNING

---

## PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN Y METODO

La investigación se ocupa de la cuestión jurídica: ¿De qué manera los principios generales del derecho han permeado el derecho mercantil y cuál ha sido su evolución? Usaré como basamento metodológico a Austin (2005)<sup>25</sup> y a Ortiz Uribe, Frida Gisela y María del Pilar García (2001)<sup>26</sup>. El fundamento teórico será el dado por Valencia, Bobbio, Dworkin entre otros.

### INTRODUCCIÓN

El presente ensayo se escribe como parte del desarrollo de la investigación "La Evolución de los Principios del Derecho Mercantil en el actual Estado Social de Derecho", avalada por la Universidad Sergio Arboleda, en la que la se intentará resolver la cuestión jurídica planteada. El texto parte haciendo una breve ambientación del tema de los comportamientos del ser humano por cuanto a partir de aquellos es como el hombre resuelve sus necesidades. Es a partir de este punto donde surge la explicación del génesis del comercio, de la actividad mercantil del hombre en sociedad puesto que responde a una necesidad del ser humano en convivencia. Agotado lo anterior se incursionará en avances expositivos sobre el pensamiento elemental que tuvo el hombre sobre lo económico y el desenvolvimiento de este pensamiento a través de las diferentes doctrinas económicas, teorías, posiciones ideológico-políticas, religiosas hasta llegar a la concepción actual de lo económico en relación al derecho mercantil. Finalmente, y para completar el análisis anterior se buscará la relación entre la teorización del Estado con el factor económico de aquel y de qué forma los principios universales del derecho toman un papel preponderante en todo este concierto conceptual, que en últimas permite la convivencia del hombre.

---

<sup>25</sup> AUSTIN M ., Tomás " GUÍA No 3. MARCO TEÓRICO". 19 de julio de 2005. <http://www.angelfire.com/emo/tomaustin/Met/guiatresmarco.HTM>; "MARCO TEÓRICO". 19 DE JULIO DE 2005.

<sup>26</sup><http://server2.southlink.com.ar/vap/MARCO%20TEORICO.htm>; Ortiz Uribe, Frida Gisela, María del Pilar García. Metodología de la investigación: el proceso y sus técnicas. México: Limusa, 2003. 84-85; Saavedra R., Manuel S. Elaboración de tesis profesionales. México, D.F.: Pax, c2001. 10-11.

## A. EL IUSNATURALISMO

El derecho natural viene de los conceptos de *Ius* (derecho) y *Natura* (Cualidad innata o esencial). Lo natural o lo esencial, puede ser definido como la naturaleza de las cosas, alegando las causas empíricas de los fenómenos, siempre se repiten; contrario a lo que pasa en las relaciones de los hombres, donde sus acciones son impredecibles, pues responden a unas lógicas permeadas por sus contextos, pasados y anhelos e ilusiones, siendo esto tan natural para el hombre como lo predecible para lo no social. El derecho natural fundamenta las normas en la naturaleza humana y en la naturaleza misma de las cosas, estableciendo lugares de encuentro, casi que haciéndolas comunes y generales. Aquí los principios se descubren, se encuentran al usarlos por el hombre, pero no por artes mágicos ni alquimistas simplemente la razón del hombre permite encontrarlos en su accionar cotidiano.

## B. EL ESTUDIO DE LA PRINCIPIALÍSTICA

En el ejercicio de la actividad investigativa y como quiere que la misma alude a los principios en el derecho mercantil, procedente es detenerse de manera ilustrativa y analítica en esta temática para iluminar el sendero de la principialística, del cual penden por lo menos inicialmente los temas fundamentales de este trabajo.

El profesor Valencia Restrepo (2005) define de la siguiente manera principialística: “La Nomoarquica o Principialística Jurídica hácese derivar de la dicción compuesta “Nomoarquica” de los nombres helénicos *nómos* (ley o derecho) y *archaí* (principios). A ellas se le añade el sufijo griego *ica*, significativo de arte, ciencia o habilidad y en nuestro caso de razonabilidad, racionalidad, cientificidad. Por consiguiente, “Nomoarquica” es la filosofía y la ciencia de los principios jurídicos”<sup>27</sup>.

“El estudio y el desarrollo de la ciencia jurídica, debido a las complicaciones a lo largo de la historia y especialmente de la sociedad moderna, ha exigido tanto al Estado, como a los que hacen parte del sistema jurídico, numerables formas, métodos de cómo hacer que la justicia sea más rápida y efectiva. Esta búsqueda de salidas y variaciones en la norma, han generado un gran impacto social en la medida que no solo el Estado ha asumido la responsabilidad de mejorar la justicia, sino que cada individuo se ha hecho parte de esta gran tarea”<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Nomoarquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho*. Santa fe de Bogotá: Editorial Temis, 1993. Pág. 2.

<sup>28</sup> [www.usc.edu.co\\_virtual.usc.edu.co/hermandodevis/images/stories/pdf/principialisticajuridica.pdf](http://www.usc.edu.co_virtual.usc.edu.co/hermandodevis/images/stories/pdf/principialisticajuridica.pdf). Ensayo Grupo de investigación Hernando Devis Echandía. Cabrera, Lizandro, Delgado Beatriz, Nogales Celso, Zambrano Hernán. Consulta en línea Octubre de 2008.

La etimología del vocablo "principio", es necesaria para referirse al significado del mismo. El Doctor Valencia Restrepo (2003)<sup>29</sup> "atribuye el origen etimológico de "principio" a la palabra principium, que podría tener dos acepciones: Una primera, que significa "cabeza de una serie o primer singular de un todo plural", porque provendría de princeps, principis, príncipe, como titular o cabeza de una magistratura. Según esta acepción, los principios del derecho son cabeza de todo ordenamiento o las primeras normas del conjunto de las mismas. La segunda acepción sería la de origen permanente o punto fundamental de partida de algo, porque principium provendría de principii. Y así, los principios en derecho serían normas fundamentales del sistema normativo, punto de donde surgen de modo permanente las demás normas de sistema jurídico"<sup>30</sup>.

Los principios son fuentes formales generales del ordenamiento jurídico. Entendiendo por fuentes formales aquellos procesos por los cuales se crean las normas jurídicas generales. Entonces, los principios consisten en un proceso creador de normas jurídicas generales. Sin embargo, existen dos definiciones de los principios generales del derecho, en que se encuentran los elementos estructurales de los mismos, tanto los de su naturaleza filosófica, como los de su naturaleza jurídica: el principio como proceso creador de la norma principal y el principio como resultado del proceso creador o la norma principal misma.<sup>31</sup>

El principio como proceso creador de la norma se puede definir así: preexistencia de un valor fundamental y social, cuya aprehensión por parte de la comunidad, el pueblo o el constituyente primario le genera la convicción de obligatoriedad coercible de ese mismo valor. Y el principio como resultado del proceso creador o la norma principal misma se puede definir como norma jurídica fundamental, imperativa, universal, tópica, axiológica, explícita o implícitamente positiva, que sirve para crear, interpretar e integrar el ordenamiento, que según Valencia Restrepo es la noción más indicada para lo que él llama "verdaderas normas".

El autor Norberto Bobbio (1987) se refiere al respecto en los siguientes términos: "En mi opinión los principios generales no son sino normas fundamentales o generalísimas del sistema, las normas más generales (...) Para mí es indudable que los principios generales son normas como todas las otras (...) Dos son los argumentos para sostener que los principios generales son normas, y ambos son válidos: de acuerdo con el primero de ellos, si son normas aquellas que se extractan de los principios generales por medio de un procedimiento de generalización sucesiva, no se ve por qué estos no deban ser normas también (de las especies animales obtengo siempre animales y no flores o estrellas). En

---

<sup>29</sup> VALENCIA RESTREPO, Hernán. Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho. Santa fe de Bogotá: Editorial Temis, 1993. p.192.

<sup>30</sup> VALENCIA RESTREPO, Hernán. Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho. Santa fe de Bogotá: Editorial Temis, 1993. p.192.

<sup>31</sup> VALENCIA RESTREPO, Hernán. CONFERENCIA DOS DEFINICIONES DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho. Santa fe de Bogotá. Editorial Temis. 3 edición.2005.584 páginas.,

segundo lugar, la función para la cual se deducen y se adoptan es la misma que se lleva a cabo para todas las normas, o sea la función de regular un caso<sup>32</sup>.

En Colombia, sostiene Monrroy Cabra (2001) “La Corte Constitucional, en la sentencia C-479 de 1992, le dio carácter vinculante al Preámbulo de la Constitución. Dice al respecto: El Preámbulo de la Constitución incorpora, mucho más allá de un simple mandato específico, los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico; los principios que inspiraron al Constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado; la motivación política de toda la normatividad; los valores que esa Constitución aspira a realizar y que trascienden la pura literalidad de sus artículos. El Preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas<sup>33</sup>. Por tanto, todas las normas de la Constitución, incluido el Preámbulo, son vinculantes tanto para los servidores públicos como para los particulares. En la Constitución hay que distinguir principios, valores y reglas constitucionales. Expresa Ronald Dworkin que “el ordenamiento jurídico no se agota en estándares que funcionan como reglas, sino que en él es posible encontrar otros que operan como “principios, directrices políticas y otros tipos de pautas”, a los cuales llamó genéricamente principios. Estos tipos de estándares jurídicos, o bien proponen objetivos que han de ser alcanzados, o bien contienen exigencias de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. La diferencia entre principios y reglas es para Dworkin<sup>34</sup> una diferencia lógica. Las reglas son aplicables “a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una regla están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión”. En cambio, los principios “no establecen consecuencias jurídicas que sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas”, puesto que ellos sólo enuncian razones pero no exigen decisiones particulares. La doctrina ha distinguido entre valores, principios y reglas constitucionales y ha formulado, con base en precisiones de concepto, una teoría sobre la existencia de un sistema de jerarquía normativa dentro de los textos constitucionales. Los valores son considerados como normas abstractas y de tipo abierto que orientan la producción e interpretación de las demás normas, y en tal virtud fijan criterios de contenido para otras normas y por tanto prevalecen sobre los principios y sobre las reglas. Para otra parte de la doctrina, los valores son normas que, al igual que los principios, determinan el contenido de otras normas, y sólo se diferencian de éstos por su menor eficacia directa, aplicándose estrictamente en el momento de la interpretación. Los valores están formulados como cláusulas generales que determinan los criterios interpretativos del resto del ordenamiento. Los principios son normas que condicionan las demás normas, pero su grado de concreción y eficacia es mayor,

---

<sup>32</sup> BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho. Bogotá: Editorial Temis, 1987. p.239-240.

<sup>33</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-479 de 1992. Consulta en línea Agosto 3 de 2009. <http://bib.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1992/Tutela/T-567-92.htm>

<sup>34</sup> DWORKIN, Ronald Los derechos en serio, Ariel, Barcelona, 1995, p. 72. Citado por Monrroy Cabra en el Anuario Constitucional Colombiano de 2001. Página 25.

al tener por sí mismos carácter normativo. Por tanto, los valores son más abstractos y abiertos que los principios<sup>35</sup>.

La posición de Bonorino (2003)<sup>36</sup> "Cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, particularmente en casos difíciles, hacen uso de pautas que no funcionan como reglas, sino que operan como principios. Estos principios, que pueden ser principios en sentido estricto, directrices políticas u otro tipo de pautas, se diferencian de las reglas por su estructura lógica y por poseer la dimensión de peso. Son estos principios los que permiten entender la labor judicial en los casos controvertidos, como la aplicación de los derechos u obligaciones que las partes tenían con antelación a la decisión institucional. Existen dos formas de entender los principios jurídicos: a) considerando que forman parte del derecho al igual que las reglas y que por ende obligan de la misma manera que éstas, o b) negar que los principios obliguen de la misma forma que las reglas, considerándolos en consecuencia como por encima del derecho. La segunda forma de entender los principios jurídicos resulta inaceptable pues ninguno de los argumentos que pueden dar los positivistas en su apoyo es aceptable, y porque, además, lleva a sostener que ninguna regla puede ser considerada como jurídicamente obligatoria"<sup>36</sup>.

### C. DOCTRINAS ECONÓMICAS

#### PLANTEAMIENTO

Hablar hoy de derecho mercantil como producto científico jurídico necesariamente exige de unos antecedentes en la convivencia humana, por lo tanto, es procedente revisar la evolución histórica que analiza la aparición del comercio, del mercado y del intercambio de bienes, desde las épocas pretéritas hasta nuestros días. Pues es allí, en donde reposan los gérmenes de las ideas que tuvieron los antepasados para poder solventar las comunes necesidades de alimento, techo, vestido como fundamento de los comportamientos patrones en su existencia. El tomar una decisión de ejercitar una determinada actividad llámese pastoreo, recolección, defensa física etc., no resulta por generación espontánea o fortuita, si no que debió requerir de una actividad racional, esto es: de una combinación de conocimientos agrupados por la experiencia que les permitió tomar decisiones para poder solventar las necesidades. Dichas decisiones tuvieron su fermento en unos planteamientos elementales a partir de los cuales y apoyándose en ellos, daban los pasos creadores de los nuevos conocimientos que sustentarían las actuaciones. Así por ejemplo, necesitamos

<sup>35</sup> DWORKIN, Ronald Los derechos en serio, Ariel, Barcelona, 1995, p. 72. Citado por Monrroy Cabra en el Anuario Constitucional Colombiano de 2001. Página 25. Consulta en línea Agosto 3 de 2009 <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6554&iu=0>

<sup>36</sup> BONORINO, Pablo Raúl. Integridad, derecho y Justicia. Una crítica a la teoría de Ronald Dworkin. <http://books.google.com.co/books?id=CgtL2dL6hD4C&pg=PA32&lpg=PA32&dq=BONORINO+Y+LOS+PRIN+CIPIOS&source=bl&ots=SX5WSpH0u2&sig=pnpXQ->  
RumHQ4jpm\_Z159Ee3138&hl=es&sa=X&oi=book\_result&resnum=1&ct=result#PPP1,M. Consulta en línea Octubre 20de 2008.

conocer cuáles fueron las razones y cuáles los principios que las inspiraron moviendo al hombre para realizar el intercambio de bienes y servicios obteniendo el resultado buscado, cuál era la satisfacción de sus necesidades, pero sin incurrir, al lado de esa satisfacción, en un daño para sí mismo o para quienes le rodean, siendo ello la génesis de los denominados principios jurídicos que positivizados o no rigieron, rigen y regirán de manera efectiva los actos humanos en pos de garantizar la convivencia humana. Es entonces, cuando debemos entrar a comparar aquellos principios que direccionan el Estado de Derecho y con aquellos que acompañan la novedosa figura del Estado Social de Derecho. Es por esto que el Marco teórico toma como eje la principalística. Iniciando con una ilustración analítica de Colombia en su devenir histórico esto es, partiendo de lo que sucedía en la época pre-colombiana, en la cual ya se ejercía una actividad de intercambio, donde imperaban unos principios naturales que eran garantes de la actividad comercial que ellos ejercían, principios a los que se les puede hacer una analogía o comparación con los de los gremios o corporaciones, -sin olvidar que la evolución y su recta del tiempo fue abruptamente cortada por el descubrimiento de América hasta llegar a las leyes de indias y a la conformación de la gran Colombia permitiéndonos una revisión de la paleta de posibilidades en la aplicación del derecho mercantil, para caer finalmente a partir de 1991 en el estudio del denominado Estado Social Derecho.

En la evolución histórica del derecho comercial se encuentran dos aspectos bien delimitados uno, la posición meramente social, o sea del individuo que respondiendo a sus necesidades no ve más allá de este resultado y otro, la posición ideológica que en este caso la religión quizá con ojo avizor presagiaba lo que podría generar hacia el futuro el comportamiento excesivamente ventajoso de ciertos hombres sobre otros.

La existencia del derecho comercial en la actualidad depende de circunstancias especiales en la organización jurídica de cada nación. Pero esas circunstancias obedecen a unos principios que mueven el comportamiento del individuo en la sociedad. Siendo que su contenido y características están determinados por el progreso y la modificación constante de los efectos económicos. Si tomamos en cuenta que los principios son las razones fundamentales que mueven la conducta social del hombre en comunidad, una de las actividades de este, la mercantil, no se escapa a tal presupuesto universal. Colombia es hoy un Estado Social de Derecho, situación determinada por la Carta Magna del 1991, pues durante más un siglo la Constitución del 1886 planteaba que éramos un Estado de Derecho. La anterior afirmación pareciera que abre la puerta a una escisión en cuanto a la génesis y clasificación de los principios generales del derecho que permitiera pensar que unos son los principios que se aplican en el Estado de derecho y otros muy distintos en el Estado social de derecho, tesis ésta que se encuentra alejada de una certeza lógica, cuestión fundamental en ésta investigación será determinar y poder comprobar que los principios generales del derecho no se encuentran discriminados en cuanto a las diferentes ramas en que se estudia y se aplica ese derecho, por lo que, al menos inicialmente se puede aseverar que los principios

en el derecho mercantil están en la misma fuente de donde emanan los principios generales del derecho, pues al final de cuentas las partes comprometidas en el ejercicio de las actividades mercantiles y pese a tener una connotación esencial en la actividad contractual como la es la de reportar utilidades económicas producto de los convenios, no pierden su calidad de actores de sus propios derechos en la relación en que se empeñan, es decir el derecho mercantil dentro de sus principios consagra la equidad en la aplicación de los derechos de las partes y prohíben el abuso de una parte sobre otra bajo figuras muy representativas como el aprovechamiento de la parte dominante en la negociación.

En el Estado de Derecho se contempló la actividad jurídica mercantil, desde el punto de vista de normas que hoy todavía imperan, pero parecieran ajenas a contemplar el fenómeno cuya regulación es su objetivo, a saber: el intercambio de bienes y servicios en la sociedad. La Corte Constitucional Colombiana se ha pronunciado muchas veces sobre el tema de la principalística y sobre el bloque de constitucionalidad, ejemplo de ello son las sentencias C-225 (1995)<sup>37</sup>/ C-486 (1993)<sup>38</sup>/ T-296 (1994)<sup>39</sup>, etc. La vía jurisprudencial se justifica porque es misión inherente a toda administración de justicia, crear, interpretar, integrar y renovar el ordenamiento y ello en muchas ocasiones es posible hacerlo acudiendo a los principios. Varios excelentes ejemplos para nuestro caso son la T-011 (1993)<sup>40</sup> al pronunciarse sobre la BUENA FE y la C-112 (1993)<sup>41</sup> sobre LA IGUALDAD ANTE LA LEY, COSA JUZGADA C- 543 (1992)<sup>42</sup>, DEBIDO PROCESO T- 516 (1992)<sup>43</sup>,

<sup>37</sup> Corte Constitucional Colombiana, sentencia. C-225 DE 1995. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Naturaleza imperativa/IUS COGENS. MP. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

<sup>38</sup> Corte Constitucional Colombiana., sentencia. C – 486 de 1993. MP. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto 410 de 1971, la Ley 04 de 1989 y los artículos 3 a 9 y 98 a 514 del Código de Comercio

<sup>39</sup> Corte Constitucional Colombiana. T-296 de 1994 temas: Sometimiento de los jueces al imperio de la ley, Alcance de la competencia del juez de tutela, frente a las demandas de autoridades ejecutivas, El incumplimiento de sus funciones por parte de las autoridades puede constituir una amenaza para los derechos fundamentales de los particulares.

<sup>40</sup> Corte Constitucional Colombiana. T-011- DE 1993. Principio de la buena fe: El artículo 83 de la Constitución establece: "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas". MP ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

<sup>41</sup> Corte Constitucional Colombiana. C-112 DE 1993. MP HERNANDO HERRERA VERGARA. Principio descubierto por la Corte DERECHO A LA ADMISNTRACION DE JUSTICIA

<sup>42</sup> Corte Constitucional Colombiana. C- 543 DE 1993. PRINCIPIO DE SEGURIDADE JURIDICA. MP. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO. Una de las demandas sobre las cuales se pronuncia la Corte en esta oportunidad se halla estructurada sobre la base de que el artículo 11 del Decreto 2591 de 1991 quebranta los preceptos constitucionales no tanto por introducir un término de caducidad sino por permitir que se ejerzan acciones de tutela contra sentencias amparadas por el principio de la cosa juzgada.

<sup>43</sup> Corte Constitucional Colombiana. Tutela El carácter fundamental del derecho al debido proceso proviene de su estrecho vínculo con el principio de legalidad al que deben ajustarse no sólo las autoridades judiciales sino también, en adelante, las administrativas, en la definición de los derechos de los individuos. Es pues una defensa de los procedimientos, en especial de la posibilidad de ser oído y vencido en juicio, según la fórmula clásica, o lo que es lo mismo, de la posibilidad de ejercer el derecho de defensa. El derecho al debido proceso comprende no solo la observancia de los pasos que la ley impone a los procesos judiciales y a los procesos y trámites administrativos, sino, también el respeto a las formalidades propias de cada juicio, que se encuentran, en general, contenidas en los principios que los inspiran, el tipo de intereses en litigio, las calidades de los jueces y funcionarios encargados de resolver. MP. SIMON RODRIGUEZ RODRIGUEZ.

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL C- 574 (1992)<sup>44</sup> y T 614 de 1992<sup>45</sup>, ESPECIALIDAD C-543 de 1992<sup>46</sup>, FAVORABILIDAD C- 438 de 1992<sup>47</sup>, PRESUNCION DE INOCENCIA C-599 de 1992<sup>48</sup> y T-097 de 1994<sup>49</sup>, CELERIDAD T – 531 DE 1992<sup>50</sup> JERARQUIA C- 543 de 1992<sup>51</sup>, PREVALENCIA DEL

<sup>44</sup> Corte Constitucional Colombiana. TRATADO INTERNACIONAL-Control de Constitucionalidad/TRANSITO CONSTITUCIONAL/PACTA SUNT SERVANDA/SUPREMACIA CONSTITUCIONAL: Pese al trámite sui generis y de carácter excepcional que sufrieron por razón del tránsito constitucional, estos constituyen verdaderos tratados en vías de formación, pues con respecto a ellos aún no se ha producido su perfeccionamiento, toda vez que con anterioridad a su revisión por la Corte el ejecutivo no había manifestado el consentimiento en obligarse por ellos en el ámbito internacional. Como tales están sometidos al control de constitucionalidad previsto en el numeral 10 del artículo 241 de la Carta. El control previo, automático e integral garantiza por un lado el cumplimiento de los compromisos internacionales que es corolario de ineludible observancia por haber adherido Colombia a las normas de convivencia entre las naciones civilizadas una de las cuales precisamente es la conocida como Pacta Sunt Servanda. Por otro, asegura el respeto y la observancia del Estatuto Fundamental por sus autoridades inclusive cuando desarrollan funciones en el plano internacional, pues no se remite a duda que la supremacía de la Constitución que se consagra en el Artículo 4 de la misma no admite sino las excepciones que la propia Carta establece. MP. CIRO ANGARITA BARON

<sup>45</sup> Corte Constitucional Colombiana. EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD/ACCION DE TUTELA-Ejercicio simultáneo: Puede suceder que el ataque contra el derecho fundamental o la amenaza que se cierne sobre él provengan de la aplicación que se haya hecho o se pretenda hacer de una norma -legal o de otro nivel- que resulta incompatible con la preceptiva constitucional. En esa hipótesis es indudable que surge la posibilidad de ejercitar en forma simultánea la llamada excepción de inconstitucionalidad y la acción de tutela, la primera con el objeto de que se aplique la Constitución a cambio del precepto que choca con ella, y la segunda con el fin de obtener el amparo judicial del derecho. La vigencia de la norma no se controvierte, ni tampoco se concluye en su inejecutabilidad o nulidad con efectos "erga omnes". Apenas ocurre que, con repercusión exclusiva en la situación particular, se ha desvirtuado la presunción de constitucionalidad; ella seguirá operando mientras no se profiera un fallo del tribunal competente que defina el punto por vía general. MP. JOSE GREGORIO HERNANDEZ

<sup>46</sup> Corte Constitucional Colombiana. La cosa juzgada, que confiere a las providencias la fuerza de verdad legal dentro del ámbito individualizado del asunto litigioso resuelto, se funda en el principio de la seguridad jurídica, la cual para estos efectos, reside en la certeza por parte de la colectividad y sus asociados en relación con la definición de los conflictos que se llevan al conocimiento de los jueces. El principio de la cosa juzgada hace parte indiscutible de las reglas del debido proceso aunque no se halle mencionado de manera expresa en el artículo 29 de la Constitución. Todo juicio, desde su comienzo, está llamado a culminar, ya que sobre las partes no puede cernirse indefinidamente la expectativa en torno al sentido de la solución judicial a su conflicto. En consecuencia, hay un verdadero derecho constitucional fundamental a la sentencia firme y, por tanto, a la autoridad de la cosa juzgada. MP. JOSE GREGORIO HERNANDEZ

<sup>47</sup> Corte Constitución Colombiana. Sentencia C-280 de 1996, fundamento 3. En el mismo sentido, ver las sentencias T-438 de 1992, C-417 de 1993, C-251 de 1994, C-244 de 1996 y C-769 de 1998 MP. EDUARDO MONTEALEGRE

<sup>48</sup> Corte Constitucional Colombiana. La presunción de inocencia es una presunción juris tantum que admite prueba en contrario. Tal presunción cabe ciertamente tanto en el ámbito del derecho penal como en el de las infracciones administrativas. Naturalmente como surge de la lógica del proceso, la carga de la prueba está a cargo del Estado, sin perjuicio de que los acusados también ejerzan la iniciativa probatoria a fin de buscar el esclarecimiento de los hechos. MP. FABIO MORON DIAZ

<sup>49</sup> Corte Constitucional Colombiana. El principio de la presunción de inocencia impone que la carga de la prueba corresponda a los acusadores y que para desvirtuarla sea necesario que la prueba practicada haya tenido lugar en un juicio, con todas las garantías procesales y formalidades previstas. Para condenar es indispensable la certeza de la culpabilidad, debido a que es la inocencia la que se presume cierta. La culpabilidad debe ser probada bajo las condiciones establecidas por el debido proceso. Cualquier enunciado con pretensión de veracidad establecido por fuera de las formas procesales que protegen el derecho de defensa, es una veracidad espuria que no tiene validez, así cuente con la convicción del juzgador o incluso con la verdad real. Mientras estos supuestos no hayan sido respetados, el investigado continuará gozando del beneficio de la presunción de inocencia. MP. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

<sup>50</sup> Corte Constitucional Colombiana. El carácter de orden público de las normas sobre menores y la interpretación de las mismas, obligan al juez de familia a impulsar oficiosamente el proceso, no limitándose a decretar las pruebas solicitadas en su oportunidad por las partes sino todas aquellas que conduzcan al

DERECHO INTERNACIONAL C-019 de 1993<sup>52</sup>, PRIMACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES T-533 DE 1992<sup>53</sup>, AUTONOMIA DEL JUEZ C-543 de 1993<sup>54</sup>, DERECHO A LA DEFENSA T- 097 DE 1994.

En las épocas remotas el hombre por la necesidad de resolver inconvenientes con la naturaleza, requirió de la intervención de sus congéneres para ello, así: para satisfacer la urgencia de adquirir alimento y vestido debió enfrentarse a la caza como actividad que le produciría satisfacción a elementales requerimientos, ejercicio que no pudo adelantar individualmente, debiendo acudir a la ayuda y colaboración de sus semejantes. Este hombre cazador que obtuvo como producto más de lo que necesitaba y podía consumir, pronto entendió que ese excedente le permitía iniciar una actividad de intercambio con sus semejantes que tenían otra actividad como la de recolectar frutas a quienes seguramente también

esclarecimiento de las circunstancias de posible abandono o peligro del menor. De otra parte, la no valoración por el juez de las pruebas en la sentencia puede configurar una causal de inconstitucionalidad por carencia de motivación de la decisión judicial. En los procesos de privación, suspensión o rehabilitación de la potestad parental, el juez de familia está dotado de amplios poderes para intervenir en defensa de sus intereses, entre ellos se cuenta la posibilidad de iniciar oficiosamente el proceso. MP. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

<sup>51</sup> Corte Constitucional Colombiana. La cosa juzgada, que confiere a las providencias la fuerza de verdad legal dentro del ámbito individualizado del asunto litigioso resuelto, se funda en el principio de la seguridad jurídica, la cual para estos efectos, reside en la certeza por parte de la colectividad y sus asociados en relación con la definición de los conflictos que se llevan al conocimiento de los jueces. El principio de la cosa juzgada hace parte indiscutible de las reglas del debido proceso aunque no se halle mencionado de manera expresa en el artículo 29 de la Constitución. Todo juicio, desde su comienzo, está llamado a culminar, ya que sobre las partes no puede cernirse indefinidamente la expectativa en torno al sentido de la solución judicial a su conflicto. En consecuencia, hay un verdadero derecho constitucional fundamental a la sentencia firme y, por tanto, a la autoridad de la cosa juzgada. MP. JOSE GREGORIO HERNANDEZ

<sup>52</sup> Corte Constitucional Colombiana. La doble instancia no pertenece al núcleo esencial del debido proceso, - pues la ley puede consagrar excepciones-, salvo cuando se trata de sentencias condenatorias, las cuales siempre podrán ser impugnadas. El concepto de "sentencia condenatoria" contradice la filosofía y naturaleza de la legislación de menores, a cuyo amparo, el juez puede imponerle medidas al menor infractor de carácter protector y pedagógico, pero nunca de naturaleza condenatoria. Sin embargo, si alguna de esas medidas es privativa de la libertad, podrá ser siempre impugnada a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño, que, ha sido incorporada a nuestra legislación interna. Todo lo cual se reafirma, además, con el artículo 93 de la Carta, que establece que los tratados y convenios internacionales -ratificados por el Congreso- que reconocen los derechos humanos, prevalecen en el orden interno. El artículo 167 del Código del Menor habrá de entenderse en el sentido de que los procesos relativos a menores infractores de la ley penal son de única instancia, salvo en los casos en los que durante su transcurso o al final del mismo se tome una medida que, - si bien protectora o pedagógica-, sea privativa de la libertad. Dichas medidas podrán ser objeto de impugnación ante una instancia superior, sin perjuicio de los recursos de reposición que el mismo Código ya contempla. MP. CIRO ANGARITA

<sup>53</sup> Corte Constitucional Colombiana. El Estado social de derecho, instituido por el constituyente colombiano, define la naturaleza del régimen político, económico y social, identificándolo con los valores y fines enunciados en el Preámbulo de la Constitución. La superación del Estado de derecho como garantía de la libertad y de la igualdad formal tiene lugar en el Estado social de derecho mediante la acentuación de los elementos finalistas que guían la actividad estatal administrativa y política. La persona humana y su dignidad constituyen el máximo valor de la normatividad constitucional, cuyo reconocimiento conlleva importantes consecuencias para el sistema de relaciones económicas y sociales. MP. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

<sup>54</sup> Corte Constitucional Colombiana. Por su origen, las normas sustanciales y procesales tienen igual jerarquía. La primacía del derecho sustancial, en principio, no obliga al legislador, sino a los encargados de administrar justicia. En realidad, podría decirse que el artículo 228 contiene una regla de interpretación, dirigida al juez. MP. JORGE ARANGO MEJIA [www.cntv.org.co/.../cc\\_sc.../1993/c-543\\_1993.html](http://www.cntv.org.co/.../cc_sc.../1993/c-543_1993.html) CC S. C-543

les sobraba algo y lo podían canjear. Surge aquí, el concepto de trueque, eso sí, sin considerarlo aún una actividad de comercio como tal, era el cambio por el cambio. En este actuar aparentemente ingenuo del hombre se encuentran inmersos unos principios naturales del comportamiento humano, cuales son el de la favorabilidad, solidaridad, etc. Que en últimas buscan el bienestar del conglomerado. Estos puntos de partida comportamentales inspiran posteriormente las normas que positivizaron los comportamientos modelo en el derecho mercantil.

El avance organizacional del hombre permitió la formación de grandes comunidades denominadas pueblos y en ellos se sintió una mayor presión para satisfacer la necesidad del intercambio de bienes y servicios, siendo los primeros que intentaron una actividad comercial propiamente dicha, los pueblos Asirios y Fenicios, quienes incluso estructuraron una recopilación de usos y costumbres sobre el comercio marítimo: *Lex rhodia djactu*<sup>55</sup>. Ejemplo de este acrecimiento en la estructura comercial es el pueblo Fenicio, quienes aprovechando la experiencia en la actividad marítima buscaron compensar la diferencia entre sus recursos naturales y la de sus vecinos en cuanto una variedad de productos que iban desde los minerales hasta los vegetales y animales, pero todo ello a nivel de intercambio, sin usar aún valores representativos. Esta labor requirió de otra paralela, cual fue la de proteger los barcos que llevaban las mercancías y crearon naves de guerra para ello, lo que permitió fundar nuevas organizaciones en islas que fueron poblando paulatinamente. Para los fenicios el principio de su actividad comercial de intercambio de mercancías estuvo regido por la compensación, esto es el intercambio equitativo de las cosas, lo cual sugirió por primera vez valorar la mercancía. No obstante, el éxito de sus expediciones marítimas les permitió iniciar la acumulación o atesoramiento de mercancías que los convirtió en su época en el pueblo más rico de la región, haciendo nacer el espíritu especulativo que bien pronto los llevo a la piratería.

El comercio ocupó para la India un puesto preponderante, toda vez que tal actividad no se superponía a la jerarquización social por castas, encontrándose que el mismo no podía ser ejecutado sino por una casta especial conformada por agricultores, industriales y mercaderes sin límite alguno, tal era el valor que el comercio tenía para aquella organización social que fue discriminatorio en cuanto a su ejercicio. El principio que aplicaron los Hindúes para la lo comercial fue el de procurar bienestar para todos los asociados, lo que implicaba para quienes ejercían el comercio una posición de privilegio frente a los demás.

El pueblo Egipcio gran productor, en especial de trigo, fue prolífico en cuanto al comercio al interior de su territorio, pero por problemas religiosos no pudo inicialmente tener actividad comercial a través del mar al que consideraba impuro.

<sup>55</sup> [http://www.herdkp.com.pe/adds/info/elementos\\_del\\_seguro.htm](http://www.herdkp.com.pe/adds/info/elementos_del_seguro.htm). Consulta en línea octubre de 2008. *Lex Rhodia de iactu* que en realidad estaba basada en el principio de la "avería gruesa" tal como todavía existe en el seguro marítimo, donde los dueños de la carga y los propietarios del barco soportan conjuntamente una pérdida. <http://www.artehistoria.jcyl.es/historia/contextos/611.htm>

Por lo tanto, la gran cantidad de sus productos lo hicieron muy ricos y poderosos y ricos ante los demás y ello les dio ventaja frente a la comercialización de sus productos. El principio que rigió para ellos fue el intercambiar con un valor adicional cual era el de la calidad, habida cuenta que se convirtió en uno de los cuatro grandes productores de grano del mundo. Hasta aquí ninguna de estas organizaciones humanas contó con un derecho mercantil codificado, simplemente produjeron normas consuetudinarias que se aplicaron por muchísimo tiempo.

Roma incorporó dentro de su modelo normativo las leyes Rodias, reflejándose entonces una especie de institución mercantil, la cual estuvo inmersa dentro del *ius civile*, lo que si bien es cierto no permite hablar de una actividad mercantil independiente del resto del derecho, si aparece como una especialidad dentro de ese derecho por la necesidad apremiante que impuso el continuo ejercicio de esa actividad. Se incorporan al derecho mercantil en Roma los principios que regían para el *ius civile* por ejemplo la equidad en la contratación y en pos de esta crearon medios y mecanismos para combatir la corrupción en el comercio que había sido instaurada por pueblos antiguos que vieron en este no solo la forma de satisfacer necesidades sino la manera de surgir como poderosas fuerzas de dominación mediante la especulación, acumulación de riqueza y el atesoramiento injusto de bienes. Con lo que favorecieron a pueblos menesterosos que no habían tenido acceso igualitario a la actividad mercantil impulsando ferias y encuentros de comerciantes. Curiosamente, en Roma a diferencia de India la actividad de los comerciantes se prohibió a los patricios por ser considerada una actividad humillante, tal como lo estipulo la *lex flaminia*<sup>56</sup>.

El derecho mercantil en la Edad Media toma cuerpo científico<sup>57</sup>, esto es que inicia un proceso de identificación y autonomía que con el transcurso del tiempo y hasta nuestros días le ha valido una figuración de importancia en el derecho que con la globalización, incluso, le ha generado un estatus propio que trasciende las fronteras de los Estados. Frente a la limitación que tenía el derecho común y general para resolver los problemas surgidos entre las relaciones de comerciantes, debido a que esta actividad fue muy prospera para la época, exigieron la conformación de una normatividad que nacida de la costumbre imprimiera una seriedad y sobre todo seguridad en la solución de los conflictos que de forma frecuente presentaba el grupo de mercaderes. Se adelantaron un sinnúmero de estatutos y reglas escritas que eran usadas por unas instituciones

---

<sup>56</sup> <http://www.artehistoria.jcyl.es/historia/contextos/611.htm>. CONSULTA EN LINEA Octubre de 2008. "Probablemente para reforzar la presencia romana en el territorio galo-piceno conquistado a los senones, el tribuno Cayo Flaminio logró que se aprobara la Lex Flaminia de agro Piceno et Gallico, que contemplaba la distribución viritana de estas tierras, es decir, la asignación de parcelas individuales a ciudadanos romanos. La iniciativa del tribuno contó con la hostilidad del Senado, renuente a que se establecieran ciudadanos romanos en un área tan alejada de su centro político, con las imprevisibles consecuencias que esto podía suponer para el orden político y constitucional de Roma".

<sup>57</sup> <http://www.derechocomercial.edu.uy/RespDerechoComEdadMedia.htm>. CONSULTA en línea octubre 2008: "El Derecho comercial nace, como rama separada del Derecho civil, en la segunda mitad de la Edad Media (baja Edad Media) - como un Derecho separado, elaborado por los comerciantes y para los comerciantes. Los comerciantes fueron formando su propio Derecho, basado en las prácticas y costumbres".

denominadas consulados, a cuya cabeza los cónsules hacían las veces de administradores de justicia en las lides del comercio. Como se puede apreciar las normas nacen de comportamientos repetitivos que asumían los mercaderes en sus gestas cotidianas, es por lo tanto pertinente concluir que en la Edad Media y a través de la influencia de las leyes Rodias, inmersas en el *ius civile romano*, y en ese entonces insertas en los estatutos del comercio, los principios jugaron papel esencial en esa red estatutaria, principios contenidos en los diarios comportamientos que debía adelantar el mercader para el ejercicio de su actividad. Así pues, los administradores de justicia que con estatuto en mano resolvían los problemas habidos entre los comerciantes aplicaban los principios como fuente normativa para dirimir los conflictos y problemas entre ellos generados. López Rodríguez, en su documento electrónico “El Derecho Comercial en la Edad Media sostiene que:

“En las corporaciones se crearon tribunales especiales para dirimir las controversias que se suscitaban entre sus agremiados. La justicia era aplicada por los cónsules, con recursos ante súper-cónsules y, en algunos casos, ante la asamblea. Desde luego, todos eran comerciantes, no versados en Derecho pero, como para resolver las controversias se aplicaban los usos y costumbres formados en la práctica del comercio, estos jueces comerciantes estaban en condiciones de fallar<sup>58</sup>”.

Se inicia entonces con estos procedimientos la incursión de personas en una “administración de justicia especial”, quienes ajenas a una condición profesional de abogados o juristas, resuelven conflictos mediante normas las cuales, reitero, están conformadas por principios como la equidad, la buena fe, el respeto por el colega, tal como se evidencia en el documento arriba señalado: “Paralelamente a los tribunales de cada ciudad, existían los Tribunales de Feria que, también, aplicaban la costumbre. Las sentencias que dictaban unos y otros, sirvieron para fijar el Derecho consuetudinario. El procedimiento mercantil se basó en la equidad, entendida como la búsqueda de la verdad real más que la formal. Se impuso al juez examinar el caso concreto y, después de conocido, aplicar el Derecho consuetudinario teniendo en cuenta la buena fe<sup>59</sup>”

Este proceso de positivización de las costumbres, compilándolas en estatutos los cuales fueron organizados por los denominados cónsules son la base del andamiaje sistemático del derecho comercial consuetudinario, que resulta ser el origen de la denominada *lex mercatoria*<sup>60</sup>. Conveniente es precisar que desde

---

<sup>58</sup> <http://www.derechocomercial.edu.uy/RespDerechoComEdadMedia.htm>. Consulta en línea Octubre de 2008.

<sup>59</sup> <http://www.derechocomercial.edu.uy/RespDerechoComEdadMedia.htm>.CONSULTA en línea octubre 2008.

<sup>60</sup> [http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista11/Impacto%20Lex\\_Mercatoria.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista11/Impacto%20Lex_Mercatoria.pdf) Consulta en línea octubre de 2008. “No obstante su origen consuetudinario, la *Lex Mercatoria* se plasmó por escrito (v.g.: *Consuetudines de Genova*, 1056; *Constitutum usus de Pisa*, 1161; *Liber consuetudinum de Milán*, 1216), luego se recogió en *Estatutos Corporativos* (como el del *Arte de la Lana de Florencia*, 1301; el *Breve Mercatorum de Pisa*, 1316; los *Statuti dei mercanti de Parma, Piacenza, Brescia, Roma, Verona, Milán*, etc.) y

siempre la actividad de comercio y sus ejecutores erigieron con ello un estatuto que los diferenciaba del resto de la sociedad, pues como ya se mostró en el texto como en Roma solo algunos de sus asociados podían adelantar tal actividad al igual que en la India, estado de cosas que se conservó en la edad media, pues los comerciantes frecuentaron las ferias para realizar su actividad mercantil y es allí en donde tiene su origen tanto la costumbre en la realización de los actos de comercio como en la forma y métodos de negociar y de solucionar los inconvenientes que en desarrollo de su labor se fueran presentando. En estas ferias no aparecían los señores feudales, por consiguiente todo este acontecer que conlleva a la positivización de la costumbre fue ajena al derecho común y a espaldas del mismo, característica esta que le dio el sello de independencia que aun esta presente en el derecho comercial. La *lex mercatoria* en consecuencia, es un conjunto de compilaciones consuetudinarias, sistematizadas, que en reemplazo de los estatutos comerciales perfeccionó las relaciones comportamentales de los mercaderes y les dio el estatus que requería para el auge que el comercio vivió en la segunda mitad del Medioevo. Esta *lex mercatoria* se convierte en un producto evolutivo de la positivización normativa que en el comercio habrá de producirse mas adelante en la historia. Las características de esta fueron:” La *Lex Mercatoria* se caracterizó por ser cosmopolita, transnacional, consuetudinaria y clasista (dirigida, de manera exclusiva, hacia la *societatem mercatorum*). Su cosmopolitismo se basó en la flexibilidad, especialidad (entendida como Derecho de clase) y autonomía”<sup>61</sup>.

El hombre en su continua lucha por el bienestar propio y el de sus congéneres, realiza acciones que fortalecen en lo político los Estados Modernos, las libertades individuales y la protección inicial de los derechos humanos, es así como lo amplio y general de la *lex mercatoria* se volvió en su contra y ahora se le apuesta a un derecho propio, iniciándose el decaimiento en lo aplicacional de este compendio legislativo en los albores del siglo XVII.

La edad moderna llega dándole una mayor fuerza a la codificación que al estatus de mercader y comerciante que hasta ahora se había ganado, la revolución Francesa, influencia el desenvolvimiento marcado de la normatividad organizada y sistematizada en códigos. Napoleón Bonaparte<sup>62</sup>, con el ánimo de dejar atrás cualquier vestigio de reglas y estatutos que anquilosaron el desenvolvimiento del derecho en la antigüedad se propuso de manera ordenada elaborar el conocido

---

estos a su vez se integraron en tratados interlocales e internacionales (v.g.: *Capitulare nauticum* de Venecia; las *Tavole amalfitane*; los ordenamientos de Trani; el *Breve Curiae maris* de Pisa, entre otros”).

<sup>61</sup> [www. http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/impacto\\_lex\\_mercatoria.htm](http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/impacto_lex_mercatoria.htm). Revista Civilizar. No. 11. Documento electrónico. Walter Rene Cadena Afanador. Consulta en línea Agosto 3 de 2009.

<sup>62</sup> <http://www.fortunecity.es/imaginapoder/humanidades/587/contemporanea1.htm> .Consulta en línea Octubre de 2008. “Era el alma del nuevo régimen. Con 30 años alcanzó el poder. Para un hombre del siglo XX esta edad puede parecer inadecuada, puede pensarse que es demasiado joven para ocupar un puesto tan importante como es el de director de los designios de una nación. Pero en los albores del siglo XIX esto era un fenómeno común en la mayor parte de los países europeos”

Código Napoleónico<sup>63</sup>, que entre otras cosas representó “la sistematización en un sólo cuerpo legal de toda la normativa mercantil. Gracias al Código se desarrolló la Doctrina Objetiva del Derecho Comercial o Mercantil”<sup>64</sup>. Con este código que entró en vigencia en 1808 se le da gran importancia a todo lo concerniente a los actos de comercio como tales, los cuales habían sido tenidos como de menor valía frente al comportamiento del mercader que era lo que se había tenido en cuenta en la lex mercatoria, siendo esta la razón que permitió establecer específicas competencias para la administración de justicia en lo mercantil. A partir de este código, varios Estados se preocupan por ordenar la actividad mercantil y organizan sus propias codificaciones, que tomando unas como fundamento para su desarrollo lo objetivo del derecho mercantil (actos de comercio), en tanto que otras privilegiaron el concepto subjetivo de la actividad (comportamiento del mercader), ejemplo de la primera el código napoleónico y de la segunda el código de comercio del otrora imperio alemán<sup>65</sup>.

El derecho mercantil ha sido el impulsor del desarrollo de un concepto que ha impactado la humanidad como lo es la globalización. Empecemos por desentrañar la significación de la GLOBALIZACIÓN<sup>66</sup> como palabra. Se puede afirmar que, como dicción<sup>67</sup> (significante) es de reciente acuñación (última década) aun cuando, su significación, se tendría que aceptar que es de vieja data, casi tan antigua como el hombre, por cuanto este fenómeno ha aparecido y estado presente en los procesos comportamentales de la humanidad, generado por los actos propios de su naturaleza, como son: la ambición, el poder, el desarrollo de la curiosidad, el avance del conocimiento en la búsqueda de nuevas y mejores formas de ejercitar su existencia, etc., con los cuales ha buscado satisfacer sus intenciones que van desde la dominación: colonialismo<sup>68</sup>,

<sup>63</sup> <http://www.fortunecity.es/imaginapoder/humanidades/587/contemporanea1.htm>: Consulta en línea Octubre de 2008. “Fue ideado para dotar a todas las provincias de las mismas leyes civiles. Su realización fue confiada a cuatro juristas: Bigot de Préameneau, Tronchet, Portalis y Maleville.”

<sup>64</sup> [http://encyclopedie-es.snyke.com/articles/derecho\\_mercantil.html](http://encyclopedie-es.snyke.com/articles/derecho_mercantil.html). Consulta en línea Octubre de 2008.

<sup>65</sup> Mc Lucan fue el primero en utilizar la palabra globalización, fue el teórico de la información; en los años sesenta explicó, que los avances en la electrónica y las comunicaciones llevarían al mundo a crear una “aldea global” donde los hechos serían conocidos por todos los habitantes del globo.

<sup>67</sup> [www.drae.com](http://www.drae.com) : Consulta en línea Octubre de 2008. Globalización: “Tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales.”

<sup>68</sup> TORTELLA, Gabriel. La revolución del siglo XX. Madrid- Taurus, 2000, págs. 51- 74. “El colonialismo es el dominio territorial, económico y cultural establecido durante largo tiempo sobre un pueblo extranjero que se ve sometido al país dominante. Aunque este término existe desde la época de la Antigua Grecia, hay variantes en su significado, pues en el caso de las antiguas colonias griegas o en el de América se usaba más bien la palabra “colonización” en vez de colonialismo, ya que en estos casos los territorios colonizados no estaban subordinados a la metrópoli, y a todos los habitantes de estos primeros se les consideraba como otros ciudadanos más de la potencia europea. En la edad contemporánea se identifica más con la dominación política de gentes de otra raza que habitan en un territorio separado por el mar de la potencia colonial, que generalmente suele ser un país europeo. El colonialismo europeo moderno comenzó en el siglo XV con los viajes de los portugueses a lo largo de la costa oeste de África. Junto con los españoles, fueron los primeros en establecer sus colonias en ultramar, y se aferraron a ellas incluso después de que su fuerza imperialista se hubiera perdido. Sin embargo, el colonialismo alcanzó su momento de máxima importancia desde finales del siglo XIX hasta mediados del XX. Los países europeos que más protagonismo tuvieron en este proceso fueron Inglaterra, Francia y Alemania, que se repartieron el continente africano, (donde tan sólo quedaron dos países independientes: Liberia y Abisinia) e intentaron extender sus zonas de influencia por

imperialismo<sup>69</sup>, expansionismo<sup>70</sup>, neocolonialismo<sup>71</sup>, hasta el supuesto proteccionismo de sus relaciones: socialismo, comunismo, mercantilismo.

Existen múltiples definiciones que podrían incluso entenderse como metáforas sobre el concepto de globalización, según las describe Octavio Lanni, en su texto de Teorías de la Globalización, como: "economía-mundo"; "sistema mundo"; "aldea global; tecno-cosmos"; "planeta tierra; hegemonía global", entre otras, que expresan un fenómeno totalizador y complejo de la realidad internacional o como diría el propio Lanni: "un fenómeno que sorprende, encanta y atemoriza". Un espacio, señala Lanni, donde "la imaginación multiplica metáforas, símbolos, imágenes, figuras y alegorías, destinadas a dar cuenta de lo que está sucediendo. Son múltiples las posibilidades abiertas al imaginario científico, filosófico y artístico cuando se descubren los horizontes de la globalización en el mundo y éstos envuelven cosas, gentes e ideas, interrogaciones y respuestas, nostalgias y utopías<sup>72n</sup>.

El hombre siempre ha pretendido, por diversas razones, eliminar la diseminación, la disgregación del ser humano realizando intentos para lograr su unión e integración, por ejemplo: buscar un mismo idioma (torre de Babel), inventar los distintos medios de transporte para acercar los pueblos, crear las ciudades, etc.,

diferentes zonas del mundo como Europa Oriental, Oriente Medio, Extremo Oriente o el Caribe. Países como Italia, España, Portugal y Bélgica también intentaron llevarse su parte en este reparto, aunque no consiguieron tantos territorios."

<sup>69</sup> Enciclopedia Microsoft(R) Encarta(R) 97 (c) 1993-1996 Microsoft Corporación. Reservados todos los derechos. Consulta en línea Octubre de 2008. En el mundo antiguo, la práctica del imperialismo daba como resultado una serie de grandes imperios que surgían cuando un pueblo, que generalmente representaba a una determinada civilización y religión, intentaba dominar a todos los demás creando un sistema de control unificado. El imperio de Alejandro Magno y el Imperio Romano son destacados ejemplos de esta modalidad".

<sup>70</sup> Enciclopedia Microsoft(R) Encarta(R) 97 (c) 1993-1996 Microsoft Corporación. Reservados todos los derechos. Consulta en línea Octubre de 2008. "El imperialismo europeo de comienzos de la era moderna (1400-1750) se caracterizaba por ser una expansión colonial en territorios de ultramar. No se trataba de un país que intentaba unificar el mundo sino de muchas naciones que competían por establecer su control sobre el sur y sureste de Asia y el continente americano. Los sistemas imperialistas se estructuraron de acuerdo con la doctrina del mercantilismo: cada metrópoli procuraba controlar el comercio de sus colonias para monopolizar los beneficios obtenidos."

<sup>71</sup> "Política de los estados imperialistas dirigida a conservar la explotación colonial de los países débilmente desarrollados en el aspecto económico con el fin de anular las consecuencias de la desintegración del sistema colonial del imperialismo. Lenin indicó que "el capital financiero y su correspondiente política internacional... crean toda una serie de formas de transición de dependencia estatal". Lo característico del fenómeno estriba en la variedad de formas de "países dependientes, política y formalmente independientes, pero en realidad envueltos en las redes de la dependencia financiera y diplomática". Para alcanzar los fines indicados los imperialistas establecen diferentes tipos de dependencia económica y política. Organizan bloques político-militares agresivos (O.T.A.N., S.E.A.T.O., C.E.N.T.O. y otros) que actúan en calidad de colonizadores en grupo; sostienen una política de expansión económica (empréstitos imperialistas, intercambio no equivalente, "ayuda técnica"); organizan la intervención directa en los asuntos internos de los estados jóvenes, ejercen una acción ideológica sobre las masas, dedicando lugar especial al anticomunismo. Al socaire de la "ayuda", procuran mantener, en los países liberados del imperialismo, las viejas posiciones y ocupar otras, ampliar sus puntos de apoyo social, atraerse a la burguesía nacional, implantar regímenes militares despóticos, asentar en el poder a títeres sumisos. A la política neocolonialista de las potencias imperialistas, se opone la creciente fuerza del movimiento de liberación nacional apoyado por los países socialistas." Diccionario de economía política de Boríssov, Zhamín y Makárova.

<sup>72</sup> Lanni Octavio, Teorías de la globalización, Siglo XXI, México, 1996. Citado por Miguel Ángel Vásquez Ruiz en Economía y Sociedad, Documentos de Trabajo, Numero 3. Publicación electrónica Agosto de 1997. También re=direccionado a <http://www.argiropolis.com.ar/Ciencias%20Sociales/2/lanni.html>.

así mismo, desde tiempos remotos y ante el ansia de poder, ha aplicado la fuerza y métodos como el de la guerra para ganar tierras y someter pueblos enteros, apropiándose de sus culturas y demás pero, curiosamente, ninguna de estas acciones admite haberlas realizado con fines distintos a los de procurar la agrupación del ser humano y la tranquilidad de la convivencia. Ahora bien, de lo que no queda la menor duda es que todos esos actos llevan implícito un trasfondo económico totalmente evidente y que llama poderosamente la atención.

El hombre en sus esfuerzos por resolver sus necesidades y aprovechando la evolución de los medios de transporte, intensificó una actividad como la del comercio, acercando pueblos, pueblos, culturas, pensamientos, etc., ejercicio este que fue tornándose cada vez mas interesante para la historia del ser humano, tal como se explicó en líneas previas, cuando se presenta ese desbordamiento de la actividad mercantil en la segunda mitad de la edad media.

Dentro de estos intentos uno, muy efectivo y de altísimo impacto, ha sido el de las invenciones de las nuevas tecnológicas en sistemas de información y comunicación "TIC"<sup>73</sup>, cuya velocidad tan vertiginosa no ha dado tiempo de asimilarlas, de contextualizarlas, precipitándose las mismas sobre el mundo y llegando a imponer un nuevo ritmo de vida, prácticamente, una nueva era!<sup>74</sup>. Nada mejor que poder realizar el tan anhelado sueño de acortar las distancias entre los seres que poblamos este planeta, pero... ¿a qué precio?

Si nos habíamos asombrado con el invento de la radio, del teléfono y de la televisión, qué no experimentaremos con la nueva tecnología con la cual, prácticamente, podemos confirmar el viejo dicho: "este mundo es un pañuelo" pues las grandes distancias en el planeta, increíblemente han sido superadas: en cuestión de minutos se hace un negocio mercantil entre países con ubicación antípoda y de manera asombrosa se puede mercadear, casi simultáneamente, en varios continentes, bastando para ello un sistema denominado INTERNET<sup>75</sup>, que hoy tiene revolucionado el mundo, imponiendo un ritmo de vida completamente distinto al que se traía, revaluando muchos conceptos y creando otros que han

---

<sup>73</sup> . <http://www.milken-inst.org>. Consulta en línea Octubre de 2008. En la actualidad la idea de que las tecnologías de la información y la comunicación tienen un gran peso en el desarrollo económico de las sociedades avanzadas está muy extendida. De hecho, este campo constituye el núcleo principal del sector de la alta tecnología (high-tech), el cual integra fundamentalmente las industrias dedicadas a la medicina, ordenadores, componentes electrónicos, la comunicación, el procesamiento de datos y la investigación aplicada

<sup>74</sup> <http://www.marshallmcluhan.com/main.html> . Consulta en línea Octubre de 2008. Mc Luhan nos mencionaba que el "Mundo se ha convertido en Aldea Global" en la que los individuos no han cambiado externamente pero pueden comunicarse en segundos a los lugares más distantes del planeta, el producto que se consume puede estar siendo financiado por un país, diseñado y programado en otro y fabricado por un tercero, distribuido desde un cuarto país y vendido en todas las ciudades de la tierra.

<sup>75</sup> <http://www.marshallmcluhan.com/main.html>. Consulta en línea Octubre de 2008. El Internet admitiría ser considerado como medio frío, pues la impresionante interactividad de sus usuarios representa uno de los principales elementos distintivos del medio que admite ser considerado como inteligente. Evidentemente, en cada herramienta de comunicaciones de Internet -los chats, los weblogs o el correo electrónico, por ejemplo-, tendríamos que matizar grados. Las comunidades sensibles de Internet han convertido a Marshall McLuhan en referente obligado.

inundado el campo de la cultura, de la política, de lo social...etc., pero especialmente el de lo económico y naturalmente con ellos el campo del DERECHO, dentro del cual encontramos desesperados esfuerzos por acompasar normas y disposiciones con tan asombrosos avances, encontrando temas como los que señala Plaza Penades (2006): "la protección de datos, la contratación electrónica, delitos informáticos, los derechos de propiedad intelectual e industrial en Internet, la resolución judicial y extrajudicial de conflictos (causados por el uso de Internet) o la incidencia de las nuevas tecnologías en el funcionamiento de las sociedades o en el de las relaciones laborales"<sup>76</sup>, etc., asuntos estos que surgen y generan conflictos que deben ser resueltos de manera urgente para mantener la convivencia.

Todo lo anterior sugiere el formular preguntas orientadoras así: Frente a los avances narrados, los principios generales del derecho, especialmente en lo referente al comercio, ¿han quedado atrás?, ¿se siguen aplicando?, ¿se deben reformar?

Movidos por estas curiosidades tan urgentes de ser resueltas y que el derecho no se quedará atrás de frente a ese impulso tan fuerte, el hombre estudioso de tan delicada situación tomó estrategias que permitieran acompasar los alucinantes avances y se preocupó por la normación y fue así como con la finalidad de universalizar prácticas entorno al ejercicio del comercio globalizado asumió la búsqueda de la uniformidad, como los sostiene Espinosa Quintero (2004): "La aspiración a un derecho uniforme de los negocios, no es nueva. La búsqueda de la unidad legislativa, jurisprudencial, doctrinal y contractual ha sido una ardua labor de largo aliento, sobre la que, a la fecha, se sigue trabajando en diversos ámbitos. De los primeros pasos hacia una mayor uniformidad, se ha llegado a propuestas más ambiciosas como los «Restatements of law» del «American Law Institute», los «Principios de derecho contractual europeo», el proyecto de UNIDROIT, de principios para los contratos comerciales internacionales, que buscan codificar principios generales en materia contractual, pero con carácter universal. A esto se suma, un amplio elenco de cláusulas estándar, condiciones generales, contratos tipo, formularios y demás instrumentos de uniformidad contractual generados a iniciativa de las empresas, asociaciones y corporaciones profesionales"<sup>77</sup>.

"La uniformidad en la contratación y por ende en la normación jurídica permitiendo establecer comportamientos modelo frente a la actividad comercial garantiza qué los principios universales de derecho que se observaron desde los primeros comportamientos del hombre que como actividad natural rigieron en su ejercicio comercial no se perdieran y continuaran vigentes aún en las circunstancias

---

<sup>76</sup> PLAZA PENADES Javier. <http://www.cedi.uchile.cl/catalogo/obrasgenerales/index.html>. Consulta en línea Agosto 3 de 2009.

<sup>77</sup> [http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista9/HACIA\\_SISTEMA\\_CONTRACTUAL\\_UNIFORME\\_MOD\\_ELO\\_COMPARADO.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista9/HACIA_SISTEMA_CONTRACTUAL_UNIFORME_MOD_ELO_COMPARADO.pdf). HACIA UN SISTEMA CONTRACTUAL «UNIFORME»: MODELOS COMPARADOS. Leonardo Espinosa Quintero. Consulta en línea Octubre de 2008.

extraordinarias en que hoy nos encontramos: “Principios como la buena fe y lealtad negocial (ex fide bona), libertad de contratación y libertad de forma, equilibrio contractual, propios del Derecho Romano, son conciliables con aquellos otros del Common Law como el de «reasonable o reasonably» de uso frecuente en los países anglosajones, como lo refiere el profesor Valiño, citado por Espinosa Quintero en su texto “Hacia un sistema contractual «uniforme»: modelos Comparados”<sup>78</sup>.

El académico Sánchez Lorenzo Sixto, citado en el antes mencionado texto del profesor Espinosa Quintero ilustra de manera clara que, “Si se quiere un futuro común, se hace necesario mirar retrospectivamente, releer, redescubrir, reencontrarse con el pasado igualmente común, para no quedarse en la búsqueda de un lenguaje jurídico común, sino en la plena integración y armonización jurídica, la cual será progresiva, lenta y blanda. No exenta de vicisitudes de variados matices. Basta con referir la que corresponde a la decisión sobre una «codificación regional» o una «codificación global»<sup>79</sup>, frente a iniciativas como la elaboración de los «Principios de Derecho Contractual Europeo» (Comisión Lando) versus los Principios UNIDROIT, que acusan diferencias de contenido y suscitan, según el profesor Sánchez, « [...] serias dudas sobre la conveniencia de una codificación regional, que puede resultar contradictoria con una codificación global [...]»<sup>80</sup>, lo que fácilmente concluye la gran dificultad que se enfrenta en el proceso de la unificación.

Los Principios de UNIDROIT, según Oviedo Alban (2001) “se hicieron con el objetivo de establecer un conjunto de reglas en esta materia, destinadas a ser utilizadas en todo el mundo, independiente de las tradiciones legales y condiciones económico-políticas de los países en donde vayan a ser aplicados. Los Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales, son un conjunto de reglas sugeridas por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado, que representan una aproximación a la unificación y armonización del derecho mercantil internacional y resultan aplicables a los contratos, en principio, por expreso acuerdo entre las partes contratantes. Los principios UNIDROIT contienen conceptos y reglas comunes a varios sistemas jurídicos imperantes en el mundo, de ahí que tal como se explica, laudos internacionales los tomen como ley para los contratos, o como medio para interpretar o complementar instrumentos normativos internacionales, destacándose entre ellos, la Convención

<sup>78</sup>[http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista9/HACIA\\_SISTEMA\\_CONTRACTUAL\\_UNIFORME\\_MODALO\\_COMPARADO.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista9/HACIA_SISTEMA_CONTRACTUAL_UNIFORME_MODALO_COMPARADO.pdf). HACIA UN SISTEMA CONTRACTUAL «UNIFORME»: MODELOS COMPARADOS. Leonardo Espinosa Quintero. Consulta en línea Octubre de 2008.

<sup>79</sup>[http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista9/HACIA\\_SISTEMA\\_CONTRACTUAL\\_UNIFORME\\_MODALO\\_COMPARADO.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista9/HACIA_SISTEMA_CONTRACTUAL_UNIFORME_MODALO_COMPARADO.pdf). HACIA UN SISTEMA CONTRACTUAL «UNIFORME»: MODELOS COMPARADOS. Leonardo Espinosa Quintero. Consulta en línea Octubre de 2008.

<sup>80</sup> SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. «La unificación del derecho contractual europeo vista desde el derecho internacional privado». en AA.VV., Derecho Patrimonial Europeo, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2003. Citado por Espinosa Quintero en [http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista9/HACIA\\_SISTEMA\\_CONTRACTUAL\\_UNIFORME\\_MODALO\\_COMPARADO.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista9/HACIA_SISTEMA_CONTRACTUAL_UNIFORME_MODALO_COMPARADO.pdf).

de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, aprobada por el Congreso por medio de la Ley 518 de 1999<sup>81</sup>.

Sobre el mismo tema de los intentos de unificación del derecho en materia de obligaciones para facilitar la globalización económica, es pertinente y útil citar a Larroumet Cristhian (2006), quien es publicado por la Revista de la Unam de México: "Los proyectos de unificación son distintos. Así, el texto redactado por la Comisión Lando tiene esencialmente como objetivo las relaciones transfronterizas. Si bien, los redactores consideraron que los principios del derecho europeo de los contratos podrían inspirar a los legisladores nacionales así como el legislador europeo, es decir la comisión, el consejo y el parlamento, en realidad se trata ante todo de derecho internacional para relaciones transfronterizas. La inspiración de este sistema de unificación internacional es la de los Principios de Unidroit relativos a los contratos del comercio internacional. Tal como los Principios de Unidroit, los de la Comisión Lando constituyen una compilación privada sin aprobación de los Estados miembros de la Unión Europea ni de las autoridades europeas. Es cierto que estos principios podrían ser incluidos en un convenio internacional celebrado entre los 25 Estados miembros, pero aún no se ha tratado de hacerlo. La aplicación de los principios del derecho europeo depende hoy, ante todo, de la voluntad de las partes en un contrato, las cuales pueden someterlo a dichos principios. Sin embargo, los principios podrían tener la misma autoridad que la *lex mercatoria*. La consecuencia sería que, en un pleito internacional, los jueces o los árbitros podrían decidir aplicar estos principios al contrato para resolver el litigio. Es exactamente la solución de los Principios de Unidroit. Además, en el mismo sentido podría ser necesario compaginar los principios con una ley nacional aplicable, sobre todo cuando se trata de las reglas imperativas aplicables en materia contractual, independientemente de la ley contractual elegida por las partes en el contrato. En esta aparece que los principios europeos del derecho de los contratos tienen una flexibilidad que resulta muy positiva. Además, respecto al contenido de los principios, no sólo la redacción es clara y constituye un buen compromiso entre sistemas de derecho de tradición distinta, sino que las reglas son más precisas y completas que las de los Principios de Unidroit. Por este motivo, no se puede considerar que los principios europeos constituyen una repetición inútil de los Principios de Unidroit."<sup>82</sup>

---

<sup>81</sup> <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/alban.html>. APLICACIONES DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT A LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES. Así mismo [www.puj.edu.co/banners/APLICACIONES\\_DE\\_LOS\\_PRINCIPIOS.pdf](http://www.puj.edu.co/banners/APLICACIONES_DE_LOS_PRINCIPIOS.pdf) JORGE OVIEDO ALBAN. PROFESOR DE LA MAESTRIA EN DERECHO DE LA UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA. Consulta en línea Octubre de 2008.

<sup>82</sup> <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/13/dtr/dtr4.htm>. Consulta en línea Octubre de 2008. LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES EN EUROPA Christian LARROUMET. Revista de Derecho Privado 13-14. También re=direccionado desde <http://www.laborored.org/lalibre/libros/autor.php?x=%>

Merece entonces especial atención, la comisión Lando por cuanto es la cristalización de un esfuerzo que se venía haciendo por parte de los estudiosos del derecho, pretendiendo encontrar la tan anhelada unificación, al frente de la cual estuvo el profesor oriundo de Dinamarca Olé Lando,<sup>83</sup> quien con su equipo de trabajo empezó la tarea de unificar los contratos que eran utilizados en la Comunidad Europea, señalando los principios referidos a tales contrataciones, constituyéndose la misma en la más completa obra que hoy existe sobre el tema.

La dinámica del texto sugiere en este momento revisar las doctrinas económicas y comerciales desde la principialística para afianzar el evidente cambio de la tendencia que el derecho mercantil ha adquirido hoy en su aplicación, por que estas son el reflejo de las tendencias que el ser humano adopta frente a la solución de las necesidades con sus problemas y entratándose de doctrinas económicas se supone que la evolución en el campo comercial, es decir en el comportamiento de las relaciones mercantiles del hombre, la evolución tiene que responder a unos avances lógicos y jurídicos que permitan mantener la convivencia, máxime hoy cuando la tendencia es globalizada.

## 1. EL MERCANTILISMO

Doctrina de pensamiento económico característica de Europa entre los siglos XVI y XVIII que se basaba en el control Estatal sobre lo económico, destacándose la intervención en la industria y comercio, para cuidar así la balanza comercial como signo inequívoco de poder nacional. En su evolución histórica le permitieron a las clases sociales dedicadas a esta actividad tener además del poder económico una inminente fuerza política. Debe considerarse esta tendencia como la génesis del consumismo actual.

Los mercaderes fueron los protagonistas del desarrollo estatal, del atesoramiento de las riquezas seguramente con el pensamiento de que la economía consiste en poseer mas, por lo tanto los comportamientos comerciales, fueron creciendo desmesuradamente y los principios que los regían se fueron diluyendo en la medida que los resultados de los propósitos mercantiles resolvieron necesidades de riqueza nacional mas no de solucionar los problemas individuales de los asociados a ese estado.

## 2. LA FISIOCRACIA

---

<sup>83</sup> [www.ibit.eu/IBLT2006/speakers.html](http://www.ibit.eu/IBLT2006/speakers.html). Consulta en línea, re-direccionada desde [www.google.com](http://www.google.com). El profesor (Dr.) Ole Lando es el Presidente de la Comisión de Derecho contractual europeo. La Comisión Lando se le encomendó la tarea de redactar una ley modelo para los poderes judicial y legislativo de desarrollo del derecho contractual en los planos nacionales y europeos y como base para la armonización del Derecho contractual en la Unión Europea. Él es el destinatario de la Alexander von Humboldt Premio de Investigación de Relaciones Exteriores humanistas (de abril de 2001), dos daneses y un finlandés premio para los logros científicos. Él es un miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado y de la correspondiente colaborador de UNIDROIT, Roma.

La fisiocracia como escuela del pensamiento busca concientizar al ser humano de la importancia de controlar la actividad económica y limitar la intervención estatal en el tema, atenuando de esta manera la tendencia exagerada de la teoría mercantilista, pues aplica un método científico a la economía. Es una respuesta contraria al desborde comportamental del comerciante que se suscito antes, los principios entonces jugaron un papel preponderante por que se constituyeron en los catalizadores del nuevo producto, del nuevo mercader, del nuevo comercio. Ya no se trataba de un comercio indiscriminado, sino de uno regulado en el que nuevamente reaparecen los principios de la buena, de la equidad, respeto por el otro. Jurídicamente la respuesta vario ostensiblemente y teniendo al ius naturalismo como cabecera las disposiciones se atemperaron a la búsqueda de mecanismos apropiados para decantar una convivencia acorde con la realidad. Surge en Francia siglo XVIII y se destaca por ser la tendencia pionera en la aplicación del método científico a la economía. Se enfrentaron al mercantilismo.

### 3. LA ESCUELA CLÁSICA

La escuela llamada clásica aparece en Europa a finales del siglo XVIII, su mayor representante fue Adam Smith, quien le apostó al liberalismo económico, que incluía la propiedad privada, la libertad personal y empresarial. Otro importante contribuyente de esta escuela fue Tomas Maltus quien basó sus estudios en la economía agrícola a comienzos del siglo XIX. Debido a la limitación de la oferta de la tierra esta no podía expandirse y esto generaba un obstáculo para el crecimiento económico. Se pensaba que a medida que crecía la población esta habitaría la propia tierra y no se podría expandir rápidamente la producción de alimentos por lo tanto el numero de alimentos por persona disminuía con el aumento de la población y se llegaría a un decrecimiento de la población por falta de comida. Así mismo, otro exponente del clasicismo fue David Ricardo<sup>84</sup> quien estudio la economía desde el punto de vista de las relaciones con los demás países<sup>85</sup>.

La teoría clasista perfecciona en la práctica la teoría de la fisiocracia, por lo tanto se apoya con argumentos científicos para dar la orientación a la temática del mercado, sentando las bases que van a delinear la economía como ciencia. Esta doctrina se convierte en la cimentación que de los principios universales del derecho se había hecho incipientemente incursión con la doctrina de la fisiocracia. Se levanta una normación mas segura, más objetiva que permite una fundamentación de las codificaciones que futuramente van a clarificar el derecho comercial.

### 4. EL INSTITUCIONALISMO

<sup>84</sup> [www.econlib.org/library/Enc/bios/Ricardo.html](http://www.econlib.org/library/Enc/bios/Ricardo.html). Home Page consultada el 28 de febrero de 2008. David Ricardo (\*18 de abril de 1772 - †11 de septiembre de 1823) economista inglés, miembro de la corriente de pensamiento clásica, nacido y fallecido en Londres. También fue un hombre de negocios, especulador exitoso y amasó una considerable fortuna.

<sup>85</sup> [http://foros.cantv.net/forum\\_posts.asp?TID=37473](http://foros.cantv.net/forum_posts.asp?TID=37473), redireccionado desde [www.google.com.co](http://www.google.com.co). Historia del Pensamiento Económico. Consultada el 20 de Septiembre de 2008.

“Trata de la importancia de los estudios empíricos en el campo de la economía. Se basa en la creación de instituciones o universidades que interactúan con el mundo de los negocios. También la creación de instituciones para investigaciones especiales para realizar trabajos empíricos en el campo económico”<sup>86</sup>. El valor del institucionalismo como teoría es la formalización académica que hace de los saberes en la ciencia económica, transmitiéndolos metódicamente para su utilización. “Actualmente se ha generalizado el uso de la expresión "nueva economía institucional" para aludir a una amplia variedad de enfoques y nuevas teorías económicas.

“La corriente más destacada y concurrida del nuevo institucionalismo, Martínez Coll (1999)<sup>87</sup> es la llamada Law and Economics o Economía del Derecho, que analiza los costes de transacción y los derechos de propiedad. Los nombres más destacados son los de Ronald Coase<sup>88</sup>, Armen Alchian<sup>89</sup>, Harold Demsetz<sup>90</sup>, Richard Posner<sup>91</sup> y Oliver Williamson<sup>92</sup>. Otra fecunda corriente es la Economía

<sup>86</sup> [http://foros.cantv.net/forum\\_posts.asp?TID=37473](http://foros.cantv.net/forum_posts.asp?TID=37473), re-direccionado desde [www.google.com.co](http://www.google.com.co). Historia del Pensamiento Económico. Consulta en línea Octubre 20 de 2008.

<sup>87</sup> MARTINEZ COLL, Juan Carlos. Manual Básico de Economía. La Economía de Mercado. Virtudes e inconvenientes. 1999. Sitio Web Consultado el 28 de febrero de 2008.

<sup>88</sup> <http://www.eumed.net/cursecon/economistas/coase.htm>. Home Page consultada el 26 de febrero de 2008. Economía en 1991 por su descubrimiento y clarificación del significado de los costes de transacción y los derechos de propiedad para la estructura institucional y el funcionamiento de la economía. Es considerado el iniciador del campo de estudio del Análisis Económico del Derecho con su publicación en 1960 de lo que se ha dado en llamar el Teorema de Coase. Estudió en la London School of Economics y empezó a trabajar como profesor en la Dundee School of Economics and Commerce (1932-1934), en la University of Liverpool (1934 -1935) y en la London School of Economics (1935-1939 y 1946-1951). Emigró a Estados Unidos, trabajando en la University of Buffalo, en el Center for Advanced Study in the Behavioral Sciences, en la University of Virginia y, desde 1964, en la University of Chicago. Fue editor de la revista "Law and Economics" de 1964 a 1982

<sup>89</sup> <http://www.eumed.net/cursecon/economistas/alchian.htm>. Home Page consultada, el 28 de febrero de 2008. Armen Alchian se graduó y obtuvo su doctorado en 1944 por la Universidad de Stanford. Al acabar la 2ª guerra mundial entró a trabajar como economista en la RAND Corporation hasta que en 1964 entró como profesor en UCLA. Armen Alchian es uno de los fundadores de la economía moderna, de ese campo que algunos llaman "Nueva Economía Institucional" y otros "Economía de la Información" o "Nueva Economía Política". En su artículo "Uncertainty, Evolution and Economic Theory", introdujo ya en 1950 el argumento de la supervivencia darwinista como forma de explicar que, aunque en la realidad las empresas no puedan actuar de forma maximizadora, hay el mecanismo de la competencia de los mercados actúa como un proceso natural que elimina a las empresas que no han maximizado sus beneficios: es por ello que en todo momento las empresas supervivientes pueden ser consideradas maximizadoras. Otro de los artículos seminales de Armen Alchian es "Production, Information Costs and Economic Organization", que publicó en 1972 en colaboración con H. Demsetz, y que suponía una generalización del teorema de Coase.

<sup>90</sup> <http://www.eumed.net/cursecon/economistas/demsetz.htm>. Home Page consultada el 28 de febrero de 2008. Economista nacido en Chicago, obtuvo el grado de BA por la Universidad de Illinois y el MBA y Ph. D. por la Northwestern University. Ha sido profesor en la Universidad de Michigan, en la de Chicago y en UCLA, donde dirigió el Departamento de Economía entre 1978 y 1980. Su trabajo está centrado en la teoría de la empresa, derechos de apropiación, y problemas de los monopolios y la competencia. Entre otros honores, es director de la Mont Pelerin Society y Doctor Honoris Causa por la Universidad Francisco Marroquín de Guatemala.

<sup>91</sup> <http://www.eumed.net/cursecon/economistas/Posner.htm>. Home Page consultada el 28 de febrero de 2008. El juez Posner, es economista y magistrado desde 1981 de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que presidió de 1993 a 2000. Graduado en 1959 en Yale, se licenció en Derecho en la Harvard Law School en 1962. Entró como profesor en 1968 en Stanford University de donde pasó a la Law School de la Universidad de Chicago (1969-1981) en cuyas actividades académicas y docentes continúa participando regularmente. Richard Posner ha investigado sobre la aplicación de la teoría económica a diversos campos jurídicos como la legislación antimonopolista, la regulación de los contratos mercantiles y el procedimiento

Política Constitucional de James Buchanan desgajada o superadora de la más ortodoxa Public Choice o Elección Social. La Nueva Historia Económica de Fogel<sup>93</sup> y North<sup>94</sup> contempla también la historia como un proceso de evolución de instituciones. Hay que incluir también la teoría del capital humano de Schultz o el análisis económico que hace Gary Becker<sup>95</sup> de las instituciones y funciones de la familia y el matrimonio<sup>96</sup>.

“La metodología de la corriente ortodoxa neoclásica utiliza el modelo teórico del mercado de libre competencia como un supuesto ideal óptimo frente al que se compara la realidad económica. Eso conduce inevitablemente a los economistas a proponer soluciones consistentes siempre en la modificación de la realidad para acercarla a la abstracción del libre mercado. El nuevo institucionalismo rechaza

judicial. Propuso y defendió la idea de que la ley puede ser explicada mejor bajo el supuesto de que los jueces tratan de promover la eficiencia económica y la maximización de la riqueza como objetivo de la política legal y social. Se convirtió así en uno de los más destacados líderes de la corriente del Análisis Económico del Derecho (Law and Economics), aplicando el análisis económico al derecho de familia, la discriminación racial, la jurisprudencia y la privacidad. Es fundador del Journal of Legal Studies. Presidió la American Law and Economics Association (1995-96) y es coeditor de la American Law and Economics Review. Es doctor honorífico por las universidades de Syracuse (1986), Duquesne (1987), Georgetown (1993), Gante (1995), Yale (1996), Pennsylvania (1997), Brooklyn (2000) y Northwestern (2001)... por ahora.

<sup>92</sup> <http://www.eumed.net/cursecon/economistas/Williamson.htm>. Home Page consultada el 28 de febrero de 2008. Williamson es un destacado teórico del nuevo institucionalismo. Doctorado por la Carnegie-Mellon University en 1963 es actualmente profesor de "Economics and Law" en la Universidad de California en Berkeley. Es el autor del concepto de "mecanismos de gobierno" para referirse a los sistemas de control del riesgo asociado a cualquier transacción. Sus campos principales de investigación son la economía de las instituciones, la estrategia de las organizaciones, la burocracia, la política y los costes de transacción.

<sup>93</sup> <http://www.eumed.net/cursecon/economistas/fogel.htm>. Home Page consultada el 28 de febrero de 2008. Robert William Fogel estudió en las Universidades de Cornell y Columbia, doctorándose en la de John Hopkins. Ha sido profesor de Historia Económica en las Universidades de Rochester, Chicago, Harvard y Cambridge. Obtiene el Premio Nobel de Economía en 1993 compartido con Douglass C. North por haber renovado la investigación de la historia económica aplicando la teoría económica y métodos cuantitativos para explicar el cambio económico e institucional.

<sup>94</sup> <http://www.eumed.net/cursecon/economistas/north.htm>. Home Page consultada el 28 de febrero de 2008. Economista estadounidense, profesor en la Washington University de St. Louis, Missouri. Obtiene el Premio Nobel de Economía en 1993, compartido con Robert W. Fogel por haber renovado la investigación de la historia económica aplicando la teoría económica y métodos cuantitativos para explicar el cambio económico e institucional. En los años cincuenta inicia North su análisis histórico dentro del marco teórico neoclásico. Critica las concepciones etapistas del crecimiento que conducen a sobrevalorar el papel de la industrialización en el desarrollo económico. Observa la importancia que tuvo en los Estados Unidos la agricultura y la producción para la exportación. En los años sesenta trata de generalizar sus estudios de forma que comprendan el crecimiento económico de Europa y todo el "Western World" pero pronto descubre las limitaciones del análisis y la metodología neoclásica. Hace una profunda crítica de los supuestos simplificadores de la realidad al uso en la ciencia económica y propone adoptar supuestos más realistas como los que manejan los evolucionistas económicos Sidney Winter y Jack Hirshleifer. En todo el proceso de su pensamiento va adquiriendo cada vez más trascendencia el concepto de institución que finalmente se convierte en la clave explicativa de la evolución y el desarrollo económico. Douglass North se convierte así en uno de los pioneros del neoinstitucionalismo al que aporta su esquema teórico más comprehensivo y coherente.

<sup>95</sup> <http://www.eumed.net/cursecon/economistas/becker.htm>. Home Page consultada el 28 de febrero de 2008. Böhm-Bawerk fue un economista austriaco. Hijo de una familia aristocrática acomodada, pudo estudiar en las Universidades de Heidelberg, Leipzig, Jena y Viena. Fue profesor de Economía Política en las universidades de Innsbruck y Viena. Trabajó también en la administración pública y fue Ministro de Hacienda en varias ocasiones. Fue uno de los fundadores, junto con Carl Menger y Friedrich von Wieser, de la Escuela Austriaca. Criticó a los historicistas alemanes y es uno de los principales teóricos del marginalismo.

<sup>96</sup> <http://www.eumed.net/cursecon/1/instituto.htm>. Consulta en línea Septiembre 29 de 2008.

esa metodología y, en cambio, intenta comparar unas instituciones con otras. Lo óptimo no es real ni es alcanzable por lo que hay que comparar y elegir entre soluciones institucionales sub-óptimas pero posibles. Ante esta nueva metodología, mercado y estado parecen competir en igualdad de condiciones: las instituciones estatales o las instituciones de mercado pueden ser comparativamente más o menos eficientes según el lugar y el momento histórico. Para solucionar los problemas económicos concretos y para estimular el crecimiento económico no es válido proponer medidas microeconómicas<sup>97</sup> de validez universal. Por el contrario, habrá que fomentar el desarrollo institucional adecuado al entorno concreto<sup>98</sup>.

El institucionalismo como estrategia académica para conocer la economía es la que permite que el derecho vincule a la economía como una de las ciencias auxiliares que le permitirán afianzar el estudio de las normas pertinentes al derecho comercial con una certeza de la aplicación en el ámbito de la administración de justicia, por lo tanto la principalística se ve fortalecida toda vez que encuentra respaldo científico en los postulados que desde el inicio de la historia de esta área cognitiva aparecen de manera natural en el comportamiento del ser humano.

## 5. EL NEOCLASISMO

El neoclasicismo es producto de una reacción a las ideologías de Marx en relación a la colectivización de la propiedad y soportan teóricamente su modelo en el individuo y en la propiedad privada; además de incorporar las matemáticas como método de valor científico en la economía y la potencializan como una ciencia pura. Los postulados se enfrentan a los clásicos al tratar de entender al hombre frente a la solución de sus problemas, es más un elemento fundamental de este análisis fue los escasez.

Los comentarios a esta doctrina en relación al tema en estudio saltan a la vista puesto que en la medida en que se avanza en el análisis de los

---

<sup>97</sup> En línea: <http://ciberconta.unizar.es/leccion/macro01/>. Home Page consultada el 28 de febrero de 2008. La microeconomía estudia el comportamiento de las unidades individuales, como las familias y las empresas, es decir, buscar conocer la forma en que consumidores y productores toman sus decisiones individuales. Pero la macroeconomía pretende estudiar el comportamiento de los agregados, es decir estudia el conjunto y no las unidades que lo componen. Así, por ejemplo, decisiones que toman las familias, como qué comprar, cuánto comprar, etc., o decisiones de las empresas, como qué producir, qué cantidad producir, a qué precio, etc., son estudiadas por la teoría microeconómica. Por otro lado, el determinar qué factores afectan el ingreso nacional, la producción nacional, el nivel general de precios, el desempleo, entre otros, así como la forma en que se afecta la economía por el gasto del gobierno, los impuestos, la cantidad de dinero en circulación y el costo del dinero, etc., son todos estudiados dentro del ámbito de la macroeconomía. Se puede decir que la teoría macroeconómica estudia agregados, es decir grandes conglomerados de consumidores, productores, etc. Así, cuando se habla del consumo, no se hace referencia a cuáles familias consumen, ni qué bienes consumen y en qué cantidad, sino que lo que interesa es el volumen total de consumo de todas las familias juntas y cuáles factores afectan ese volumen total de consumo.

<sup>98</sup> <http://www.eumed.net/coursecon/1/instnuevo.htm>. Consulta en línea Septiembre 29 de 2008.

comportamientos económicos por la actividad comercial más se requiere de acudir a la principalística como mecanismo de equilibrio en ese ámbito.

Las tres siguientes doctrinas son posturas de orden ideológico-político que interpretan la ciencia económica y su interpretación en los diversos campos sociales. Frente a ello indudablemente se afecta el derecho en razón a que este es producto de un ámbito social específico sobre el cual regula los comportamientos y por consiguiente si las tendencias ideológicas logran impactar a la sociedad, esta exigirá determinada postura normativa entorno a lo comercial y mercantil, afectando con ello la regulación comportamental y socavando tangencialmente el valor de los principios frente a la aplicación en la administración de justicia.

## 6. EL NEOLIBERALISMO

El Neoliberalismo se desarrolló posterior a la segunda guerra mundial y recibió como herencia las posiciones neoclásicas de finales de siglo XIX. Los diferentes teóricos sostienen que en realidad no es una escuela como tal, que es en sí un término, que además se ha puesto de moda y está en boga en el mundo, en lo que hoy se considera el verdadero capitalismo salvaje.

## 7. LA TEORÍA MARXISTA

La teoría basada en los fundamentos de Marx, descubre y desarrolla el concepto de plusvalía, como elemento de dominación de las clases poderosas contra los obreros. Se opone a la propiedad privada pues establece diferencias entre las clases sociales, Cree en la posibilidad colectiva de progreso.

## 8. LA ECONOMÍA KEYNESIANA

La teoría propone el replanteamiento de las estructuras económicas que venían haciendo carrera con la teoría clásica y refiere la urgencia de que el Estado tome posturas normadas ante la necesidad de organizar las circunstancias económicas al interior del país.

Todo lo anterior permite establecer una conclusión preliminar, pues se observa que los comportamientos humanos que hacen relación a la actividad de intercambio de bienes y servicios, siempre han estado bajo un régimen regulador que se inicia con los principios a través de una fuente natural y concluye en el establecimiento de una normatización que direcciona los conflictos naturales que se presentan en la precitada actividad, estas normas en el Estado de Derecho tuvieron una regulación aplicativa estrictamente en ese sentido, en cambio, en el Estado Social de Derecho, la aplicación de esa misma norma tiende a variar al verse permeada por la nueva contemplación del estado en su forma Social de Derecho.

## D. LA TEORIZACIÓN SOBRE LOS TIPOS DE ESTADO

El Derecho Mercantil como conducta humana, producto de la convivencia en sociedad, es un comportamiento que debe ser regulado de acuerdo a las situaciones particulares, usos y costumbres de cada asociación humana, de cada Estado, pero indefectiblemente tiene que ser regulada. Es por ello, que se hace necesario revisar las teorías del Estado para desentrañar de las mismas de que manera considera tal postura la cuestión de la conducta mercantil. Cada Estado dentro de su organización la cual es producto de un liderazgo de identificaciones de orden humano que con razones o sin ellas has escogido una doctrina para aplicar la misma a su organización estatal. Estas no serán iguales y por lo tanto habrá estados que tienen un sistema en el derecho comercial y diferente a otros. La implicación directa de todo lo anterior es la creación de sistemas jurídicos independientes, cada uno intentando buscar la mejor aplicación de lo que esa comunidad piensa que es lo optimo para el ejercicio del derecho comercial, convirtiéndose todo ello en obstáculo para la uniformidad en el derecho mercantil y de los principios que son el ejercicio entre manos como respuesta a la tendencia de la globalización.

## I. ESTADO LIBERAL

En la concepción liberal, el estado es el servidor de la sociedad y así lo concibe LOCKE<sup>99</sup> al establecer que por consiguiente el grande y el principal fin que lleva a los hombres a unirse en estados y a ponerse bajo un gobierno, es la preservación de su propiedad, John Locke en el segundo tratado sobre el gobierno civil, Madrid 1994. Para lo cual el estado debe proveer al hombre de leyes, fijas conocidas y aceptadas por consentimiento; un juez publico e imparcial, con autoridad para resolver los pleitos entre los hombres, y por ultimo; instituir un poder que respalde la fuerza de tales sentencias cuando estas sean justas. Así, todo gobernante tiene el compromiso de velar mediante unas leyes adecuadas, encaminadas a la protección de esa propiedad, para que el individuo pueda desarrollarse libremente, y para evitar que al hacerlo, entre en conflicto con el uso de la libertad de los demás.

La tendencia que se genera para el Derecho Mercantil y lo relacionado con el factor económico dentro de esta teoría, consiste en una total permisividad de la gestión, del comportamiento del intercambio de bienes y servicios, motivo por el cual la norma, escasa por cierto, lo único que pretende es establecer de manera

---

99 [www.genealogytoday.com/surname/finder.mv?Surname=Looke.HomePage](http://www.genealogytoday.com/surname/finder.mv?Surname=Looke.HomePage) consultada el 29 de febrero de 2008. Locke considera que el derecho más difícil que se dé en el estado de naturaleza es el de propiedad. Para defender estos derechos surge la sociedad, el derecho y la autoridad. La sociedad, a través de su ordenamiento jurídico, tiene su razón de ser en el garantizar la vida, la libertad y la propiedad de los individuos. La sociedad nace del consentimiento (contrato social) de los individuos que buscan proteger sus derechos naturales a la vida, a la libertad y a la propiedad. Pero el poder político, que los individuos ceden al Estado cuando éste nace, puede siempre ser reasumido por ellos. El Estado no tiene otro fin que el de velar por los individuos, por su bienestar y su propiedad, la cual no tiene derecho a enajenar. Y para amparar al individuo de una potencial exacerbación del poder estatal, Locke propugna la división equilibrada del poder político en legislativo y ejecutivo.

incipiente cuales serían los campos en los que el ser humano, el asociado al Estado podría adelantar tal acción sin detenerse a regularlo, a orientarlo para precaver los conflictos. Ya sabemos las lamentables consecuencias<sup>100</sup> que acarreo esta actividad contemplativa por parte del Estado frente a una circunstancia tan delicada como lo es la actividad mercantil; por el contrario el Estado de Derecho si la regula dejando la organización de todo un sistema codificado que aparto estos comportamientos de la rama del derecho civil, conformando una nueva que es el derecho comercial. Esto constituyo un avance, pero conlleva una problemática cual era la surgida a partir de la insipencia de los asociados en la actividad comercial, quienes pasaron de la noche a la mañana de tener una actividad totalmente liberal a tener un ejercicio totalmente controlado, lo cual se miró como el fuerte intervencionismo en la economía.

## II. ESTADO DE DERECHO

Conocido en el idioma Francés como "Etat de Droit"; en el Alemán "Rechtstaat"; y en el Inglés "Legal State" o "rule of law", se nomina a esta forma lo que nosotros sustantivamos propiamente como "Estado de Derecho". Pero a pesar de la variedad en el lenguaje, se guarda una identidad en su significado, toda vez que la idea contenida en el mismo nos lleva a conocerlo como un concepto a través del cual las sociedades organizadas se oponen al modelo de Estado propuesto o, mejor, surgido con motivo de la Revolución Francesa que estuvo caracterizado con la célebre expresión "lesse fer, lesse passer", propio del "Estado Gendarme". Surge pues este modelo de Estado que se apega, por esencia al "derecho", pero bajo unas condiciones inamovibles cuales son: a) El Imperio de la Ley; b) la separación de los poderes; c) legalidad de la administración; d) distribución del poder estatal en órganos y no en funcionarios.

El Estado de Derecho tiene entonces un reconocimiento teórico basado en unas características que lo distinguen clara y precisamente de otros tipos teóricos de Estado, tales como la creación de organismos de poder con autonomía para sus actuaciones los cuales deben ser institucionalizados y no en forma de personas, el nombramiento de los funcionarios según la norma, y sobre todo el respeto de los derechos inherentes al ser humano. Es decir, se trata del imperio del derecho a través de la taxativa aplicación de la norma<sup>101</sup>.

## III. ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Nogales (2008) en la elaboración de su marco teórico al respecto refiere: "La razón de ser de esta nueva concepción organizativa de un Estado posiblemente surge de reconsiderar el papel del individuo asociado frente al Estado que lo organiza. Ya no se trataba de la preocupación por encontrar justificación a la razón por la cual un Estado debía ser un ente superior al individuo mediante poder y autoridad

<sup>100</sup> CABRERA SUAREZ Lizandro: Este acápite se refiere a la profundización de las desigualdades sociales.

<sup>101</sup> Disertación basada en Nogales, Rodríguez, Celso. Marco Teórico. Proyecto de investigación Concepto y fundamento de la vivienda en Colombia.

para lograr su ordenamiento en la sociedad, si no que se trata de hacer valer a ese ser humano frente a la majestad del Estado. Con el Estado de Derecho era la norma la que, como un mecanismo, permitía el reconocimiento y defensa del derecho humano, pero esta elaboración que el legislador hacía de la misma, tomaba al hombre como un “conejiillo de pruebas” a quien con posterioridad de la validez de tales disposiciones se convertía en víctima de la misma. Para sofocar esa incómoda postura y al final injusta con el hombre mismo al concepto estado de derecho se le adicionó un calificativo: el de social. Se trata, entonces, de un Estado al que la norma lo rige, pero que para obtener como resultado la ley se parte incuestionablemente de factores humanos como son la dignidad, el respeto a la convivencia, la realidad de las necesidades humanas, etc., todo lo cual da un tinte más humano a la norma fría, al artículo ajeno a la circunstancia evidente de lo que el hombre es frente a su existencia en una nación. Una mirada al hombre bajo la óptica del Estado Social de Derecho impone, no solamente hacerlo desde el contexto legal, sino desde el ámbito natural, esto es, que el ser humano además de necesidades materiales provenientes del ejercicio de su existencia, también las tiene de tipo emocional, cultural, espiritual, ideológico, etc., que no por abstractas tienen menor valor que las primeras, pudiendo acuñar con todo esto el denominado principio de la “seguridad humana”, que estaba contemplado por los antiguos a través de los denominados brocardos universales de derecho, es decir lo que el profesor Valencia (2005) sostiene: “A perfilar el concepto de las reglas de derecho contribuyó también en amplia medida la distinción establecida por glosadores y comentaristas de los textos jurídico-romanos canónicos y recogida luego por los tratadistas de la materia de los siglos XVI, XVII Y XVIII, diferenciando las auténticas o legales, de las doctrinales o brocardos, del mismo modo que se distinguía, entre las compilaciones jurídicas medievales, las auténticas u oficiales, sancionadas como tales por el legislador de las que, carentes de autoridad legal, eran debidas a la iniciativa privada<sup>102</sup>.” Bosquejando de manera genérica se puede afirmar que: la idea de lo “humano” invade el concepto Estado Social de Derecho, mientras la noción “hombre” lo hace frente al Estado de Derecho, tal afirmación encuentra respaldo en múltiples argumentos extractados del inteligenciamiento que sobre el tenor filosófico insinúa el concepto “ESTADO SOCIAL DE DERECHO”, lo que implica, por ejemplo, discurrir sobre la dimensión del hombre, no como “ser biológico”, sino como “ser humano”, ya que mientras en el primer supuesto el individuo como ente natural contempla unas exigencias, esto es, unas necesidades provenientes específicamente en orden a su materialidad, en la segunda contemplación, es decir el hombre como ser humano conlleva una complejidad dada la abstracción multifactorial de los elementos que la integran, así, por ejemplo: no solamente debe atenderse al hombre en su necesidad funcional biológica: nacer, crecer, reproducirse y morir, sino que tales exigencias materiales implícitamente conlleven una trascendencia que se evidencia en la calidad del nacimiento: el derecho debe preocuparse porque toda persona nazca en condiciones dignas, no

---

<sup>102</sup> VALENCIA RESTREPO Hernán, Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho. Editorial Temis. Bogotá 2005. Pág. 163, numeral 86

es posible que el Estado desatienda a personas menos favorecidas para adelantar el ejercicio de tan elemental necesidad como es el nacimiento y más allá, debe protegerse la gestación como el principio fundamental que anima el resultado de un ser que tiene las condiciones para enfrentar una verdadera existencia; así mismo, debe evidenciarse el crecimiento del ser humano bajo circunstancias que correspondan a su condición de ser racional, proporcionándosele los medios para su estructuración física, mental y social; igual debe suceder con la reproducción y la muerte de este Ser por excelencia. Baste este análisis para evidenciar la diferencia objetiva entre el hombre como concepto biológico y el hombre como concepto humano<sup>103</sup>.

#### E. CONCLUSIONES.

El estudio y el desarrollo de la ciencia jurídica, debido a las complicaciones a lo largo de la historia y especialmente de la sociedad moderna, ha exigido tanto al Estado, como a los que hacen parte del sistema jurídico, numerables formas, métodos de cómo hacer que la justicia sea más rápida y efectiva. Esta búsqueda de salidas y variaciones en la norma, han generado un gran impacto social en la medida que no solo el Estado ha asumido la responsabilidad de mejorar la justicia, sino que cada individuo se ha hecho parte de esta gran tarea. Los principios no solo dependerán de la norma creada, sino fundamentalmente de la actitud enérgica y laboriosa de las partes que construyen un proceso, las cuales deben buscar siempre una justicia más humana.

El hombre desde los inicios de la historia de la humanidad, ha estado acompañado de una necesidad permanente de tener bienes y servicios que satisfagan sus necesidades, así no tuviera la conciencia de una actividad mercantil. Es allí, donde esta la génesis de los principios que enrutaron el comportamiento mercantilista que a través del tiempo ha ido evolucionando y que dada su importancia el hombre positivizó mediante unas normas que van desde un Estado caracterizado por la aplicación fría de la misma hasta el Estado moderno donde hay una alimentación práctica de la función social que debe cumplir la norma en el Estado.

La administración de justicia, legislar y ejecutar desde un Estado de Derecho a hacerlo desde un Estado Social de Derecho no es lo mismo, pues los principios tornan su objetivo hacia el fenómeno de ente comunitario y no de normas. Mirado así, el ámbito de lo mercantil tiene que ser impactado con la tendencia anunciada, pues de no serlo se tornaría un elemento excluido del contexto que se propone tan novedosa figura.

Es real que el ser humano para satisfacer sus necesidades tenga que asumir comportamientos que solucionen este requerimiento, pero la situación verdadera del ejercicio de tales respuestas pueden ser modificadas con cierta regularidad

---

<sup>103</sup> NOGALES RODRIGUEZ, Celso. Marco Teórico. Proyecto de investigación Concepto y fundamento de la vivienda en Colombia.

habida cuenta que de la cotidianidad con que se presentan los problemas, estos pueden ir exigiendo mejores respuestas. Es por ello que el hombre al atender la solución de sus inconvenientes toma con cuidado las experiencias y trata de generalizar, de universalizar un marco de posible satisfacción en la absolución a las problemáticas de su interrelación, en este caso comercial, quedando entonces una fórmula inicial como punto de partida del cual se desgranarán otra serie de experiencias con la única intención de mejorar y/ o acelerar la satisfacción de esas necesidades. Ese marco general resultan ser los principios generales del derecho. Que el hombre no crea, sino que descubre y aplica y que gobiernan los comportamientos más generales que atiendan el vacío de conocimiento que normalmente se presenta en las actividades novedosas del género humano.

Todo lo anterior permite manifestar que los puntos de partida enmarcados por el hombre y los cuales reconoce como base de solución, se convierten en verdaderos generadores del derecho, lo cual amerita explicarlo satisfactoriamente y justamente este trabajo lo aborda el capítulo siguiente.

### **CAPÍTULO III**

#### **3.1 LOS PRINCIPIOS FUENTES DEL DERECHO**

#### **3.2 INTRODUCCION**

El capítulo tercero de esta investigación presenta una caracterización de los principios como fuentes del derecho, en el cual se retoman los puntos de partida expresados en los dos primeros capítulos, donde se deja claro que el hombre descubre los principios y los usa buscando satisfacer sus necesidades, para facilitar así su coexistencia y convivencia.

#### **3.3 DEFINICIÓN:**

“Los Principios Generales del Derecho al que acuden hoy los legisladores para llenar los vacíos de los sistemas legislativos son una formulación genérica que, no tiene una interpretación unívoca en la doctrina, a punto tal que usualmente se los menciona sin hacer aclaración alguna, lo que permite una inmensa variedad de posiciones al respecto.<sup>104</sup> Para unos autores los Principios Generales del Derecho son los preceptos de cierto Derecho natural que, curiosamente, a veces son adjudicados a creaciones sobrenaturales, otras veces se los hace derivar de la propia naturaleza, en ciertas ocasiones se confunden con principios ideológicos, y en otras se los hace derivar de mandamientos religiosos. No faltan autores para los que los Principios Generales no son otra cosa que disposiciones que deben encontrarse dentro de cada uno de los sistemas constitucionales, produciéndose la paradoja de pretender que las soluciones a los casos que caen dentro de las lagunas deben buscarse dentro de las mismas legislaciones que las

---

<sup>104</sup> CONFORME COSTA, José Carlos. Temas de Derecho Romano, pág. 19 y ss. Buenos Aires, 1994.

han creado". Estos principios son normas jurídicas que tienen un carácter supletorio frente a la normatividad vigente en el Estado, es decir, que no están por encima de la Constitución Nacional sino que se emplean en caso de vacíos en la ley.

"Los Principios Generales del Derecho son normas universales, es decir que valen para todos los sistemas jurídicos, por lo que no puede haber principios nacionales. Es por eso que son fuente formal de Derecho en cuestiones de Derecho internacional, tal como lo aplican los Tribunales de La Haya; son normas generales aplicables a todas las ramas del Derecho." Una definición completa menciona que: "son normas jurídicas vinculantes, universales, perfectas, generales, supletorias de los sistemas jurídicos vigentes que deben ser utilizadas para los casos en que cada sistema jurídico no pueda resolver una cuestión".

Los Principios Generales del Derecho son postulados con valor jurídico que adquieren fuerza obligatoria en las diferentes actividades que realizan las personas que se hallan sometidas a un determinado sistema jurídico o normativo. Los más reconocidos universalmente son:

- a) Prohibición del enriquecimiento sin causa.
- b) Prohibición del abuso del Derecho.
- c) Buena fe.
- d) Tolerancia del error común o el error común hace Derecho.
- e) Prohibición del fraude a la ley.
- f) Teoría de la imprevisión.
- g) Autonomía privada o de la voluntad.
- h) Libertad contractual.

Más adelante se hará una definición detallada de cada uno de estos principios, en su relación y aplicación en el derecho comercial.

El Estado constitucional democrático se manifiesta en diversas formas, entre las cuales sobresale la consagración de una serie de principios y derechos fundamentales, que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización estatal; la Constitución Política de Colombia es una muestra de ello, de tal forma que para interpretar una de sus disposiciones, es necesario regirse por los principios y derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. Pues resulta imposible interpretar una institución o un procedimiento previsto en ella, por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales.

Los valores y principios constitucionales al igual que las normas consagradas en la Constitución Política, constituyen herramientas poderosas para concretar el contenido básico del derecho a la salud, su carácter de derecho fundamental y las obligaciones estatales respecto al mismo, en la medida en que los primeros "representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la

finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico”<sup>105</sup> y por lo tanto establecen los fines hacia los cuales debe orientarse la acción del Estado y la forma como deben desarrollarse las relaciones entre este y la sociedad, pues a pesar de su carácter programático, los valores constitucionales no debe ser concebidos como un simple símbolo sin incidencia normativa, sino como “un conjunto de propósitos a través de los cuales se deben mirar las relaciones entre los gobernantes y los gobernados, para que, dentro de las limitaciones propias de una sociedad en proceso de consolidación, irradien todo el tramado institucional”<sup>106</sup>.

Los principios por su parte, a diferencia de los valores que establecen fines, “consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional.”<sup>107</sup>

La etimología de la voz PRINCIPIO, del latín principium, sustantivo, cabeza de una serie, primer singular de un todo plural, proviene de un sustantivo concreto princep-principis, que era el primer ciudadano príncipe. El principio es la regla fundamental de un sistema de reglas. En idioma Castellano y Gallego el termino principio significa comienzo, origen. Así, mismo por su influencia cartesiana significa punto fundamental de una teoría.

La filosofía define el término principio de manera ontológica y sostiene que es el principio del ser.

La lógica lo entiende como ley fundamental de un sistema.

El derecho acepta que el principio es una norma fundamental del sistema normativo.

Todo lo anterior permite así concluir que los principios son polisémicos en cuanto a sus definiciones y a su noción como tal.

Algunos autores presentan las siguientes definiciones:

Cabanellas Guillermo: “primer instante del ser, de la existencia de una institución o grupo. Razón, fundamento, origen, causa primera, máxima, norma guía. En plural los principios son las bases o rudimentos de una ciencia o arte”<sup>108</sup>

---

<sup>105</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406/92

<sup>106</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406/92

<sup>107</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406/92

<sup>108</sup> CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliastica, Buenos Aires Argentina. 1989.

El autor Norberto Bobbio se refiere al respecto en los siguientes términos: "En mi opinión los principios generales no son sino normas fundamentales o generalísimas del sistema, las normas más generales. Para mí es indudable que los principios generales son normas como todas las otras. Dos son los argumentos para sostener que los principios generales son normas, y ambos son válidos: de acuerdo con el primero de ellos, si son normas aquellas que se extractan de los principios generales por medio de un procedimiento de generalización sucesiva, no se ve por qué estos no deban ser normas también (de las especies animales obtengo siempre animales y no flores o estrellas). En segundo lugar, la función para la cual se deducen y se adoptan es la misma que se lleva a cabo para todas las normas, o sea la función de regular un caso"<sup>109</sup>.

El Doctor Hernán Valencia Restrepo<sup>110</sup> atribuye el origen etimológico de "principio" a la palabra principium, que podría tener dos acepciones: Una primera, que significa "cabeza de una serie o primer singular de un todo plural", porque provendría de princeps, principis, príncipe, como titular o cabeza de una magistratura. Según esta acepción, los principios del derecho son cabeza de todo ordenamiento o las primeras normas del conjunto de las mismas. La segunda acepción sería la de origen permanente o punto fundamental de partida de algo, porque principium provendría de principii. Y así, los principios en derecho serían normas fundamentales del sistema normativo, punto de donde surgen de modo permanente las demás normas de sistema jurídico.

Los principios son fuentes formales generales del ordenamiento jurídico. Entendiendo por fuentes formales aquellos procesos por los cuales se crean las normas jurídicas generales. Entonces, los principios consisten en un proceso creador de normas jurídicas generales. Sin embargo existen dos definiciones de los principios generales del derecho, en que se encuentran los elementos estructurales de los mismos, tanto los de su naturaleza filosófica, como los de su naturaleza jurídica: el principio como proceso creador de la norma principal y el principio como resultado del proceso creador o la norma principal misma.<sup>111</sup>

El principio como proceso creador de la norma se puede según Valencia Restrepo se puede definir así preexistencia de un valor fundamental y social, cuya aprehensión por parte de la comunidad, el pueblo o el constituyente primario le genera la convicción de obligatoriedad coercible de ese mismo valor. Y el principio como resultado del proceso creador o la norma principal misma se puede definir como norma jurídica fundamental, imperativa, universal, tópica, axiológica, explícita o implícitamente positiva, que sirve para crear, interpretar e integrar el ordenamiento, que según Valencia Restrepo es la noción más indicada para lo que él llama "verdaderas normas".

<sup>109</sup> BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho. Bogotá: Editorial Temis, 1987. p.239-240.

<sup>110</sup> VALENCIA RESTREPO, Hernán. Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho. Santa fe de Bogotá, Editorial Temis, 1993. p.192.

<sup>111</sup> VALENCIA RESTREPO, Hernán, conferencia dos definiciones de los principios generales del derecho Monárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho, Santa fe de Bogotá., Editorial Temis. 3 edición.2005.584

Así mismo, Rinaldi (2006) sostiene que: “A mi juicio resulta evidente que cuando los legisladores ordenan a los jueces no dejar sin resolver ningún caso por inexistencia de ley al respecto debiendo recurrir en última instancia a los Principios Generales del Derecho, están determinando claramente que esos principios no sólo existen, sino que en algún lugar deben estar explicitados. Los Principios Generales del Derecho no son, entonces, una abstracta mezcla de normas morales, éticas y religiosas, sino que tienen que materializarse en formulaciones jurídicas concretas que puedan ser invocadas por los jueces como los criterios de objetividad a los que necesariamente deben remitirse al dictar sentencia”<sup>112</sup>

Rinaldi, realiza un aporte fundamental para el trabajo de investigación, en relación con la universalidad de los principios y su aplicación al derecho mercantil, es por eso que la línea jurisprudencial se construirá en esta dirección “Los Principios Generales del Derecho son normas universales, es decir que valen para todos los sistemas jurídicos, por lo que no puede haber “principios nacionales”. Es por eso que son fuente formal de derecho en cuestiones de derecho internacional, tal como lo aplican los Tribunales de La Haya. Los Principios Generales del Derecho son normas perfectas según la clasificación de Ulpiano, lo que implica que los actos realizados contra lo que dispongan serán nulos. Los Principios Generales del Derecho son normas generales, es decir que no hay principios específicos de ninguna “rama” del derecho, sino que se entienden aplicables al derecho en su conjunto y unicidad. Habida cuenta de los elementos que a nuestro juicio son propios de los Principios Generales del Derecho, nos animamos a definirlos como normas jurídicas vinculantes, universales, perfectas, generales, supletorias de los sistemas jurídicos vigentes que deben ser utilizadas para los casos en que cada sistema jurídico no pueda resolver una cuestión”<sup>113</sup>.

Los anteriores criterios, llevan a considerar a los principios constitucionales como normas jurídicas reales y no como simples ideales abstractos que carecen fuerza normativa, pues pese a que poseen un carácter general y por lo tanto una textura abierta, que en ocasiones, limita su eficacia directa, la adopción realizada por parte del constituyente primario de su contenido y esencia genera la convicción de obligatoriedad coercible.

Una investigación dirigida por Quinche( 2006)<sup>114</sup> permite demostrar como el concepto de principio de Estado Social de Derecho en el estudio de la jurisprudencia colombiana, se puede apreciar que los principios que sustentan este tipo de Estado gozan de una mayor importancia que los demás principios, se podría afirmar que la jurisprudencia entra a “jerarquizar” los principios, y los

---

<sup>112</sup> RINALDI, Norberto Darío, Conferencia Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. México 2006.

<sup>113</sup> RINALDI, Norberto Darío, Conferencia Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. México 2006.

<sup>114</sup> <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/10336/9877/52454977.pdf>. Alumno: Joanna Vega Arenas. Consulta en línea abril 4 de 2010.

principios del Estado Social de Derecho se encuentran en la punta de esta pirámide<sup>115</sup>.

Los Principios resultan ser los primeros pensamientos ordenadores de los naturales conflictos surgidos con motivo de los comportamientos habidos en la convivencia humana, dicho Derecho Supranacional como organización jurídica, debe entenderse como la regularización de tales conductas, es decir, estableciendo una regla comportamental que, partiendo de lo general, llegue como conclusión a una solución del conflicto o a un preaver del mismo. La globalización está transformando el mundo pues exige nuevos comportamientos ante nuevas necesidades, el Derecho como ciencia social dinámica debe responder a esas nuevas realidades.

La historia muestra entonces como los principios generan la aparición de la norma, permiten estos últimos que se esculpa el espíritu de la primera, empezando así una alianza muy particular principio-norma como elemento regulador del comportamiento humano de forma que puedan además de coexistir lograr convivir. Llega un momento en el cual de forma natural y propia al hombre existen tantos principios llamados de muchas maneras, brocados, axiomas, dogmas, que se hace necesario organizar y sistematizar todo este producto social en forma cultural y es cuando se codifica.

La codificación en su momento histórico, así existan posiciones en contra<sup>116</sup>, puesto que la entienden como un estancamiento del mismo y que se convierte desde ese entonces en una técnica y no en una ciencia con función social, logró organizar y ordenar las normas jurídicas de tal manera que apareció un armonía y facilidad para su aplicación, volviéndose incluso de carácter supranacional.

El siglo XIX es considerado como el instante histórico en cual se forja un movimiento, una oleada hacia la codificación del derecho. Existiendo eso sí unos antecedentes de gran importancia para la humanidad, tales como:

- Las leyes de Manu
- Las reglas del Deuteronomio

<sup>115</sup> Como principios del Estado Social de Derecho, conforme a lo consagrado en la Constitución y de acuerdo a lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, tenemos, entre otros, los siguientes: dignidad humana, solidaridad social, justicia distributiva, igualdad, separación de poderes, eficacia social de la función administrativa, prevalencia del interés general y los que se refieren a los derechos fundamentales. Para ver el desarrollo jurisprudencia de los mismos, se pueden consultar las siguientes sentencias de la Corte Constitucional colombiana: T-406 de 1992, T-505 de 1992, T-124 de 1993, T-230 de 1994, T-056 de 1994, T-309 de 1995, T-477 de 1996, SU-111 de 1997, C-237 de 1997, C-569 de 2004, T-792 de 2005 y C-367 de 2006.

<sup>116</sup> [www.derecho.uba.ar/.../r0001a001\\_0011\\_misclanea.pdf](http://www.derecho.uba.ar/.../r0001a001_0011_misclanea.pdf). La descodificación como síntoma de la historicidad del derecho. Revista electrónica del instituto de investigaciones Ambrosio gioja. 2007. "si bien son varias las ventajas de la codificación, como brindar al sistema normativo, claridad, unidad, método y coherencia, voces como la de Savigny y Hugo, como representantes de la escuela histórica del derecho, se alzaron en su contra, pues sostuvieron que contribuiría al estancamiento del derecho, que es un fenómeno en constante evolución".

- Los romanos siglos III y VI de la era cristiana, por la aparición de leges (constituciones imperiales) y de iura (decisiones de los juristas) se había generado una crisis a la claridad y unidad legislativa. Se requiere entonces un orden y es así como se crean los códigos Gregoriano (fines del siglo III), Hermogeniano (siglo IV) y Teodosiano (siglo V), el Corpus Iuris Civilis de Justiniano (siglo VI).
- En Occidente los bárbaros aplicaron el sistema de personalidad de las leyes, que significa que cada persona es regida por su propia ley de nacimiento, y no por el territorio en que se hallen.
- En la Alta Edad Media aparece un oleaje codificador que terminó con la legislación de Alfonso X: el Fuero Viejo de Castilla en 1212, el Fuero Real en 1254 y las Siete Partidas en 1265.

La hermenéutica en la ciencia jurídica hace su aparición cuando ya no es tan fácil simplemente ubicar una conducta humana en un tipo de norma bajo cualquier nombre o tipificación. Surge entonces la pluri-causalidad del ser humano, el papel de su psiquis, la influencia del medio externo y la relación con sus propios sueños, anhelos y ya no es tan fácil realizar este proceso de encuadre. En esa búsqueda por interpretar, por hacer real y efectiva la comunicación, es cuando se aprovecha de los principios.

Del Vecchio, sostiene que: "la necesidad de recurrir a semejantes criterios y en general a la razón jurídica natural, se mantiene viva por ser necesariamente incompleto todo derecho positivo"<sup>117</sup>.

La hermenéutica es considerada un arte, es una habilidad, de la interpretación. El origen lingüístico es el verbo "hermeneuo" que quiere decir publicar, exponer, interpretar. Su origen mitológico se vincula con el Dios griego Hermes<sup>118</sup> quien no solo era el transmisor de los mensajes, tenía la función de ser mediador puesto que a través suyo se interpretaba las misivas y se garantizaba la comunicación entre Dioses y humanos. Desde entonces se establece que el propósito mismo de la hermenéutica es brindar herramientas, formas, maneras para decodificar, interpretar o entender un objeto, texto o cualquier tipo de discurso.

La hermenéutica exige al "interpretador" por llamarlo así, un amplio y variado dominio de saberes que no lo limiten ni encasillen en una sola dirección y que le permitan en el caso del hombre protegerlo y garantizarle la justicia entendida como la equidad.

<sup>117</sup> DEL VECCIO, Giorgio. Los principios Generales del Derecho. Bosch, Casa editorial Barcelona 1979.

<sup>118</sup> <http://www.xtec.es/~fchorda/2b/dioses/html/hermes.htm> Es Hermes, "dios de los rebaños", "protector de los comerciantes" y "mensajero de Zeus", y acompaña a las almas al infierno. También resalta como patrono de la elocuencia y se le cree inventor de la escritura. Inventó la astronomía, las matemáticas y los pesos y medidas, por lo que se le consideró dios de los comerciantes.

El hombre así establece la necesidad del derecho natural en cuanto a la misma configuración y aplicación del ius positivismo, en relación a los siguientes ejemplos citados por DEL VECCIO<sup>119</sup>:

- Nadie puede transmitir a otro mas derechos que los que el mismo posee
- A la fuerza es licito oponer la fuerza
- Las utilidades de toda cosa deben corresponder a aquel sobre quien pesan las perdidas.
- Nadie puede enriquecerse injustamente en perjuicio de otro.

Los ejemplos de Del Veccio constituyeron, constituyen y constituirán los principios informadores y delineantes de leyes vigentes, de forma explicita o implicita y amplían la gama de posibilidades que tiene el operador de justicia en los principios como fuente de derecho y se afirma una vez mas que la codificación resulta no siempre suficiente. Un buen ejemplo que la historia permite citar fue el como pudieron compartir existencia el principio natural “todos los hombres son libres e iguales” con el reconocimiento de la esclavitud contra natural y de su legalización desde el Estado Romano; sin embargo, el principio natural, la esencia sigue allí, y es así como la libertad se podía comprar por el esclavo, quien además tenia facultades para obligarse en ciertos asuntos y no solo con su amo.

Scialoja<sup>120</sup>, sostiene que: “el legislador no puede prescindir de ese “organismo de presunciones, ficciones y formalidades propiamente dichas, que hacen una segura y mas fácil la aplicación del derecho”.

A mi modo de ver, no es tomar solo uno u otro derecho como tal, es entender la seguridad jurídica como el garante de las mejores condiciones de la vida humana y en la posibilidad de aplicar de manera más justa las normas existentes.

El principio de la buena fe del código civil, usado ahora por el derecho mercantil y el derecho en general hace prevalecer el espíritu del hombre. El principio sobre la letra fría y muerta, para obligar no solo a lo expresamente acordado sino así mismo a las consecuencias que sus actos generan., puesto que los principios del derecho son el soporte de todo tipo de discusión jurídica, ellos prohíjan cualquier decisión jurídica, a pesar de se tomen de las fuentes tradicionales, como la ley y la costumbre, pues los principios son la fuente primigenia de los fallos en sí, están en el espíritu de la norma, de la ley.

---

<sup>119</sup> Del Veccio, Giorgio. Los principios Generales del Derecho. Bosch, Casa editorial Barcelona 1979.

<sup>120</sup> V. Scialoja, del diritto e del lequita. Citado por Del Veccio, Giorgio. Los principios Generales del Derecho. Bosch, Casa editorial Barcelona 1979.

La tesis de Del Vecchio, se sitúa “dentro de la filosofía que adscribe al derecho natural, la función supletoria e integradora de las reglas del derecho positivo”<sup>121</sup>, por que la filosofía y la jurisprudencia deben entenderse como una alianza que permita llegar no a un estudio lineal de la norma, plano como tal, debe el jurista poder viajar, trascender a los principios de donde vienen, de donde se originaron las normas.

Los principios no requieren interpretación, en tanto que la norma con cierta frecuencia, se ve precisada a acudir a la hermenéutica como un medio, por el cual se puede establecer una relación entre un hecho y un contexto dentro del cual sucede, por lo tanto hemos de aplicar la hermenéutica exclusivamente frente a las condiciones impuestas por el legislador dentro de de la expresión gramatical de la norma y nunca para buscarla como medio de ejercicio en los principios. Esto último en razón a que los principios tienen las características de ser tan claros tan perceptibles intelectivamente, que basta con enunciarlos para que el receptor quede totalmente ilustrado sobre su contenido. La hermenéutica surge cuando el hombre enfrenta la necesidad de ilustrarse sobre la historia sagrada y los acontecimientos que ella alberga, cuando aparecen los libros escritos por los profetas, voceros de Dios, etc., la expresión que en ellos se encuentra bien pronto se entendió que no podía explicarse tal y cual como estaban escritos y por ello se acudió a buscar alternativas de lo que esas expresiones escritas querían decir, surgió entonces la hermenéutica como un mecanismo del que se apropiaron los religiosos y personas consagradas a los oficios de guardar la tradición escrita y oral de sus dogmas, para poder transmitir a otros el contenidos de las obras maestras de estos credos. Con posterioridad esa herramienta paso a los historiadores y luego a muchas otras aéreas del saber pero no como ciencia, sino como habilidad de quien conoce un tema para poder clarificar ciertos aspectos mismos cuando estos parecen confusos, dentro de los cuales se encuentra el derecho. Puesto que en este saber el legislador es cuando crea la norma escrita puede dejar inmersa en ella, espacios de ley, vacíos, confusiones, etc., siendo los juristas llamados a esclarecer dichos aspectos y para ello tienen varios recursos, como la exegesis, la analogía y la hermenéutica. Buscando en todo momento en cualquier área cognitiva evitar los malos entendidos. De lo reflexionado se puede fácilmente colegir que la hermenéutica en nada podría tener aplicación para la principialística ya que lo que caracteriza a la Nomoarquica es justamente la claridad. Lo que hay que interpretar es la norma, no los principios puesto que estos son un bastión de seguridad para la administración de justicia. La posición de Bonorino (2003), apoya de manera contundente esta parte del texto: “Cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, particularmente en casos difíciles, hacen uso de pautas que no funcionan como reglas, sino que operan como principios. Estos principios, que pueden ser principios en sentido estricto, directrices políticas u otro tipo de pautas, se

---

<sup>121</sup> DE DIEGO Clemente F. 1932. Prologo Del Vecchio, Giorgio. Los principios Generales del Derecho. Bosch, Casa editorial Barcelona 1979.

diferencian de las reglas por su estructura lógica y por poseer la dimensión de peso. Son estos principios los que permiten entender la labor judicial en los casos controvertidos, como la aplicación de los derechos u obligaciones que las partes tenían con antelación a la decisión institucional. Existen dos formas de entender los principios jurídicos: a) considerando que forman parte del derecho al igual que las reglas y que por ende obligan de la misma manera que éstas, o b) negar que los principios obliguen de la misma forma que las reglas, considerándolos en consecuencia como por encima del derecho. La segunda forma de entender los principios jurídicos resulta inaceptable pues ninguno de los argumentos que pueden dar los positivistas en su apoyo es aceptable, y porque, además, lleva a sostener que ninguna regla puede ser considerada como jurídicamente obligatoria<sup>122</sup>.

Valencia Restrepo, sostiene que una función de los principios es la interpretativa, explicándola como aquella por la cual los principios sirven para comprender las normas a la luz de un determinado ordenamiento de manera extraordinaria su utilidad se nota si se presentan dudas al respecto. Los principios por esta función: al interpretar una norma, ya sea el órgano competente o el jurista como estudioso, debe tomar los principios como base, sin que la interpretación vaya a contrariarlos. Mientras los principios cumplan esta función interpretativa, serán fuente formal principal y subsidiaria del ordenamiento.

Continuaré la disertación, tomando apartes textuales de uno de los artículos construidos ad-intra del grupo de investigación HERNANDO DEVIS ECHANDIA<sup>123</sup> en relación con la descodificación del derecho, pues permite un maravilloso punto de partida. Refiere el texto en mención, aludiendo a la forma como tiene su génesis la idea de Derecho contemplada a partir de los comportamientos humanos, que: "La única manera como el ser humano da respuesta a sus necesidades, es a través del comportamiento. Este último es el que le permite ejercitar y hacer objetiva su existencia, no solo individual, sino comunitaria. Podríase afirmar de manera categórica, entonces, que la vida de los seres vivos es una cadena de necesidades cuya satisfacción debe asumir continuamente, precisamente, mediante los comportamientos. Son pues los comportamientos los que dicen, los que predicen del ser vivo y por ende del Ser Humano como uno de los integrantes de ese universo.

El comportamiento es la carta de presentación del hombre en comunidad, puesto que de su forma de conducirse dentro de esa relación interpersonal se captará el

<sup>122</sup> BONORINO, Pablo Raúl. Integridad, derecho y Justicia. Una crítica a la teoría de Ronald Dworkin. <http://books.google.com.co/books?id=CgtL2dL6hD4C&pg=PA32&lpg=PA32&dq=BONORINO+Y+LOS+PRIN+CIPIOS&source=bl&ots=SX5WSPh0u2&sig=pnpXQ-> RumHQ4ipM\_Z159Ee3138&hl=es&sa=X&oi=book\_result&resnum=1&ct=result#PPP1, M. Consulta en línea Octubre 20de 2008.

<sup>123</sup> [virtual.usc.edu.co/hernandodevis/images/stories/pdf/reflexionacercadeladescodificacion.pdf](http://virtual.usc.edu.co/hernandodevis/images/stories/pdf/reflexionacercadeladescodificacion.pdf). El grupo de Investigación HERNANDO DEVIS ECHANDIA, tiene como investigador líder a LIZANDRO CABRERA y esta avalado institucionalmente por la Universidad Santiago de Cali, registrado ante Conciencias y categorizado en " A "

grado de aceptabilidad en la convivencia social. Ahora bien, el ejercicio de tales comportamientos, generan una repercusión en el entorno del ser que los realiza e incluso, éste mismo sujeto puede ser sujeto pasivo de dichas repercusiones, que aquí llamaremos “efectos”. Aplicando esta situación puntual, este proceso, al ser humano, cada uno de nosotros para satisfacer normalmente las naturales necesidades, tiene que ejecutar comportamientos y estos al producir “efectos” generan afectaciones personales y comunitarias o sociales, las cuales pueden ser positivas (agradables, constructivas, placenteras, etc.), negativas (desagradables, destructivas, etc.) o intrascendentes (no generan ni placer, ni displecer, pasan desapercibidas)”. Como el hombre en sus comportamientos es impredecible, precisamente por su misma conformación animal y racional, sus afectaciones o conveniencias pueden llegar a convertirse en obstáculos para la convivencia del mismo hombre produciéndose “conflictos” que ponen en alto riesgo esa común unidad del hombre. El “conflicto” es connatural al ser humano, es un proceso que se genera a partir de una “afectación” de intereses proveniente de los efectos comportamentales de los seres que nos rodean, sea que se produzca la afectación de manera efectiva o que tan solo exista la amenaza de que se va a producir, pues ello inmediatamente genera una reacción en la parte que lo sufre y es allí en donde se inicia el problema de alterar la convivencia, como lo sostiene LEOZ (2008) en su texto “Conflicto, Mediación Social y Psicología Social”: “La noción de conflicto es clave y eje central del pensamiento de la Psicología Social. El conflicto es inherente a la interacción humana<sup>124</sup>”, por ello y con la finalidad de PROTEGER ESA CONVIVENCIA, desde que el hombre se sabe y se reconoce como miembro de un grupo social ha intentado controlar, regular los comportamientos cuyas consecuencias (efectos) previsiblemente se conozcan como atentatorias para ese grupo buscando, bien sea, precaver las afectaciones negativas mediante la creación de límites al ejercicio comportamental a través de reglamentaciones o sancionando su realización mediante la tipificación punitiva (código penal). Es así como, por un lado la exigencia natural de resolver las necesidades que la existencia impone al ser vivo y, por otro lado la urgencia social de preservar la convivencia, precipita en la comunidad universal humana la forzosa creación de las REGLAS, REQUISITOS, PRESUPUESTOS o NORMAS DE CONVIVENCIA, cuya objetividad es connatural al ser vivo en general, pero que en el hombre por ser reflexionada, previsiva e inteligente, se torna como CONDICIÓN-GARANTÍA del ejercicio mismo de su existencia, la cual detenta por el solo hecho de ser: “ser humano” y es a esto lo que, desde la sustantivación se le denomina: DERECHO”.

“Naturalmente, si los comportamientos son dinámicos, como en efecto lo son, dada la permanente evolución tanto de las necesidades como de los métodos de dar respuesta a las urgencias de convivencia, así como a las nuevas formas de relaciones interpersonales que van surgiendo, queda fácil comprender, entonces, el por qué esas REGLAS, REQUISITOS, PRESUPUESTOS o NORMAS DE CONVIVENCIA que se mencionaban y que tratan de regular los aspectos

---

<sup>124</sup> <http://www.campogrupal.com/conflicto.html>. Consulta realizada en línea el 26 de junio de 2008.

comportamentales no puedan ser estáticas, pues de ser así, la pretensión de ser condición-garantía de la convivencia humana sería fallida, obteniéndose una imposibilidad para hacer efectivo el principio natural de gregariedad del que participamos los seres humanos<sup>125</sup>.

El avance del derecho entendido como ciencia social, permite que aparezca una nueva oleada de teóricos con una innovadora propuesta en relación a la codificación y a la descodificación: ES LA RECODIFICACIÓN, la cual debe entenderse como una técnica legislativa en la cual se logra volver a sistematizar algo que por los cambios se había disgregado mucho. Algunos autores sostienen que siempre después de la descodificación viene la recodificación. Un ejemplo claro de esta recodificación se tiene en la hermana republica del Brasil, en donde en 2003 entró en vigencia un nuevo código civil<sup>126</sup> donde Según Irti<sup>127</sup> citado por Bennetti (2008)<sup>128</sup>, el Código Civil no es que haya perdido toda importancia, al contrario, permanece como un Código Central, es decir, responsable por la unidad de todo el sistema jurídico de Derecho Privado, actuando en respaldo de los diversos microsistemas que carecen de cualquier ligamen entres sí, al menos si se pretende mantener a salvo la idea de sistema. La disputa doctrinal esta en si muere el viejo código o el espíritu del proceso sistematizado de normas.

“La conclusión es que el Nuevo Código civil esta vivo, que llegó para quedarse — a pesar de que algunos de sus principios sean discutibles—, e insertarse en la era de la privatización y de la recodificación. El Código podría servir de guía para mantener la unidad propia del Derecho Privado, dejando intacta la historia escrita por los civilistas (aunque sugiriendo relecturas y eventuales quiebres de paradigmas en la regulación de algunos de sus institutos). La gran vaguedad semántica podrá ser una oportunidad para ensayar interpretaciones contemporáneas de aquellos institutos que integran la estructura del sistema capitalista en constante evolución. En éste sentido, propiedad, contratos, responsabilidad civil, en la actual era de la sociedad en red y de la globalización,

<sup>125</sup> [virtual.usc.edu.co/hernandodevis/images/stories/pdf/reflexionacercadeladescodificacion.pdf](http://virtual.usc.edu.co/hernandodevis/images/stories/pdf/reflexionacercadeladescodificacion.pdf). El grupo de Investigación HERNANDO DEVIS ECHANDIA.

<sup>126</sup> [http://services.bepress.com/lacjs/vol3/iss1/art2/The Latin American and Caribbean of Legal Studies. "Descodificación", constitucionalización y recodificación del Derecho Privado: ¿es todavía útil el código civil? Luciano Bennetti Timm\\_](http://services.bepress.com/lacjs/vol3/iss1/art2/The Latin American and Caribbean of Legal Studies. ): Ésta reflexión es importante, como se expresó, debido a la reciente entrada en vigencia del Nuevo Código Civil 2003). Es fundamental determinar la importancia de ésta obra legislativa como reorganización y resistemización del Derecho Privado; y si el Código Civil permanece, en términos generales, como se defenderá más adelante, como eje del Derecho Privado en diversos aspectos no tratados ni suficientemente regulados por la Constitución. Es también preciso conocer hasta que punto servirá para la reinterpretación de leyes y microsistemas legislativos, como diversos juristas vienen sosteniendo, particularmente en relación a la Ley de Derecho de Autor, Ley de Propiedad Industrial, Ley de Recuperación Judicial de Empresas, etc. Otro tema a analizar en el futuro es la discusión acerca de hasta que punto éste Código Civil, vigente desde 2003, no se encontraría ya desactualizado para los nuevos tiempos de globalización económica.

<sup>127</sup> IRTI, Natalino. I cinquant'anni del codice civile. Rivista di Diritto Civile, n. 03, p. 227 et seq., 1992.

<sup>128</sup> [http://services.bepress.com/lacjs/vol3/iss1/art2/The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies. "Descodificación", constitucionalización y recodificación del Derecho Privado: ¿es todavía útil el código civil? Luciano Bennetti Timm\\_](http://services.bepress.com/lacjs/vol3/iss1/art2/The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies. )

deberán ser reconstruidos dogmáticamente a partir del sólido pilar que constituye la legislación civil”, agrega Bennetti Timm.

Otro ejemplo interesante al respecto es planteado por Castrillón y Luna<sup>129</sup> en torno a la recodificación sustantiva del derecho mercantil, donde el autor expone como el derecho mercantil ha evolucionado, se ha recodificado y se ha especializado, teniendo en cuenta los múltiples problemas que se han presentado con la dispersión normativa, tales como anarquía, conflictos legislativos y deficiencia de normas, es indispensable ahora recodificar en códigos macros esta situación de forma tal que se facilite la acción del hombre en tal actividad, evitando así los problemas de vacíos en la aplicación de las normas. Tal recodificación deben su estructura incluir la formulación de un nuevo código de comercio que contenga los principios generales del derecho mercantil más la adición de leyes especiales.

La recodificación como nuevo proceso de sistematizar, de organizar o de reorganizar las normas en torno a una actividad en todo caso seguirá utilizando los principios como fuente inspiradora para hacer mejores o más funcionales las mismas, incluso, puede intentar codificar algunos principios en los nuevos productos legislativos, pero no podrá nunca incluirlos todos, pues los principios se volverían normas comunes y corrientes y perderían su esencia de ser normas especialísimas que están por encima de la cualificación genérica del estatuto codificable.

El Precedente judicial lo constituyen aquellas sentencias determinadas con un carácter previo a un caso dado y que son utilizadas a la hora de tomar decisión de un nuevo pronunciamiento judicial. Es de resaltar que el precedente se ha constituido en un cimiento importante en el derecho Inglés y conocido de igual forma como derecho Jurisprudencia o derecho de casos. En nuestro país se ha presentado por mucho tiempo la gran incógnita de Aceptar o negar si la Jurisprudencia en la modalidad de Precedente Judicial<sup>130</sup>, es Fuente Formal del Derecho, a pesar de conocer que en otras latitudes esta se ha Aceptado con creces como una fuente formal para aplicar el Derecho. En este tema es indiscutible el papel que ha otorgado la Corte Constitucional Colombiana en relación al argumento, al instante de interpretar la Constitución materializado en sus fallos De Constitucionalidad y en Fallos de Acciones De Tutela. El uso de los principios en esta forma de esclarecer la aplicación de una norma es válido, pero como bien se ha dicho en el texto el principio en si no requiere una interpretación; sin embargo, al haber sido usado en vez anterior puede citarse como referente, lo que no es interpretar, es usar.

---

<sup>129</sup> <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=808049>. La recodificación sustantiva del derecho mercantil Víctor M. Castrillón y Luna. Localización: Revista de Derecho Privado, ISSN 0188-5049, N.º 7, 2004, págs. 3-47

<sup>130</sup> LÓPEZ MEDINA Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. Editorial Legis. Bogotá Abril 2006

La ponderación obra frente a los principios no como un modo de interpretación si no como una estrategia lógica para resolver conflictos que se hayan generado entre ellos. Considero que los principios son tan claros que no requieren interpretación por tal motivo lo mas que podrán presentar será contraposición en la aplicación de uno y otro frente a determinado caso, para cuya absolución lo que se requiere no es la interpretación sino una solución aplicativa que resuelva el conflicto.

Bobbio (1987), sostiene que: "Los Principios Generales del Derecho son unos axiomas con valor jurídico que adquieren fuerza obligatoria en los diferentes negocios que ejecutan las personas las cuales están sujetas a un sistema jurídico o normativo determinado. Los principios son el pilar que sostiene jurídicamente cualquier negocio o acto, toda vez, que ellos determinan la ruta a seguir, por que son de tipo universal, inalienables y perpetuos sin descartar que entre ellos se pueda presentar aparentes competencias, caso en el cual se debe hacer una ponderación y establecer el que mas se adecue a las necesidades concretas del caso en particular, determinando de manera equitativa los parámetros que mejor se ajustan a derecho en los cuales la transparencia del negocio se deja ver.

Los principios tienen un origen en la búsqueda del equilibrio armónico entre los integrantes de el conglomerado social y este equilibrio es la búsqueda de la justicia y esta a su vez es la máxima expresión del derecho, que es la razón de la existencia de los mismos, los avances científicos tecnológicos permiten que cada día se incrementen las relaciones de todo tipo y surjan negocios, nuevas sociedades hacen que se este a la vanguardia de la implementación de estos principios en todos los campos del derecho, pero especialmente en el derecho mercantil porque las relaciones de este tipo buscan el lucro y debe ser reciproco para que el animo negocial se mantenga.

En las fuentes del derecho como lo es la costumbre esto era una regla de carácter tácito pero que las partes sabían que estaban allí y era de carácter casi que imperativo por que el valor de la palabra era un non plus ultra que te inspiraba seguridad y confianza del acto o negocio que se estaba realizando. En la palabra principios esta sobreentendido que es el origen de las cosas, y es imposible realizar algo que no tenga un principio implícito, en el campo del derecho, que orienta el procedimiento a realizar, los limites, que tienen y sobre todo cual es el espacio que tiene para obrar".<sup>131</sup>

Valencia Restrepo en su obra, aduce que..."Los principios son auténticas normas jurídicas por cuatro argumentos:<sup>132</sup>

- A. Tienen los dos elementos estructurales de cualquier norma jurídica;
- B. Como todas las normas jurídicas, regulan casos;
- C. Fundamentan fallos y su violación puede ser causal de casación;

<sup>131</sup> *Ibíd*em,

<sup>132</sup> *Ibíd*em, Valencia Restrepo Hernán.

D. Son constitucionales.

#### ARGUMENTO No 1

Los principios tienen los dos elementos estructurales de cualquier norma jurídica<sup>133</sup>. Los elementos que conforman la norma jurídica son el supuesto y las consecuencias. En los principios, el supuesto, hecho o hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias siempre es expreso, si bien con mucha frecuencia de un modo supremamente genérico o general. No en vano los principios son las normas más universales o generales del orden jurídico, por oposición a todas las demás normas (las no principiales o las reglas), que siempre serán menos generales que ellos. Las normas no principiales o reglas son particulares con respecto a los principios.

Los ejemplos típicos de tal situación, son los principios de la buena fe y del no abuso del derecho, en que apenas si se sugieren los supuestos correspondientes, los cuales son (explicitándolos y especificándolos), por una parte, en el de la buena fe, que todas las personas deben obrar lealmente en el cumplimiento de todos sus compromisos jurídicos (valga añadir, con la convicción de no estar violando derecho ajeno alguno: es ésta la buena fe activa o buena fe-lealtad) y esperar que las demás se comporten de la misma manera (la buena fe pasiva o buena fe-creencia); y, por otra, en el del no abuso del derecho, que todo derechohabiente o titular de un derecho subjetivo debe ejercerlo o abstenerse de hacerlo, sin causar perjuicios a nadie.

Las consecuencias previstas en los principios (constitución, modificación o extinción de derechos y obligaciones), se encuentran casi siempre tácitas. Así, por ejemplo en los principios de la buena fe y del no abuso del derecho, ni siquiera se mencionan las respectivas consecuencias. Lo cual difiere totalmente de las demás normas, las reglas, las no principiales o menos generales que los principios. Éstas traen casi siempre muy específicamente expresos el supuesto y las consecuencias.

Un principio necesita siempre de una norma posterior que lo particularice para que aparezcan clara y distintamente su supuesto y sus consecuencias, situación que se presenta en toda regla o norma general, como lo son la costumbre y la ley, por más que estas dos clases de normas generales se presenten, demasiado a menudo, especialmente la segunda, con sus respectivos supuestos y consecuencias muy claros y distintos. Efectivamente, toda norma general, objetiva, abstracta e impersonal necesita, para ser aplicada, otra norma, que sea individualizada (y, por ello, subjetiva, concreta y personalizada).

#### ARGUMENTO No 2

Como toda norma jurídica, los principios regulan casos y atribuyen derechos e

---

<sup>133</sup> BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho. Bogotá: Editorial Temis, 1987.

imperan obligaciones<sup>134</sup>:

1. Los principios desempeñan el mismo papel o la misma función ante los operadores jurídicos que las reglas o normas no principales: regulan casos, es decir, ofrecer los criterios a los cuales deben ceñirse los jueces en el ejercicio de sus competencias. Luego, donde hay la misma función o el mismo papel, tiene que haber la misma naturaleza, por consiguiente, los principios tienen la misma naturaleza jurídica que las reglas o normas no principales.

2. Como toda norma jurídica, también los principios atribuyen derechos o facultades a las personas y, al propio tiempo, les impera obligaciones o deberes. Dado que el derecho es imperativo-atributivo, esto es, está dotado de bilateralidad o alteridad; y por otra, el derecho sólo se manifiesta en normas (principios y reglas). En este contexto es de notar que todo el ordenamiento jurídico no es más que derechos y obligaciones.

#### ARGUMENTO No 3

Los principios fundamentan fallos y su violación puede ser causal de casación.

1. Fundamentación de fallos en los principios. Cortes, Tribunales y jueces de todo rango han fallado y continúan fallando fundamentando sus decisiones en principios generales del derecho. Decisiones de índole semejante sólo pueden fundamentarse en normas jurídicas. Entonces, los principios son normas jurídicas.

2. La violación de un principio puede ser causal de casación. Tanto un principio es una norma jurídica que en todas las Cortes de casación americanas y europeas se establece que la violación de un principio es violación de una norma de derecho sustancial y, en consecuencia, la violación de un principio constituye una causal de ese recurso extraordinario.

#### ARGUMENTO No 4

Los principios son normas constitucionales según Valencia Restrepo.

Los principios se presentan triplemente constitucionales:

1. Porque los principios son, ónticamente, objetos culturales axiológicos o, más específicamente, valores fundamentales; y, gnoseológicamente, normas fundamentales e imperativas. Y como todo lo fundamental es constitucional y todo lo imperativo es constitucional, ellos son constitucionales. Dos cosas (lo fundamental y lo imperativo) iguales a una tercera (lo constitucional) son iguales entre sí. En consecuencia, los calificativos fundamental, imperativo y constitucional son, tanto semántica como jurídicamente, uno y lo mismo.

---

<sup>134</sup> VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Nomiarquía jurídica o los principios generales del derecho*. Santafé de Bogotá, Editorial Temis 1993 p 198

2. Porque los principios son valores fundamentales y sociales, que se convierten en valores bilaterales, al ser juridificados por la comunidad, el pueblo o el constituyente primario, titular por excelencia del poder normativo o de la facultad para crear normas, en cuanto depositario exclusivo de la soberanía. Ellos, pues, son constitucionales, obviamente, por ser creaciones del constituyente primario.

La comunidad, el pueblo o el constituyente primario - órgano extra estatal - es el que crea el principio jurídico o el valor bilateral, el cual, por tal creación, es una norma formal y materialmente constitucional e implícitamente positiva. Sin embargo, si en un segundo momento, el constituyente delegado, que es un órgano estatal, inserta en el texto de la Constitución el principio jurídico o si otro órgano como el judicial aplica tal principio, creado por el constituyente primario, este se convierte tal principio en una norma explícitamente positiva, pero continúa siendo formal y materialmente constitucional.

3. Porque todos los principios se identifican con los mismos derechos humanos (fundamentales o no fundamentales) o reductibles a éstos. Es decir, los principios son los mismos derechos humanos y, como éstos son constitucionales, también lo serán aquéllos. Por tanto, los principios, aunque no estén escritos en la Constitución, son materialmente constitucionales y constitutivos del ordenamiento por hacer parte del bloque de constitucionalidad. Como ejemplos de principios materialmente constitucionales, podemos señalar los de la inhumación digna, los de la razonabilidad y la racionalidad, de la identidad sexual y de la seguridad jurídica, consagrados por la jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional.

El bloque de constitucionalidad<sup>135</sup> puede considerarse como un bloque principal o un bloque de principalidad. Los principios pertenecientes a él son auténticas normas jurídicas y constitucionales.

Se puede claramente observar que el análisis anterior, aporta a la investigación una visión mas relevante de los principios en el desarrollo de las relaciones mercantiles, que a diario se desarrollan entre los individuos de todos los continentes y que propenden por un lenguaje común que les permita tener seguridad jurídica y a la vez un lenguaje común.

Los principios por ser unos axiomas jurídicos, cuyo valor reside en el poder de crear derecho y la aplicación de uno no excluye la actuación de otro, toda vez, que todos tiene una aplicación distinta y su adecuación va ha servir, para que la equidad y el equilibrio jurídico salgan a flote en aras de el ejercicio de la justicia.

#### 3.4. LOS PRINCIPIOS SON NORMAS IMPERATIVAS<sup>136</sup>

---

<sup>135</sup> El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.

<sup>136</sup> VALENCIA RESTREPO, Hernán. Op.cit., pág. 584

“Las normas jurídicas desde el punto de vista de su imperatividad o de su obligatoria observancia es decir, que se permita o no derogarlas y modificarlas por acuerdo entre sus destinatarios, estas pueden ser de dos clases: imperativas y dispositivas.

Las normas imperativas implican que en su observancia estén interesados o comprometidos el bien común, el orden público y la moral social, los tres pilares principales o fundamentales de cualquier comunidad. De ahí que no se permita su derogatoria ni su modificación por convenios entre sus destinatarios. Ellas contienen los mandatos inexcusables de todo el ordenamiento.

Los principios, constituyen valores fundamentales, sociales y bilaterales con componentes religioso-éticos, políticos, económicos, filosóficos y, en fin, culturales, que encarnan el bien común, el orden público y la moral social, constitutivos de las bases necesarias de la convivencia humana. Por ello íntegramente, no se puede permitir derogar o modificar por acuerdo entre sus destinatarios las normas imperativas, por cuanto con tal conducta se suprimirían, socavarían o alterarían los fundamentos mismos de la comunidad y ésta se desmoronaría de inmediato. Ejemplos de normas imperativas son las que consagran el derecho de todo individuo a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona e imponen la obligación de respetar ese mismo derecho, toda vez que su violación tipifica un atentado contra los principios o valores fundamentales que ellas representan. Por consiguiente, toda norma imperativa, o es un principio, o es la aplicación de un principio. En conclusión, lo imperativo es lo jurídicamente principal.

Las normas dispositivas, por su parte, sólo miran al interés o bien particular y en su observancia no se comprometen el bien común, el orden público ni la moral social. De ahí que sus destinatarios puedan derogarlos o modificarlos de común acuerdo y por tal razón no puede considerarse un principio como norma de esta naturaleza. Un ejemplo de norma dispositiva es la que, en el ejercicio de la protección diplomática, exige el requisito del previo agotamiento de los recursos internos. Los Estados interesados (el del nacional perjudicado y el Estado autor del acto ilícito) pueden de común acuerdo prescindir de tal requisito.”

Todo lo anterior sirve a la investigación por que aclara las diferencias existentes entre una norma de carácter imperativo, u obligatorio y otra que es de carácter meramente consensual, y cuya observancia no es de carácter obligatorio.

Los principios por ser normas imperativas, propenden por el interés general y buscan que todo individuo interesado en realizar contratos, de cualquier índole los tenga en cuenta que, para garantizar que el imperio de la ley ampare lo relacionado a la actividad contractual, y también permite saber que se obra con base en parámetros, entre lo consensual y lo coercitivo.

### 3.4.1 LOS PRINCIPIOS SON NORMAS POSITIVAS

La positividad de una norma se refiere a dos aspectos esenciales de la misma, los cuales son la promulgación por una autoridad competente y la coercibilidad de que esta las dota.<sup>137</sup>

La positividad puede ser de dos tipos: explícita o implícita. Hay positividad explícita, cuando las normas son creadas por las autoridades u órganos estatales (bien los poderes constituyente, legislativo, ejecutivo, judicial, de control y electoral, bien los órganos menores de producción jurídica). En tal eventualidad, su positividad les es conferida de una manera expresa o solemne por una autoridad estatal, a través de un acto formal - generalmente un escrito - emanado en el desempeño de una función pública. En la situación acabada de describir, los principios serán normas explícitamente positivas. Se pueden citar algunos principios, que son normas explícitamente positivas, como son las disposiciones que van del preámbulo al título II (arts. 1º. al 95) Constitución Política; así son la vida, la libertad, la paz, la justicia, la democracia, el Estado social de derecho, la igualdad, la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad, etc.<sup>138</sup>

La positividad implícita se da cuando las normas son creación de autoridades u órganos extra-estatales. En circunstancia semejante, su positividad no les es otorgada por un acto expreso, solemne o formal, emanado en el desempeño de una función pública, sino por la comunidad, el pueblo o constituyente. En eventualidad semejante, los principios serán normas implícitamente positivas.

Los principios creados por la comunidad consuetudinariamente, son un ejemplo de los que poseen esta naturaleza y, ante todo, el sumo o universalísimo, el principio que no conoce excepción, el principio de los principios: el derecho debe ser justo y su aplicación equitativa. Sin embargo la positividad implícita tiene una vocación o propensión innatas para convertirse en positividad explícita. Ello es así por cuanto, actualmente el Estado es el monopolizador del derecho y de la fuerza. Por ello, el principio sumo, que originariamente era una norma implícitamente positiva, se ha tornado una norma explícitamente positiva al ser recogida en un sinnúmero de normas estatales.

El aporte a la investigación que ha hecho este autor, es que, permite establecer que, la repetición continua de una actividad en el ámbito de las relaciones contractuales crea normas de carácter consuetudinario y permite la aplicación de las mismas, en el contexto de las relaciones cotidianas entre individuos, dedicados a la actividad mercantil, las cuales tienen carácter imperativo de estricto cumplimiento. Y de observancia para la totalidad de las partes que intervienen en un negocio.

### 3.5 LOS PRINCIPIOS BASE DE LA CREACION E INTERPRETACION DEL ORDENAMIENTO JURIDICO.

---

<sup>137</sup> VALENCIA RESTREPO, Hernán. Op.cit., pag.514

<sup>138</sup> VALENCIA RESTREPO, Hernán. Op.cit., pag.508

Los principios poseen diferentes funciones entre las cuales Valencia Restrepo, destaca: la creativa, la interpretativa y la integradora; y entonces la finalidad de los principios será la de elaborar, comprender y suplir las normas jurídicas. Estas tres funciones constituyen el mecanismo que tiene el derecho para auto-regularse o controlarse a sí mismo y para evitar tanto las arbitrariedades como el subjetivismo en la creación, interpretación e integración del ordenamiento, toda vez que los principios, por ser los valores fundamentales, sociales y bilaterales de una comunidad, son entidades absolutamente objetivas, como lo son esos mismos valores.<sup>139</sup>

La primera función de los principios, que es la creativa, es la que se consagra en nuestra Constitución en el título I "De los principios fundamentales", ya que son fuente formal y material por excelencia del ordenamiento, y en este caso, señalan las "pautas que deben acatarse en la elaboración, modificación y derogatoria de las normas", y por esto, esta función debe dirigir a los órganos encargados de la producción jurídica. Es así, como el principio fundamental de la Constitución Colombiana es el respeto por la dignidad humana, consagrado en el art. 1º Constitución Política de Colombia. Esta, a decir de Valencia Restrepo<sup>140</sup> es jerárquicamente superior a las otras, por cuanto no sólo está dirigida a la creación del derecho sino también a la interpretación e integración de él. Es así, que "para interpretar e integrar la norma jurídica, se debe acudir asimismo al fundamento, que ha servido de base a su creación"<sup>141</sup>. Entonces esta función opera en el momento anterior al que el legislador va a promulgar la norma jurídica, ya que allí debe observar los principios, inspirarse en ellos para poder positivizar sobre la base de ellos mismos. Según esto, es posible afirmar que cuando los principios cumplen su función creativa, son fuente material y formal<sup>142</sup> por excelencia del ordenamiento.

La segunda función es la interpretativa,<sup>143</sup> y es aquella por la cual los principios sirven para comprender las normas a la luz del ordenamiento al que pertenecen, en especial cuando estas, en sus enunciados, se muestran oscuras, ambiguas e inclusive contradictorias. Entonces, aquí los principios, tienen que ver con la comprensión de las normas de un ordenamiento jurídico. Es así como operan los principios por esta función: al interpretar una norma, ya sea el órgano competente o el jurista como estudioso, debe tomar los principios como base, sin que la interpretación vaya a contrariarlos. Mientras los principios cumplan esta función interpretativa, serán fuente formal principal y subsidiaria del ordenamiento.

---

55 FORERO FORERO, Claudia Helena. Principios constitucionales manifestación positiva de los principios generales del derecho Sistema jurídico colombiano Derecho en parte natural y en parte positivo. Revista telemática de Filosofía. 18 de enero de 2007

<sup>140</sup> VALENCIA RESTREPO, Hernán. Op.cit. p 191.

<sup>141</sup> VALENCIA RESTREPO, Hernán. Op.cit. p 192.

<sup>142</sup> FORERO FORERO, Claudia Helena. Principios constitucionales manifestación positiva de los principios generales del derecho Sistema jurídico colombiano Derecho en parte natural y en parte positivo. Revista telemática de Filosofía. 18 de enero de 2007 Ibidem, p.192.

<sup>143</sup> FORERO, Claudia Helena. Principios constitucionales manifestación positiva de los principios generales del derecho Sistema jurídico colombiano Derecho en parte natural y en parte positivo. Revista telemática de Filosofía. 18 de enero de 2007

La función integradora<sup>144</sup> de los principios, es aquella por la que estos se encargan de llenar los vacíos o lagunas de las fuentes formales del derecho objetivo, y es por esta función que los principios se convierten en una fuente formal supletiva o subsidiaria del ordenamiento. Esta función tiene como fundamento, la generalidad de la ley y de que no haya ley aplicable a absolutamente todos los casos concretos, por lo que se encuentran lagunas, ya que el legislador no puede prever todos los detalles de los hechos y situaciones de la vida social y jurídica. Esta función opera en el momento de colmar esos vacíos de la ley, por lo que se debe acudir (como siempre) a los principios que son fundamento del ordenamiento jurídico.

El artículo 230 de la Constitución Política Colombiana establece:

“Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos, al imperio de la ley”<sup>145</sup>

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

La disposición en mención, se refiere únicamente a las funciones interpretativa e integradora, ya que está hablando expresamente de la "actividad judicial", que es aquella en la que se aplican los principios en su función interpretativa, por ser el juez quien debe interpretar la ley —basándose en los principios— para poder aplicarla a los casos concretos; y del mismo modo cuando se ha de integrar el ordenamiento (sea en este caso, también, el legislador el que va a integrarlo).

En síntesis, la función creativa prescribe cómo se debe proceder para la elaboración, modificación y derogatoria del derecho; la interpretativa, para su comprensión, observancia y ejecución; y la integradora, para su carencia.

Los anteriores aspectos permiten concluir que los principios son normas jurídicas y por tal razón, son un instrumento al servicio de los jueces para regular casos, pues si bien los principios están revestidos de una generalidad y amplitud, pueden ser aplicados como cualquier norma. Un ejemplo de esta situación es el de los Magistrados y Jueces que han fallado y siguen fallando con fundamento en los principios, lo cual demuestra su prevalencia como norma.

Los principios nacen como valores fundamentales sociales, adoptados por un pueblo y esa creación realizada por el organismo en quien reside la soberanía, los convierte en normas material y formalmente constitucionales. Pues aun si posteriormente no se incluyen en el texto constitucional, no pierden su carácter de norma constitucional o no adquieren otro si se incluyen en una norma de menor jerarquía; el principio jurídico existe y hace parte del bloque de constitucionalidad. Así pues, puede ocurrir que un principio no se inserte en la Constitución y subsista, caso en el cual se considera implícitamente positivo, pero en el caso que

---

<sup>144</sup> *ibídem*

<sup>145</sup> Constitución Política de Colombia 1991

se inserte se considera explícitamente positivo y en ambos casos se hablara de autenticas normas jurídicas.

## CONCLUSION

El análisis pertinente deja entrever que es iluso hablar de fuentes específicas para cada una de las ramas del derecho, cuando reiterativamente se aprecia que el punto de partida del denominado derecho que en forma racional compete al ser humano atiende la circunstancia de la generalidad de los temas que implican el ámbito de lo jurídico. Por eso, en el derecho mercantil se parte de unas fuentes que son comunes a la generalidad del derecho.

## CAPITULO IV

### 4.1 LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO MERCANTIL

#### 4.2 INTRODUCCION

El derecho mercantil no es mas que la respuesta a un crecimiento de un cúmulo de relaciones comerciales, cuyo origen no es claro ni preciso aún hoy en nuestros días no es posible decir con exactitud de donde proviene, lo que es real es que las primeras civilizaciones ciudadanas eran civilización de trabajo libre que implicaba un marco de relaciones abundante con gran libertad, Tanto en el ámbito de labores como en el ámbito contractual situación que llevo a que surgiera las ferias, que eran sitios donde el intercambio de productos se hacia de manera organizada, y en un centro específico para dar a conocer los diferentes productos, una creciente economía que recogía campos como el comercio de mercancías y seres humanos en el caso de los esclavos.

#### 4.3 EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO MERCANTIL

El comercio en el mundo según datos de la historia universal y gracias a la necesidad que ha acompañado al hombre desde siempre guarda una antigüedad que podría decirse supera a las relaciones normativas del hombre que datan desde las conductas reguladas por el derecho divino hasta la aparición de las normas en el ius civile. Quiere lo anterior significar que a pesar de la antigüedad del comercio solo la aparición de la norma en esta especialidad del derecho mercantil surge en el entorno social como un reflejo de los principios que orientaron al derecho en general y por lo tanto la principalística que acompaña al derecho mercantil en buena parte guarda coherencia con la principalística que rige el derecho en general. <sup>146</sup>

El derecho mercantil marca su sendero de crecimiento, con reglas inexistentes si no con un animo claro de querer hallar medios de ayuda a la comercialización de

<sup>146</sup> ALESSANDRI, Arturo. "De los contratos". Editorial Jurídica de Chile, p. 10. (Nota: este libro carece de fecha y número de edición)

los remanentes de sus cosechas, sus creaciones artesanales, sus abundantes becerros y ganado en general que por la ubicación geográfica se hallaban en mayor o menor cantidad en determinados sitios, y sus descubrimientos deberían ser conocidos por el resto de los congéneres, y de paso generar alguna utilidad para los creadores, aunque se data de la antigüedad los inicios reales de lo que son las relaciones comerciales no están aun definidos con exactitud, me atrevería a decir que desde la prehistoria se ha llevado a cabo el comercio no en las condiciones que se le conoce hoy pero sí como respuesta a la aparición de la propiedad privada por de allí surge el decir esto es mío y puedo disponer de ello ya sea regalándolo o intercambiándolo a través del trueque.

Decir con certeza que el comercio es de un lugar específico es especular mas aun si recordamos que las ferias se realizaban en distintos sitios, y con una frecuencia que hacia necesario la implementación de una red de auxiliares, para poder estar presentes en las diferentes plazas distantes, que exigía no solo la libertad para contratar si no también la capacidad de perfilar el contrato, donde primaba que las exigencias eran mínimas dada la integridad de las personas y el valor de la palabra, permitiendo que el éxito de un negocio conlleve a la realización de otro, como es el caso de las mercancías ausentes de tal suerte que se empieza con los pagos en plazas lejanas y con cambio de moneda. Su fortalecimiento iba acompañado de una transformación de la organización en la propiedad agraria que le permitió ver al campesino que la polis era un centro de consumo e intercambio de productos y a la vez también le permitía conocer los avances industriales que harían la vida de la producción mas eficiente y rentable, era en las ciudades que estaban ubicadas cerca del mar las mas apetecidas por que en ellas se veía horizontes e incentivos para a incursionar en los negocios lejanos a la vez que proveían fuente de riquezas riesgos y experiencias en el campo del comercio. Tal situación conlleva a los comerciantes y artesanos a asociarse en las llamadas corporaciones de artes y oficios que comprendían a maestros de cada arte y a su lado, en posición subordinada, sus compañeros de trabajo y aprendices. Cuestión que les permitió organizarse y fortalecerse siendo rápidamente asociaciones libres para fines religiosos y de socorro mutuo para la defensa de intereses comunes de los asociados y para el cuidado de las relaciones comerciales en general, cuestión que era bien vista entre los inmigrantes que luego llevo a la monopolización del negocio con el fin de prever la superproducción por ello se encamino a impedir a los no inscritos el ejercicio de dichas actividades, so pretexto de proteger al consumidor con medidas que acrediten la calidad del producto. Así de manera insipiente pero efectiva para la época surge las primeras formas de derecho mercantil, a diferencia del derecho común el derecho mercantil no parece tener un origen en roma, puesto que la mayoría de escritos que dan fe de la existencia de este derecho mercantil son los escritos griegos, además si tenemos claro que Roma<sup>147</sup> era un pueblo de agricultores que posteriormente alcanza una activa y creciente prosperidad

---

<sup>147</sup> Los romanos son desde su origen un pueblo de agricultores (o en general dedicados a la labor agropecuaria), al mismo tiempo que soldados (para Barrow, el romano es un soldado agricultor)

económica, pese a ser el centro mundial del comercio de la época, realiza un importante tráfico marítimo el fortalecimiento que tiene el comercio marca una conexión íntima entre el derecho mercantil y los factores económicos y políticos sociales de cada momento histórico.

“Esta evolución marca una extensión del derecho mercantil dividiéndose en tres ramas podría decirse una encaminada a las relaciones con el comercio en general otra para los negocios con cosas de tipo industrial y la última destinada a regular el tráfico de bienes muebles como también a inmuebles en algunos casos, excluyendo la actividad agrícola, cuestión que de alguna manera le resta campo de acción al derecho mercantil, y que pasan a ser tenidas en cuenta por el derecho Civil. Sin embargo se afirma que no surge un derecho especial para el comercio distinto y separado del *ius civile* (ROCCO)<sup>148</sup> por que como lo afirma GOLDSCMIDT<sup>149</sup> las características del derecho romano hicieron innecesaria la aparición de un derecho especial para el comercio, estas características fueron fundamentalmente: su naturaleza esencialmente dinámica; sus extraordinarias condiciones de acomodación y de flexibilidad ante las nuevas exigencias sociales y su peculiar sistema de aplicación por el pretor”

“Las ferias fueron celebradas en los siglos XII y es allí donde dieron lugar a hablar del derecho mercantil a nivel internacional que contribuyo a la profesionalización de los comerciantes e incluyo un carácter uniforme en el léxico de los negocios. El *ius gentium* escribiría a mediados del siglo XVI el carácter internacional del derecho mercantil que se expandió casi de manera más notada que el derecho romano. Pues este derecho mercantil surge como ordenamiento especial de la época medieval, por con la caída del imperio Romano, el limbo jurídico en el que la sociedad comerciante queda teniendo en cuenta la nueva realidad política, económica y social de la época esto hace que se precise de un derecho especial para la actividad profesional de una clase de ciudadanos; las crecientes exigencias impuestas por el desarrollo de su profesión no se satisfacían adecuadamente con la reglamentación ambigua del derecho civil.” Por ello<sup>150</sup> surge el derecho mercantil medieval que se caracterizo frente al derecho romano- canónico por ser eminentemente popular en un léxico entendible para todos sin mayor tecnicismo de la glosa y de las abstracciones lógicas de los sistemas. Creado por los mismos comerciantes que iban surgiendo acorde con las nuevas incursiones jurídicas para desarrollar la cambiante actividad económica, que por cierto cada día se tornaba más compleja. Es decir, el cambiante panorama tanto en las esferas económicas, sociales, políticas, determinaron el nuevo rumbo que deberían tomar el aspecto jurídico de el derecho mercantil. Los nuevos gobernantes como eran los monarcas imponían sus propias reglas y eran los comerciantes los llamados a organizar la forma como podían adecuar la reglamentación para seguir ejerciendo profesionalmente su actividad de comerciantes esto exigía tener claridad en cuanto a las normas de

---

<sup>148</sup>BROSETA PONT, Manuel, Manual de Derecho mercantil. Editorial Tecnos 2006 pág. 34

<sup>149</sup>BROSETA PONT, Manuel, Manual de Derecho mercantil pág. 35

<sup>150</sup>BROSETA PONT, Manuel, Manual de Derecho mercantil

cada región para poder tener claridad en que condiciones se estaba negociando, es así como un aroma de derecho mercantil internacional se percibe en el ambiente comercial.

El derecho mercantil surge con la necesidad del hombre de proveerse de bienes que en su común entorno no se encontraban naturalmente, es así como el hombre se ve obligado al intercambio de unos bienes por otros. Desde estos inicios, se apelaba a la reciprocidad de dicho cambio, en donde una cantidad de bienes se representaban por otra muy numerosa cantidad de bienes distintos, pero más abundantes. Esta forma rudimentaria de ejercer el comercio se le conoce con el nombre de trueque, el cual en el devenir histórico del hombre, surge cuando el hombre como ser nómada es reemplazado por un hombre agricultor, que aprovisiona bienes.

El uso es la primera fuente del derecho mercantil, la edad media permite establecer como el agitado comercio de la época debe tomar la costumbre de los viejos estatutos de las corporaciones para desplazar la vía legislativa. La repetición de prácticas se vuelve costumbres jurídicas y permiten la politización del derecho mercantil. Rodríguez ( 1998), sostiene que: “ en el seno de los gremios y corporaciones comerciales de la edad media fue naciendo un conjunto de normas particulares sobre los actos de comercio y sobre los comerciantes, derivados del poder reglamentario de aquellos de las decisiones de los consulados”<sup>151</sup>

#### 4.3.1 HISTORIA DEL DERECHO COMERCIAL EN COLOMBIA

Madriñan de la Torre (1980) sostiene que: “Como antecedente en el periodo Colonial, las actividades Mercantiles en Colombia fueron sometidas por la corona española y de ellas estuvieron sujetas las siguientes:

- Las Ordenanzas de Bilbao: tuvieron vigencia en las posesiones españolas a partir de 1737.
- Recopilación de Indias: son normas de contenido mercantil, también fue recogida en esta etapa la Novísima recopilación.

Cuando se dio el nuevo orden de la Nación independiente, básicamente para regular el eventual conflicto jurídico, se reincorporo en nuestra Legislación Nacional un conjunto de normas, como las Ordenanzas de Bilbao, las Recopilaciones de Indias, entre otras, con el fin de declarar su fuerza y vigor a las Leyes preexistentes en virtud de la Constitución de 1821, art. 188.

Cuando se organizaba el Procedimiento Civil de los Tribunales y los Juzgados de la República, la Ley del 13 de mayo de 1825, art. 1, dispuso: el orden de cómo

---

<sup>151</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho mercantil. 1998. Citado por <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=808049>. La recodificación sustantiva del derecho mercantil Víctor M. Castrillón y Luna. Localización: Revista de Derecho Privado, ISSN 0188-5049, Nº. 7, 2004.

debía observarse los procedimientos para el arreglo de los mismos en aspectos civiles, mercantiles y criminales.

La Ley del 23 de mayo de 1836 estableció que los jueces podrían conocer, dirimir todos los conflictos y diferencias que se presentaran, dándole así cumplimiento a las Ordenanzas de Bilbao y otras Leyes comunes vigentes.

A raíz de todo lo anterior, después de 19 años el Congreso de la Nueva Granada dictó por primera vez un CODIGO DE COMERCIO y para lograrlo recogió información de términos y orientaciones del español, las tendencias de este Código son tales como:

- El comercio marítimo
- El comercio terrestre
- El juicio de quiebra en aspectos concursal y penal

En virtud de este Código quedo derogada la Legislación Mercantil preexistente y en especial las Ordenanzas de Bilbao<sup>152</sup>.

#### 4.3.2 LOS INCOTERMS Y SU REGULACIÓN EN COLOMBIA

Los INCOTERMS son un conjunto de reglas desarrolladas por la Cámara de Comercio Internacional de París, que dotadas de un carácter puramente facultativo, pueden ser admitidas de común acuerdo por las partes en cada contrato. La existencia de los INCOTERMS responde a la necesidad de evitar problemas derivados de la utilización de términos comerciales similares que, sin embargo, aparecen dotados de un significado diverso en los diferentes Estados. Los mismos se limitan a establecer los derechos y obligaciones del comprador y del vendedor y no especifican lo relacionado con las obligaciones derivadas del contrato de compraventa internacional de mercancías. Los INCOTERMS hacen referencia al contrato de compraventa internacional y no al contrato de transporte internacional, en ellos se especifican las obligaciones de cada una de las partes.

La primera redacción de los INCOTERMS se realizó en 1936. Revisiones posteriores se han realizado en 1953, 1976, 1980, 1990 y la última ha sido la del 2000. De acuerdo a la versión 2000, los INCOTERMS se clasifican en 4 grupos atendiendo las obligaciones que nacen tanto para el comprador como para el vendedor; estos grupos son los E, F, C y D.

El comprador también deberá contratar el transporte de las mercancías desde el lugar convenido, si no se ha concertado nada respecto a que aquél transporte corresponderá al vendedor. También deberá conseguir a su cuenta y riesgo cualquier licencia de importación que se requiera para el país de destino de las mercancías o cualquier otra autorización oficial.

---

<sup>152</sup> MADRIÑAN DE LA TORRE, Ramón E., Principios del Derecho Comercial, pág., 22

En el Código de Comercio Colombiano se encuentran estas regulaciones en los siguientes artículos:

- Artículo 1688.
- Artículo 1689.
- Artículo 1690.
- Artículo 1691.
- Artículo 1692.
- Artículo 1693.
- Artículo 1694.
- Artículo 1695.
- Artículo 1696.
- Artículo 1697.
- Artículo 1699.
- Artículo 1700.

La competencia de los P.U. para conocer sobre los contratos internacionales se encuentra en su preámbulo, el cual señala que: "Los siguientes Principios sientan reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. Se aplicarán cuando las partes hayan consentido someter el contrato a sus disposiciones. Estos Principios se podrán aplicar cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los "Principios generales del derecho", la "lex mercatoria" o expresiones semejantes. Éstos principios podrán proporcionar una solución a un aspecto /del contrato en cuando no sea posible determinar cuál es la regla (rule) pertinente de Derecho aplicable a dicho contrato. Estos principios podrán utilizarse como modelo para la legislación nacional o internacional".

#### 4.3.3 LOS PRINCIPIOS DE LA UNIDROIT

Los principios de la UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado) establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales; se aplican cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos, pero además pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los "principios generales del Derecho", la "lex mercatoria" o expresiones semejantes.

La competencia de los Principios de Unidroit para conocer sobre los contratos internacionales lo encontramos en su preámbulo; señala que:

"Los siguientes Principios sientan reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. Se aplicarán cuando las partes hayan consentido someter el contrato a sus disposiciones. Estos Principios se podrán aplicar cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los "Principios generales del derecho", la "lex mercatoria" o expresiones semejantes. Éstos principios podrán proporcionar una solución a un aspecto /del contrato en cuando

no sea posible determinar cuál es la regla (rule) pertinente de derecho aplicable a dicho contrato”.

Las características de los principios de la UNIDROIT son:

- 1) Pueden proporcionar una solución a un punto controvertido cuando no sea posible determinar cuál es la regla de Derecho aplicable a dicho contrato.
- 2) Pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de Derecho uniforme.
- 3) Pueden servir como modelo para la legislación a nivel nacional e internacional.

Los aplicables al Derecho Mercantil son:

- 1) Libertad de contratación y/o autonomía de la voluntad.
- 2) Libertad de forma y de prueba.
- 3) Pacta Sunt Servando o carácter vinculante de los contratos.
- 4) Primacía de las reglas imperativas.
- 5) Naturaleza dispositiva de los principios ó exclusión o modificación de los principios por las partes.
- 6) Internacionalidad y uniformidad o interpretación e integración de los principios.
- 7) Buena fe y lealtad negocial.
- 8) Primacía de los usos y las prácticas.
- 9) Principio de llegada o notificación.

Los Principios de UNIDROIT, según Oviedo Alban (2001) “se hicieron con el objetivo de establecer un conjunto de reglas en esta materia, destinadas a ser utilizadas en todo el mundo, independiente de las tradiciones legales y condiciones económico-políticas de los países en donde vayan a ser aplicados. Los Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales, son un conjunto de reglas sugeridas por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado, que representan una aproximación a la unificación y armonización del derecho mercantil internacional y resultan aplicables a los contratos, en principio, por expreso acuerdo entre las partes contratantes. Los principios UNIDROIT contienen conceptos y reglas comunes a varios sistemas jurídicos imperantes en el mundo, de ahí que tal como se explica, laudos internacionales los tomen como ley para los contratos, o como medio para interpretar o complementar instrumentos normativos internacionales, destacándose entre ellos, la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, aprobada por el Congreso por medio de la Ley 518 de 1999”<sup>153</sup>.

---

<sup>153</sup> <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/alban.html>. APLICACIONES DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT A LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES. Así mismo [www.puj.edu.co/banners/APLICACIONES\\_DE\\_LOS\\_PRINCIPIOS.pdf](http://www.puj.edu.co/banners/APLICACIONES_DE_LOS_PRINCIPIOS.pdf) JORGE OVIEDO ALBAN. PROFESOR DE LA MAESTRIA EN DERECHO DE LA UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA. Consulta en línea Octubre de 2008.

Sobre el mismo tema de los intentos de unificación del derecho en materia de obligaciones para facilitar la globalización económica, es pertinente y útil citar a Larroumet Christian (2006), quien es publicado por la Revista de la Unam de México: "Los proyectos de unificación son distintos. Así, el texto redactado por la Comisión Lando tiene esencialmente como objetivo las relaciones transfronterizas. Si bien, los redactores consideraron que los principios del derecho europeo de los contratos podrían inspirar a los legisladores nacionales así como el legislador europeo, es decir la comisión, el consejo y el parlamento, en realidad se trata ante todo de derecho internacional para relaciones transfronterizas. La inspiración de este sistema de unificación internacional es la de los Principios de Unidroit relativos a los contratos del comercio internacional. Tal como los Principios de Unidroit, los de la Comisión Lando constituyen una compilación privada sin aprobación de los Estados miembros de la Unión Europea ni de las autoridades europeas. Es cierto que estos principios podrían ser incluidos en un convenio internacional celebrado entre los 25 Estados miembros, pero aún no se ha tratado de hacerlo. La aplicación de los principios del derecho europeo depende hoy, ante todo, de la voluntad de las partes en un contrato, las cuales pueden someterlo a dichos principios. Sin embargo, los principios podrían tener la misma autoridad que la *lex mercatoria*. La consecuencia sería que, en un pleito internacional, los jueces o los árbitros podrían decidir aplicar estos principios al contrato para resolver el litigio. Es exactamente la solución de los Principios de Unidroit. Además, en el mismo sentido podría ser necesario compaginar los principios con una ley nacional aplicable, sobre todo cuando se trata de las reglas imperativas aplicables en materia contractual, independientemente de la ley contractual elegida por las partes en el contrato. En esta aparece que los principios europeos del derecho de los contratos tienen una flexibilidad que resulta muy positiva. Además, respecto al contenido de los principios, no sólo la redacción es clara y constituye un buen compromiso entre sistemas de derecho de tradición distinta, sino que las reglas son más precisas y completas que las de los Principios de Unidroit. Por este motivo, no se puede considerar que los principios europeos constituyen una repetición inútil de los Principios de Unidroit."<sup>154</sup>

Merece entonces especial atención, la comisión Lando<sup>155</sup> por cuanto es la cristalización de un esfuerzo que se venía haciendo por parte de los estudiosos

<sup>154</sup> <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/13/dtr/dtr4.htm>. Consulta en línea Octubre de 2008. LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES EN EUROPA Christian LARROUMET. Revista de Derecho Privado 13-14. También re=dirreccionado desde <http://www.laborered.org/lalibre/libros/autor.php?x=%>

<sup>155</sup> <http://ourdes-valdivia-com18.nireblog.com/post/2008/07/11/los-incoterms>. Fecha de consulta Mayo 31 de 2010 "Los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado conocido como UNIDROIT o Instituto de Roma, (en adelante Principios de UNIDROIT o PCCI), constituyen uno de los esfuerzos más apreciables por uniformar el derecho sustantivo aplicable a los contratos comerciales internacionales, enmarcándose, junto con otros textos de carácter internacional, en el llamado Derecho Uniforme del Comercio Internacional. Este llamado Derecho Uniforme persigue disminuir las incertidumbres acerca del derecho aplicable, ya que éste será sólo uno, lo que evidentemente acrecentará la confianza entre las partes contratantes máxime si, como sucede generalmente, los instrumentos que componen el Derecho Uniforme son neutrales y flexibles tanto en su

del derecho, pretendiendo encontrar la tan anhelada unificación, al frente de la cual estuvo el profesor oriundo de Dinamarca Olé Lando,<sup>156</sup> quien con su equipo de trabajo empezó la tarea de unificar los contratos que eran utilizados en la Comunidad Europea, señalando los principios referidos a tales contrataciones, constituyéndose la misma en la más completa obra que hoy existe sobre el tema.

Movidos por estas curiosidades tan urgentes de ser resueltas y que el derecho no se quedará atrás de frente a ese impulso tan fuerte, el hombre estudioso de tan delicada situación tomó estrategias que permitieran acompasar los alucinantes avances y se preocupó por la normación y fue así como con la finalidad de universalizar practicas entorno al ejercicio del comercio globalizado asumió la búsqueda de la uniformidad, como los sostiene Espinosa Quintero (2004): "La aspiración a un derecho uniforme de los negocios, no es nueva. La búsqueda de la unidad legislativa, jurisprudencial, doctrinal y contractual ha sido una ardua labor de largo aliento, sobre la que, a la fecha, se sigue trabajando en diversos ámbitos. De los primeros pasos hacia una mayor uniformidad, se ha llegado a propuestas mas ambiciosas como los «Restatements of law» del «American Law Institute», los «Principios de derecho contractual europeo», el proyecto de UNIDROIT, de principios para los contratos comerciales internacionales, que buscan codificar principios generales en materia contractual, pero con carácter universal. A esto se suma, un amplio elenco de cláusulas estándar, condiciones generales, contratos tipo, formularios y demás instrumentos de uniformidad contractual generados a iniciativa de las empresas, asociaciones y corporaciones profesionales"<sup>157</sup>.

"La uniformidad en la contratación y por ende en la normación jurídica permitiendo establecer comportamientos modelo frente a la actividad comercial garantiza qué los principios universales de derecho que se observaron desde los primeros comportamientos del hombre que como actividad natural rigieron en su ejercicio comercial no se perdieran y continuaran vigentes aún en las circunstancias extraordinarias en que hoy nos encontramos: "Principios como la buena fe y lealtad negocial (ex fide bona), libertad de contratación y libertad de forma,

---

contenido como en su aplicación. Dentro de este Derecho Uniforme se enmarca asimismo la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980 (en adelante CNUCCIM o Convención de Viena de 1980). Texto que es importantísimo tanto para nuestro Ordenamiento Jurídico, al haberse incorporado al mismo en 1991, como para los efectos de este estudio, ya que los Principios revelan una influencia muy acusada de la Convención de Viena de 1980, y de hecho la Convención constituye un punto obligado de referencia para los Principios de UNIDROT."

<sup>156</sup> [www.iblt.eu/IBLT2006/speakers.html](http://www.iblt.eu/IBLT2006/speakers.html). Consulta en línea, re-direccionada desde [www.google.com](http://www.google.com). El profesor (Dr.) Ole Lando es el Presidente de la Comisión de Derecho contractual europeo. La Comisión Jurídica se le encomendó la tarea de redactar una ley modelo para los poderes judicial y legislativo de desarrollo del derecho contractual en los planos nacionales y europeos y como base para la armonización del Derecho contractual en la Unión Europea. Él es el destinatario de la Alexander von Humboldt Premio de Investigación de Relaciones Exteriores humanistas (de abril de 2001), dos daneses y un finlandés premio para los logros científicos. Él es un miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado y de la correspondiente colaborador de UNIDROIT, Roma.

<sup>157</sup> [http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista9/HACIA\\_SISTEMA\\_CONTRACTUAL\\_UNIFORME\\_MO\\_DELO\\_COMPARADO.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista9/HACIA_SISTEMA_CONTRACTUAL_UNIFORME_MO_DELO_COMPARADO.pdf). HACIA UN SISTEMA CONTRACTUAL «UNIFORME»: MODELOS COMPARADOS. Leonardo Espinosa Quintero. Consulta en línea Octubre de 2008.

equilibrio contractual, propios del Derecho Romano, son conciliables con aquellos otros del Common Law como el de «reasonable o reasonably» de uso frecuente en los países anglosajones, como lo refiere el profesor Valiño, citado por Espinosa Quintero en su texto “Hacia un sistema contractual «uniforme»: modelos Comparados”<sup>158</sup>.

El académico Sixto Sánchez Lorenzo, citado en el antes mencionado texto del profesor Espinosa Quintero ilustra de manera clara que, “Si se quiere un futuro común, se hace necesario mirar retrospectivamente, releer, redescubrir, reencontrarse con el pasado igualmente común, para no quedarse en la búsqueda de un lenguaje jurídico común, sino en la plena integración y armonización jurídica, la cual será progresiva, lenta y blanda. No exenta de vicisitudes de variados matices. Basta con referir la que corresponde a la decisión sobre una «codificación regional» o una «codificación global»<sup>159</sup>, frente a iniciativas como la elaboración de los «Principios de Derecho Contractual Europeo» (Comisión Lando) versus los Principios UNIDROIT, que acusan diferencias de contenido y suscitan, según el profesor Sánchez, « [...] serias dudas sobre la conveniencia de una codificación regional, que puede resultar contradictoria con una codificación global [...]»<sup>160</sup>, lo que fácilmente concluye la gran dificultad que se enfrenta en el proceso de la unificación.

#### 4.3.4 LOS BENEFICIOS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

“El Arbitraje Comercial Internacional, puede variar un poco de país a país pero en las Convenciones de Nueva York 1958 y Panamá 1975, se unificaron ciertos puntos para que en un país no fuera legal algo que en otro es ilegal. Y para esto me permito citar nuevamente al autor:<sup>161</sup>“La decisión salomónica de someterse al juez de un país distinto a la nacionalidad de las partes en litigio, no soslayará ni los problemas jurídicos de carácter competente o de ejecución de sentencias ni los de naturaleza técnica para que sean unánimemente aceptados por las propias partes”

“El arbitraje debe volverse una cultura, aunque existe desde la Antigua Grecia, no se utiliza lo suficiente este tipo de solución de controversias, para esto hago referencia a la entrevista que tuvimos en la CONDUSEF, dónde el Lic. Rafael

<sup>158</sup>[http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista9/HACIA\\_SISTEMA\\_CONTRACTUAL\\_UNIFORME\\_MO\\_DELO\\_COMPARADO.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista9/HACIA_SISTEMA_CONTRACTUAL_UNIFORME_MO_DELO_COMPARADO.pdf). HACIA UN SISTEMA CONTRACTUAL «UNIFORME»: MODELOS COMPARADOS. Leonardo Espinosa Quintero. Consulta en línea Octubre de 2008.

<sup>159</sup>[http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista9/HACIA\\_SISTEMA\\_CONTRACTUAL\\_UNIFORME\\_MO\\_DELO\\_COMPARADO.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista9/HACIA_SISTEMA_CONTRACTUAL_UNIFORME_MO_DELO_COMPARADO.pdf). HACIA UN SISTEMA CONTRACTUAL «UNIFORME»: MODELOS COMPARADOS. Leonardo Espinosa Quintero. Consulta en línea Octubre de 2008.

<sup>160</sup> Sánchez Lorenzo, Sixto. «La unificación del derecho contractual europeo vista desde el derecho internacional privado». en AA.VV., Derecho Patrimonial Europeo, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2003. Citado por Espinosa Quintero en [http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista9/HACIA\\_SISTEMA\\_CONTRACTUAL\\_UNIFORME\\_MODELO\\_COMPARADO.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista9/HACIA_SISTEMA_CONTRACTUAL_UNIFORME_MODELO_COMPARADO.pdf).

<sup>161</sup> [http://www.camsantiago.com/articulos\\_online/56\\_Apuntes\\_arbitraje.pdf](http://www.camsantiago.com/articulos_online/56_Apuntes_arbitraje.pdf)

Avante nos decía que ahí se pueden llevar entre 2000 y 2500 casos al mes, pero que sólo llevan 15, por que aun no existe esa cultura de solucionar pacíficamente las controversias.”<sup>162</sup>

Es así, pues que los tribunales de arbitramento juegan un punto muy importante estamos hablando de un método que ha servido para dar solución a los conflictos que emergen por la falta normas procesales, porque no había una celeridad en los trámites y porque había mayor dificultad para las personas que distribuían justicia, se busca entonces que todo conflicto se pueda suscitar en virtud de los negocios de comercio internacional sea resuelto por este grupo y no que sean sometidos a los tribunales estatales, se busca que haya un lenguaje en común, evita los tramites demorados y excesivos y algo muy importante no pone la justicia estatal a funcionar.

#### 4.4 ENUNCIACIÓN GENERAL DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO MERCANTIL.

##### 4.4.1 Principio de la autonomía de la voluntad

Este principio, faculta a cualquier persona, natural o jurídica, a que decida según su deseo y conveniencia, si quiere o no tener alguna relación contractual o comercial con otra. Todo esto suena lógico y razonable, pero tratándose del sistema financiero, el que se supone un servicio público, causa preocupación que un banco pueda aplicar abusivamente este principio, perjudicando enormemente a la persona víctima de esta autónoma y unilateral decisión.

En síntesis, este principio supone que el ordenamiento jurídico privado no impone moldes preestablecidos en cuanto al tipo de relaciones jurídicas que puedan surgir, sino que deja en manos de los propios interesados la regulación de sus intereses. Ello quiere decir que los sujetos de una relación pueden diseñarla a su gusto, estableciendo los derechos y deberes que tengan por convenientes, su contenido, alcance todo con la finalidad de que puedan alcanzar los objetivos propuestos.

En la Ley mercantil el principio de la autonomía de la voluntad juega un papel importante, dado a que los intervinientes (las partes), pactan de común acuerdo, teniendo en cuenta las normas que la regulan, y principalmente, no contraría el orden público y las buenas costumbres. Se diferencia entonces del derecho público dado a un poder vincula torio igual. Este principio lo encontramos regulado en los arts. 1602 del Código Civil y 4º del Código de Comercio<sup>163</sup>.

##### 4.4.2 Principio de la libertad de las formas contractuales

---

<sup>162</sup> [http://www.camsantiago.com/articulos\\_online/56\\_Apuntes\\_arbitraje.pdf](http://www.camsantiago.com/articulos_online/56_Apuntes_arbitraje.pdf).Autora Dra. Eliina Meresmiskaya. Documento electrónico.

<sup>163</sup> Principio de la autonomía de la voluntad artículo 4 del Código de Comercio Colombiano

El derecho moderno, desecha aquel formalismo ritual y simbólico propio de las primeras civilizaciones, adoptando, a su vez, la libertad de forma como principio general. “es decir lo que se determine entre las partes es valido, claro que teniendo presente la normatividad legal existente” ejemplo determinar de mutuo acuerdo el pago mancomunado de obligaciones se generen en le desarrollo de alguna actividad, Las partes tienen, de acuerdo a este principio, libertad para manifestar su voluntad del modo que estimen más adecuado para satisfacer sus intereses, pues cualquier manifestación tiene, por lo general, relevancia jurídica, con tal que ella sea naturalmente idónea para hacer conocer la voluntad de contratar. Este principio está contemplado en el art. 1.2 de la declaración de UNIDROIT<sup>164</sup>, que señala: “nada de lo expresado en estos principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o aprobado conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio incluidos testigos”<sup>165</sup>

”Este artículo, no obstante hacer referencia a la forma escrita, sienta el principio que la perfección, modificación y terminación del contrato no requiere el cumplimiento de ningún requisito de forma, esto es, no necesita de formalidad de formalidad alguna.”

Aquí se observa pues, la libertad de forma en su máxima expresión. Esta libertad, como hemos dicho, reconocida en la actualidad por muchos ordenamientos jurídicos, en el contexto de las relaciones mercantiles, más específicamente en las de comercio internacional tiene especial significación, toda vez que en ellas, gracias a los sofisticados medios de comunicación, suelen celebrarse con gran rapidez y, en muchos casos, prescindiendo de plasmación documental. El principio de libertad de forma responde, pues, a exigencias derivadas de la máxima circulación y producción de riqueza. El favor legislatoris es para la celebración de negocios, con la rapidez necesaria, y no para evitar su celebración. La ley quiere que los bienes circulen y que nazcan obligaciones: cuanto más rápidamente circule la riqueza y cuantas más prestaciones sean ejecutadas, tanto mayor será la contribución que aportará al desarrollo económico en su conjunto, y a la prosperidad en general. “La forma escrita y más todavía, la forma solemne constituyen, sin embargo, un estorbo para la conclusión del contrato y un freno que frena la rapidez de la contratación”<sup>166</sup>.

Las excepciones a la libertad de forma presentes, cada vez en mayor proporción en los códigos modernos, lo cual ha hecho pensar a algunos que estamos más cerca del formalismo que de la libertad de forma también lo están en los Principios. Por ejemplo, el principio de libertad de forma puede ser dejado de lado, obviamente, en virtud del derecho aplicable; además, el derecho nacional y los

---

<sup>164</sup> Convención del UNIDROIT sobre objetos culturales robados o exportados ilegalmente los Estados partes en esta convención Roma 23 de junio de 1995

<sup>165</sup> [www.UNIDROIT.org/espanish/principles/2004](http://www.UNIDROIT.org/espanish/principles/2004) pagina consultada 21 de mayo de 2009

<sup>166</sup> GALGANO, El negocio jurídico, Valencia, 1992 p.169.

tratados internacionales pueden establecer requisitos especiales de forma, bien sea al contrato en su conjunto o a sus cláusulas individualmente, verbo y gracia, la cláusula arbitral, la cláusula de la jurisdicción, etc.; por último, las partes pueden acordar la observancia de una forma específica para celebrar, modificar o extinguir la relación contractual. La multiplicación de las formalidades en las recientes leyes, acompañadas de una simplificación de las formas exigidas, tienen, entre otros, los siguientes propósitos: "llamar la atención del declarante sobre la importancia del acto que realiza y de garantizar la seriedad y madurez de todo lo que él decida hacer sirviéndose del acto en cuestión"<sup>167</sup>; igualmente, corregir ciertos abusos que se cometen a través de los contratos celebrados por adhesión en protección de los consumidores. En suma, si de reconocer se trata, diremos que hay efectivamente un retorno, aunque indirecto, al formalismo; pero, este formalismo no está pensado para la existencia del acto, sino simplemente para facilitar su prueba.<sup>168</sup>

#### 4.4.3 Principio de la Solidaridad Pasiva

Es un modo de ser especial de las obligaciones que a veces se opone a la división del crédito y a veces a la división de la deuda; en el primer caso se denomina solidaridad activa, porque existe entre acreedores, y en el segundo se denomina solidaridad pasiva, porque existe entre deudores en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda y entonces la obligación es solidaria o in solidum". Cuando hay pluralidad de acreedores esta modalidad toma el nombre de solidaridad activa; y se llama solidaridad pasiva cuando hay pluralidad pasiva".<sup>169</sup>

Los efectos de la solidaridad, podrá los siguientes: Cada uno de los acreedores puede exigir y percibir del deudor la totalidad de la deuda. El deudor puede hacer el pago a cualquiera de los acreedores.

#### 4.4.4. Principio de la Buena fe

La buena fe es un principio fundamental que orienta la cooperación entre las partes, es un principio que abarca diversos aspectos del derecho contractual como lo son: la incidencia en los tratos preliminares y la estructura de la norma central de buena fe.<sup>170</sup>

<sup>167</sup> MESSINEO, Manual, cit p. 383; URÍA, Derecho mercantil, Madrid, 1990, p. 531.

<sup>168</sup> WEILL - TERRE, Droit civil, cit., p. 123; GHESTIN, Traité, cit., p. 340.

<sup>169</sup> [http://mya.com.co/docMyA/AV\\_OBLIGACIONES\\_CONJUNTAS.doc](http://mya.com.co/docMyA/AV_OBLIGACIONES_CONJUNTAS.doc) pagina consultada 12 de mayo de 2009

<sup>170</sup> [http://www.docentes.unal.edu.co/wjimenezg/docs/LINEA\\_JURISPR\\_WILLIAM\\_GIL](http://www.docentes.unal.edu.co/wjimenezg/docs/LINEA_JURISPR_WILLIAM_GIL) ABOGADO DE LA UNIVERSIDAD Santo Tomas de Aquino. Especializado en Derecho Comercial del Externado de Colombia, Magister en derecho puro de la Universidad Nacional de Colombia. PAGINA CONSULTADA 16 DE MAYO DE 2009

La buena fe sirve para designar una particular condición del espíritu de quien obra, mientras que, en otro ámbito, verifica condiciones como la honestidad, la probidad y la lealtad del comportamiento. En otras palabras, buena fe puede ser todo aquello con lo que se puede contar con seguridad, una esperanza firme respecto de un acontecer, el sentirse obligado por la palabra empeñada, vinculado por la propia declaración, experimentando eso mismo respecto a otros.

El principio de la buena fe posee una naturaleza imperativa frente a la potestad que tienen las partes al contratar; cuando se habla de un contrato de buena fe, se está haciendo alusión a aquellos contratos que obligan no simplemente a la prestación sino, más bien, a todo aquello que en miras a las circunstancias concretas y de acuerdo a la buena fe, se puede esperar del contrato. En consecuencia, el principio de la buena fe debe ser entendido como aquel carácter de fidelidad en el cual se establecen la firmeza y la veracidad de las palabras entendidas desde el ámbito del deber de cooperación.

En la CIVM este principio está plasmado expresamente en el artículo 7- que establece que: "En la interpretación de la presente Convención se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional". Se puede ver aquí que la buena fe in contrahendo, como explicitación del principio de la buena fe, persigue, durante el período de deformación del contrato, asegurar la integridad, exactitud, libertad del consentimiento emitido, ya sea en contratos concluidos bajo condiciones generales, ya sea en contratos individuales.<sup>171</sup>

Por otra parte y a manera comparativa, hay que tener muy en cuenta que de acuerdo al Derecho norteamericano y al derecho inglés, una de las partes durante la etapa de la negociación no tiene el deber de comportarse de buena fe hacia la otra parte. Una de ellas podrá terminar las negociaciones de mala fe sin ser responsable por ello, ni por haber causado gastos a su contraparte. Una de las mayores excepciones a esta "libertad de negociación sin responsabilidad" se halla en la teoría del "promissory stoppel or reliance". La reliance theorie puede ser utilizada para hacer extensiva la responsabilidad contractual, a fin de proteger a aquella parte que razonablemente creyó que su contraparte iba a suscribir el contrato.

Contrario a lo establecido en los países que utilizan la Common Law como su derecho, la idea de la responsabilidad precontractual ha sido aceptada en la mayoría de los sistemas jurídicos de los países pertenecientes a la Civil Law, en los cuales se le denomina culpa in contrahendo, o responsabilidad precontractual.

Ha de tenerse en cuenta que la responsabilidad precontractual es un postulado general sobre el deber que tienen las partes de realizar todos los actos de la negociación del contrato de buena fe. Contrario a esto, en el derecho

---

<sup>171</sup> Texto de la Convención de Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena de 1980)

norteamericano, sólo se exige la buena fe durante el desarrollo y el cumplimiento del contrato.

En cuanto a la regulación del principio de la buena fe, de él se hace referencia en los Principios UNIDROIT, en especial en el artículo 1.7 el cual señala que "Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional; en consecuencia no podrán excluir ni restringir la aplicación de este deber".<sup>172</sup> Se toma el principio de la buena fe como corolario de las relaciones contractuales entre las partes, es decir, como la norma fundamental que debe dirigir las relaciones entre las partes, haciendo igualmente referencia a la buena fe que se debe observar en el comercio internacional, la cual tiene como finalidad garantizar no sólo la equidad, sino el mejor equilibrio en las relaciones contractuales en materia de comercio internacional y se presenta como una regla de orden público, lo que significa que su aplicación será imperativa, no pudiendo las partes al hacer uso de su libertad contractual, derogarlo.

El Artículo 2.1.15 de los Principios Unidroit. Establece en su numeral 2- que: "Sin embargo, la parte que ha negociado o interrumpido las negociaciones con mala fe será responsable por los daños causados de otra parte. En especial, se considerará como mala fe entrar en negociaciones o continuarlas con la intención de no llegar a un acuerdo".<sup>173</sup>

De otra parte, si bien se consagra el derecho de las partes a negociar libremente, también se establece que aquellas lo deberán hacer dentro de los postulados señalados por el principio de la buena fe, ya que de nada sirve en el ámbito de la negociación internacional realizar actos jurídicos que estén impregnados de comportamientos nocivos que van contra los postulados de las buenas costumbres que deben observarse en el comercio internacional. Es por ello que si una de las partes recurre a este tipo de comportamientos, es decir, actúa de mala fe en el transcurso de las negociaciones (en el ámbito del derecho continental o civil law), será obligada a reparar los daños o los perjuicios que le ha causado a la otra parte con su comportamiento. Estos perjuicios que sufre la otra parte podrán definirse como el daño emergente, que se establece de acuerdo a los gastos que aquélla realizó durante la etapa de la negociación, y el lucro cesante consistente en lo dejado de percibir/ y en la pérdida de la oportunidad de haber realizado en tiempo útil la negociación con un tercero. Se configura la mala fe cuando el comportamiento de la parte a quien se le imputa, es contrario a los usos normales que hacen parte de las negociaciones, buscando con ello hacerle perder tiempo y dinero a la otra parte, o mantenerla en un estado de inmovilidad contractual para poder beneficiarse del mismo frente a terceros.

Respecto a la regulación en Colombia del Principio de la Buena Fe en cuanto a los contratos, encontramos que el mismo recibe aplicación en los siguientes artículos artículo 83 Constitución Nacional el Código Civil de Comercio. Artículo

---

<sup>172</sup> Texto de Principios UNIDROIT, sobre los contratos comerciales internacionales 2004  
<sup>173</sup> Texto de Principios UNIDROIT, sobre los contratos comerciales internacionales 2004

1602 Código Civil (los contratos son ley partes) artículo 1603 (ejecución del principio de buena fe)

Artículo 835 códigos de Comercio en concordancia con artículos 914, 918, 931 940 del mismo. En cuanto a los principios de Unidroit, señala lo siguiente: "Artículo 1.7 (Buena fe y lealtad negocial)

(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.

(2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.

Los principios de Unidroit, establece en su artículo 1.9 (Usos y prácticas)

(1) Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

(2) Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable.

"En verdad, el principio de la buena fe puede ser utilizado en distintas modalidades en la actividad interpretativa de las disposiciones jurídicas con fines judiciales, y en el examen de la conducta de los particulares y de las autoridades públicas o de situaciones jurídicas concretas y subjetivas, para efectos de resolver un caso sometido a la competencia del juez, pero nunca, en mi opinión, para juzgar la constitucionalidad de las leyes; de igual manera se pueden emplear hipótesis o presunciones con fines de interpretación de las normas jurídicas aplicables a un caso, como por ejemplo, la hipótesis de la coherencia de la disciplina jurídica, la de la plenitud del ordenamiento jurídico general, la presunción de continuidad del sistema jurídico o hipótesis del legislador conservador, la hipótesis del legislador racional y no redundante, la hipótesis del legislador provisto de fines y, por último, la hipótesis del legislador impotente conocida como argumento naturalístico o de la naturaleza de las cosas<sup>174</sup>"

Todo lo anterior le sirve a la investigación, porque, determina claramente que la buena fe al igual que los demás principios, están vivos y son los que le permiten aplicarlos en distintas interpretaciones en el ámbito jurídico, sin que pierda su esencia y razón de ser, que es la de marcar un norte en todas las actividades contractuales. Y que su finalidad es dar seguridad jurídica y la sensación de que se esta obrando conforme a derecho.

#### 4.4.5 Principio de la Autodeterminación

---

<sup>174</sup> Sentencia C-253/96 Magistrado Ponente. Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.

La autodeterminación aparece como el poder ético de asumir obligaciones y cerrar contratos, es decir, la autodeterminación contractual puede concebirse como aquella capacidad de satisfacer las exigencias del derecho, implicando que el hombre no estando limitado en su capacidad jurídica se puede decidir a favor de lo legal y en contra de lo ilegal y encaminar su comportamiento según las normas del deber ser jurídico, sustrayéndose a lo que está prohibido en derecho; en otras palabras, elegir, optar, entre el bien y el mal jurídico.

#### 4.4.6 Principio de la Libertad Contractual

La libertad contractual es la facultad que se reconoce a los particulares, como consecuencia del principio de autodeterminación, para concluir contratos y, de esta manera, obligarse a sí mismos y a otros jurídicamente.

La libertad contractual es la forma de exteriorización más importante de la autonomía privada y se extiende al terreno en que los contratantes, con consentimiento bilateral o acuerdo, regulan sus intereses recíprocos, tratándose de bienes y servicios que movilizan la economía forma parte de la autonomía privada, asentada ésta a su vez en los principios de autodeterminación y autorresponsabilidad. Esta autonomía posibilita a los interesados escoger a su otra parte en el contrato; por ello, la auto-obligación de cada uno de los contratantes se presenta como un acto de libertad: el contrato reposa sobre la libre autodeterminación de cada parte, ya que requiere el consentimiento de ambos.

Una de las características principales de la Convención de Viena radica en su no-obligatoriedad, es decir, que las partes contratantes pueden libremente no aplicar la misma en su relación contractual, la Convención no las obliga a que la adopten en parte o totalmente. De ello resulta que mediante la expresión de su voluntad las partes pueden oponerse a la aplicación de la Convención. Es por lo anotado y con base en los cuatro principios anteriores, es decir, el de la autodeterminación, el de la autonomía privada o de la voluntad y el de la libertad contractual que la CIVM en su artículo 6° establece que: "las partes podían excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos" Como se aprecia, éste artículo hace alusión al principio de la autonomía de la voluntad de las partes en el ámbito comercial; el mismo tiene como precedente el artículo 3 de la Ley Uniforme sobre Compraventa Internacional de mercaderías de La Haya, LUVI, el cual disponía: "Las partes pueden excluir total o parcialmente la aplicación de la presente ley. Dicha exclusión puede ser expresa o tácita".

El principio de la autonomía de la voluntad apunta generalmente a la posibilidad que tienen las partes y si así lo desean, de designar no sólo un Derecho nacional cualquiera que sea aplicable a su contrato; (autonomía conflictual) Derecho éste que va a regir la validez de las disposiciones sustanciales que se pacten en el contrato internacional eventualmente diferentes a las establecidas en la propia Convención, sino de someterse a los establecido en la *lex mercatoria*. De lo

anterior se puede colegir que en este caso, las partes son totalmente libres de aplicar la Convención en su relación contractual. Es por ello que no puede olvidarse que si bien la Convención misma regula en detalle la formación y la ejecución del contrato de compraventa, toda cláusula convenida que fije los derechos y obligaciones de las partes de una manera diferente prevalecerá sobre la Convención. De ahí que al ofrecer esta libertad contractual a las partes, la Convención ingresa plenamente al modernismo en materia contractual el cual se presenta ante el derecho colombiano como la plasmación de la teoría del fraccionamiento. Ésta teoría tiene como base la decisión espontánea y voluntaria de las partes de subordinar separadamente o por partes el contrato internacional a regímenes jurídicos específicos, es decir, una parte del contrato podrá ser regulada por la Convención y la otra parte por un Derecho que puede ser el nacional o un Extranjero. Igualmente las partes tendrán la potestad de modificar los efectos de alguna de las normas de la Convención siempre y cuando aquello no vaya en contravía de lo establecido por las normas imperativas de ésta o del derecho Estado que ha de regular el contrato.

En materia de excepción al principio de la libertad contractual de las partes, tampoco se puede olvidar que el orden público en este caso será contemplado en sí mismo como una causal de exclusión de la Convención, es por ello que les está prohibido a las partes incluir cláusulas en su contrato que vayan contra de dichas normas, (el artículo 1.4 de los P.U. establece una norma similar). Es por ello que se afirma que no se puede actuar en sentido contrario a lo que estipulan las reglas de orden público, ni tampoco se puede contratar sin sujetarse a ellas. Por lo tanto la libertad de contratar quedará en este caso limitada por las normas de órdenes públicos tanto nacionales como internacionales.

Dentro de las normas de carácter imperativo podemos encontrar las siguientes que hacen referencia a la compraventa internacional:

1. Las que regulan la salida de capitales, por lo tanto regulan / las compras en el exterior.
2. Las que regulan la libre competencia en materia de venta.
3. Aquellas que tienen por objeto proteger a los consumidores.

En consecuencia, una cláusula que fuese contraria al orden público del derecho aplicable podría ser declarada nula.

En cuanto a los Principios, vemos que el artículo 1.1 contiene una norma similar a la del artículo 6º de la Compra Venta Internacional de Mercaderías, éste señala que "Las partes tienen libertad para celebrar el contrato y determinar su contenido".<sup>175</sup> Podemos ver nuevamente aquí que se plasma el principio de la libertad de contratación, manifestando igualmente el principio de la autonomía de

---

<sup>175</sup> Texto compraventa internacional de mercaderías  
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/con>. Pagina consultada mayo 04 de 2009

la voluntad, el cual sirve de base para el comercio internacional, el cual en otras palabras es la consagración moderna de la teoría del *laissez faire, laissez passer*.

Consecuente con la libertad ofrecida a las partes, el Artículo 1.5 Principios de Unidroit. preceptúa que: "Las partes pueden excluir la aplicación de estos Principios, así como derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones, salvo que en ello se disponga algo diferente";<sup>176</sup> aquí como en el artículo 6° encontramos igualmente la indicación del carácter dispositivo y flexible que poseen ambas normas, es decir, que en cuanto a su aplicación no poseen un carácter imperativo, sino que pueden ser subsidiarias en parte o totalmente, estableciendo igualmente la potestad que tienen las partes de modificarlos implícita o explícitamente.

#### 4.4.7 Principio de la libertad de la forma

La libertad de forma es la regla general en el derecho comercial moderno y sólo en casos excepcionales se exige el cumplimiento de una formalidad determinada, ya que uno de los principios orientadores del comercio, es que la forma del contrato deberá ser libre, es decir, podrá realizarse mediante la utilización de cualquier instrumento o medio idóneo para la misma. Cuando la libertad de forma no existe en un ordenamiento jurídico, que se trata de un espacio donde este tipo de libertad se encuentra restringida, por lo tanto, será evidente la obligatoriedad para los contratantes de observar determinadas formas, que pueden llegar a hacer ineficaz el negocio jurídico si no son tenidas en cuenta al momento de realizarlo. La forma sería el modo como es visto el negocio jurídico, es decir, como se presenta frente a los demás en la vida de la relación jurídica: su figura exterior, y ello se opone al contenido, que es lo que negocio es, intrínsecamente considerado, su supuesto de hecho interior.

#### 4.4.8 Principio de la fuerza obligatoria "Pacta Sunt Servanda"

Ha sido un concepto general el que los particulares son libres de obligarse como quieren, pero cuando se obligan, se obligan de "verdad: lo que han elegido libremente se convierte en riguroso vínculo de su comportamiento y si violan la palabra empeñada, responden de ello y quedan sujetos a una sanción. Este Principio esencial a todos los contratos, se encuentra enmarcado en la máxima según la cual, los contratos una vez pactados deberán cumplirse.

En la CIVM esta el Principio de la fuerza obligatoria de los contratos plasmado directamente en el numeral 1º del artículo 9º que establece que: "Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas."

En conclusión, podemos destacar aspectos relevantes que desempeñan los principios mercantiles, porque estos son los que marcan la pauta para regular las relaciones contractuales que se generan bajo este derecho. Es así como,

<sup>176</sup> Principios UNIDROIT., sobre los contratos comerciales internacionales 2004

instrumentos internacionales se encargan de plasmarlos, para que sirvan de garantes entre los comerciantes, y se generen espacios de confianza al momento de negociar.

Por otra parte, en momentos de vacíos legislativos, permite al operador jurídico, acogerlos para darle una interpretación al caso concreto, porque estos encierran el espíritu de las costumbres.

Como tal, el derecho mercantil, nos ofrece un espectro grande, vemos como inicialmente se generó con medios de intercambio como el trueque, posteriormente el intercambio entre ciudades, en la edad media que se generó un gran auge en el intercambio de bienes por parte de los mercaderes, y posteriormente se genera así a nivel mundial el intercambio de bienes y servicios, lo cual el derecho no ajeno a estas transformaciones, regula los cambios que trae la globalización consigo.

A tal punto, vemos que debido a la amplitud del Derecho mercantil, este se encuentra desligado por materias, es decir, vemos como la *lex mercatoria*, el comercio electrónico, derecho del consumidor, relaciones contractuales, es decir que encontramos un mundo de infinitas relaciones jurídicas, la cual por obvias razones muchas veces para todas no existe una norma concreta que regule, por eso los principios desempeñan un papel fundamental, en este tipo de eventualidades, y que son los inspiradores en las interpretaciones jurídicas.

Es así, como también se generan nuevos principios en materia de comercio electrónico, como es el caso del equivalente funcional, el cual se presume que todos los actos jurídicos electrónicos, tiene la misma validez que los actos jurídicos tradicionales.

## CONCLUSIONES

1. Antes de pasar a mirar como el tema de los principios se refleja en la jurisprudencia y que papel juega hoy en el Estado Social de Derecho estableciendo algunas comparaciones con el antiguo Estado de Derecho, se puede decir, que uno de los más claros y fuertes vínculos de conexión entre la filosofía y la dogmática jurídica son los llamados e importantes principios generales del derecho, puestos que son considerados en su más alto y comprensivo sentido, además son materia fundamental de la filosofía del derecho. Entrando en materia del capítulo anterior ¿Cómo se ven reflejados algunos principios generales del derecho en materia mercantil? Podemos decir que para dar respuesta a tal interrogante debemos primero definir lo que es el derecho mercantil; la ley y la jurisprudencia han sido muy claras en definir no tácitamente el derecho mercantil como la parte encargada de regular a los comerciantes, los actos y libros de comercio, es decir, los actos del comercio sean o no comerciales quienes los ejecuten, y estén o no especificados, se regirán por las disposiciones

contenidas en el código de Comercio, o en su defecto por los usos y costumbres de cada plaza. En ausencia de ambas reglas se recurrirá a las normas de derecho común, o principios generales. Por lo tanto, tenemos un primer orden jerárquico de fuentes: el código de comercio, usos y costumbres, y demás principios generales del derecho, igualmente podemos hablar de fuentes directas o fuentes indirectas o pretendidas fuentes. El Derecho Mercantil se encuentra en un cambio constante y cada vez más acelerado, tanto que muchas veces el legislador le “pierde la pista” y legisla tratando de seguir sus pasos, lo que se traduce en muchas lagunas en nuestra legislación, las cuales vienen a ser llenadas por los usos y costumbres, siendo estos los elementos más básicos del Derecho Mercantil, sus fuentes por excelencia y es también en ese preciso momento donde aparece el reflejo de los principios generales del derecho. El Derecho Mercantil dista de ser un derecho netamente comercial, es un derecho dinámico, cambiante, revolucionario y muy diferente a las demás materias del derecho privado, ya que este es tan amplio que necesita de un vasto cuerpo legislativo que aún a veces, le resulta insuficiente, es por esto que hoy se intentan caminos como recodificación, descodificación, pero en todas y cada una de estas autopistas están presentes los principios generales del derecho tomados o ajustados por el derecho mercantil.

2. El Estado Social es la nueva categoría ligada al Estado Democrático, donde se evoluciona no sólo en cuanto al Estado, sino ante su forma de organización, su estructura, sus fines y por supuesto ante los principios político-jurídicos implícitos en un nuevo orden vigente con sentido republicano democrático. El Estado de Derecho no es desconocido al momento de configurar el poder público, ni es una antítesis del Estado Social, pero viene a ser, la primera parte de un Estado, que requiere ser refundado en la esencia del pacto, en el asentimiento y el poder ciudadano. De este modo el Estado de Derecho no es negado por el Estado Social, sino que es enriquecido, dotándolo de un amplio contenido democrático, justo y social. La Corte Constitucional de Colombia ha realizado algunas afirmaciones frente al alcance y las consecuencias jurídicas y político-económicas de nuestra actual denominación estatal conforme a la Constitución Política de 1991. Frente a esto la Corte Constitucional ha dicho que: “La nueva Constitución Política definió a Colombia como un Estado Social de Derecho en su artículo primero. Se trata de una definición ontológica del Estado, de suerte que el concepto Estado Social de Derecho no es una cualidad accesoria del Estado sino parte de su esencia misma. La concepción clásica del Estado de Derecho no desaparece pues, sino que viene a armonizar con la condición social del mismo, al encontrar en la dignidad de la persona el punto de fusión. Así a la seguridad jurídica que proporciona la legalidad se le aúna la efectividad de los derechos humanos que se desprende del concepto de lo social. El respeto por los derechos humanos, de un lado, y el acatamiento de unos principios rectores de la

actuación estatal, por otro lado, constituyen las consecuencias prácticas de la filosofía del Estado Social de Derecho”<sup>177</sup>

3. El derecho comercial no puede ser ajeno a la dinámica de la refundación del Estado bajo un orden transformado. No puede caerse en un cierta falacia reductivista del Derecho, pretendiendo que una de sus ramas o especialidades no se vea afectada por un nuevo pacto, unas nuevas promesas dentro de la comunidad política, con unos principios político-jurídicos distintos. Podemos agregar a lo anterior, que la Corte ha dicho:

“A. Origen y delimitación conceptual

1. Lo primero que debe ser advertido es que el término “social”, ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de Derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica(...) Una larga historia de transformaciones institucionales en las principales democracias constitucionales del mundo, está presente para dar testimonio de la trascendencia de este concepto.

El Estado Constitucional Democrático ha sido la respuesta jurídico política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y, sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política”<sup>178</sup>

4. El derecho mercantil se encuentra ante un nuevo orden, donde su carácter privatista inclusive es revaluado cuando se trata de dar justiciabilidad a los derechos fundamentales, cuando implica un control de la ciudadanía en su dimensión económica respecto a los actos de comercio legales pero no aceptados como justos (problemas de legitimidad) o frente a la promulgación de una ley de tipo mercantil limitada principalísticamente por la dignidad humana, el interés general, la justicia social, la intimidad o la protección misma de la vida humana.<sup>179</sup>

---

<sup>177</sup> En sentencia C-447 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>178</sup> Sentencia T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón

<sup>179</sup> Véase la ley 1266 de 2008 o ley del habeas data. Existen avances como: el respeto al principio constitucional al buen nombre; la presentación de reclamos y peticiones ante las autoridades de vigilancia (por ejemplo la superintendencia financiera) no sólo contra el operador de la información sino también contra la entidad financiera, crediticia, bancaria, etc.; la actualización de la información para la facilitación de créditos y negociaciones comerciales, entre otras.

5. El derecho mercantil tendrá una filosofía principialística distinta en uno y otro tipo de Estado. El Estado de Derecho de corte liberal moderno no puede contener la misma fundamentación del derecho mercantil en el Estado Social, puesto que varía el pacto de asentimiento político, el consenso, la intersubjetividad de los agentes participantes en un nuevo orden (Constitución Política de 1991 y su procesualidad), las finalidades de la acción institucional y las funciones de la ciudadanía. En el Estado Social hay “hábito democrático, virtud fundamental en la formación de la voluntad, de actuar pública, permanente y comunicativamente crea un “Estado de democracia” (Dussel 2009; pág. 422) El “Estado de Derecho” dice, estrictamente, legalidad; “el Estado de democracia social” indica en cambio una cultura de legitimidad, de reconocimiento del otro, aún del antagonista (por ejemplo el estatuto de la oposición) desde el horizonte de la igualdad y la fraternidad fundamental”(Cfr. ob. cit.,p.422)<sup>180</sup> Es más que necesaria la evolución de los principios del derecho mercantil, un derecho con fuerte arraigo economicista, que será limitado, orientado y direccionado precisamente por unos principios acordes a la realidad social, al transformado régimen. Un derecho mercantil situado en el modelo de Estado liberal de Derecho frente a los sujetos jurídicos y los ciudadanos es un ser muy próximo al egoísmo “metafísico o calculador concebido de una manera asocial en un mundo cuya sociabilidad se limitaba al amontonamiento de individuos en un contrato social...el derecho no reconocía a los individuos reales, sino a sus abstracciones místicas” (Schlag 1998; pág. 31). De manera, que la ley de oferta y demanda mercantil por ejemplo, poco le interesaba permearse de contenidos morales o democráticos referidos a la justicia, el bienestar, el consumo vital, entre otros. El Estado Social de Derecho le impone una nueva fundamentación al derecho mercantil, presupuestada desde la caracterización de los derechos, los principios, las reglas y los fines. Para lo concerniente-los principios, es menester indicar que son una resultante orientativa derivada de un cambio definitivo.

“Los principios (...) imponen a nuestra actividad marcos estrictos, tanto en referencia a los fines a alcanzar, como a los medios de lucha que se aplican, y finalmente a los modos de lucha (...) naturalmente, los que buscan sólo los éxitos prácticos pronto desean tener las manos libres, es decir, separar la praxis de la teoría (principios), para obrar independientemente de ella” (Luxemburg 1966; Vol I. pág. 128)

6. El derecho mercantil es una actividad que requiere marcos estrictos. Por ello no puede ni debe separarse de sus nuevos principios, debe recobrar legitimidad en la medida que sus principios son actuales y actualizables con esa sociedad política determinada históricamente. Los principios están implícitos, tienen una manera predicativa, sirven como marco de referencia,

---

<sup>180</sup> La cursiva y lo que se encuentra entre paréntesis es propio

sostienen el campo-en este caso del derecho mercantil- y son siempre normativos para imprimirles fuerza soberana desde el momento que se pactan, desde el consenso de los constituyentes del poder público y del derecho. “El principialismo piensa los principios...como enunciados explícitos proposicionales, que además deben ser fundamentados, para que el ciudadano...al tener conciencia de ellos pueda aplicarlos. El anti-principialismo niega simplemente dichos principios al opinar escépticamente su imposibilidad, o al no poder imaginar o no creer necesario un ejercicio, aunque implícito, de los principios de las instituciones y de las prácticas...de los diversos actores del campo político (jurídico)” (Dussel 2009; pág. 356)<sup>181</sup>

7. En el Estado Social la principialística fundamentadora de un derecho mercantil es ineludible, puesto que se requiere de un operador jurídico formado e informado, con conciencia de aplicación e interiorización de los mismos, diferenciado de la estática que pudo darse en un Estado excesivamente formal como el de Derecho. No es menos importante resaltar, que la evolución de los principios del derecho mercantil arroja importantes consecuencias para el sistema jurídico, a saber: a) materialidad normativa; b) conjunción de principios y de reglas para la solución de casos difíciles en materia mercantil; c) justiciabilidad formal y material del derecho mercantil, proximidad de la ciudadanía a los contenidos jurídicos mercantiles (controles y acciones) d) interdisciplinariedad del derecho mercantil (reflexiones económicas, sociológicas, éticas y políticas); e) permanencia institucional (leyes, reformas legítimas-exequibles, construcción de una jurisdicción propia, precedentes judiciales sólidos, entre otros); y f) contenido moral deóntico constitucional y social. Esto en último término, permite traer a colación una teoría tan relevante y actual como la siguiente, que puede ser pertinente como colofón:

“Las exigencias del derecho como integridad son especialmente importantes en el campo de la adjudicación o aplicación judicial del derecho. En un caso concreto, los principios y reglas que proporcionan la solución adecuada son aquellos que resultan de la aplicación consistente de decisiones políticas pasadas- v. gr. Leyes y sentencias relevantes para el caso-, de acuerdo con una interpretación que ofrezca la mejor justificación moral y política de dichas decisiones” (Rodríguez 2005; pág. 65)<sup>182</sup>

8. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD COMO ARGUMENTO QUE REFUERZA LA JURIDICIDAD CONSTITUCIONAL DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: Según las nuevas tendencias del Derecho

<sup>181</sup> Lo que se encuentra entre paréntesis es propio

<sup>182</sup> La cursiva es propia

contemporáneo, hoy es indudable la magna importancia que tienen los Principios Generales del Derecho y el Bloque de constitucionalidad. Creo que en la actualidad ante la égida del Derecho dúctil es imposible negar tal relevancia, tanto como que se torna improcedente negar la relación que tiene el bloque de constitucionalidad y los principios jurídicos generales. Hay argumentos que la propuesta iusteórica actual ya ha refutado. Los juristas no pueden seguir anclados en ellos, cuando el argumento intersubjetivo es contundente. Quienes niegan la relación entre bloque de constitucionalidad y principios, se encuentran en una lógica de estirpe kelseniana que la conciencia jurídica contemporánea ha ido abandonando. La postura del jurista de Viena en es la siguiente:

“Desde el concepto normativista kelseniano, que predica la validez solo a partir del respeto a una relación de jerarquía normativa, no es posible afirmar la existencia de normas que, por su contenido o materia, se puedan encontrar en la misma jerarquía de la norma suprema”<sup>183</sup>.

Esta arcaica concepción ha tenido su recepción latina, por ejemplo, en Luis Recaséns Siches en su laudable y positivista libro: Nueva filosofía de la interpretación del derecho<sup>184</sup>. En este texto Recaséns expone un pasamiento clave en su propuesta, el cual denomina: la lógica de la acción humana o lógica de lo razonable, en el que propone que “los principios y valores constitucionales, no establecidos en el texto constitucional, no gozan de la categoría de ser normas superiores del ordenamiento”<sup>185</sup>.

Esta forma de razonamiento es, sencillamente, deleznable, pues la obviedad de su absurdo recae en su incomunión con los pilares que sustentan el Estado constitucional: la Constitución y los principios. Aceptar sin reflexión alguna esta postura, es abdicar ante un denodado esfuerzo de la jurisprudencia constitucional y la doctrina, por reafirmar el contenido axiológico del Derecho, por sostener el status deontológico de los principios, y por reforzar un plus de protección jurídica llamado históricamente bloque de constitucionalidad. Es por ello que,

“Sostener la prevalencia del texto y la forma sobre el espíritu o contenido, es atentar contra una de las principales necesidades sentidas por el constituyente y plasmada en el artículo 228 de la Constitución Política: la prevalencia del derecho material sobre el formal”<sup>186</sup>.

Ante estos argumentos no cabe duda que el bloque de constitucionalidad y los principios generales son evidentemente compatibles, tanto que se refuerzan mutuamente. Incluso dicha fórmula, bloque + principios, son la mutua-esencia del control constitucional. La Corte Constitucional lo ha reiterado<sup>187</sup>, lo que ha fundido

<sup>183</sup>ESTRADA VÉLEZ Sergio, La excepción de principalidad, Temis, Bogotá, pág. 95.

<sup>184</sup> RECASÉNS SICHES Luis, Nueva filosofía de la interpretación del derecho, Porrúa, México, 1980,

<sup>185</sup>ESTRADA VÉLEZ Sergio, La excepción...Óp. cit., Pág. 94 – 95.

<sup>186</sup>ESTRADA VÉLEZ Sergio, La excepción...Óp. cit., pág. 95.

<sup>187</sup>Corte Constitucional, Sentencias C-225 de 1995, C-191 de 1998, C-177 de 2001 y T-606 de 2001.

el argumento en el alma de la institucionalidad, es decir, no es un alocado filosofar o una desesperada muletilla teorizada, sino que es el Estado como institución que, a través de la Corte, involucra el concepto en su precedente. Dice la Corte que,

“El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, porque han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al del articulado constitucional stricto sensu”<sup>188</sup>.

A propósito de tales construcciones jurisprudenciales, la doctrina ha propuesto definiciones de bloque de constitucionalidad que involucran a los principios. Lo que vincula una vez más la fórmula que se propone. Por ejemplo Bidart Campos sostiene que por bloque de constitucionalidad “puede entenderse un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto constitucional documental”. En la misma línea se sitúan Paz Mahecha y Rivera Loaiza, ellos proponen que el bloque es,

“el conjunto de principios y normas que deben ser utilizadas para llevar a cabo el control de constitucionalidad de todas las normas legales y la para la interpretación de los derechos humanos consagrados en la ley de leyes por parte de la Corte Constitucional”<sup>189</sup>.

Aunado a lo anterior cabe recordar que el bloque, en Colombia, se divide en stricto sensu y lato sensu<sup>190</sup>, el primero se construye a través de los artículos constitucionales 2, 4, 53, 93.1, 94 y 101, y el segundo se edifica conforme lo

<sup>188</sup>Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995.

<sup>189</sup>PAZ MAHECHA Gonzalo y Rivera Loaiza Julián, Protección internacional de los derechos humanos, Universidad Santiago de Cali, 2002, Pág. 59.

<sup>190</sup>“El concepto bloque de constitucionalidad se divide en: a) bloque de de constitucionalidad stricto sensu. Se refiere a los principios y normas que integran la noción de Constitución. De él hacen parte: La Constitución; los tratados internacionales que consagran derechos humanos y garantías judiciales no susceptibles de suspensión en los estados de excepción (por ejemplo: la vida, el principio de legalidad, el habeas corpus) (art. 93.1 C.N.); todos los tratados sobre DIH (por ejemplo: los IV convenios de ginebra de 1949, los Protocolos I Y II adicionales a esos Convenios, y los demás instrumentos que establezcan principios y normas para regular los conflictos armados y proteger a las personas no combatientes); los tratados sobre límites territoriales (art. 101 C.N.); [y] los convenios de la OIT (art. 53 C.N.). b) bloque de constitucionalidad lato sensu. Hace referencia a aquellos principios, normas o interpretaciones autorizadas que no integran el concepto de Constitución, pero que de manera necesaria deben ser utilizados como parámetros en la definición del sentido de los derechos humanos. [De él hacen parte] los tratados y convenios internacionales que consagran derechos humanos que pueden ser limitados en los estados de excepción (art. 93.2 C.N.); las leyes orgánicas (art. 151 C.N.); las leyes estatutarias (art. 152 C.N.); [y] la doctrina judicial sobre derechos humanos de la Corte Interamericana o las recomendaciones de la Consejo de administración de la OIT (C-010 de 2000 – T-568/1999)”. Paz Mahecha Gonzalo Rodrigo y Rivera Loaiza Julián, Protección internacional de los derechos humanos, Universidad Santiago de Cali, , Santiago de Cali, 2002, Páginas 59 y 60.

dispuesto en los artículos 93.2, 151, 152, *ibídem*, y en las sentencias T-568 de 1999 y C-010 de 2000.

Así las cosas, esta neo-comprensión de la fórmula bloque + principios es un esfuerzo laudable por abrir el formalismo kelseniano, en el sentido de mostrar que hoy los principios generales del derecho hacen parte del bloque, lo que los eleva al rango constitucional y los posiciona en el sistema de fuentes del derecho que erradamente los ha categorizado como auxiliares (art. 230 C.N). Es importante, eso sí, aclarar que,

“[...] con la teoría del bloque de constitucionalidad, no es posible sostener, *ipso iure*, que un principio general del derecho, por el solo hecho de serlo es formalmente una norma constitucional. Lo que permite afirmar la teoría en un estudio es que por tener el principio general del derecho una raigambre o estirpe profundamente axiológica coincidente con los valores que inspiran el Estado social de derecho, es posible afirmar su integración material mas no formal al ordenamiento constitucional”<sup>191</sup>.

Por ello bloque y principios permanecen unidos. Y se reitera “[...] la teoría del bloque de constitucionalidad, también denominado bloque de constitucionalidad, surge como una ampliación del criterio de validez kelseniano sintetizado en su pirámide normativa, el cual atiende a la preponderancia de los valores imperantes en el ordenamiento”<sup>192</sup>.

De esta forma el bloque de constitucionalidad es un argumento fuerte a favor del carácter normativo de los principios generales del derecho, pues los principios generales se encuentran implícitamente consagrados en la constitución, teniendo en cuenta que esta contiene valores fundamentales inspiradores del orden jurídico y social<sup>193</sup>. Y a la vez los principios son argumento fuerte a la solidificación axiológica y deontológica del bloque de constitucionalidad, formando así un plus jurídico de regulación y protección.

---

<sup>191</sup>ESTRADA VÉLEZ Sergio, La excepción...*Op. cit.*, Pág. 97.

<sup>192</sup>“A partir de esta teoría es posible afirmar la verdad de dos postulados: a. Una norma pertenece al ordenamiento constitucional en virtud, no solo de su ubicación topográfica dentro del ordenamiento, sino principalmente por entrañar en su contenido los máximos valores imperantes en la comunidad que, para el momento histórico actual, son los propios del Estado social de derecho, tales como el dignidad, igualdad, libertad, justicia, seguridad jurídica, etc. b. En consecuencia del reconocimiento de la idea de pertenencia de los principios del orden constitucional, las demás normas del ordenamiento les deben obediencia atendiendo a su menor contenido axiológico”. Excepción, Pág. 97.

<sup>193</sup>ESTRADA VÉLEZ Sergio, La excepción...*Op. cit.*, pág. 97.

## CAPITULO V

## ESTADO DE ARTE SOBRE LA JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO APLICADOS AL DERECHO MERCANTIL EN COLOMBIA

El presente capítulo de la investigación acerca del estado del arte sobre la jurisprudencia sobre los Principios Generales del Derecho aplicados al ámbito del Derecho Comercial en Colombia parte del año 1993, encontrándose que algunos de éstos principios no presentan sentencias que sean apropiadas para el tema que se trata. Los hallazgos señalados son los siguientes:

PRINCIPIOS	SENTENCIA CONSTITUCIONAL	SENTENCIA DE TUTELA	SENTENCIA DE UNIFICACIÓN	OTRO TIPO
ABUSO DEL DERECHO		T-661/01, T-822/03, T-060/04, T-357/04, T-793/04, T-1091/05, T-1250/05, T-391/06, T-419/06, T-899/06, T-141/07, T-172/07, T-205/07, T-672/07, T-276/08		
AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	C-529/00, C-341/06	T-468/03, T-520/03, T-822/03, T-357/04, T-793/04, T-1008/05, T-1250/05, T-391/06, T-419/06, T-899/06, T-141/07, T-276/08, T-329/08	SU-167/99	
BUENA FE	C-529/00, C-277/06, C-341/06	T-822/03, T-1130/03, T-060/04, T-357/04, T-793/04, T-170/05, T-1091/05, T-1250/05, T-391/06, T-419/06, T-899/06, T-141/07, T-276/08, T-358/08		
ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA	A.1.1.1.1.1 -471/06	A.1.1.1.1.2 T-438/92- T-219 /95- T-102/95- T-40/96-T-418/96- T-161/98- T-702/09- T-418/96	SU-637 de 1996-	Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia (11 de enero de 2000). Referencia: expediente 5208. Magistrado Ponente: Manuel Ardila Velásquez

				<p>Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (30 de julio de 2001). Referencia: expediente 6150. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.</p> <p>Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (21 de mayo de 2002). Referencia: expediente 7061. Magistrado Ponente: Manuel Ardila Velásquez.</p>
FRAUDE A LA LEY	C-851/05	T 874/97- 472/00- 468/03- 216/006-	T 307/98 -T 207/002- T 455/005-	<p>Sala Octava de Revisión de la Corte Bogotá, D. C., veintitrés (23) de marzo del año dos mil seis (2006).</p> <p>A.1.1.1.1.3 referencia: expediente T-1209159 Magistrado Ponente Jaime Araujo Renteria</p>
TEORIA DE LA IMPREVISIÓN	C-252/98	T-735/98, 250/01, 1230/01, 1210/04, 040/08,	T-510/00, T-443/01, T-520/03, T-676/05, T-	<p>Tribunal Superior de Bogotá (19 de julio de 2004), referencia: proceso ordinario de José de Jesús Beltrán Sánchez y otra contra Concasa hoy Bancafé. M.P.:</p>

				Marco Antonio Álvarez Gómez.
--	--	--	--	---------------------------------

Los principios generales del derecho fueron consagrados como fuente formal en el artículo 8° de la Ley 153 de 1.887, dispositivo que consagra que cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, debe acudir por analogía a las normas que regulen casos similares, y en su defecto, a la doctrina constitucional y a las reglas generales de derecho, que aunque supletorias en la medida en que solo son útiles a falta de norma expresa que regule el respectivo asunto legal, ciertamente son criterios auxiliares de la actividad jurisdiccional y un medio de interpretación jurídica que no pocas veces se hacen forzosos para desentrabar litigios. Innegablemente, en todas las áreas jurídicas se han aplicado -aunque con algún recelo- los principios generales del derecho, ahora al amparo del artículo 230 Superior, no obstante que los administradores de justicia son esquivos al miramiento de estas fuentes -no legalizadas-, pretensos en hallar la solución al debate judicial a través de la Ley. Y en materia mercantil, su aplicabilidad ha sido mayúscula, pues que lo es quizás en este campo del derecho en donde con mayor frecuencia los dispensadores de justicia han debido recurrir a los principios generales del derecho en ausencia de dispositivos legales que regulen expresamente las situaciones sometidas a composición judicial.

**JURISPRUDENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE ABUSO DEL DERECHO**  
**CUADROS DE JURISPRUDENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE ABUSO DEL DERECHO**

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRAD O PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
Tutela: T-172 de 2007	08 de Marzo de 2007	Jaime Araujo Rentería	<p>La señora Orfilia Flórez de Salazar, como agente oficioso de Carlos Fidel Salazar Vélez, presenta demanda de tutela contra el Banco Comercial AV Villas al considerar que esta entidad viola los derechos de petición, a la seguridad social y la protección especial de la tercera edad del señor Salazar Vélez, su cónyuge.</p> <p>Dicha entidad financiera se niega a enviar al domicilio del señor Salazar a uno de sus funcionarios, para que tome la huella dactilar de éste y de esta manera hacer efectivo el pago de la pensión que el señor Salazar recibe por concepto de invalidez</p> <p>La persona cuyos derechos agencia la señora Flórez de Salazar padece entre otras enfermedades, de una atrofia muscular severa.</p>	<p>La Corte decidió: 1. REVOCAR la sentencia única de instancia proferida el 08 de octubre de 2006 por el Juzgado 48 Civil Municipal de Bogotá el Juzgado Primero Laboral del Circuito y, en su lugar, CONCEDER el amparo reclamado por la señora Orfilia Flórez de Salazar como agente oficioso de su cónyuge, el señor Carlos Fidel Salazar Vélez.</p> <p>En su lugar, CONCEDER, de manera transitoria, el amparo del derecho fundamental al mínimo vital del señor Carlos Fidel Salazar Vélez, amenazado por el Banco Comercial AV Villas.</p> <p>Segundo.- En consecuencia, para conjurar la amenaza del derecho al mínimo vital del señor Carlos Fidel Salazar Vélez, ORDENAR, de manera transitoria, al Banco Comercial AV Villas que, a partir de la notificación de la presente sentencia, envíe a uno de sus funcionarios, una (1) vez al mes, al domicilio del señor Carlos Fidel Salazar</p>

				<p>Vélez para tomarle a éste la impresión de la huella dactilar para el pago de la pensión de invalidez a la que tiene derecho.</p> <p>El interesado dispondrá del un término máximo de 4 meses para sea iniciado el proceso de interdicción de Carlos Fidel Salazar Vélez y, una vez iniciado tal proceso, la protección constitucional transitoria se extenderá durante nueve (9) meses más. En caso de que no se inicie el proceso de interdicción, la protección transitoria cesará al finalizar los cuatro meses referidos.</p> <p>Según la Corte:Recaudar dinero del público es un privilegio que impone deberes sociales teniendo en cuenta la posición de indefensión en la que se encuentran los usuarios del sistema.</p>
--	--	--	--	---

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRADO PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
De Tutela: T-205/07	16 de Marzo de 2007	Jaime Córdoba Triviño	Esta vez se determinará si se vulnera el derecho a la igualdad de una persona con limitación visual a quien se le exige la autenticación de su firma ante notario o juez para el cobro de un título de depósito judicial, cada mes cuando va a la	1. REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cali, que resolvió la acción de tutela promovida por la señora Lisette Slate Rico contra el Banco Agrario, y en su lugar, CONCEDER la

			<p>entidad financiera a reclamar su pago.</p>	<p>protección del derecho fundamental a la igualdad de la accionante.</p> <p>2. ORDENAR al Juez Décimo de Familia de Cali, que mensualmente realice la autenticación de la firma de la señora Lisette Slate Rico en el título de depósito judicial, cuando le haga entrega del mismo.</p> <p>3. ORDENAR al Banco Agrario que se abstenga de exigir a la señora Lisette Slate Rico la firma del título de depósito judicial en presencia de un funcionario de esa entidad bancaria, comoquiera que será el Juez Décimo de Familia de Cali el encargado de certificar la autenticidad de la firma en el momento de la entrega, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 828 del Código de Comercio</p> <p>La Corte mencionó que:</p> <p>La aplicación que ha realizado el Banco Agrario del artículo 828 del</p>
--	--	--	---	--

				<p>Código de Comercio, en el sentido de exigir la firma del beneficiario del título de depósito judicial en el momento del pago del mismo ha generado en el caso de la señora Lisette Slate Rico, en una carga adicional dada su condición de invidente. Esto, porque si bien como lo determinó la Corte en sentencia C-952 de 2000, en principio, no se vulnera el derecho a la igualdad de los invidentes con la autenticación de la firma contemplada en el artículo 828 del Código de Comercio<sup>194</sup>, lo cierto es que en este caso resulta excesivo exigir dicho trámite a la accionante cada mes, máxime cuando es una autoridad judicial quien hace entrega del título de depósito judicial al beneficiario, lo que implica que se comprobó su identidad.</p>
--	--	--	--	--

<sup>194</sup> La Corte Constitucional reconoció en la sentencia T-1072 de 2000, que la falta de este requisito en un título valor suscrito por una persona invidente configura una vía de hecho.

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRADO PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
De Tutela: T-672 de 2007	30 de Agosto de 2007	Jaime Araújo Rentería	Se analiza si el Banco BBVA Sucursal Bogotá vulneró el derecho fundamental de petición del señor Andrés Avelino Navarro Urdaneta, al omitir dar respuesta oportuna a sus solicitudes presentadas el día 19 de diciembre de 2005, consistentes en el suministro de los soportes de los retiros y las consignaciones de sus cuentas bancarias.	<p>1. REVOCAR la decisión adoptada el 16 de abril de 2007 por el Juzgado Quince Civil del Circuito dentro del trámite de la acción de tutela promovida por Celmira Cendales Castro, quien actúa como apoderada judicial de Andrés Avelino Navarro Urdaneta, dentro del trámite de la acción instaurada contra el Banco BBVA Sucursal Bogotá.</p> <p>2. CONCEDER la tutela del derecho fundamental de petición de Andrés Avelino Navarro Urdaneta.</p> <p>3. ORDENAR al Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. – BBVA Sucursal Bogotá, por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces, si aún no lo ha hecho, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta Sentencia, proceda a responder de</p>

				<p>fondo y detalladamente las solicitudes presentadas por Andrés Aveino Navarro Urdaneta el día 19 de diciembre de 2005.</p> <p>La Corte expresó que:</p> <p>Independientemente de la naturaleza pública, privada o mixta de las entidades bancarias, la acción de tutela procede contra estas entidades, no sólo por la amenaza o vulneración del derecho fundamental de petición, sino también por la afectación que dicha actividad pueda generar en otros derechos fundamentales.</p> <p>La procedencia de la acción de tutela contra las entidades bancarias, se fundamenta en el reconocimiento de la posición dominante y privilegiada de los bancos frente a sus usuarios. Es decir, en virtud de las atribuciones especiales que les confiere el Estado para el manejo de los recursos captados del</p>
--	--	--	--	--

				<p>público en los términos del artículo 365 de la Constitución, las entidades bancarias se convierten en verdaderas autoridades que pueden llegar a vulnerar o amenazar los derechos fundamentales de las personas; situación que, en todo caso, justifica plenamente la procedencia de la acción de tutela en estos casos.<sup>195</sup></p>
--	--	--	--	---

La legislación Colombiana es muy amplia y para cada área hay un código diferente para su aplicación, por lo tanto los principios generales del Derecho han sido de gran ayuda para suplir los vacíos que las normas contienen ya que son considerados como fuentes formales del derecho y su aplicación se da no solo en la parte Civil, sino también en Comercial, Penal y otras áreas. Los principios crean así, una herramienta para que el juez y el doctrinante resuelvan los problemas que siempre se escapan de la previsión humana en el momento de expedir los estatutos normativos. En términos generales nuestra Corte ha establecido que existe abuso del derecho cuando se presentan las siguientes situaciones: 1. Cuando se embarga en exceso bienes del deudor, 2. Cuando temerariamente se formula denuncia criminal, 3. Cuando se insiste en el secuestro de bienes que no pertenecen al ejecutado. Siendo útil este mecanismo pues da el derecho a la igualdad y a un trato homogéneo en la aplicabilidad del principio cuando hay Abuso del derecho como se puede denotar en las sentencias antes relacionadas. Pese a toda la legislación existente, los principios la costumbre y cualquier otra norma que exista, no se puede prevenir el abuso del derecho pues siempre habrá alguien que por cualquier circunstancia se valga de una condición superior para sacar provecho del asunto, sin embargo también hay quienes que han cambiado su mentalidad y poco a poco utilizan de los diferentes mecanismos judiciales para hacer valer sus derechos.

<sup>195</sup> Sentencia T-172 de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería. En el mismo sentido, se pueden consultar entre muchas otras, las sentencias T-129 de 2005, T-608 de 2004 y T-287 de 2004.

**JURISPRUDENCIA SOBRE LOS PRINCIPIOS DE ABUSO DEL  
DERECHO Y BUENA FE**

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRADO PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
De Tutela: T-060 de 2004	29 de Enero de 2004	Álvaro Tafur Galvis	<p>La Corte Constitucional debe determinar en este caso lo siguiente:</p> <p>Si Central de Inversiones S.A., puede dejar sin efecto un Paz y Salvo por ella expedido en el cual daba por cancelada la obligación hipotecaria constituida inicialmente entre el B.C.H. y la actora, y a la cual se le había aplicado el alivio financiero consagrado en la Ley 546 de 1999, para luego modificar de forma unilateral la posición jurídica inicialmente reconocida, revocar el mencionado alivio financiero, y exigir a la accionante el pago de la obligación hipotecaria en cuestión por no estar cancelada en su totalidad.</p> <p>Si las entidades Promociones y Cobranzas Beta S.A. y Central de Inversiones S.A. (CISA), pueden exigirle a la accionante el pago de la mencionada obligación hipotecaria, cuando esta podría considerarse inexistente desde el mismo momento en que fue cedida por el Banco B.C.H. en Liquidación a Central de Inversiones S.A. -CISA. Si pueden Central de Inversiones S.A. -CISA y Promociones y Cobranzas Beta S.A., exigirle a la accionante la cancelación de otras obligaciones</p>	<p>La decisión en este fallo fue:</p> <p>1. REVOCAR la sentencia proferida el 9 de julio de 2003 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto. En su lugar, TUTELAR el derecho al debido proceso de la señora Marlene Tobón de Ortiz.</p> <p>2. ORDENAR a Central de Inversiones S.A. - CISA, si aún no lo hubiere hecho, ya sea de manera directa o por intermedio de Promociones y Cobranzas</p>

			<p>financieras totalmente ajenas a la obligación hipotecaria como condición previa para expedir el correspondiente Paz y Salvo y levantar la respectiva hipoteca.</p>	<p>Beta S.A., inicie y agote, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, todos los trámites correspondientes a la expedición de la minuta de cancelación de hipoteca que recae sobre el inmueble dado en garantía a la obligación No. 370370136 26.</p> <p>Lo expuesto por esta entidad como razones para la anterior decisión fue:</p> <p>De adelantarse una conducta como la descrita, es decir, que una entidad genera un documento por medio del cual se pueda deducir que</p>
--	--	--	---	---

				<p>ya ha asumido una posición jurídica definida, (como puede ser la expedición de un Paz y Salvo) y procede luego de manera unilateral y abusiva a revocar dicho acto, y a traicionar la confianza legítima depositada por la persona afectada con esta nueva decisión, viola los derechos fundamentales de su cliente, particularmente el derecho al debido proceso y desconoce principios jurídicos como la buena fe y la confianza legítima. Las entidades bancarias como entidades depositarias de la</p>
--	--	--	--	---

				confianza pública y prestadora de un servicio de interés público, tienen una posición dominante frente a sus usuarios.
--	--	--	--	--

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRADO PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
De Tutela: 2005	26 de Octubre de 2005	Clara Inés Vargas Hernández	la accionante invoca la inminencia de un perjuicio irremediable por la pérdida del apartamento en que vive, aduciendo ser su único patrimonio, y por ello solicita que por esta vía se disponga que la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A., pague al Banco CONAVI el crédito hipotecario por el que fue ejecutada, ya que aquella certificó con destino a ese proceso que las primas del seguro de vida, incendio y terremoto que contrató con ella para el desembolso de ese crédito, le	1. REVOCAR los fallos de instancia, en cuanto niegan la protección constitucion al deprecada por la accionante, proferidos por los Juzgados Diecinueve Civil Municipal de Bogotá y Primero Civil del Circuito de la misma ciudad, en el trámite de la acción de tutela interpuesta

			<p>fueron pagadas por el establecimiento financiero ejecutante y así fue admitido por el juzgado para librar el mandamiento de pago y aprobar la liquidación del crédito; más sin embargo, cuando ella efectuó la reclamación para el pago del crédito con la indemnización a su estado de invalidez, la aseguradora accionada rechazó su petición bajo el argumento de que el seguro de vida no se encontraba vigente por falta de pago de las primas, lo que en su consideración constituye un abuso de la posición dominante y una falta de respeto al acto propio, atendiendo la jurisprudencia constitucional dictada al respecto.</p>	<p>por la señora Blanca Flor Cárdenas Viuda de Hernández, contra la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A., al que fue vinculado en calidad de parte accionada CONAVI Banco Comercial y de Ahorros S.A.</p> <p>2. CONCEDE R a la accionante como mecanismo transitorio, el amparo constitucion al a la vivienda digna en conexidad con el mínimo vital y al derecho fundamental al debido proceso, hasta tanto se decidan en forma definitiva las</p>
--	--	--	---	--

				<p>acciones judiciales ordinarias pertinentes, que definan las controversias contractuales relacionadas con los contratos de mutuo con garantía hipotecaria y de seguros que a ese sirvió de garantía, suscritos entre esta y las accionadas CONAVI y Suramericana de Seguros S.A., respectivamente. La señora Blanca Flor Cárdenas Viuda de Hernández, contará con un término no superior a 4 meses contados a partir de la notificación de la providencia para</p>
--	--	--	--	--

				<p>promover las mencionadas acciones, so pena de que las decisiones de amparo adoptadas pierdan sus efectos.</p> <p>3. ORDENAR al Juez 11 Civil del Circuito de Bogotá, la suspensión del proceso ejecutivo hipotecario que en ese despacho se adelanta, por acción promovida por Conavi Banco Comercial y de Ahorros S.A. en contra de Blanca Flor Cárdenas Viuda de Hernández, hasta tanto, por los jueces competente se decida en forma definitiva lo atinente a las</p>
--	--	--	--	---

				<p>controversias contractuales a que se alude en la presente sentencia, observando para entonces lo previsto en las consideraciones.</p> <p>4. ORDENAR a las accionadas Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A., y CONAVI Banco Comercial y de Ahorros S.A., abstenerse de ejecutar cualquier acción tendiente al cobro del crédito hipotecario a que se alude en esta actuación, así como el efectuar en contra de la accionante reporte</p>
--	--	--	--	---

			<p>alguno a causa de la mora en que se encuentra el mismo o retirarlo de manera inmediata en el evento de que ya se haya efectuado, hasta tanto, por los jueces competente s se decida en forma definitiva lo atinente a las controversia s contractuale s a que se alude en la presente sentencia</p> <p>La Corte tuvo en cuenta para el fallo lo siguiente:</p> <p>La procedencia de la protección transitoria, dada la situación de debilidad manifiesta en que se</p>
--	--	--	---

				<p>encuentra la actora, tiene pleno soporte en virtud de la afectación del principio de confianza legítima de que fue objeto la actora por parte de CONAVI. Según el artículo 83 de la Constitución Política, "las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe", siendo ésta fundamento del principio de confianza legítima, en virtud del cual se busca proteger a las personas frente a las modificaciones</p>
--	--	--	--	---

				<p>es intempestivas que adopte la administración o los particulares que ostentan una posición dominante, y que desconocen antecedentes en los cuales se fundaron para continuar con el ejercicio de una actividad, permitiendo se reclamen ciertas condiciones o reglas aplicables a la relación respectiva por cuanto se han creado expectativas favorables que de eliminarse se sorprendería a súbitamente al ciudadano. El acto</p>
--	--	--	--	--

				<p>unilateral e inconsulta de la entidad bancaria con el que, abusando de su posición dominante, cambió el comportami ento que había adoptado en la ejecución del contrato de hipoteca vulneró derechos fundamental es a Blanca Flor Cárdenas Viuda de Hernández. Estos comportami entos por parte de las entidades que, como las bancarias, cuentan con una posición de desequilibri o contractual a su favor sobre la de los usuarios, han sido censurados</p>
--	--	--	--	--

				por la Corte, pues se estima que con ellos se viola el derecho al debido proceso de los usuarios porque no se les permite controvertir las determinaciones unilaterales que afectan sus intereses.
--	--	--	--	--

A.1.2 Tutela: T-822 de 2003	18 de Septiembre de 2003	Marco Gerardo Monroy Cabra	<p>En esta sentencia se revisan los</p> <p>Fallos de tutela 704631,705304, T-737827, T-739028 y T-731448.</p> <p>En las cinco tutelas el órgano de Dirección del Fondo Nacional de Ahorro, aprobó las características de los préstamos de vivienda, re liquidó las deudas vigentes de los tutelantes y las re denominó como UVR.</p> <p>Para lo anterior invocó los artículos 1° y 17 de la ley 546 de 1999, la jurisprudencia contenida en la sentencia C-955 de 2000 y las Instrucciones de la Superintendencia Bancaria; estas normas permiten que se adopte el sistema UVR o que se otorgue el crédito de vivienda en moneda legal colombiana. El Fondo Nacional de Ahorro optó por la UVR; los tutelantes consideran que debe continuarse con la denominación en moneda legal colombiana.</p>	<p>La Corte decidió:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. CONCEDER las tutelas interpuestas por los señores Cayetano Delgado, María Ávila de Gómez, Hernando Peña, Darcy García, Jesús Alberto Zúñiga Guzmán, en contra del Fondo Nacional de Ahorro, por violación al debido proceso en la reliquidación y redenominación de los créditos de los accionantes. En consecuencia REVOCAR las sentencias que fueron adversas a los accionante.</li> <li>2. ORDENAR que el Fondo Nacional de Ahorro, dentro del mes siguiente a la notificación de la sentencia, informe a los cinco deudores de vivienda que interpusieron las tutelas, su situación, relacionando con claridad, certeza y de manera comprensible los procedimientos de reliquidación y redenominación de créditos, a fin de que a los deudores se les permita formular reclamos, solicitar y presentar pruebas e interponer recursos; todo ello de acuerdo con las normas legales, la sentencia C-955 de 2000 y las Circulares de la Superintendencia Bancaria.</li> <li>3. ENVIAR copia de la sentencia a la</li> </ol>
-----------------------------	--------------------------	----------------------------	--	---

				<p>Superintendencia Bancaria y a la Defensoría del Pueblo para que adopten las medidas pertinentes.</p> <p>La Corte expresó dentro de sus consideraciones lo siguiente:</p> <p>El Fondo Nacional de Ahorro está en la obligación de informar a sus deudores de vivienda todos y cada uno de los pasos dentro de los procedimientos de reliquidación y redenominación de créditos, a fin de que los deudores queden amparados por el principio de publicidad que les permita, formular reclamos, alegar, solicitar y presentar pruebas, interponer recursos.</p> <p>El Fondo Nacional de Ahorro no sólo debe dar una simple información escrita, notificándole al deudor que ha tomado unilateralmente la decisión de re-liquidar y re-denominar los créditos, diciendo cuánto debía y cuánto queda por deber, cuánto pagaba en el mes anterior y cuánto debe pagar en el mes siguiente y que el plazo ha ascendido a treinta años, sino que la determinación, tomada de oficio y no a petición del deudor, debe sujetarse a lo establecido por el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo y por consiguiente, al deudor</p>
--	--	--	--	---

				<p>hay que notificarle que se va a readecuar el crédito y el objeto de la redenominación, la forma de la reliquidación y el comportamiento hacia el futuro, señalando los cálculos hasta la finalización de la obligación, para que el deudor haga valer sus derechos, pida pruebas, exprese sus opiniones y si surgen controversias, defina la Superintendencia Bancaria porque así lo ordenó la Corte Constitucional al definir, en forma condicional, la constitucionalidad del artículo 20 de la ley 546 de 1999, en la sentencia C-955 de 2000.</p> <p>No existió un previo acuerdo, es decir, que no hubo un debido proceso. El comportamiento del Fondo aumentó la desigualdad frente a los usuarios del crédito, y, en consecuencia, hubo de parte del Fondo un abuso de su posición dominante.</p>
--	--	--	--	---

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRADO PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
De Tutela: T-357 de 2004	22 de Abril de 2004	Alfredo Beltrán Sierra	Las ciudadanas Ofelia Amparo Quiroz Zapata y María Elena Bermúdez Ospina, interpusieron	En esta sentencia la Corte: 1. REVOCÓ la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Antioquia Sala Civil y Agraria el 22 de octubre de

			<p>acción de tutela ante el Juez Civil del Circuito de ciudad Bolívar (Antioquia), contra el Fondo Nacional de Ahorro para que se les protegieran sus derechos al debido proceso y a la dignidad humana.</p> <p>Se desprende de la acción de tutela interpuesta y de la respuesta del Fondo Nacional de Ahorro que a las señoras se les re-liquidó un crédito hipotecario concedido por ese Fondo y se les aumentó el plazo que inicialmente se había pactado, razón está por la cual se considera por las primeras que se produjo una violación del debido proceso y se les afecta,</p>	<p>2003, mediante la cual se confirmó la decisión del Juzgado Civil del Circuito de Ciudad Bolívar (Antioquia) de 2 de octubre de 2003 denegó por improcedente la acción de tutela interpuesta por las ciudadanas Ofelia Amparo Quiroz Zapata y María Elena Bermúdez Ospina contra el Fondo Nacional de Ahorro.</p> <p>2. CONCEDIÓ la protección del derecho al debido proceso a las accionantes. En consecuencia ORDENÓ al Fondo Nacional de Ahorro, dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia informar a las actoras lo atinente a sus respectivos créditos, de tal manera que en esos informes puedan enterarse con claridad sobre los procedimientos de reliquidación de los mismos, su equivalencia en UVR, la razón de la ampliación del plazo, intereses y demás condiciones del crédito para que así</p>
--	--	--	--	---

			<p>además el respeto a la dignidad de la persona humana. Según el Fondo Nacional de Ahorro lo anterior se trataba sólo de una controversia de carácter contractual por el presunto incumplimiento de las cláusulas inicialmente convenidas.</p>	<p>se les garantice el derecho a la formulación de reclamos, a la interposición de recursos y al ejercicio de las acciones judiciales que consideren conducentes si fuere el caso según su criterio, conforme a lo establecido en el ordenamiento jurídico pertinente.</p> <p>3. DENEGÓ la protección solicitada al derecho al respeto a la dignidad humana.</p> <p>Las razones de la Corte para la decisión fueron:</p> <p>Al igual que se dijo en la sentencia T-822 de 18 de septiembre de 2003, con la conducta oficial del Fondo Nacional de Ahorro sufre afectación el principio de publicidad.</p> <p>La escueta información dada a los accionantes, no ha permitido la defensa adecuada, lo que significa, que en tales casos el Fondo Nacional de Ahorro ejerce indebidamente su posición dominante y ha colocado a los deudores en</p>
--	--	--	---	--

				<p>condiciones de indefensión y de imposibilidad para hacer valer sus derechos y reclamar, si es del caso, ante las autoridades competentes. Por ello, hay violación al debido proceso cuando no se cumplen las condiciones de información en un proceso de variación de los préstamos de vivienda.</p> <p>La situación de las ciudadanas Ofelia Amparo Quiroz Zapata y Maria Elena Bermúdez Ospina guarda inmensa similitud con la de los ciudadanos a los que se refiere la sentencia T-822 de 18 de septiembre de 2003, actores también contra el Fondo Nacional de Ahorro, por lo que lo dicho entonces ahora se reitera.</p> <p>Por la variación de las condiciones de los créditos de vivienda de las accionantes con el Fondo Nacional de Ahorro, se presenta una situación eminentemente contractual y pecuniaria, esto es</p>
--	--	--	--	--

				de carácter patrimonial, lo cual no alcanza a socavar la propia dignidad personal, no constituye ultraje al honor, ni se trata de un trato discriminatorio por razón de la propia individualidad de las actoras.
--	--	--	--	--

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRADO PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
De Tutela: T-793 de 2004	23 de Agosto de 2004	Jaime Araujo Renteria	Se hace revisión del fallo proferido por el Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá, en única instancia, dentro del trámite de la acción de tutela iniciada por Mauricio Eduardo Forero Silva en contra del Fondo Nacional del Ahorro.  El Fondo Nacional del Ahorro re-liquidó la deuda del demandante, originalmente adquirida en	Las decisiones en este fallo fueron las siguientes:  1. REANUDAR los términos suspendidos mediante auto de 19 de febrero de 2003.  2. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de septiembre de 2003, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Mauricio Eduardo Forero Silva contra el Fondo Nacional

			<p>pesos y ahora vigente en sistema UVR. Para hacerlo, invocó los artículos 1° y 17 de la ley 546 de 1999, la jurisprudencia contenida en la sentencia C-955 de 2000 y las Instrucciones de la Superintendencia Bancaria. Las normas citadas permiten que se adopte el sistema UVR o que se otorgue el crédito de vivienda en moneda legal colombiana. El Fondo Nacional del Ahorro optó por la UVR y el actor consideraba que debía continuarse con la denominación en pesos, porque de lo contrario se le causaría un perjuicio.</p>	<p>del Ahorro.</p> <p>En consecuencia CONCEDER el amparo solicitado por el actor y ORDENAR que se proceda de conformidad con éstas etapas:</p> <p>a) Que en el término de cinco (5) días el Fondo Nacional del Ahorro restablezca el crédito en pesos y en el plazo indicado, según lo pactado inicialmente con el actor.</p> <p>b) Una vez cumplido aquello, ORDENAR a la entidad demandada que, en el término de 15 días verifique si dicho crédito cumple o no con la prohibición de capitalización de intereses. En caso de que se constate que el crédito del actor resulta contrario a lo que se ha establecido por la Corte Constitucional en dicho sentido y con las normas legales vigentes, el Fondo Nacional</p>
--	--	--	--	---

			<p>del ahorro deberá dar, dentro del mismo plazo, al señor Forero Silva información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de dicha condición, de manera tal que éste conozca suficientemente cómo opera el crédito, la composición de las cuotas, el comportamiento del crédito y cual va a ser el procedimiento a seguir por parte del Fondo Nacional del ahorro para ajustar el crédito a la prohibición de capitalización de intereses.</p> <p>c) En el evento en que sea necesario, para ajustar a la jurisprudencia de ésta Corporación y a las Leyes dictadas para su cumplimiento actualmente vigentes, modificar las condiciones inicialmente pactadas del crédito en cuanto al plazo o monto de las cuotas que</p>
--	--	--	---

			<p>en pesos adquirió el señor Mauricio Forero Silva y que debe continuar en pesos, será necesario contar con el consentimiento o aquiescencia del señor Forero Silva y en caso de que éste no lo de, se mantendrán las condiciones inicialmente pactadas, pero el Fondo Nacional del Ahorro podrá acudir ante el Juez competente para dirimir la controversia contractual.</p> <p>Las consideraciones de la Corte para sustentar su fallo son entre otras las siguientes:</p> <p>Como Empresa Industrial y Comercial del Estado, el Fondo Nacional del Ahorro se sujeta a las normas de derecho privado en su actividad, salvo las excepciones consagradas por la Ley. El artículo 93 de la Ley 489 de 1998 señala en</p>
--	--	--	---

			<p>este sentido que los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Además precisa que los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales. En la de asignación de créditos con los particulares que están afiliados a él, el Fondo suscribe, pues, contratos de mutuo. Estos, se rigen, de acuerdo con la norma arriba citada, por los principios generales consagrados en los Códigos Civil y de Comercio y a la regulación específica para créditos de vivienda,</p>
--	--	--	---

				<p>contenida en la Ley 546 de 1999 y en las circulares externas 048 y 056 de 2000 de la Superintendencia Bancaria. Este tipo de relaciones contractuales, cuyo fin es realizar el mandato del artículo 51 de la Carta, son objeto de la intervención del Estado en grado superlativo<sup>196</sup>.</p> <p>Además, cabe indicar que aunque la actividad del Fondo Nacional del Ahorro se rige por las normas de derecho privado, no deja de ser parte integrante de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, perteneciente al Sector descentralizado por servicios. Por ello en su actividad debe tener en cuenta los principios constitucionales de la función administrativa, en particular los de igualdad, moralidad,</p>
--	--	--	--	--

<sup>196</sup> Ver Sentencia T-423/03. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

				<p>celeridad, economía, imparcialidad y buena fe.</p> <p>El carácter financiero del Fondo Nacional del Ahorro, hace que tenga una posición dominante frente a sus afiliados y, con mayor motivo aún, frente a quien ha adquirido con éste obligaciones patrimoniales derivadas de la adquisición de un crédito para vivienda. En este sentido este tipo de relaciones contractuales están caracterizadas por la asimetría del poder de negociación de las partes, teniendo como consecuencia que las entidades financieras se encuentran respecto de los usuarios de sus servicios en una clara posición de supremacía material, independientemente de que se trate de entidades</p>
--	--	--	--	--

				<p>públicas, mixtas o privadas.<sup>197</sup></p> <p>Para la Corte no hay duda de que la alteración unilateral de los términos contractuales causada por alguna de las partes, desconoce el principio de buena fe y el respeto a los actos propios, es decir el desconocimiento de la máxima según a nadie le es permitido ir en contra de sus propios actos, cuando no obedece a una conducta legítima.</p>
--	--	--	--	--

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRAD O PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
T-391 de	23 de Mayo de 2006	Humberto Antonio Sierra Porto	<p>El señor Noel Antonio Carrero Ruiz, presentó acción de tutela contra el Fondo Nacional del Ahorro con el objeto de que se ampararan sus derechos fundamentales al debido proceso y a la vivienda digna y el principio de buena fe.</p> <p>El actor considero que estos derechos se le violaban como consecuencia de la conversión a UVR efectuada sobre el</p>	<p>Las decisiones de este fallo fueron:</p> <p>1. REVOCAR la sentencia dictada por el Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá, el día 12 de diciembre de 2005, por la cual negó la tutela promovida por Noel Antonio Carrero Ruiz contra el Fondo Nacional del Ahorro y, en su lugar, CONCEDER la tutela de su derecho fundamental al</p>

<sup>197</sup> Ver Sentencia T-083/03 y C-134/94.

		<p>crédito de vivienda que inicialmente fue pactado en moneda legal colombiana y la subsiguiente modificación unilateral de las condiciones iniciales del contrato de mutuo suscrito entre él y la entidad accionada.</p>	<p>debido proceso.</p> <p>2. ORDENAR que se proceda de conformidad con estas etapas:</p> <p>a) Que en el término de cinco (5) días a partir de la notificación de la presente sentencia el Fondo Nacional del Ahorro restablezca el crédito en pesos y en el plazo indicado, según lo pactado inicialmente con el demandante.</p> <p>b) Una vez cumplido lo anterior, ordenar que el Fondo Nacional del Ahorro, dentro de los quince (15) días siguientes, suministre al señor Noel Antonio Carrero Ruiz información clara, completa y comprensible del estado del crédito y del comportamiento del mismo de llegarse a convenir en su modificación, con miras a adecuarlo a los lineamientos legales y jurisprudenciales en la materia.</p> <p>c) En el evento en que sea necesario modificar las condiciones inicialmente pactadas del crédito en cuanto al plazo o monto de las cuotas que en pesos adquirió el demandante y que debe continuar en pesos, será</p>
--	--	---	---

				<p>necesario contar con su consentimiento o aquiescencia, y, en caso contrario, se mantendrán las condiciones inicialmente pactadas, sin perjuicio de que el Fondo Nacional del Ahorro, pueda acudir ante el Juez competente para dirimir la controversia contractual.</p> <p>Las exposiciones de la Corte Constitucional en este proceso fueron:</p> <p>En diferentes pronunciamientos, la Corte Constitucional ha analizado casos en los cuales el Fondo Nacional del Ahorro ha efectuado modificaciones unilaterales sobre las condiciones de los créditos de vivienda. En estas situaciones, la Corte ha señalado que es violatorio del derecho al debido proceso, del principio de buena fe y de respeto a los actos propios, el cambio unilateral de las condiciones que realiza la entidad acreedora y sin la aprobación del deudor<sup>196</sup>.</p> <p>Con fundamento en la jurisprudencia constitucional, el</p>
--	--	--	--	---

<sup>196</sup> Ver sentencias T- 141 de 2003, T-822 de 2003, T-793 de 2004, T- 611 de 2005, T-626 de 2005, T-652 de 2005, T-207 de 2006.

				<p>principio de buena fe<sup>199</sup> permanece durante la existencia de la relación jurídica e incorpora la cláusula de respecto al acto propio, en virtud de la cual a nadie le es permitido ir en contra de sus propios actos cuando no obedece a una conducta legítima<sup>200</sup>. En virtud de estos postulados, la Corte Constitucional ha reconocido que es necesario proteger la confianza legítima de las personas que han adquirido créditos de vivienda, quienes establecieron relaciones contractuales con la convicción de que en principio no podrían ser modificados unilateralmente, los actos que formaron el negocio. La modificación unilateral de las condiciones pactadas inicialmente frente a las obligaciones crediticias provenientes del otorgamiento de un crédito de vivienda mediante un contrato de mutuo, vulnera el principio de buena fe y el respeto a los actos propios y con ello, viola el derecho fundamental al debido proceso de</p>
--	--	--	--	--

<sup>199</sup> C.P. art. 83 "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las actuaciones que aquéllos adelanten ante estas".

<sup>200</sup> Cfr. sentencia T-793 de 2004 Fundamento Jurídico 4.1.

				<p>quien se constituyó en deudor.</p> <p>Con el objetivo de garantizar el derecho al debido proceso legal de las personas usuarias de créditos de vivienda, las entidades financieras tienen la obligación de brindar información oportuna, completa y comprensible a los deudores que les permita oponerse al cambio de las condiciones inicialmente pactadas en sus créditos o manifestar su aprobación en relación con la modificación propuesta.</p>
--	--	--	--	--

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRADO PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
De Tutela: T-419 de 2006	26 de Mayo de 2006	Jaime Córdoba Triviño	<p>La señora Lucía Orjuela de Moncayo celebró contrato de mutuo con el Fondo Nacional de Ahorro en junio de 1991, el préstamo se pactó en pesos a un término de dieciocho años, correspondiente a 216 cuotas mensuales.</p> <p>De acuerdo con la accionante en julio de 2002, el Fondo Nacional de Ahorro le notificó, que en el marco de la Ley 546 de 1999 y la Circular 085 de 2000 de la Superintendencia Bancaria, se</p>	<p>En este fallo de revisión de tutela la Corte:</p> <p>1. REVOCÓ la decisión proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y en su lugar CONFIRMÓ la decisión proferida por el Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de Bogotá, en la acción de tutela promovida por Lucía Orjuela de Moncayo contra el Fondo Nacional de Ahorro. Las argumentaciones</p>

		<p>modificaba el plazo y el sistema de amortización de pesos a UVR.</p> <p>Para la actora, la modificación unilateral del contrato por parte del FNA constituye una violación de sus derechos al debido proceso, a la propiedad y a la vivienda digna; por lo que incoó una acción de tutela contra la entidad mencionada.</p>	<p>que empleó esta entidad para su decisión fueron:</p> <p>No basta con la notificación que hace la entidad financiera al deudor sobre el cambio de las condiciones del contrato de mutuo indicándole la redenominación del crédito, el nuevo sistema de amortización y la extensión de los plazos, pues la falta de consentimiento del deudor vulnera los principios de la buena fe y la confianza legítima, así como el derecho al debido proceso. En tal sentido, lo que corresponde a las entidades financieras, en atención al principio de publicidad, es informar con antelación, de forma clara, precisa y comprensible, al deudor sobre las modificaciones al contrato de mutuo que se hacen necesarias para adaptar el préstamo a las nuevas condiciones legales, con el propósito de que el deudor pueda presentar reclamos o recursos pertinentes e interactúe en la toma de la decisión.</p> <p>En caso de que no se cuente con la aceptación del</p>
--	--	--	--

				deudor para la realización de las modificaciones en el contrato de mutuo, la entidad financiera pueda acudir al juez competente para dirimir el conflicto contractual.
--	--	--	--	--

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRAD O PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
De Tutela: T-899 de 2006	03 de Noviembre de 2006	Jaime Córdoba Triviño	Se busca determinar si el Banco Gran ahorrador violó los derechos fundamentales al debido proceso y vivienda digna de la señora Bueno Mogollón al haber procedido a re liquidar y re denominar el crédito hipotecario que ésta había suscrito con el Banco Central Hipotecario y el cual se había pactado en pesos, cuando quiera que dicho cambio unilateral en las condiciones de la obligación financiera se hizo con el fin de ajustar dicha obligación a los lineamientos legales y constitucionales de la Ley 546 de 1999.	<p>1. REVOCAR la sentencia proferida el 31 de marzo de 2006, por el Juzgado Segundo de Familia de Bucaramanga. En su lugar, TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso de la señora Luz Marina Bueno Mogollón.</p> <p>2. ORDENAR al Banco Gran ahorrador en cumplimiento de los lineamientos jurisprudenciales lo siguiente:</p> <p>Dentro de los 5 días siguientes a la comunicación del fallo proceda a restablecer las condiciones originales del préstamo con garantía hipotecaria otorgado a la señora LUZ MARINA BUENO MOGOLLÓN, en moneda legal y por el plazo concedido inicialmente. Hecho lo anterior,</p>

				<p>dentro del término de 15 días debe examinar la entidad si el sistema de amortización restablecido contraviene o no las disposiciones legales o las decisiones de la Corte Constitucional sobre prohibición de capitalización de intereses, y en caso afirmativo proceda dentro de los 15 días siguientes, a brindar información clara, cierta, comprensible y oportuna a la deudora acerca de esa situación, poniéndole de presente como opera el crédito, la composición de las cuotas, el comportamiento del crédito, así como sobre el procedimiento que va a seguir la entidad accionada para ajustar el crédito a la prohibición de capitalización de intereses.</p> <p>Si de acuerdo con el estudio hecho por el Banco Gran ahorrador de conformidad con el numeral anterior, para adecuarse el crédito a la normatividad y sentencias señaladas se hace necesario ampliar el plazo de pago (cuotas) o incrementar el valor de las mensualidades inicialmente pactadas -que deben</p>
--	--	--	--	--

				<p>mantenerse en pesos y sin exceder el monto máximo que legalmente puede tener la cuota según los ingresos de la deudora-deberá contarse con el consentimiento de la obligada, y de no obtenerse, se respetarán las condiciones que se pactaron inicialmente, pudiendo la accionada acudir ante el juez competente para dirimir la controversia contractual.</p>
--	--	--	--	---

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRADO PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
De Tutela: T-141 de 2007	01 de Marzo de 2007	Nilson Pinilla Pinilla	La señora Ana Ruth Rojas Peña accionó al Fondo Nacional de Ahorro porque al parecer le vulneró sus derechos de igualdad, petición y a la vivienda digna por no concederle la reestructuración o refinanciación del crédito hipotecario a su cargo.	<p>Las decisiones que tomó la Corte Constitucional en esta sentencia son:</p> <p>1. CONFIRMÓ la sentencia de fecha 5 de octubre de 2006, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, que confirmó el fallo del 24 de agosto de 2006, dictado por el Juzgado Veinticuatro Civil del Circuito de Bogotá, denegando el amparo solicitado, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Ana Ruth Rojas Peña contra el Fondo Nacional de Ahorro.</p> <p>Sus consideraciones</p>

				<p>son:</p> <p>La buena fe implica la obligación de mantener en el futuro la palabra inicialmente comprometida, de cuyo cumplimiento depende en gran parte la seriedad del procedimiento, la credibilidad entre las partes y el efecto vinculante de los actos.</p> <p>La alteración unilateral de los términos contractuales causada por alguna de las partes, desconoce el principio de buena fe y el respeto a los actos propios.</p>
--	--	--	--	--

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRADO PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
De Tutela: T-276 de 2008	12 de Marzo de 2008	Rodrigo Escobar Gil	En este fallo se trata de establecer si el Fondo Nacional del Ahorro con la variación unilateral de las condiciones iniciales de un crédito hipotecario otorgado inicialmente en pesos y a un plazo de 15 años, y con cambiarlo a Unidades de Valor Real (UVR) y a un plazo mayor 30 años vulneró los derechos fundamentales invocados por el actor, en especial el debido proceso, así como los principios de buena fe y respeto por los actos propios, cuando la	Las decisiones que tomó la Corte son estas: 1. LEVANTAR la suspensión de términos que se había ordenado mediante Auto del doce de octubre de 2007, proferido por la Sala Cuarta de Revisión de esta Corporación. 2. REVOCAR el fallo del 26 de febrero de 2007, proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali, en sus numerales primero (literales a y b) y segundo, en su

			<p>variación de las condiciones iniciales, se realizó sin que mediara su consentimiento, y con la finalidad de adecuar la obligación adquirida, a la Ley 546 de 1999 y a las circulares de la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera.</p>	<p>lugar, TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso que le asiste al señor Eleazar Falla López, vulnerado, tanto por el Fondo Nacional del Ahorro al modificar unilateralmente las condiciones iniciales del crédito hipotecario a cargo del actor, como por el Juzgado veintiuno Civil Municipal de Cali, por indebida notificación del mandamiento de pago en el proceso ejecutivo que se le siguió.</p> <p>3. DEJAR SIN EFECTO la actuación judicial adelantada por el Juzgado Veintiuno Civil Municipal de Cali (Valle) dentro del proceso Ejecutivo Mixto de Menor Cuantía, instaurado por el Fondo Nacional del Ahorro contra Eleazar Falla López, a partir de las diligencias efectuadas para la notificación del Auto de Mandamiento Ejecutivo, incluyendo éstas.</p> <p>4. ORDENAR al Fondo Nacional del Ahorro, que si aún no lo ha hecho, proceda de la siguiente manera:</p> <p>a) Que en el término de cinco días a partir de la notificación de la sentencia el Fondo</p>
--	--	--	---	--

				<p>Nacional del Ahorro restablezca el crédito en pesos y en el plazo indicado, según lo pactado inicialmente con el demandante.</p> <p>b) Una vez cumplido lo anterior, ordenar que el Fondo Nacional del Ahorro, dentro de los quince días siguientes, suministre al señor Eleazar Falla López, información clara, completa y comprensible del estado del crédito y del comportamiento del mismo de llegarse a convenir en su modificación, con miras a adecuarlo a los lineamientos legales y jurisprudenciales en la materia.</p> <p>c) En el evento en que sea necesario modificar las condiciones inicialmente pactadas del crédito en cuanto al plazo o monto de las cuotas que en pesos adquirió el demandante y que debe continuar en pesos, será necesario contar con su consentimiento o aquiescencia, y, en caso contrario, se mantendrán las condiciones inicialmente pactadas, sin perjuicio de que el Fondo Nacional del Ahorro, pueda acudir ante el Juez</p>
--	--	--	--	--

			<p>competente para dirimir la controversia contractual</p> <p>5. ORDENAR al Juzgado Veintiuno Civil Municipal de Cali que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia, reponga la actuación declarada sin efecto, y realice la notificación en la dirección suministrada por el señor Falla López en su escrito del 10 de agosto de 2001, si no ha suministrado una nueva, y a disponer todo lo pertinente para el cumplimiento de la presente sentencia.</p> <p>6. Por Secretaría, devuélvase al Juzgado Veintiuno Civil Municipal de Cali el expediente original que contiene el proceso ejecutivo hipotecario mixto iniciado por el Fondo Nacional en contra de Eleazar Falla López y Rocío Cárdenas Santamaría.</p> <p>Estas fueron las consideraciones que tuvo en cuenta la Corte Constitucional:</p> <p>Con ocasión de la revisión de las decisiones de instancia proferidas por los jueces de tutela, en múltiples oportunidades, esta</p>
--	--	--	--

				<p>Corporación se ha pronunciado sobre la actuación del Fondo Nacional del Ahorro que en el marco de la Ley 546 de 1999 ha modificado unilateralmente las condiciones iniciales estipuladas en los contratos de mutuo<sup>201</sup>, para adquisición de vivienda, lo que ha permitido, consolidar la jurisprudencia aplicable cuando se presenten casos similares.</p> <p>Incorporado al principio de la buena fe, se encuentra el que nadie puede ir en contra de sus propios actos<sup>202</sup>; circunstancia que no solamente se contrae al nacimiento de la obligación, sino que sus efectos se despliegan en el tiempo hasta la extinción de la misma. Así, debe mantenerse en el futuro la palabra inicialmente comprometida, pues de su cumplimiento depende en gran medida la seriedad del procedimiento, la credibilidad entre las partes y el efecto vinculante de sus actos. De tal suerte que ante cambios inconsultos de las cláusulas contractuales por iniciativa de una de</p>
--	--	--	--	---

<sup>201</sup> Pueden consultarse las sentencias T-822/03; T-357/04; T-793/04; T-212/05; T-611/05; T-626/05; T-652/05; T-1092/05; y T-1250/05.

<sup>202</sup> Sentencia T-793 de 2004.

				<p>las partes, es necesario proteger la confianza legítima de las personas que han adquirido créditos de vivienda, en razón a su convicción de que, en principio, la relación contractual no podía ser modificada unilateralmente<sup>203</sup>. Lo indicado para las entidades financieras, en cumplimiento del principio de publicidad, es que informen al obligado con antelación, de forma clara, precisa y comprensible, sobre la variación de las condiciones iniciales del contrato de mutuo, que son necesarias para adaptar la obligación a las nuevas condiciones legales, para que de esta manera el deudor pueda manifestar su anuencia, o por el contrario oponerse a la decisión adoptada, presentando reclamos o los recursos a los que haya lugar, es decir, debe permitirle interactuar en la toma de la decisión.</p>
--	--	--	--	---

<sup>203</sup> Sentencias T-391 de 2006 y T-141 de 2007.

La Constitución Política Nacional Colombiana de 1.991 en su artículo 83 destaca que el principio de la buena fe se da en el ejercicio de nuestros actos y de nuestros derechos debemos proceder siempre de buena fe. La Ley positiva no contiene este principio de moral y de justicia; pero la jurisprudencia lo acepta, estableciendo que debe aplicarse a todos los casos en que pueda tener cabida el principio. Por su parte el Código Civil en su artículo 1603 consagra el postulado de la buena fe de la siguiente manera “los contratos deben ejecutarse de buena fe; y por consiguiente obligan no solo a lo que ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la Ley pertenecen a ella.” el legislador mercantil también lo considero adecuado, y así lo señala en el artículo 871, los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, y como consecuencia, obligaran no solo lo estipulado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponde a la naturaleza de los mismos. Abordando las controversias jurídicas tratadas en los nutridos pronunciamientos jurisprudenciales atinentes al Principio de la BUENA FE en materia mercantil, es incuestionable que quizás en esta área del derecho es donde éste se aplicado con mayor frecuencia, y así puede evidenciarse al repasar los textos de los diferentes fallos del Alto Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria en la que a debido acudirse necesariamente a este postulado para dirimir conflictos jurídico-legales entre las entidades del sector financiero y los deudores de créditos de vivienda a largo plazo, bajo el entendido de que los contratos se celebran fundados en la confianza, seguridad y honorabilidad de cada uno de los contratantes. En estas Sentencias se ha considerado que este medular principio comporta una doble frontera, en primer lugar, lo es una limitante al ejercicio de cualquier derecho subjetivo, por lo que previene el abuso del mismo, y en segundo lugar, linda el poder discrecional de la autoridad pública o privada, por lo que previene la desviación de poder. Entonces, sí se ha ocupado la máxima Colegiatura de amparar la Bona Fides comercial, pues que estimó que en un contrato bilateral, consensual, sinalagmático y conmutativo, no lo era dable motu proprio por uno de los contratantes el rompimiento de las condiciones regentes del convenio interpartes, como que así se asaltaba la Buena Fe de la otra parte, generalmente la más indefensa en la dinámica ejecución de la convención. Fuerza concluir que no ha sido ajena la jurisprudencia local a privilegiar esta fuente formal y subsidiaria de derecho en materia mercantil, en un loable esfuerzo por prebendar el contenido del artículo 871 del Código de Comercio, a cuyo tenor: “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”

**JURISPRUDENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD**

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRADO PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
De Unificación: SU-167 de 1999	17 de Marzo de 1999	Alejandro Martínez Caballero	<p>El señor Francisco Jairo Barreneche Gómez interpuso acción de tutela contra la sucursal Oviedo del Banco Santander, con sede en Medellín.</p> <p>A juicio del accionante, la cancelación unilateral de su contrato de cuenta de ahorros se origina por la inclusión de su nombre en un documento de gobierno extranjero destinado a combatir el delito de narcotráfico, lo cual implica una sanción, sin debido proceso, que transgrede el buen nombre y su derecho a la intimidad. Así mismo, considera que al igual que la terminación unilateral de su contrato laboral, el hecho de figurar en la mencionada lista coloca en riesgo la continuidad de la prestación del servicio de salud y de la relación comercial con CONAVI, que aún mantiene. Por su</p>	<p>La Corte resolvió:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. CONFIRMAR las sentencias proferidas el 2 de junio y primero de julio de 1998, por los Juzgados 34 Penal Municipal y 2 Penal del Circuito de Medellín, respectivamente, en cuanto negaron la protección de los derechos del señor Francisco Jairo Barreneche Gómez en relación con el Banco Santander.</li> <li>2. TUTELAR los derechos a la personalidad jurídica e igualdad del señor Francisco Jairo Barreneche Gómez. En consecuencia ORDENAR al Defensor del Pueblo, para que en un término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, inicie las gestiones necesarias para presentar las acciones pertinentes ante las autoridades judiciales o administrativas competentes de los Estados Unidos de América, destinadas a proteger los derechos del accionante, sin que él deba hacer erogación por ese aspecto.</li> </ol>

		<p>parte, los jueces constitucionales de instancia afirman que no existe transgresión de derecho fundamental alguno, como quiera que el accionado haga uso de la libertad contractual garantizada en nuestra legislación. Por consiguiente, en Colombia "nadie está obligado a vincularse comercialmente con otra persona".</p>	<p>3. ORDENAR al Ministerio de Relaciones Exteriores, para que colabore al Defensor del Pueblo en la defensa judicial o administrativa de los derechos del accionante, para ello deberá ejercitar las gestiones diplomáticas pertinentes ante el gobierno de los Estados Unidos de América.</p> <p>4. ADVERTIR a las entidades financieras colombianas y a la Cooperativa Médica del Valle y de profesionales de Colombia COOMEVA que la Orden Ejecutiva 12978 expedida por el Presidente de Estados Unidos de América Bill Clinton, no tiene efectos vinculantes en el Estado Colombiano, razón por la cual no es norma que deba aplicarse coercitivamente en nuestro país.</p> <p>5. COMUNICAR la sentencia al Defensor del Pueblo, al Ministerio de Relaciones Exteriores, al accionante, a la Cooperativa Médica del Valle y de profesionales de Colombia COOMEVA, y a la sucursal Oviedo en Medellín, del Banco Santander.</p> <p>Haciendo uso de la autonomía contractual, la entidad financiera accionada terminó el contrato de ahorro del peticionario, por cuanto figura en la denominada lista Clinton. Con</p>
--	--	---	--

			<p>relación a este tema, la Corte Constitucional manifestó que si bien los bancos gozan de autonomía negocial, la cual tiene sustento constitucional, aquella es mas restringida que la del resto de particulares, pues el carácter de interés público, la intervención del Estado en la actividad financiera, la exigencia de la democratización del crédito y la imposibilidad de que se restrinjan desproporcionadamente derechos fundamentales de los clientes, limitan en gran medida la autonomía del sector financiero.</p> <p>El sólo hecho de que una persona figure en la lista Clinton, sin que haya sido condenada o esté siendo investigada por delitos relacionados con el narcotráfico en Colombia, es una causal objetiva que autorice la imposibilidad de acceder al sistema financiero. No obstante, como se expresó en precedencia, el actor encuentra transgredido su derecho a la personalidad jurídica e igualdad para acceder al sistema financiero, lo cual se origina en un acto de gobierno extranjero que coloca al actor y a la banca colombiana.</p>
--	--	--	---

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRADO PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
De Tutela: T-1008 de 2005	05 de Octubre de 2005	Rodrigo Escobar Gil	El señor Carlos Andrés Botero Arias incoó acción de tutela contra INCOCRECITO por una presunta violación de sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y a la libre empresa garantizados por los artículos 29, 25 y 26 de la Constitución, en la que considera incurrió la entidad demandada, al imponerle de manera arbitraria una serie de medidas que lo tienen al borde de la quiebra.	<p>La Corte Constitucional decidió:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. LEVANTAR la suspensión de términos ordenada en el proceso.</li> <li>2. REVOCAR las Sentencia de septiembre 10 de 2004 proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Pereira, por medio de la cual se decidió denegar la protección solicitada por vía de tutela por el señor CARLOS ANDRÉS BOTERO ARIAS y en su lugar, RECHAZAR por improcedente la tutela impetrada.</li> </ol> <p>Para esta decisión la entidad expresó:</p> <p>Si bien los bancos gozan de autonomía negocial, la cual tiene sustento constitucional, aquella es más restringida que la del resto de particulares, pues el carácter de interés público, la intervención del Estado en la actividad financiera, la exigencia de la democratización del crédito y la imposibilidad de que se restrinjan desproporcionadamente derechos fundamentales de los clientes, limitan en gran medida la autonomía del sector financiero.<sup>204</sup></p> <p>Las relaciones bancarias se fundamentan en la confianza, razón por la cual, cuando por circunstancias objetivas, esa confianza se</p>

<sup>204</sup> Ver Sentencias SU-157 y SU-167 de 1999

				deteriora, no puede forzarse a las entidades financieras a iniciar o mantener una determinada relación contractual. De manera particular, cuando esa pérdida de confianza provenga de un incumplimiento del contrato, la entidad financiera, con base en las previsiones contractuales -que encuentran justificación en consideraciones de seguridad y de estabilidad del propio sistema financiero, puede optar por dar por terminado unilateralmente el respectivo contrato de servicios bancarios.
--	--	--	--	---

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRADO PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
De Tutela: T-329 de 2008	10 de Abril de 2008	Rodrigo Escobar Gil	<p>La sociedad Un Dólar Ltda., actuando a través del Representante Legal, interpuso acción de tutela contra el Banco Popular -Sucursal Pereira-, por estimar vulnerados sus derechos fundamentales al trabajo y a la igualdad.</p> <p>Dicha vulneración se origina en la negativa del Banco Popular -Sucursal Pereira-, de prestar el servicio financiero de cuenta corriente, bajo el argumento de que no le ha sido posible desarrollar a la entidad demandada las herramientas</p>	<p>La Corte tomó las siguientes decisiones:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. LEVANTAR la suspensión de términos ordenada en el proceso.</li> <li>2. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira el 5 de julio de 2006.</li> </ol> <p>La Corte consideró que:</p> <p>No permitirle a la empresa Un Dólar Ltda, la apertura de una cuenta corriente, implica un bloqueo financiero que vulnera sus derechos fundamentales y conlleva al cierre definitivo de la compañía, en la medida en que no cuenta con una autorización definitiva por parte de la DIAN para</p>

			<p>necesarias para supervisar los complejos movimientos del sector económico al que pertenecen las casas de cambio.</p>	<p>desarrollar la actividad como profesional de compra y venta de divisas al no cumplir con dicho requisito.</p> <p>No es posible sostener la tesis de la libertad absoluta de las entidades financieras para decidir en relación con el acceso de los usuarios a los servicios que prestan, pues ello equivaldría a negar el carácter público que reviste esta actividad y de paso, conllevaría al desconocimiento de los derechos fundamentales de los usuarios. De otro lado, tampoco resulta admisible permitir el acceso ilimitado, toda vez que se vulneraría la libertad contractual y la autonomía de la voluntad privada de la banca nacional y comprometería, además el interés público que subyace en la salvaguarda de la solvencia y solidez del sector financiero.</p>
--	--	--	---	--

La autonomía de la Voluntad es la facultad intrínseca de toda persona para autodeterminarse de manera libre, sin apremio para adoptar sus propias decisiones, esta íntimamente relacionada con el libre albedrío, lo que en modo alguno significa que por virtud de esta prerrogativa el sujeto de derecho pueda violentar la ley, el orden público o las buenas costumbres. En Colombia este principio ha sido manantial para el ejercicio de actos de naturaleza contractual - civil o comercial-, porque ha permitido que los interesados en cualesquier negocio jurídico contraigan derechos y obligaciones con libertad de estructuración mediante un acuerdo de voluntades espontaneo. Sin embargo, la autonomía de la voluntad ha sufrido y continúa sufriendo serios recortes, ya por motivos de interés social y aun de orden público, ya por empeño de tutela en amparo de los individuos y en guarda de la equidad. Ejemplo de ello es la prohibición de renunciar ciertas ventajas con que el legislador protege a obreros y empleados; las disposiciones que establecen acción rescisoria de la compraventa por lesión enorme, reducción de la pena excesiva en las obligaciones con clausula penal, etc., situaciones en las que aun contra la voluntad de las partes prima el imperio de la ley , la Corte es reiterativa al momento de defender los postulados en materia laboral, comercial y en general donde tengan aplicación.

**JURISPRUDENCIA SOBRE LOS PRINCIPIOS DE AUTONOMÍA DE LA  
VOLUNTAD Y BUENA FE**

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRADO PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
De Constitucionalidad: C-529 de 2000	10 de Mayo de 2000	Antonio Barrera Carbonell	La Corte Constitucional en este caso le hace revisión a la Ley 518 del 4 de agosto de 1999, "Por medio de la cual se aprueba la CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS", hecha en Viena el 11 de abril de 1980, en cumplimiento de lo dispuesto por el numeral 10 del artículo 241 de la Constitución Política.	<p>La Corte en esta sentencia:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. DECLARÓ EXEQUIBLE la "Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías", hecha en Viena el 11 de abril de 1980.</li> <li>2. DECLARÓ EXEQUIBLE la Ley 518 del 4 de agosto de 1999, por medio de la cual se aprobó la Convención referida en el numeral anterior.</li> <li>3. ORDENÓ que se comunicara la decisión a la Presidencia de la República, al Presidente del Congreso de la República y a los Ministros de Relaciones Exteriores y de Desarrollo Económico, para los fines contemplados en el artículo 241, numeral 10 de la Constitución Política.</li> </ol> <p>Según las consideraciones: La Convención no desconoce la autonomía de la voluntad privada, en la medida en que aquella no obstaculiza el derecho a la libertad que éstas tienen para contratar de acuerdo con los artículos 13, 16 y</p>

				<p>333 de la Carta Política. En tal virtud, es permitido que las partes que celebren el respectivo contrato puedan excluir, total o parcialmente, la aplicación de sus disposiciones, en forma tácita o expresa de conformidad con el artículo 6 del Instrumento internacional que se analiza.</p> <p>El ejercicio de la actividad mercantil que desarrollan los particulares con otros ciudadanos de Estados diferentes debe hacerse bajo el principio de la buena fe, tal como lo exige la Convención en su numeral 1º del artículo 7º. Dicho principio debe observarse no solamente en las relaciones contractuales o negociales; en las relaciones entre particulares y los Estado sino, igualmente, en las actuaciones procesales.</p>
TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRADO PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
De Constitución alidad: C-341 de 2006	03 de mayo de 2006	Jaime Araujo Rentería	En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Maximiliano Echeverri Marulanda presentó demanda contra el Art. 1389 del Código de Comercio.	DECLARAR EXEQUIBLE el Art. 1389 del Código de Comercio.  El análisis de la Corte se basó en lo siguiente: La autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los

				<p>límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación. En el ordenamiento jurídico colombiano, al igual que en muchos otros, la autonomía de la voluntad privada se mantiene como regla general, pero con restricciones o excepciones por causa del interés social o público y el respeto de los derechos fundamentales derivados de la dignidad humana.</p>
--	--	--	--	--

Se aprecia la irrenunciabilidad de otros derechos en las pensiones de invalidez sentencia C-556/94 del Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa donde regula lo relativo a la inembargabilidad de la pensión de invalidez. El sentido que fluye de la disposición acusada es que las prestaciones sociales son irrenunciables, lo cual está de acuerdo con el principio general de la irrenunciabilidad de los derechos laborales que son ciertos e indiscutibles. En consecuencia, cuando el trabajador ha adquirido el derecho, no puede renunciar a su beneficio. Este principio que ya estaba consagrado a nivel legal en la legislación laboral fue elevado a canon constitucional en 1991 en el artículo 53, el cual consagra entre los principios mínimos fundamentales que deben ser tenidos en cuenta en el Estatuto del Trabajo, que debe expedir el Congreso, el de la "irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas generales". La pensión de invalidez es inembargable en su totalidad; pero en cambio si son embargables las demás prestaciones así como los sueldos en la proporción señalada por la ley. En el caso mercantil se aplica una norma equivalente al art.1338 del código italiano de 1942<sup>205</sup> que impone un especial deber de información. La parte que conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato no hubiera dado noticia de ella a la otra parte, será obligada a resarcir a la otra parte el daño sufrido. Siendo aplicable en este caso también el principio de la voluntad y de la buena fe por cuanto en una de las dos partes no hay mala intención y si hay voluntad para el contrato, sin contar o prever que la otra no actúa de la misma manera en tal sentido la jurisprudencia Colombiana así mismo lo ha entendido y lo reitera en sus sentencias.

---

<sup>205</sup> ARRUBLA PAUCAR, Jaime Albert. Contratos Mercantiles Tomo I. Edición Dike 1988

**JURISPRUDENCIA SOBRE LOS PRINCIPIOS DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y FRAUDE A LA LEY**

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRADO PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
De Tutela: T-468 de 2003	05 de junio de 2003	Rodrigo Escobar Gil	El señor Manuel Salvador Grosso García, actuando en calidad de apoderado judicial de la Cooperativa Multiactiva de Empleados de Distribuidoras de Drogas (Copservir Ltda.), de conformidad con poder otorgado por el representante legal de dicho ente Cooperativo, señor Ricardo Calderón Ascanio, interpuso acción de tutela, el día 3 de julio de 2001, por estimar vulnerados los derechos fundamentales de Copservir Ltda., al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la libertad económica, a la igualdad, al buen nombre, a la libertad de empresa y al trabajo. Ello, como consecuencia de las acciones adelantadas por las entidades demandadas, quienes en aplicación de la adición a la Orden Ejecutiva No. 12.978 expedida por el Presidente de los Estados Unidos de América,	La Corte resolvió: 1. REVOCAR la Sentencia proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cali. 2. NEGAR la protección de los derechos fundamentales de Copservir Ltda., al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la igualdad de trato, a la libre iniciativa privada y a la libertad económica (por conexidad), en cuanto las dificultades de Copservir para acceder al sistema financiero obedecen a una causal objetiva no imputables a las instituciones demandadas, y en cuanto la Defensoría del Pueblo, en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores, ha venido asesorando a Copservir Ltda., en las actuaciones que ésta decidió adelantar directamente y por su propia cuenta ante las autoridades competentes de los Estados Unidos. 3. COMUNICAR la sentencia a la Superintendencia Bancaria, al Ministerio de Relaciones Exteriores, a la Asociación Bancaria de Colombia, a la

			<p>conocida con el nombre de "lista Clinton", procedieron a cancelar las cuentas corrientes, de ahorros y demás servicios financieros que le venían prestando al accionante y, además, a negarle cualquier vinculación financiera futura<sup>206</sup>.</p> <p>Así mismo, sostiene que ante la falta de acceso a los servicios financieros, la cooperativa se ha visto limitada en el cumplimiento de su objeto social y, en consecuencia, sometida a un serio y grave deterioro patrimonial.</p>	<p>Asociación Nacional de Industriales, al Defensor del Pueblo y a las entidades financieras accionadas, esto es, los Bancos de Bogotá, Bancolombia, Interbanco, Banco de Occidente, Bancafé, Granahorrar y Banco Agrario de Colombia.</p> <p>Los argumentos fueron:</p> <p>La Corte no tiene competencia para analizar y estudiar el contenido y la validez de la Orden Ejecutiva, pero sí para determinar la afectación de los derechos fundamentales de las personas, a partir de la producción de sus efectos o consecuencias al interior del país.</p> <p>A partir del análisis probatorio del expediente, la Sala pudo verificar que las entidades financieras accionadas apelaron a</p>
--	--	--	---	--

<sup>206</sup> La Orden Ejecutiva No.12.978 proferida por el Presidente de los Estados Unidos de América, titulada: "blocking assets and prohibiting transactions with significant narcotics traffickers", es una herramienta de control del gobierno americano para el tráfico de estupefacientes y el lavado de activos, que se dirige a prohibir cualquier tipo de transacción con importantes traficantes de narcóticos. Dicho documento señala nombres de personas naturales y razones o denominaciones sociales de personas jurídicas, vinculados presuntamente con los "carteles de la mafia", con el propósito de sancionar a quienes tengan cualquier tipo de relación económica y/o jurídica con ellos.

En efecto, el régimen de prohibiciones previsto en la Orden Ejecutiva No.12.978, establece la imposibilidad de celebrar: "(a) Cualquier transacción o negocio por personas de los Estados Unidos o dentro de los Estados Unidos con bienes o intereses en bienes de personas señaladas en o de acuerdo a esta Orden; (b) Cualquier transacción por cualquier persona de Estados Unidos o dentro de los Estados Unidos que evada o evite, o tenga en propósito evadir o evitar, o intentar violar, cualquiera de las prohibiciones expuesta en esta Orden".

Las personas señaladas en dicha Orden son: " (a) Las personas foráneas que se relacionan en el anexo de esta Orden; (b) las personas foráneas señaladas por la Secretaría de Hacienda, de acuerdo con el Procurador General y el Secretario de Estado: (i) Que jueguen un papel significativo en el tráfico de estupefaciente concentrado en Colombia; o (ii) Que ayuden materialmente en, o que suministren ayuda financiera o tecnológica para artículos o servicios en beneficio de las personas en actividades de narcotráfico señaladas en, o, de acuerdo, a esta Orden; y (c) Las personas señaladas por la Secretaría de Hacienda, en consulta con el Procurador General y el Secretario de Estado, que vayan a tener posesión o control de, o actuar para o a favor de personas señaladas en o de acuerdo a esta Orden". (Folio 1095 del Cuaderno 6).

			<p>la autonomía de la voluntad privada para dar por terminada su relación contractual.</p> <p>Se han establecido mecanismos de control para el acceso a los servicios financieros, con el objeto de conocer adecuadamente la actividad económica que desarrollan sus clientes o usuarios. Dichos mecanismos se encuentran catalogados por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea en las reglas de conocimiento del cliente, las cuales se resumen en cuatro categorías:</p> <p>a) Riesgos de reputación: Consistentes en la publicidad negativa que puede afectar la confianza de los depositantes, como resultado de la ejecución de prácticas anormales o de la utilización de las entidades financieras como medios para la realización de actividades ilegales por parte de sus clientes.</p> <p>b) Riesgos operativos: Relacionados con la violación a los procedimientos de control y de debida diligencia previstos en la ley y desarrollados por las autoridades de control, los cuales pueden involucrar una afectación o alteración al ejercicio corriente</p>
--	--	--	--

				<p>de sus operaciones financieras activas, pasivas o neutras.</p> <p>c) Riesgos legales: Aquellos vinculados con los posibles multas, responsabilidades penales y sanciones administrativas impuestas por las autoridades de control, como consecuencia de la ausencia de la debida diligencia en el momento de identificar clientes y en la prestación corriente de sus servicios.</p> <p>d) Riesgos de concentración: Destinados a controlar la concentración indebida del crédito, es decir, tienen como propósito evitar la violación a los cupos individuales de crédito<sup>207</sup> o su asignación a un prestatario único o a un grupo de prestatarios relacionados. Su fundamento constitucional se encuentra en la obligación de democratizar el crédito, de conformidad con el artículo 335 Superior. En Colombia, el control a los citados riesgos se encuentra</p>
--	--	--	--	--

<sup>207</sup> Al respecto, se puede consultar el artículo 315 de la Ley 599 de 2000, referente al delito denominado: "Operaciones no autorizadas con accionistas o asociados".

				<p>regulado en: el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; la Circular Externa 046 de 2002 de la Superintendencia Bancaria; la Ley 526 de 1999 y en el Decreto 1497 de 2002.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• En las disposiciones mencionadas, se plasman normas relacionadas con el conocimiento del cliente, la determinación de los parámetros para evaluar los movimientos de los usuarios y, en general, el conocimiento del mercado, con el objeto de detectar las operaciones inusuales o sospechosas que puedan configurar la práctica o realización de una conducta delictiva.</li> </ul>
--	--	--	--	---

Hemos hablado de la voluntad y la buena fe, pero cuando el caso es el contrario y es utilizada la voluntad pero no hay intención de buena fe, nos encontramos con la figura del fraude a la ley, la cual se da en variados campos del derecho, por ejemplo, en los contratos realizados con intención maliciosa en los que tras la apariencia de legalidad se busca defraudar la ley en pro de obtener un fin ilícito, que altera los puntos de conexión y que busca así, conseguir la aplicación de otra ley que le asegure el logro de un resultado más favorable a su pretensión admite la existencia de actos que respetan el texto legal pero eluden su aplicación y controvierten su finalidad. La intención de quien realiza el acto es dolosa pues viola la ley persiguiendo un propósito ilícito. En la parte Civil ocurre en ciertas ocasiones una transformación a la realidad cuando se realiza un fraude con el fin de

confundir a un tercero utilizando maniobras con los que el deudor quiere frustrar las acciones legales de sus acreedores con algunas figuras establecidas en el Código de Comercio en sus artículos 2489 a 2491 dando mal uso a estas figuras establecidas como lo es la Acción Pauliana, que busca distraer los bienes del deudor para colocarlo en situación de insolvencia en detrimento de los acreedores, para cuya finalidad se recurre a simulaciones, y todo tipo de artimañas jurídicas.

#### JURISPRUDENCIA SOBRE LOS PRINCIPIOS DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRADO PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
De Tutela: T-520 de 2003	26 de junio de 2003	Rodrigo Escobar Gil	<p>El señor Jurgen Huelsz solicita la protección de sus derechos a la vida en condiciones dignas, a la protección del Estado en condiciones de igualdad, a la protección integral a la familia, y a la solidaridad.</p> <p>Para el demandante la decisión de los bancos demandados vulnera sus derechos fundamentales, - en particular el derecho a la solidaridad- en la medida en que, pese a las solicitudes hechas por su esposa,</p>	<p>La Corte decidió:</p> <p>CONCEDER la protección de los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad del demandante. En consecuencia, REVOCAR las sentencias de instancia, proferidas por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá y por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, respectivamente.</p> <p>2. Continuar con la suspensión del proceso ejecutivo iniciado por el Banco de Bogotá, en contra de la Sociedad Servicio Avenida Caracas Madsen y Huelsz Ltda., Christian Madsen, y Jurgen Huelsz, y que cursa en el Juzgado Trece Civil del Circuito y del proceso ejecutivo</p>

		<p>estos se negaron a refinanciar sus deudas, y por el contrario, procedieron a iniciar sendos procesos ejecutivos en su contra. Sostiene además que el Estado, y específicamente la Superintendencia Bancaria y los juzgados demandados, les vulneraron a él y a su familia el derecho a la protección del Estado. En su parecer, además de no haber garantizado su seguridad, el Estado no intervino para impedir que los bancos demandados iniciaran el cobro de las deudas. Agrega que las entidades estatales han debido enterarse de su secuestro con ocasión del ejercicio de sus funciones. Finalmente dice que si el Estado protege a los funcionarios públicos y empleados privados que han sido secuestrados, ordenando el pago de los salarios a sus familias, resulta violatorio del derecho a la</p>	<p>iniciado por el Banco BBVA - Ganadero, en contra de la Sociedad Servicio Avenida Caracas Madsen y Huelsz Ltda., Christian Madsen, Jurgen Huelsz y Soledad del Rosario Núñez, y que cursa en el Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de Bogotá, por el término de un mes contado a partir de la notificación de la sentencia.</p> <p>3. Al finalizar el plazo de un mes establecido en el numeral anterior, las partes deberán haber novado los contratos inicialmente suscritos, y haber llegado a un nuevo acuerdo en relación con las cuotas de los préstamos exigibles desde el momento en que el demandante fue secuestrado hasta la notificación de la presente sentencia.</p> <p>4. El acuerdo se llevará a cabo de conformidad con lo siguiente:</p> <p>4.1 Los intereses remuneratorios causados desde el secuestro hasta el mes siguiente a la notificación de la sentencia, deberán calcularse teniendo en cuenta las circunstancias del demandante y sus posibilidades de recuperación económica. En caso de que las partes no lleguen a acuerdos en relación con los intereses</p>
--	--	--	---

			<p>igualdad que no se otorgue protección a quienes realizan actividades por cuenta propia.</p>	<p>remuneratorios, las entidades bancarias tendrán derecho a cobrar los intereses corrientes bancarios correspondientes a este período, según las respectivas certificaciones expedidas por la Superintendencia Bancaria.</p> <p>4.2 El Banco de Bogotá y el Banco BBVA - Ganadero, no pueden cobrar anticipadamente la totalidad de la deuda, mediante el uso de las cláusulas aceleratorias pactadas en los contratos que suscribieron con el demandante. En esa medida, en todo caso, las cuotas que debieron haberse pagado durante el secuestro, durante la readaptación y hasta un mes después de la notificación de la presente Sentencia, deberán continuarse cancelando en períodos iguales a los que inicialmente se habían pactado en el contrato.</p> <p>4.3 Las entidades bancarias demandadas no tienen derecho a exigir al demandante o a los demás obligados, los intereses moratorios a que hubiere lugar por el incumplimiento en el pago de las cuotas de los contratos de mutuo celebrados, durante el período en que el demandante estuvo secuestrado y hasta el mes siguiente a la</p>
--	--	--	--	--

				<p>notificación de la sentencia.</p> <p>4.4 Los intereses moratorios que eventualmente hayan sido causados con anterioridad al secuestro deberán pagarse en la forma convenida por las partes y en su defecto de conformidad con el máximo permitido por la ley. En esa medida, en el evento de haber mora anterior al secuestro, los intereses moratorios adeudados serán aquellos que se causen sobre las cuotas que eran exigibles y que no habían sido pagadas antes del secuestro. Empero, durante el tiempo del secuestro y hasta el mes siguiente a la notificación de la presente sentencia, no se causarán intereses moratorios.</p> <p>4.5 Las entidades bancarias demandadas no tienen derecho de cobrar los honorarios de abogados y demás gastos y costas a que haya lugar en razón del cobro judicial o extrajudicial de las deudas durante el tiempo anterior del secuestro del señor Jurgen Huelsz.</p> <p>5. Al final del término del mes para llevar a cabo los nuevos acuerdos, el demandante debe suscribir nuevamente los pagarés y demás títulos valores que se habían suscrito en las relaciones contractuales iniciales, y</p>
--	--	--	--	--

				<p>otorgar las hipotecas y demás garantías reales y personales.</p> <p>6. Al finalizar el término de un mes, una vez se haya verificado la novación de los contratos, y que el demandante ha otorgado las garantías contempladas en el numeral anterior, los jueces de conocimiento de los respectivos procesos deberán levantar la suspensión del proceso ejecutivo iniciado por el Banco de Bogotá, en contra de la Sociedad Servicio Avenida Caracas Madsen y Huelsz Ltda., Christian Madsen, y Jorgen Huelsz, y que cursa en el Juzgado Trece Civil del Circuito y del proceso ejecutivo iniciado por el Banco BBVA - Ganadero, en contra de la Sociedad Servicio Avenida Caracas Madsen y Huelsz Ltda., Christian Madsen, Jorgen Huelsz y Soledad del Rosario Núñez, y que cursa en el Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de Bogotá</p> <p>7. Levantada la suspensión del respectivo proceso, el Banco de Bogotá, deberá solicitar en virtud del presente acuerdo al Juez Trece Civil del Circuito de Bogotá la terminación anticipada del proceso ejecutivo mixto iniciado contra de la Sociedad Servicio Avenida Caracas Madsen y Huelsz Ltda.,</p>
--	--	--	--	--

				<p>Christian Madsen, y Jorgen Huelsz, y que cursa en el respectivo juzgado. Igualmente una vez cumplida la anterior condición en lo respectivo, el Banco BBVA - Ganadero, deberá solicitar al Juez Treinta y Uno Civil del Circuito la terminación anticipada del proceso ejecutivo mixto iniciado contra de la Sociedad Servicio Avenida Caracas Madsen y Huelsz Ltda., Christian Madsen, Jorgen Huelsz y Soledad del Rosario Núñez, y que cursa en el Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de Bogotá.</p> <p>8. ORDENAR a la Superintendencia Bancaria que ponga en conocimiento la presente Sentencia a todas las entidades bancarias sujetas a su inspección vigilancia y control, sin que ello signifique reconocerle efectos inter-partes.</p> <p>9. ORDENAR que, por intermedio de la Secretaría General de esta Corporación, la presente Sentencia se comuniquen al presidente del Senado de la República, al presidente de la Cámara de Representantes, al Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, a la Asociación de Entidades Bancarias -Asobancaria-, a la Asociación Nacional</p>
--	--	--	--	---

				<p>de Instituciones Financieras –ANIF-, al Instituto Colombiano de Corporaciones de Ahorro y Vivienda –ICAV-, y a la Asociación Nacional de Ahorradores del Sistema Upac –ANUPAC-, para la mejor difusión de la sentencia.</p> <p>La Corte se refirió en los siguientes términos:</p> <p>La incidencia de una mayor cantidad de sectores y actividades económicas sobre la realización de los fines del Estado supone una ampliación del interés público, ante la cual el concepto de servicio público cumple una función de vital importancia. Este concepto permite que el Estado regule tales actividades, otorgándoles a las personas que las ejercen una serie de derechos, facultades y prerrogativas, y permite que a la vez ejerza sobre ellos la vigilancia, inspección y control, necesarios para garantizar el cumplimiento de sus finalidades sociales. En esa medida, el aumento de la complejidad social y la creciente interdependencia entre actividades económicas y finalidades estatales, hacen que cada vez sean más las actividades privadas que interesan al Estado, y a las cuales éste les da un carácter</p>
--	--	--	--	---

				<p>institucional, clasificándolos jurídicamente como servicios públicos.</p> <p>En la legislación comercial no se establecen explícitamente las consecuencias jurídicas de la fuerza mayor y el caso fortuito. Sin embargo, según el artículo 2º del Código de Comercio, las reglas de la legislación civil deben aplicarse a las cuestiones comerciales cuando la legislación mercantil no pueda aplicarse. Así mismo, en materia de obligaciones, el artículo 822 establece que "los principios que gobiernan la formación de actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa."</p> <p>Resulta irrazonable someter a las personas que han sido secuestradas al deber probatorio, propio del derecho ordinario, de demostrar la imprevisibilidad e irresistibilidad de su secuestro, así como su relación causal con el incumplimiento. Ello significaría, en la práctica, la ineficacia del proceso de la justicia ordinaria –en este caso el proceso ejecutivo-, como medio de</p>
--	--	--	--	--

				<p>defensa judicial, por la imposibilidad fáctica de cumplir con las exigencias propias del estándar probatorio impuesto. Por lo tanto, no puede un juez afirmar que la tutela en estos casos resulta improcedente por existir otro medio de defensa judicial.</p> <p>El deber de solidaridad, en sí mismo, no constituye un límite a la autonomía privada.</p>
--	--	--	--	---

El derecho señala en lo relativo a los fundamentos de la teoría de la imprevisión que los contratos deben cumplirse, las partes deben ser fieles al contrato dice el conocido postulado, sin embargo esta definición parece no tener en cuenta las perturbaciones en la vida social y económica, razón por la cual ha dado lugar al surgimiento de la denominada teoría de la imprevisión donde es pertinente resaltar su aplicabilidad en Colombia un claro ejemplo se dio en el año 2.000 en la inclusión de esta teoría cuando, se abrió una nueva brecha al dar una posibilidad a los usuarios de los créditos hipotecarios, que cancelaban obligaciones con las tasas vigentes del UPAC Y DTF donde sus obligaciones eran tan altas que pagaban 3,5 o hasta 5 veces el valor de sus créditos las sentencias C-955 de 2000 M.P José Gregorio Hernández y en la sentencia T- 276 de 2008 del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, dan un giro importante en el sector financiero y auxilia a los usuarios que se encontraban desesperados por no poder cumplir sus compromisos financieros y ofrece otras posibilidades mucho más justas para todos, re liquidando sus préstamos, a partir de ahí esta jurisprudencia sirvió no solo en ese momento sino que ha servido en otras circunstancias que sean similar aplicabilidad.

## JURISPRUDENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRADO PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
A.1.2.1.1 De Tutela: T-1130 de 2003	28 de noviembre de 2003	Jaime Córdoba Triviño	<p>Se revisan los fallos dictados por el Juzgado Promiscuo Municipal de Uribia (Guajira) y el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Riohacha (Guajira) que resolvieron las acciones de tutela instauradas por Esteban Iguarán González, Carlos Sosa Castro, César Torres Rincón, Edgar Torres Rincón, Alfredo Manjarrés Gaviria, Jhon Jaime Parías Espinosa, Ertis Antonio Rodríguez Chávez y José Héctor Murillo Asprilla contra la Dirección Local de Impuestos y Aduanas Nacionales de Riohacha (Guajira).</p> <p>Los accionantes argumentan, en términos generales, que la incautación de las mercancías efectuada por la DIAN – Riohacha vulneró su derecho al debido proceso, ello debido a que desconocían las normas aduaneras de la ZREA y, por lo tanto, el ingreso y traslado de los bienes fue</p>	<p>La decisión tomada en este fallo fue:</p> <p>1. REVOCAR la sentencia proferida el 24 de junio de 2003 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Riohacha (Guajira) y, en su lugar, CONFIRMAR, exclusivamente por las razones expuestas en el fallo, la decisión del 21 de mayo de 2003 emitida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Uribia (Guajira) que negó el amparo de los derechos invocados en las acciones de tutela instauradas por Esteban Iguarán González, Carlos Sosa Castro, César Torres Rincón, Edgar Torres Rincón, Alfredo Manjarrés Gaviria, Jhon Jaime Parías Espinosa, Ertis Antonio Rodríguez Chávez y José Héctor Murillo Asprilla contra la Dirección Local de Impuestos y Aduanas Nacionales de Riohacha (Guajira).</p> <p>Las consideraciones de la Corte fueron entre otras: En definitiva, la operatividad del mandato de reconocimiento al que se ha hecho referencia exige, como primer paso, la comprobación de la existencia cierta de una comunidad diferenciada, según los criterios de identificación antes citados y relacionados</p>

			<p>realizado bajo el amparo de la buena fe.</p> <p>Esta tesis es compartida por el juez de segunda instancia, quien considera que los comportamientos efectuados por los actores hacen parte de las costumbres propias de la etnia guajira, y que, por ello, la actuación de la entidad accionada ignoraba las especiales condiciones de las personas a quienes les fueron decomisados los bienes, quienes efectuaron las operaciones de comercio fundados en el principio de la buena fe.</p>	<p>con la verificación de un vínculo comunitario basado en la tradición y un sistema particular de valores.</p> <p>El respeto al precedente es presupuesto necesario para garantizar la seguridad jurídica, postulado que permite la estabilidad de la actividad judicial, permitiendo con ello que los asociados tengan cierto nivel de previsibilidad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico y, de este modo se asegure la vigencia de un orden justo.<sup>208</sup> La realización del principio de seguridad jurídica, además, está relacionada con la buena fe (Art. 83 C.P.) y la confianza legítima, en el entendido que las razones que llevan a los jueces a motivar sus fallos determinan el contorno del contenido de los derechos y las obligaciones de las personas, la forma de resolución de las tensiones entre los mismos y el alcance de los contenidos normativos respecto a situaciones de hecho específicas, criterios que hacen concluir que la observancia del precedente jurisprudencial constituye un parámetro válido para efectuar un ejercicio de control sobre la racionalidad de la decisión judicial.</p>
--	--	--	--	---

<sup>208</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-836/01, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Fundamento jurídico No. 9.

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRAD O PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
De Tutela: T-170 de 2005	25 de febrero de 2005	Jaime Córdoba Triviño	<p>Betsi Solandy Sierra Rojas instauró acción de tutela contra el Banco Comercial y de Ahorros CONAVI, la Compañía Suramericana de Seguros y el Juzgado 37 Civil Municipal de Bogotá, indicando que se le vulneraron sus derechos al debido proceso, a la salud y a la vida, entre otros.</p> <p>Lo anterior en razón a que no tuvo oportunidad para defenderse en la ejecución de un proceso en su contra porque el juez no fue enterado por la apoderada de la entidad demandante de la enfermedad que la afectaba.</p>	<p>La Corte Constitucional:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. TUTELÓ los derechos fundamentales a la igualdad y a la dignidad humana de Betsi Solandy Sierra Rojas y Ricardo López Camacho y REVOCÓ las sentencias dictadas anteriormente.</li> <li>2. ORDENÓ que por sesenta días, continuara la suspensión del proceso ejecutivo adelantado por CONAVI contra Betsi Solandy Sierra Rojas y Ricardo López Camacho.</li> <li>3. ORDENÓ a CONAVI que en el término de sesenta días, refinanciara el crédito hipotecario otorgado a los deudores, tomando en consideración las circunstancias de debilidad manifiesta en que se hallaban.</li> <li>4. ORDENÓ que al vencimiento del término concedido para la refinanciación del crédito, CONAVI rindiera a la Sala de Revisión un informe detallado sobre las condiciones de refinanciación de la deuda acordadas con la actora y su compañero.</li> <li>5. ORDENÓ CUMPLIR lo dispuesto en el</li> </ol>

				<p>artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.</p> <p>La Corte en sus razones expuso lo siguiente:</p> <p>Los particulares que prestan un servicio público se hallan vinculados por el principio de solidaridad y el desconocimiento de éste puede generar la vulneración de derechos fundamentales.</p> <p>Independientemente de que se trate de una entidad pública o privada, la tutela procede cuando la entidad preste un servicio público.</p> <p>La actividad financiera es un servicio público por excelencia no sólo en razón de la función social que a través de ella se cumple, del interés público que es inherente a ella y de la regulación que de ella hace la Carta en el marco de los servicios públicos; sino también porque así lo ha reconocido la legislación y lo ha aceptado también la jurisprudencia.</p> <p>El principio de buena fe al exigir a los servidores públicos y a los particulares, el compromiso de obrar honestamente en el marco de unas relaciones de confianza mutua y con estricta sujeción al orden jurídico, impuso la reformulación de la posición que unos y</p>
--	--	--	--	--

				<p>otros observaban en sus relaciones cotidianas a partir de la configuración de derechos y deberes correlativos.</p> <p>La procedencia del amparo constitucional por la vulneración de derechos fundamentales derivada del incumplimiento del principio de buena fe y del deber de solidaridad.</p>
--	--	--	--	--

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRAD O PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
De Constitución alidad: C-277 de 2006	05 de abril de 2006	Humberto Antonio Sierra Porto	<p>Se analiza si la obligación de los comerciantes de renovar cada año el registro de matrícula mercantil resulta desproporcionada y es contraria al principio de la buena fe.</p> <p>Las razones en que se sustenta esta afirmación consisten en que cuando las empresas no sufren modificaciones que alteren la información contenida en el registro de matrícula mercantil, deben a pesar de ello realizar el trámite de la renovación y pagar el costo respectivo. Lo cual no reporta ningún beneficio ni</p>	<p>Declarar EXEQUIBLE, por el cargo analizado en relación con el principio de buena fe, las expresiones “La matrícula se renovará anualmente, dentro de los tres primeros meses de cada año” contenidas en el artículo 33 del Código de Comercio.</p> <p>La facultad de intervención del Estado en la economía se presenta como la principal herramienta mediante la que éste ejerce la dirección y control de aquella. Para esto, la organización de quienes participan en el intercambio comercial proporciona al Estado las condiciones necesarias para dirigir y controlar de modo efectivo la actividad económica. De ahí que para esta Corporación resulte claro que sin un instrumento</p>

			<p>a las Cámaras de Comercio ni a las empresas mismas, pues dicha renovación se convierte en una reiteración de la información con la que ya cuentan las mencionadas Cámaras de Comercio.</p>	<p>que provea la organización de las empresas, no se pueda hablar de un escenario adecuado para ejercer la intervención eficaz que la Constitución prescribe a cargo del Estado, en la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o prestación de servicios. Esto es, en la actividad mercantil que por excelencia la desarrollan las empresas por medio de actividades económicas organizadas.</p>
--	--	--	---	--

<p>B De Tutela: T-358 de 2008</p>	<p>17 de abril de 2008</p>	<p>Nilson Pinilla Pinilla</p>	<p>La Corte Constitucional revisó el fallo dictado por el Juzgado Segundo de Familia de Neiva, dentro de la acción de tutela instaurada por Oscar Orlando García Díaz, contra el Banco Agrario de Colombia, sucursal Neiva.</p> <p>El actor expresó que se le estaban vulnerando algunos derechos fundamentales, el principio de la buena fe y el deber de solidaridad, porque una entidad bancaria promovió un proceso ejecutivo en su contra en calidad de deudor de un crédito, sin tener en cuenta su condición especial de desplazado.</p>	<p>La Corte Constitucional:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. REVOCÓ el fallo proferido por el Juzgado Segundo de Familia de Neiva en septiembre 3 de 2007, que denegó la acción de tutela instaurada por Oscar Orlando García Díaz contra el Banco Agrario de Colombia, sucursal Neiva, y en su lugar la CONCEDIÓ, en atención a los principios de solidaridad y buena fe y como protección al habeas data.</li> <li>2. ORDENÓ al Banco Agrario de Colombia, sucursal Neiva, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la providencia, planteara y acordara con el accionante Oscar nuevas opciones reales para el pago de su deuda, teniendo en cuenta su condición de desplazado y dentro de las alternativas mencionadas en la parte motiva de la providencia.</li> <li>3. ORDENÓ al Banco Agrario de Colombia, que en un término de cuarenta y ocho horas desde la notificación del fallo solicitara la terminación del proceso ejecutivo en contra del señor Oscar Orlando García Díaz.</li> <li>4. ORDENÓ al Banco Agrario, que en caso de que se hubiere realizado anotación negativa al actor debido al incumplimiento del crédito, en el término de cuarenta y ocho horas</li> </ol>
-----------------------------------	----------------------------	-------------------------------	---	---

				<p>contadas a partir de la notificación del fallo, gestionara lo necesario para que se excluyeran. La Corte expuso las siguientes razones:</p> <p>Uno de los fundamentos y deberes inmanentes del estado social de derecho es la solidaridad, consagrada en la Constitución Política desde sus más fundamentales principios; así mismo dice la Corte que la solidaridad es un deber-derecho que corre a cargo de cada miembro de la comunidad.</p> <p>La solidaridad como principio fundante del Estado Social de Derecho, se encuentra al lado del respeto a la dignidad humana, el trabajo y la prevalencia del interés general.</p> <p>En el artículo 83 de la Constitución está consagrado el principio de buena fe que es la probidad, transparencia, respeto, lealtad y solidaridad que en todo momento han de poner en práctica los asociados en el desempeño de sus deberes y derechos, y que exige a los particulares y a las autoridades públicas actuar correctamente, en el marco de unas relaciones de confianza mutua y para garantizar la convivencia pacífica.</p> <p>La buena fe se presume en todas las gestiones que los particulares</p>
--	--	--	--	--

				adelanten ante las autoridades públicas.  El principio de buena fe también impone deberes a los particulares.
--	--	--	--	---

El Principio de la Buena fe el cual se encuentra establecido en el artículo. 83 de la Constitución Política Nacional Colombiana. En el ejercicio de nuestros actos y de nuestros derechos debemos proceder siempre de buena fe. La Ley positiva no contiene este principio de moral y de justicia; pero la jurisprudencia lo acepta, estableciendo que debe aplicarse a todos los casos en que pueda tener cabida el principio. La buena fe simple exige tan solo Conciencia, mientras que la buena fe cualificada exige conciencia y certeza. En la sentencia 1288 de 2000 del magistrado ponente Fabio Morón Díaz se aplica la buena fe y conciencia. La sentencia manifiesta que las instituciones universitarias no pueden dictar reglamentos con efectos retroactivos o aplicar las normas contenidas en nuevos reglamentos a situaciones que han quedado definidas o consolidadas bajo un régimen normativo anterior. Si de hecho lo hacen, violan los arts. 58 y 83 de la Constitución Política Nacional que consagran el respeto por los derechos adquiridos, el principio de la buena fe, y la confianza legítima o debida, íntimamente vinculada a éste, cuyo contenido y alcance ha sido precisado varias veces por la Corte Constitucional.

**JURISPRUDENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA**

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRADO PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
De Tutela: T-219 de 1995	17 de mayo de 1995	Eduardo Cifuentes Muñoz	<p>La señora Amparo Ocampo Vargas interpuso acción de tutela contra el Banco Cafetero, para que se le ordene la devolución del dinero erróneamente consignado en una cuenta corriente diferente a la suya; la accionante dice que la omisión de la entidad en verificar el nombre de la cliente que inadvertidamente utilizó un formulario de consignación inadecuado, le ocasionó una disminución patrimonial.</p>	<p>La Corte decidió CONFIRMAR la sentencia del 23 de enero de 1995, proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Penal Municipal.</p> <p>Según esta entidad:</p> <p>Para que haya enriquecimiento sin causa se requiere que un patrimonio reciba un aumento a expensas de otro, sin una causa que lo justifique. Son tres, entonces, los requisitos que a su juicio deben probarse para que se declare la existencia de un enriquecimiento de esta índole y se ordene la devolución de los bienes correspondientes: 1) un enriquecimiento o aumento de un patrimonio; 2) un empobrecimiento correlativo de otro, y 3) que el enriquecimiento se haya producido sin causa, es decir, sin fundamento jurídico.</p>

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRADO PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
<p>Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia. Referencia: expediente 5208</p>	<p>11 de enero de 2000</p>	<p>Manuel Ardila Velásquez</p>	<p>En la demanda correspondiente se pidió que se declare que los demandados el Hotel Humboldt S.A. y Klaus Vollert incumplieron al no pagar la obligación solidaria de diez millones de pesos, valor del préstamo que obtuvieron del Banco Extebandes de Colombia S.A., por lo que han de ser condenados a pagarle esa suma y la de la cláusula penal del 1.25 por mil diario, calculada ésta desde el 3 de agosto de 1984, fecha de vencimiento de la obligación.</p> <p>Subsidiariamente recabó la declaración de que tanto el Hotel Humboldt como Klaus Vollert "han enriquecido sin causa su patrimonio" con menoscabo del banco demandante, "a consecuencia de que éste no puede emplear otras acciones" para recuperar tal dinero, condenándose a los demandados, en consecuencia, a pagar solidariamente tales valores.</p>	<p>La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil y Agraria, NO CASÓ la sentencia materia del recurso de casación, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín el 23 de junio de 1994.</p> <p>Entre las consideraciones se dijo que:</p> <p>El tribunal también subestimó la más notable de las características de la acción de enriquecimiento incausado, cual es la de la subsidiariedad. Todo el mundo conoce que dicha acción se abre paso sólo en la medida en que no haya otro remedio que venga en pos del empobrecido. En otros términos, la vida de esta acción depende por entero de la ausencia de toda otra alternativa.</p> <p>Queda fácil detectar que si en este caso el acreedor promovió un proceso ejecutivo tendiente a hacer efectivo el derecho incorporado en el título valor, con ello mismo puso en evidencia que contaba con la alternativa del ejercicio de la llamada acción cambiaria. Y si al momento de instaurar el ordinario de</p>

				enriquecimiento subsistía esa alternativa, como de hecho subsistía, por supuesto que no había concluido el ejecutivo, brota la verdad irrecusable de que a la sazón estuvo ejercitando simultáneamente dos posibilidades: el cobro forzado de la obligación y la acción de enriquecimiento del artículo 882 del Código de Comerci
TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRADO PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Referencia: expediente 6150.	30 de julio de 2001	Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo	Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante respecto de la sentencia proferida el 13 de marzo de 1996 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso ordinario adelantado por Lucas Herrera contra Flor Gómez de Triana y Javier Antonio Triana Murillo, cónyuge supérstite e hijo de José Antonio Triana García, respectivamente.	La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, NO CASÓ la sentencia proferida el 13 de marzo de 1996 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil.  Se expresó lo siguiente:  La acción de enriquecimiento sin causa tiene, por regla general, un carácter esencialmente subsidiario, lo que significa que "es preciso que ese enriquecimiento no haya tenido ningún otro medio para obtener satisfacción", de suerte que si éste existe, o habiendo existido, el afectado dejó prescribir la acción, no podrá

			<p>acudirse a aquel mecanismo, en la medida en que la actio in rem verso no es un instrumento alternativo -o sucedáneo- para el ejercicio de un derecho, como tampoco una herramienta que premie o avale la desidia o inactividad del acreedor, o sirva para desconocer los indiscutidos efectos extintivos de la prescripción.</p> <p>Sin embargo, como una excepción a la regla anterior, cuando el empobrecimiento del acreedor, surge del decaimiento por prescripción o caducidad de la acción cartular reconocida a los títulos-valores, la acción de enriquecimiento sin causa, consagrada normativamente en el artículo 831 del Código de Comercio, adquiere, en tal caso, una naturaleza autónoma, como se desprende de la misma norma que la consagró, el inciso final del artículo 882 de la misma codificación, cuyo presupuesto, justamente, es que el acreedor haya dejado "caducar o prescribir el instrumento", caso en el cual, como "la obligación originaria o fundamental se extinguirá asimismo", no es posible -y por ello necesario-, desde una perspectiva</p>
--	--	--	--

				etiológica, acudir al negocio causal para edificar una pretensión que evite el empobrecimiento, como equivocadamente lo consideró el sentenciador de segundo grado.
--	--	--	--	---

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRADO PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Referencia: expediente 7061	21 de mayo de 2002	Manuel Ardila Velásquez	<p>Se decide el recurso de casación formulado por Jorge Luis Benedetti Gómez contra la sentencia de 21 de agosto de 1997, proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el proceso ordinario del Banco Central Hipotecario contra la Organización Benedetti Tovar y Cía., Ltda., y el recurrente.</p> <p>Tuvo su génesis el proceso en la demanda formulada por la mencionada entidad bancaria el 11 de julio de 1994 para que se declarase que los demandados enriquecieron injustamente su</p>	<p>La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil decidió NO CASAR la sentencia de procedencia.</p> <p>Las consideraciones fueron:</p> <p>El enriquecimiento injusto, es fuente de obligaciones, y tiene lugar cuando independientemente de toda causa jurídica se presenta el desplazamiento o disminución de un patrimonio a expensas de otro, de largo tiempo atrás doctrina y jurisprudencia han determinado sus elementos integrantes, cuales son el aumento de un patrimonio y un empobrecimiento correlativo, amén de la carencia de causa o fundamento jurídico que justifique tal desplazamiento patrimonial, factores estos entre los cuales- y asunto es por cierto que salta a la vista-, es el</p>

			<p>patrimonio con el correlativo empobrecimiento del actor.</p> <p>Y que como consecuencia de lo anterior, se condenase a los demandados a reparar al actor el daño patrimonial causado en la cuantía antes mencionada y en la que se llegare a demostrar, teniendo en cuenta las variaciones del UPAC y los intereses correspondientes.</p>	<p>último de los enunciados el que informa la figura y recoge el principio general de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de los demás, a lo que ha de agregarse que para estos efectos debe entenderse por causa, no aquella a que se refiere el artículo 1524 del código civil, sino la preexistencia de una relación o vínculo jurídico entre el enriquecedor y el empobrecido que justifique el movimiento patrimonial.</p> <p>Por lo demás, a los elementos atrás enunciados han sido incorporadas aún otras dos condiciones, que más que componentes de la figura son requisitos para ejercer la acción a que da origen el fenómeno del enriquecimiento ilícito, como son: que ella no se intente contra disposición imperativa de la ley y que, dado su carácter netamente subsidiario, no se haya contado con otro medio para obtener satisfacción por la lesión injusta que le ha sido ocasionada.</p> <p>La acción de enriquecimiento cambiario, es una modalidad de la actio de in rem verso común, que como tal se nutre de sus principios generales.</p>
--	--	--	--	---

El artículo 882 del Código de Comercio Colombiano refiere al enriquecimiento sin causa derivado de la caducidad o la prescripción de los títulos valores, es decir, este precepto normativo regula la hipótesis en que, pese a que la acreencia se encuentre extinguida, precisamente porque se dejó prescribir o caducar el título valor entregado con la finalidad específica de cancelar esa misma deuda, el acreedor tendrá, en todo caso, acción contra quien, a consecuencia del devenir de alguno de esos fenómenos de extinción de las obligaciones, se haya enriquecido a sus expensas. Subrayemos que el artículo 831 del Estatuto Mercantil enseña que ‘nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro’, acogiendo así la teoría de enriquecimiento sin causa como fuente obligacional, y aunque lacónico, para las obligaciones mercantiles aparece una nueva fuente legislativa para reclamar indemnizaciones, sin la necesidad de acudir a dictados jurisprudenciales, en procura de restablecer el equilibrio entre dos patrimonios. En este orden de ideas, el efecto propio del enriquecimiento sin causa es el nacimiento de la obligación indemnizatoria en cabeza del empobrecido. Y sin ninguna duda que este principio de derecho lo es en gran medida útil en materia comercial, pues que por este sendero se logran dirimir controversias de contenido eminentemente económico, restableciendo el equilibrio roto entre dos patrimonios.

#### JURISPRUDENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE FRAUDE A LA LEY

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRADO PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN	SALVAMENTO DE VOTO
De Constitucionalidad: C-851 de 2005	17 de agosto de 2005	Manuel José Cepeda Espinosa	En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Maximiliano Echeverri Marulanda presentó demanda contra los Artículos 42 de la Ley 190 de 1995 y 11 (parcial) de la Ley 526 de	La decisión adoptada en este fallo fue:  1. Declarar EXEQUIBLE el artículo 42 de la Ley 190 de 1995, por los cargos examinados en esta sentencia.  2. Declarar EXEQUIBLE por los	Alfredo Beltrán Sierra: salvó el voto porque a su juicio surge una violación a la Constitución en cuanto sin ninguna observancia de regla alguna que garantice el debido proceso, a una persona que es cliente de un banco o de una entidad financiera se le cataloga

		<p>1999.</p> <p>Según el demandante, el artículo 42 de la Ley 190 de 1995 al disponer que las entidades, los directivos y los empleados de las mismas que suministren la información a que se refiere el artículo 40 de dicha ley y los artículos 102 a 107 del Decreto ley 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) no tendrán ningún tipo de responsabilidad, quebranta el orden justo, el debido proceso, el derecho de petición, el buen nombre y el derecho de habeas data de las personas involucradas en ellas. Asevera igualmente que las normas acusadas son contrarias al derecho a la honra, al debido proceso y al buen nombre, por establecer la reserva de</p>	<p>cargos analizados en esta sentencia, la expresión "las entidades y sus funcionarios no podrán dar a conocer a las personas que hayan efectuado o intenten operar operaciones sospechosas que han comunicado a la Unidad de Información y Análisis Financiero información sobre las mismas, y deberán guardar reserva sobre dicha información", contenida en el artículo 11 de la Ley 526 de 1999.</p> <p>La decisión se tomó teniendo en cuenta lo siguiente:</p> <p>Desde la segunda mitad del siglo XX, existe una creciente preocupación por el creciente poderío de</p>	<p>como sospechoso del delito y, sin fórmula de juicio su nombre pasa a integrar una lista de posibles infractores de las normas que regulan el enriquecimiento ilícito o el lavado de dineros. Pero, como si ello no fuera suficiente, tales normas prohíben de manera expresa darle información por el banco o sus funcionarios a la persona que de esa forma resulta atropellada en sus derechos fundamentales, incluido como puede verse el de su propia honra.</p> <p>Humberto Sierra salvó el voto: Las restricciones al derecho de habeas data contempladas en las disposiciones estudiadas, corresponden a una afectación de éste que excede a las cuestiones meramente accidentales o de procedimiento de su protección en casos específicos. Por el contrario, el contenido de las normas demandadas se refiere al alcance del derecho. Tanto así que contempla una</p>
--	--	--	--	---

		<p>la información frente al afectado, de modo que éste no puede explicar su conducta.</p>	<p>las organizaciones criminales y por la insuficiencia de legislaciones nacionales para combatir y proteger a los sistemas financieros y económicos del volumen de recursos generados por su actividad ilícita, así como de las estrategias empleadas por estas organizaciones para esconder el origen ilícito de sus recursos, descrito por las expresiones "lavado de activos", "lavado de dinero", "blanqueo de activos" y "blanqueo de dinero". Dicho fenómeno ha atraído la atención de la comunidad internacional, que ha adoptado recomendaciones, instrumentos vinculantes, manuales y</p>	<p>excepción a su garantía. En dicho sentido considero que se trata de un asunto que escapa de la competencia del legislador ordinario y correspondía al legislador estatutario. Por ello, dichos contenidos normativos vulneraron la reserva de ley estatutaria y debieron ser declarados inexecutable.</p> <p>Jaime Araujo Rentería: salvó el voto porque la norma demandada no muestra un carácter neutral, por cuanto no trata respecto del simple informe sobre operaciones financieras, sino sobre información vinculada con operaciones sospechosas o actividades delictivas de personas, lo cual resulta, más grave, puesto que quienes manejan dicha información no son autoridades judiciales. Esto último puede redundar, en que se terminen señalando de manera subjetiva las operaciones</p>
--	--	---	---	---

				<p>procedimientos para combatirlo. La Superintendencia Bancaria ha expedido numerosas resoluciones que buscan prevenir que el sistema financiero sea empleado para la realización de actividades delictivas. Entre ellas se encuentra la Circular Externa 007 de 1996 o Circular Básica Jurídica, que es la principal directriz de la conducta de las entidades financieras y crea el "Sistema Integral para la Prevención del Lavado de Activos (SIPLA)". Esta disposición reglamenta el concepto de cliente, la forma de realizar el conocimiento del mismo y un conjunto de parámetros</p>	que se reportan.
--	--	--	--	---	------------------

				<p>que alertan sobre la ocurrencia de operaciones por fuera de los rangos de normalidad de los clientes. Exige, además, que las entidades financieras adopten un código de conducta y un manual de procedimiento interno. Igualmente, establece los rangos a partir de los cuales se realizará el control y reporte de transacciones en efectivo. Para los intervinientes, las disposiciones demandadas no vulneran los derechos al buen nombre, a la dignidad, al debido proceso ni la presunción de inocencia, porque el reporte de actividades financieras sospechosas tiene un carácter preventivo, y obedece a la finalidad de</p>	
--	--	--	--	---	--

				<p>cumplir con el deber de colaborar con la administración de justicia. Indican además, que el derecho al hábeas data no es un derecho absoluto, sino que puede ser limitado, a fin de proteger el interés general, asegurar la vigencia de un orden justo y prevenir la comisión de delitos.</p>	
--	--	--	--	---	--

Fraude de la ley. En ocasiones, el ejercicio de algunos de nuestros derechos puede parecer conforme a la Ley. Esta teoría consiste, a grandes rasgos, en la evicción de la Ley por la Ley misma; y se puede presentar de tres maneras 1. Evicción de una Ley nacional por una extranjera, 2.Evicción a la ley ferenda o que ha de venir por la ley actual, 3.Fraude a la Ley Por la Ley misma. En el caso que nos ocupa en la jurisprudencia aplicada a materia mercantil una de las sentencias T.216 de 2006 del MP Álvaro Tafur Galvis, ha sido utilizada como soporte cuando se suscitan una violación al debido proceso por parte de las entidades prestadoras de servicios públicos y ha manifestado que aunque la tutela no es el mecanismo idóneo para resolver este tipo de controversias tampoco se puede pasar por alto si un derecho está siendo vulnerado y al respecto ha expresado lo siguiente “ En repetidas oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la procedencia de la acción de tutela para ventilar las controversias que se suscitan entre las empresas de servicios públicos domiciliarios y sus usuarios, en el sentido de que esta acción constitucional en principio es improcedente para tal efecto, salvo cuando media la vulneración de un derecho de carácter fundamental y el usuario se encuentra ante un inminente perjuicio irremediable. De esta manera las sentencias que se han establecido en la misma línea

jurisprudencial han servido como modelos para quienes se ven afectados por esta misma razón y como modelo para los jueces para fallar en la misma línea jurisprudencial.

### JURISPRUDENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRADO PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
De Constitución alidad: C-252 de 1998	26 de mayo de 1998	Carmenza Isaza de Gómez	<p>El ciudadano Alonso Valencia Salazar, en uso del derecho consagrado en los artículos 40, numeral 6, y 241, numeral 4, de la Constitución Política, demandó la inconstitucionalidad parcial del artículo 2229 del Código Civil.</p> <p>Para el actor, la prohibición que consagra la norma parcialmente acusada de dar por terminado el contrato de mutuo oneroso antes del vencimiento del término estipulado por las partes, desconoce el derecho a la libre competencia económica, consagrado por el artículo 333 de la Constitución, pues, impide a los deudores pagar lo adeudado antes del término estipulado, y acceder, si ellos lo requieren, a mejores condiciones</p>	<p>La Corte DECLARÓ EXEQUIBLES la expresión acusada del artículo 2229 del Código Civil, y el artículo 694 del Código de Comercio, cuya aplicación, además, debe estar sujeta a las consideraciones relacionadas con la intervención estatal para los créditos de vivienda.</p> <p>Es entendido que los intereses correspondientes no pueden estar en ningún caso por encima de los topes legales.</p> <p>Entre las consideraciones se encuentra:</p> <p>Es claro que el cambio de la situación económica existente al momento de contratar el mutuo,</p>

		<p>de crédito o tasas de intereses, de conformidad con las fluctuaciones del mercado financiero.</p>	<p>puede hacer que éste se torne más favorable para una de las partes. Así, un alza general, en las tasas de interés, aparentemente, perjudica al acreedor obligado a respetar el término, porque de no ser así podría colocar su dinero a un interés mayor; y una baja en las tasas de interés, en principio, perjudica al deudor que no puede pagar anticipadamente, consiguiendo otro crédito a un interés menor.</p> <p>Dentro de ciertos límites, estos cambios hacen parte de las contingencias propias de la vida de los negocios. Si el cambio fuere tan grande, y ocasionado, además, por circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, que la obligación a cargo de una de las partes resulte excesivamente onerosa, es claro que ésta podrá invocar la teoría de la imprevisión, a la cual se refiere concretamente el artículo 868 del Código de Comercio.</p>
--	--	--	---

				Pero, éste es asunto que debe proponerse ante los jueces competentes y no ante la Corte Constitucional.
--	--	--	--	---

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRADO PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
De Tutela: T-735 de 1998	01 de diciembre de 1998	Fabio Morón Díaz	<p>Los señores Luis Alejandro Cepeda Sandoval de 65 años y Evangelina Villamil de Guerrero de 75 años, interpusieron acciones de tutela contra la Caja Popular Cooperativa, entidad financiera de carácter privado, a la cual acusan de violar y amenazar sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la igualdad, y de desconocer la prevalencia de los derechos de las personas de la tercera edad, que ordena la Constitución.</p> <p>Las mencionadas personas coinciden en señalar, que carecen de trabajo y seguridad social y que subsisten con los pocos ahorros que a lo largo de sus vidas habían acumulado, los cuales decidieron depositar en la entidad demandada, constituyendo títulos valores, más exactamente certificados de</p>	<p>En este fallo la Corte resolvió:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. CONFIRMAR el fallo proferido el 1 de julio de 1998 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama, que denegó la tutela interpuesta por Luis Alejandro Cepeda Sandoval, fallo que a su vez confirmó la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo.</li> <li>2. REVOCAR el fallo proferido el 27 de julio de 1998 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, confirmado por la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, a través de sentencia de fecha 25 de agosto de 1998, que denegó la tutela interpuesta por Evangelina Villamil de Guerrero.</li> <li>3. TUTELAR los derechos</li> </ol>

			<p>depósito a término, cuyos rendimientos les servían para suplir sus necesidades básicas y los gastos médicos que demandan los tratamientos de las enfermedades que padecen.</p> <p>Señalan que a pesar de sus requerimientos, verbales y escritos, la demandada no les ha devuelto los dineros que depositaron ni les ha cancelado los intereses a los que se comprometió, alegando que se encuentra intervenida por el gobierno nacional dada su precaria situación financiera, y que ello implica que todos los recursos de sus ahorradores estén congelados, lo que le impide atender sus solicitudes.</p>	<p>fundamentales a la salud y a la vida de Evangelina Villamil de Guerrero, para lo cual le ordena al representante legal de la Caja Popular Cooperativa en el término perentorio de 48 horas contados a partir de la notificación de la providencia, le reintegre a la accionante las sumas de dinero por ella depositadas en certificados a término, junto con sus intereses.</p> <p>La Corte tuvo en cuenta que:</p> <p>El proceso de intervención que ordenó el gobierno a la demandada, dada la grave crisis financiera que afronta, está dirigido fundamentalmente a proteger, en condiciones de igualdad, los intereses de los ahorradores de la misma y desde luego la estabilidad del sistema; no obstante, si se llegare a comprobar que las medidas adoptadas en los casos específicos que se revisan, efectivamente ponen en peligro la vida de los actores, personas de la tercera edad que dicen estar afectadas de graves enfermedades y carecer de recursos para atender los</p>
--	--	--	---	--

				gastos que demandan sus respectivos tratamientos, se configuraría un perjuicio irremediable que haría procedente un tratamiento de excepción para los mismos, en aras de proteger sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, y su dignidad.
--	--	--	--	---

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRADO PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
De Tutela: T-510 de 2000	08 de mayo de 2000	Alvaro Tafur Galvis	<p>Se revisan los fallos del Juzgado Doce de Familia y del Tribunal Superior de Distrito Judicial -Sala de Familia- ambos de Santafé de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por Wilerma Mejía Eslava contra Banco del Pacífico S.A en Liquidación y del Juzgado Sexto Civil Municipal de Santiago de Cali, para desatar el proceso de tutela iniciado por Héctor Antonio Morales Sánchez contra la Fiduciaria del Pacífico S.A.</p> <p>Los demandantes invocan para sí un tratamiento diferente al previsto por la ley para el reintegro</p>	<p>En este fallo se decidió:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. REVOCAR las sentencias de tutela proferidas el 19 de agosto de 1.999 por el Juzgado Doce de Familia de Santafé de Bogotá y el 4 de octubre de 1999 por el Tribunal Superior de éste mismo Distrito Judicial - Sala de Familia- para conceder la tutela invocada por la señora Wilerma Mejía Eslava contra el Banco del Pacífico S.A, en Liquidación.</li> <li>2. En consecuencia, ORDENAR que, el Banco del Pacífico S.A. en Liquidación, reintegre a la señora Wilerma Mejía Eslava o a la persona que con el lleno de los requisitos legales la represente, los dineros depositados</li> </ol>

			<p>de los dineros depositados en entidades financieras intervenidas o en liquidación, aduciendo que la igualdad de trato que se les está dando, vulnera sus derechos fundamentales a la salud, vida digna y a la protección especial a la que tienen derecho las personas de la tercera edad. Fundamentan su petición en que los dineros retenidos están destinados a atender sus necesidades mínimas de subsistencia o a mantener una vida acorde con su nivel social.</p>	<p>en la cuenta de ahorros número 014041681 y además, con cargo al CDT 0090127, mientras dure el proceso liquidatorio, se le cancele a la misma durante los cinco primeros días de cada período mensual y se le garantice, haciendo las provisiones del caso, el pago de una suma igual al salario mínimo mensual vigente a tiempo de la solución, sin perjuicio de que le sean reintegrados, en concurrencia con los demás acreedores y de conformidad con las normas legales que regulan los procesos liquidatorios, sumas adicionales imputables a su acreencia.</p> <p>3. CONFIRMAR el fallo proferido el 9 de noviembre de 1999 por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Santiago de Cali, mediante el cual se negó el amparo solicitado por el señor Héctor Antonio Morales Sánchez contra la Fiduciaria del Pacífico S.A., como administradora del Fondo Común Especial Propiedad-en Liquidación-.</p> <p>Los motivos del fallo fueron estos:</p> <p>No es contrario al principio de igualdad distinguir entre los acreedores de un</p>
--	--	--	---	---

				<p>proceso concursal o liquidatorio para que, atendiendo sus especiales circunstancias, se proporcione a algunos un trato diferente, acorde con éstas; puesto que es el principio de igualdad el que permite, en procura de su realidad y eficacia, un trato diferente para quienes así lo ameriten.</p> <p>La acción de tutela viene a ser el mecanismo idóneo para invocar la protección de los derechos fundamentales de aquellas personas que se ven compelidas a participar como acreedores en un proceso liquidatorio y que debido a su condición especial, requieren un trato diferente al previsto en la legislación para los demás acreedores, porque el juez constitucional tiene las herramientas necesarias para indagar sobre la verdadera situación de los invocantes y ordenar un trato especial que, debido a las especiales circunstancias que lo motivan, no resulte discriminatorio para los demás acreedores.</p>
--	--	--	--	---

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRADO PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
De Tutela: T-250 de 2001	27 de febrero de 2001	José Gregorio Hernández Galindo	<p>Se revisan los fallos dictados por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia; con relación a la acción de tutela incoada por el Personero de Bogotá, a nombre de Laura María Varela Mora contra Financiera Bermúdez y Valenzuela S.A. C.F.C. -en liquidación-.</p> <p>La señora Laura María abrió un C.D.T. en la FINANCIERA BERMÚDEZ Y VALENZUELA S.A., por un año, redimible a su vencimiento. Compareció a la FINANCIERA el 23 de diciembre de 1999, encontrando que la firma había sido intervenida y se encontraba en proceso de liquidación.</p> <p>Radicó, por tanto en esa fecha, la solicitud de reclamación extemporánea con el objeto de lograr el reintegro de su dinero, lo que hasta la fecha no se ha logrado, pese a haber elevado varios derechos de petición a la Entidad intervenida y a la SUPERINTENDENCIA BANCARIA, exponiendo los pormenores de su</p>	<p>La Corte resolvió en esta sentencia:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. REVOCAR los fallos proferidos en el asunto de la referencia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala de Familia- y por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, y, en su lugar, CONCEDER la tutela de los derechos a la vida digna, a la integridad personal, a la salud, y a la igualdad real y efectiva de Laura María Varela y su familia.</li> <li>2. INAPLICAR, en el presente caso, dadas las circunstancias de la solicitante y su familia y el peligro inminente para sus derechos fundamentales, el artículo 300 del Decreto 663 de 1993, modificados por el 5, numeral 1, del Decreto 2418 de 1999, en lo relativo a la retención prolongada de los dineros de la actora.</li> <li>3. ORDENAR al liquidador de la Financiera Bermúdez y Valenzuela S.A.</li> </ol>

			<p>caso, y se le indica que deberá esperar hasta el pago de los demás acreedores reconocidos y si queda algún remanente le será cancelado su dinero.</p> <p>Sobre las circunstancias que refiere la deponente para haber hecho la solicitud extemporánea indica que obedeció a que no se enteró oportunamente y se presentó a la financiera el día del vencimiento del C.D.T. momento en el cual se entera de la situación de la Entidad. Manifiesta que siempre tuvo convencimiento pleno e insalvable de la solidez de dicha institución financiera y además, en la época de intervención por parte del Gobierno Nacional no estuvo a su alcance el conocimiento de tales sucesos informados en medios masivos de comunicación pero que son limitados y no están a disposición de todas las personas...".</p>	<p>C.F.C., en liquidación, dar preferencia a Laura María Varela de Vergel en el pago de su acreencia, de tal modo que inmediatamente pueda atender las urgentes necesidades de ella y de su familia, cuyos derechos fundamentales están gravemente amenazados.</p> <p>Argumentó la entidad lo siguiente:</p> <p>A la actora cuya situación, en extremo difícil, está a punto de provocar la insalvable afectación de su mínimo vital y de las más elementales necesidades de ella y de su familia, con perjuicio irremediable para su digna subsistencia y para su integridad, y en conexión con ellas, para su salud no se le está negando la titularidad del derecho económico que tiene sobre el importe del C.D.T. que había adquirido, sino que, por la extemporaneidad de su reclamación, el examen de su caso habrá de postergarse. Pero es justamente la gravedad de las</p>
--	--	--	---	--

				<p>circunstancias que atraviesa la que impone la prevalencia del derecho sustancial y el trato preferente, en defensa de los enunciados derechos, que de otra forma, en razón de la retención indefinida de dineros suyos, que podrían permitirle solucionar, al menos parcialmente, su angustiosa situación.</p> <p>Se trata, en últimas, de priorizar el derecho constitucional a una vida digna, y el no menos fundamental a la integridad personal, sobre el motivo puramente procedimental de su reclamo tardío sobre recursos que son suyos.</p> <p>El artículo 13 de la Constitución, que prevalece sobre las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, ordena al Estado proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental -es el caso de la accionante, de su anciana madre y de su hermana cuadrupléjica-, se</p>
--	--	--	--	--

				encuentren en circunstancias debilidad manifiesta.	en de
--	--	--	--	---	----------

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRADO PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
De Tutela: T-1230 de 2001	22 de noviembre de 2001	Marco Gerardo Monroy Cabra	En este fallo se determina si la no devolución de los aportes sociales del señor Salvador Romero Arce por parte de la Caja Cooperativa de Ahorro y Crédito Social – Cooperamos – en virtud de su estado de liquidación, constituye una vulneración al derecho al mínimo vital del accionante.	<p>La decisión adoptada por la Corte fue:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Ibagué el 17 de julio de 2000 y, en su lugar, CONCEDER la tutela al derecho al mínimo vital del señor Salvador Romero Arce.</li> <li>2. ORDENAR a la Caja Cooperativa de Ahorro y Crédito Social – Cooperamos- (Ibagué) que en el término de 48 horas posteriores a la notificación de la sentencia devuelva al señor Salvador Romero Arce los ahorros depositados en la cuenta No 01-001-026747.</li> </ol> <p>La Corte explicó que:</p> <p>Dentro del grupo de personas que merecen por su especial condición un trato diferenciado dentro de los acreedores de entidades financieras en liquidación se encuentran las de la tercera edad, quienes la misma Constitución Política en su artículo 47 consagra una especial protección y quienes, en numerosas ocasiones se encuentran dentro de los parámetros de debilidad manifiesta por su precaria situación económica, física o mental. Si bien no se adjuntan al expediente pruebas de enfermedad grave del peticionario</p>

				<p>ateniéndonos a los hechos expuestos en la tutela, los cuales no fueran desvirtuados por accionada, es válido pensar que a su edad, esa persona haya tenido una disminución de sus capacidades físicas lo cual le impida desempeñarse como empleado trabajador independiente percibir un salario o renta. Además, como el mismo accionante manifiesta, no recibe mesada pensional alguna lo que deja su subsistencia sujeta a los medios que proporcionen terceros como su hijo con quien habita, según lo dicho en la tutela.</p> <p>La búsqueda de recuperación financiera de las entidades en liquidación no es excusa para el no pago prioritario de acreencias a personas que por su particular situación de necesidad ameritan se otorgue una prioridad en el pago.</p>
--	--	--	--	---

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRADO PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
B.1.1.1.1 e la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá	19 de julio de 2004	Marco Antonio Álvarez Gómez	<p>Esta vez el Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 1º de marzo de 2004, proferida por el Juzgado 38 Civil del Circuito de Bogotá.</p> <p>En primera instancia los señores José De</p>	<p>El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá:</p> <p>1. CONFIRMÓ la sentencia de 1º de marzo de 2004, proferida por el Juzgado 38 Civil del Circuito de Bogotá.</p> <p>Según la Corte:</p> <p>Ya no se discute que el</p>

		<p>Jesús Beltrán Sánchez y Aura Teresa Salom de Beltrán llamaron a proceso ordinario a la Corporación Cafetera de Ahorro y Vivienda Concasa, hoy Bancafé, para que se ordene la revisión del contrato de mutuo celebrado entre ellos y, en consecuencia, se proceda a la reliquidación del crédito, por cuanto las circunstancias imprevistas e imprevisibles posteriores a la celebración del mismo, alteraron y agravaron la prestación a su cargo, en grado tal que resultó excesivamente onerosa. Así mismo, solicitaron que se condenara a la entidad demandada a pagarles la indemnización por los perjuicios ocasionados.</p> <p>El Juez denegó las pretensiones de la demanda, tras declarar probada la excepción de inaplicación de la teoría de la imprevisión de que trata el art. 868 del Código de Comercio.</p>	<p>postulado de la normatividad de los actos jurídicos, en virtud del cual los contratantes deben ajustar su conducta a la ley del contrato (pacta sunt servanda), tiene que ser atemperado cuando circunstancias imprevistas o imprevisibles y, desde luego, sobrevinientes, provocan excesiva onerosidad para una de las partes, evento que impone abrirle paso a la revisión del respectivo negocio jurídico, con el fin de restablecer el equilibrio prestacional original, en aplicación del principio rebus sic stantibus.</p> <p>El legislador de la materia comercial estableció que cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá esta pedir su revisión, caso en el cual, el Juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.</p>
--	--	---	--

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRADO PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	DECISIÓN
De Tutela: T-676 de 2005	30 de junio de 2005	Humberto Antonio Sierra Porto	<p>La ciudadana Nelly Plazas de Reyes, como agente oficioso de su hija Diana Reyes Plazas, interpuso acción de tutela contra el Banco Granahorrar, el Banco Popular, el Juzgado Civil del Circuito de Yopal, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Yopal y la Gobernación del Casanare, con el objeto de que se ampararan sus derechos a la primacía de las garantías fundamentales, a no ser sometido a desaparición o tratos crueles o degradantes, a la libertad, a la igualdad y al debido proceso.</p> <p>La actora considera que el conjunto de actuaciones emprendidas por las entidades demandadas en contra de su hija desaparecida, tales como la decisión de los bancos de iniciar procesos ejecutivos, de los juzgados que conocieron de las demandas presentadas de librar mandamiento de pago y decretar</p>	<p>Las decisiones adoptadas por la Corte fueron:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. LEVANTAR la suspensión del término decretada para decidir el presente asunto.</li> <li>2. REVOCAR las sentencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el dieciocho 18 de junio de 2004, dentro del proceso de la referencia, y en su lugar, CONFIRMAR parcialmente el amparo concedido por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Yopal, Sala Civil Familia Laboral Penal mediante sentencia proferida el 29 de abril de 2004. En consecuencia, se confirman las órdenes impartidas en los numerales 1°, 2°, 3°, 5°, 6° y 7° del fallo de primera instancia.</li> <li>3. REVOCAR la orden impartida en el numeral 4° del fallo proferido por la Sala Civil, Familia, Laboral, Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal de veintinueve 29 de abril de 2004.</li> </ol> <p>Las consideraciones de la Corte fueron:</p> <p>Dentro de un proceso ejecutivo, el demandado debería probar que el</p>

			<p>el embargo y secuestro de los bienes, y de la Gobernación del Casanare de suspender el pago del salario que percibía como Secretaria Privada, vulnera los derechos mencionados.</p> <p>hecho constitutivo de la fuerza mayor —el secuestro— era imprevisto, imprevisible e irresistible, y que hubo una relación causal con el incumplimiento, como condiciones probatorias para eximirse de responsabilidad en materia civil. Esta exigencia, en principio completamente justificada cuando se debate cualquier otro hecho constitutivo de fuerza mayor, se tornaba desproporcionada e irrazonable, por distintos motivos, cuando se trataba de un secuestro, lo que en definitiva acarrea la ineficacia del medio de defensa judicial ordinario —en este caso las excepciones en el proceso ejecutivo—, para la protección de los derechos fundamentales en juego, por la imposibilidad fáctica de cumplir con las exigencias propias del estándar probatorio impuesto para demostrar la fuerza mayor. Por lo tanto, no puede un juez afirmar que la tutela en estos casos resulta improcedente por existir otro medio de defensa judicial, pues de acuerdo a las anteriores reflexiones tales mecanismos carecen de la idoneidad y eficacia del amparo constitucional para proteger los derechos fundamentales de una persona secuestrada cuando es ejecutada por</p>
--	--	--	---

TIPO DE SENTENCIA	FECHA	MAGISTRADO PONENTE	ASPECTOS FUNDAMENTALES	sus acreedores. DECISIÓN
De Tutela: T-040 de 2008	24 de enero de 2008	Clara Inés Vargas Hernández	La Señora Rosa Cecilia López Ospina interpuso acción de tutela contra el Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – Fogacoop, al estimar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, a la protección de la tercera edad en conexidad con la vida digna e integridad personal y al derecho de petición, al negarse a cancelar los saldos de los ahorros consignados en la Caja Popular Cooperativa - Cajacoop- en Liquidación, los cuales requiere de manera urgente para su congrua subsistencia y para solventar sus necesidades básicas, pues es una persona de la tercera edad, que no puede valerse por sí misma para movilizarse, está desempleada y no depende económicamente de nadie para su manutención.	1. REVOCAR la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., el 8 de agosto de 2007, dentro de la acción de tutela instaurada por Rosa Cecilia López Ospina contra el Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – Fogacoop y en su lugar, CONCEDER la tutela por violación de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la salud y al mínimo vital de la actora.  2. ORDENAR al Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas – Fogacoop o en su defecto a la entidad encargada por éste para cancelar las acreencias de los ahorradores de la Caja Popular Cooperativa – Cajacoop en Liquidación, que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, si aún no lo hubiere hecho, reintegre a la señora Rosa Cecilia López Ospina de conformidad con la Resolución No.002 de 2003, expedida por la Junta Directiva de Fogacoop, el saldo de las sumas de dinero depositadas por ella en el certificado de depósito a término en Cajacoop – en

				<p>liquidación.</p> <p>El argumento fue que:</p> <p>En el caso de las personas que reclaman la devolución de sus ahorros depositados en entidades financieras que han sido intervenidas por el Estado, siempre se ha establecido un procedimiento para que dichos recursos sean devueltos a sus titulares. No obstante, existen casos en los que, someter a algunas personas cuya condición de debilidad manifiesta es evidente, a estos procedimientos legalmente establecidos, no sólo agrava su ya difícil situación personal sino que además vulnera sus derechos fundamentales. Por ello, la acción de tutela surge en aquellos casos, como la vía judicial más adecuada, tornando las vías ordinarias en ineficaces.</p>
--	--	--	--	--

## RESUMEN DE SENTENCIAS Y ANALISIS DE LA RATIO-DECIDENDI EN LA JURISPRUDENCIA

### B.1.2 Jurisprudencia sobre el Principio de Abuso del Derecho

Sentencia T-661 de 2001: en esta sentencia la Corte se motivó indicando que la acción de tutela procede tanto por la violación al derecho de petición como por las vulneraciones que puedan emanar de una relación asimétrica como es la que se entabla entre una entidad financiera y los usuarios, al tener los bancos atribuciones que los colocan en una posición de preeminencia desde la cual pueden con sus acciones y omisiones desconocer o amenazar derechos fundamentales de las personas. Independientemente de su naturaleza pública, privada o mixta los bancos actúan con una autorización

del Estado para prestar un servicio público por ello, los usuarios están facultados para utilizar los mecanismos de protección que garanticen sus derechos.

Sentencia T-172 de 2007: aquí la Corte para su decisión argumentó que recaudar dinero del público es un privilegio que impone deberes sociales teniendo en cuenta la posición de indefensión en la que se encuentran los usuarios del sistema.

Sentencia T-205 de 2007: según la Corte la aplicación que hizo el Banco Agrario del artículo 828 del Código de Comercio, en el sentido de exigir la firma del beneficiario del título de depósito judicial en el momento del pago del mismo generó en el caso de la señora Lisette Slate Rico una carga adicional dada su condición de invidente. Esto, porque si bien como lo determinó la Corte en sentencia C-952 de 2000, en principio, no se vulnera el derecho a la igualdad de los invidentes con la autenticación de la firma contemplada en el artículo 828 del Código de Comercio<sup>209</sup>, lo cierto es que en este caso resulta excesivo exigir dicho trámite a la accionante cada mes, máxime cuando es una autoridad judicial quien hace entrega del título de depósito judicial al beneficiario, lo que implica que se comprobó su identidad.

Sentencia T-672 de 2007: la Corte expresó que independientemente de la naturaleza pública, privada o mixta de las entidades bancarias, la acción de tutela procede contra estas entidades, no sólo por la amenaza o vulneración del derecho fundamental de petición, sino también por la afectación que dicha actividad pueda generar en otros derechos fundamentales. Así mismo, dijo que la procedencia de la acción de tutela contra las entidades bancarias, se fundamenta en el reconocimiento de la posición dominante y privilegiada de los bancos frente a sus usuarios. Es decir, en virtud de las atribuciones especiales que les confiere el Estado para el manejo de los recursos captados del público en los términos del artículo 365 de la Constitución, las entidades bancarias se convierten en verdaderas autoridades que pueden llegar a vulnerar o amenazar los derechos fundamentales de las personas;

---

<sup>209</sup> De hecho, como se mencionó, la Corte Constitucional reconoció en la sentencia T-1072 de 2000, que la falta de este requisito en un título valor suscrito por una persona invidente configura una vía de hecho.

situación que, en todo caso, justifica plenamente la procedencia de la acción de tutela en estos casos.<sup>210</sup>

### B.1.3 Jurisprudencia sobre los Principios de Abuso del Derecho y Buena Fe

Sentencia T-060 de 2004: en este caso las razones que tuvo la Corte indicaban que de adelantarse una conducta como la descrita, es decir, que una entidad genera un documento por medio del cual se pueda deducir que ya ha asumido una posición jurídicamente definida, (como puede ser la expedición de un Paz y Salvo) y procede luego de manera unilateral y abusiva a revocar dicho acto, y a traicionar la confianza legítima depositada por la persona afectada con esta nueva decisión, viola los derechos fundamentales de su cliente, particularmente el derecho al debido proceso y desconoce principios jurídicos como la buena fe y la confianza legítima. Además manifestó que las entidades bancarias como entidades depositarias de la confianza pública y prestadoras de un servicio de interés público, tienen una posición dominante frente a sus usuarios.

Sentencia T-1091 de 2005: señaló la entidad que la procedencia de la protección transitoria, dada la situación de debilidad manifiesta en que se encuentra la actora, tiene pleno soporte en virtud de la afectación del principio de confianza legítima de que fue objeto la actora por parte de CONAVI. Según el artículo 83 de la Constitución Política, “las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe”, siendo ésta fundamento del principio de confianza legítima, en virtud del cual se busca proteger a las personas frente a las modificaciones intempestivas que adopte la administración o los particulares que ostentan una posición dominante, y que desconocen antecedentes en los cuales se fundaron para continuar con el ejercicio de una actividad, permitiendo se reclamen ciertas condiciones o reglas aplicables a la relación respectiva por cuanto se han creado expectativas favorables que de eliminarse se sorprendería súbitamente al ciudadano.

El acto unilateral e inconsulto de la entidad bancaria con el que, abusando de su posición dominante, cambió el comportamiento que había adoptado en la ejecución del contrato de hipoteca vulneró derechos fundamentales a Blanca Fior Cárdenas Viuda de Hernández. Estos comportamientos por parte de las

<sup>210</sup> Sentencia T-172 de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentarías. En el mismo sentido, se pueden consultar entre muchas otras, las sentencias T-129 de 2005, T-608 de 2004 y T-287 de 2004.

entidades que, como las bancarias, cuentan con una posición de desequilibrio contractual a su favor sobre la de los usuarios, han sido censurados por la Corte, pues se estima que con ellos se viola el derecho al debido proceso de los usuarios porque no se les permite controvertir las determinaciones unilaterales que afectan sus intereses.

#### B.1.4 Jurisprudencia sobre los Principios de Abuso del Derecho, Autonomía de la Voluntad y Buena Fe

Sentencia T-822 de 2003: para la Corte el Fondo Nacional de Ahorro está en la obligación de informar a sus deudores de vivienda todos los pasos dentro de los procedimientos de re-liquidación y re denominación de créditos, a fin de que los deudores queden amparados por el principio de publicidad que les permita, formular reclamos, alegar, solicitar y presentar pruebas, interponer recursos, esta entidad no sólo debe dar una simple información escrita, notificándole al deudor que ha tomado unilateralmente la decisión de re liquidar y re denominar los créditos, diciendo cuánto debía y cuánto queda por deber, cuánto pagaba en el mes anterior y cuánto debe pagar en el mes siguiente y que el plazo ha ascendido a treinta años, sino que la determinación, tomada de oficio y no a petición del deudor, debe sujetarse a lo establecido por el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo y por consiguiente, al deudor hay que notificarle que se va a readecuar el crédito y el objeto de la re-denominación, la forma de la re-liquidación y el comportamiento hacia el futuro, señalando los cálculos hasta la finalización de la obligación, para que el deudor haga valer sus derechos, pida pruebas, exprese sus opiniones y si surgen controversias, defina la Superintendencia Bancaria porque así lo ordenó la Corte Constitucional al definir, en forma condicional, la constitucionalidad del artículo 20 de la ley 546 de 1999, en la sentencia C-955 de 2000. No existió un previo acuerdo, es decir, que no hubo un debido proceso. El comportamiento del Fondo aumentó la desigualdad frente a los usuarios del crédito, y, en consecuencia, hubo de parte del Fondo un abuso de su posición dominante.

Sentencia T-357 de 2004: para la Corte al igual que se dijo en la sentencia T-822 de 18 de septiembre de 2003, con la conducta oficial del Fondo Nacional de Ahorro sufre afectación el principio de publicidad. La escueta información dada a los accionantes, no ha permitido la defensa adecuada, lo que significa, que en tales casos el Fondo Nacional de Ahorro ejerce indebidamente su posición dominante y ha colocado a los deudores en

condiciones de indefensión y de imposibilidad para hacer valer sus derechos y reclamar, si es del caso, ante las autoridades competentes. Por ello, hay violación al debido proceso cuando no se cumplen las condiciones de información en un proceso de variación de los préstamos de vivienda. La situación de las ciudadanas Ofelia Amparo Quiroz Zapata y Maria Elena Bermúdez Ospina guarda inmensa similitud con la de los ciudadanos a los que se refiere la sentencia T-822 de 18 de septiembre de 2003, actores también contra el Fondo Nacional de Ahorro, por lo que lo dicho entonces ahora se reitera. Por la variación de las condiciones de los créditos de vivienda de las accionantes con el Fondo Nacional de Ahorro, se presenta una situación eminentemente contractual y pecuniaria, esto es de carácter patrimonial, lo cual no alcanza a socavar la propia dignidad personal, no constituye ultraje al honor, ni se trata de un trato discriminatorio por razón de la propia individualidad de las actoras.

Sentencia T-793 de 2004: la Corte señaló que el carácter financiero de el Fondo Nacional del Ahorro, hace que tenga una posición dominante frente a sus afiliados y, con mayor motivo aún, frente a quien ha adquirido con éste obligaciones patrimoniales derivadas de la adquisición de un crédito para vivienda. En este sentido este tipo de relaciones contractuales están caracterizadas por la asimetría del poder de negociación de las partes, teniendo como consecuencia que las entidades financieras se encuentran respecto de los usuarios de sus servicios en una clara posición de supremacía material, independientemente de que se trate de entidades públicas, mixtas o privadas.<sup>211</sup> Para la Corte no hay duda de que la alteración unilateral de los términos contractuales causada por alguna de las partes, desconoce el principio de buena fe y el respeto a los actos propios, es decir el desconocimiento de la máxima según a nadie le es permitido ir en contra de sus propios actos, cuando no obedece a una conducta legítima.

B.1.4.1 Sentencia T-1250 de 2005: esta vez la Corte dijo que en varias ocasiones había indicado que el principio de la buena fe debe regular todas las actividades contractuales, y que se desconoce dicho principio cuando se alteran las condiciones pactadas, es decir cuando no se respeta el acto propio y se vulnera la autonomía del otro. Cuando una persona adquiere un crédito, lo hace en atención a las condiciones ofrecidas, previa valoración de lo que cree conveniente, y el Fondo Nacional del Ahorro tiene que mantener, salvo acuerdo en contrario, las condiciones pactadas con sus deudores hasta la extinción de la obligación.<sup>212</sup> Para poder modificar

---

<sup>211</sup> Ver Sentencia T-083/03 y también C-134/94.

las condiciones de un crédito otorgado, debe contarse con el consentimiento del deudor.

Sentencia T-391 de 2006: una vez la Corte consideró que es violatorio del derecho al debido proceso, del principio de buena fe y de respeto a los actos propios, el cambio unilateral de las condiciones que realiza la entidad acreedora y sin la aprobación del deudor<sup>213</sup>. Con fundamento en la jurisprudencia constitucional, el principio de buena fe<sup>214</sup> permanece durante la existencia de la relación jurídica e incorpora la cláusula de respecto al acto propio, en virtud de la cual a nadie le es permitido ir en contra de sus propios actos cuando no obedece a una conducta legítima<sup>215</sup>. En virtud de estos postulados, la Corte Constitucional ha reconocido que es necesario proteger la confianza legítima de las personas que han adquirido créditos de vivienda, quienes establecieron relaciones contractuales con la convicción de que en principio no podrían ser modificados unilateralmente, los actos que formaron el negocio. La modificación unilateral de las condiciones pactadas inicialmente frente a las obligaciones crediticias provenientes del otorgamiento de un crédito de vivienda mediante un contrato de mutuo, vulnera el principio de buena fe y el respeto a los actos propios y con ello, viola el derecho fundamental al debido proceso de quien se constituyó en deudor. Con el objetivo de garantizar el derecho al debido proceso legal de las personas usuarias de créditos de vivienda, las entidades financieras tienen la obligación de brindar información oportuna, completa y comprensible a los deudores que les permita oponerse al cambio de las condiciones inicialmente pactadas en sus créditos o manifestar su aprobación en relación con la modificación propuesta.

Sentencia T-419 de 2006: en este fallo reiteró la Corte que no basta con la notificación que hace la entidad financiera al deudor sobre el cambio de las condiciones del contrato de mutuo indicándole la redenominación del crédito, el nuevo sistema de amortización y la extensión de los plazos, pues la falta de consentimiento del deudor vulnera los principios de la buena fe y la confianza legítima, así como el derecho al debido proceso. En tal sentido, lo

---

<sup>212</sup> Al respecto se pueden consultar entre otras, las siguientes sentencias: T-793-04, T-611-05, T T-626-05 y T-652-05.

<sup>213</sup> Ver sentencias T- 141 de 2003, T-822 de 2003, T-793 de 2004, T- 611 de 2005, T-626 de 2005, T-652 de 2005, T-207 de 2006.

<sup>214</sup> C.P. art. 83 "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las actuaciones que aquéllos adelanten ante estas".

<sup>215</sup> Cfr. sentencia T-793 de 2004 Fundamento Jurídico 4.1.

que corresponde a las entidades financieras, en atención al principio de publicidad, es informar con antelación, de forma clara, precisa y comprensible, al deudor sobre las modificaciones al contrato de mutuo que se hacen necesarias para adaptar el préstamo a las nuevas condiciones legales, con el propósito de que el deudor pueda presentar reclamos o recursos pertinentes e interactúe en la toma de la decisión. En caso de que no se cuente con la aceptación del deudor para la realización de las modificaciones en el contrato de mutuo, la entidad financiera pueda acudir al juez competente para dirimir el conflicto contractual.

Sentencia T-899 de 2006: del análisis del caso la corporación encontró que frente al primer crédito de la accionante, correspondiente a una obligación hipotecaria inicialmente pactada en pesos con el B.C.H., banco que luego re-liquidaría dicho crédito, el que posteriormente re-denominó el Banco Granahorrar, es evidente, que esta segunda operación fue adelantada por el banco accionado sin la aquiescencia de la señora Bueno Mogollón, violando así su derecho al debido proceso, y desconociendo de paso los principios de la buena fe y la confianza legítima.

Sentencia T-141 de 2007: aquí se manifiesta que la buena fe implica la obligación de mantener en el futuro la palabra inicialmente comprometida, de cuyo cumplimiento depende en gran parte la seriedad del procedimiento, la credibilidad entre las partes y el efecto vinculante de los actos. La alteración unilateral de los términos contractuales causada por alguna de las partes, desconoce el principio de buena fe y el respeto a los actos propios.

Sentencia T-276 de 2008: dentro de las consideraciones que esta vez tuvo en cuenta la Corte se encuentra que incorporado al principio de la buena fe, se encuentra el que nadie puede ir en contra de sus propios actos<sup>216</sup>; circunstancia que no solamente se contrae al nacimiento de la obligación, sino que sus efectos se despliegan en el tiempo hasta la extinción de la misma. Así, debe mantenerse en el futuro la palabra inicialmente comprometida, pues de su cumplimiento depende en gran medida la seriedad del procedimiento, la credibilidad entre las partes y el efecto vinculante de sus actos. De tal suerte que ante cambios inconsultos de las cláusulas contractuales por iniciativa de una de las partes, es necesario

---

<sup>216</sup> Sentencia T-793 de 2004.

proteger la confianza legítima de las personas que han adquirido créditos de vivienda, en razón a su convicción de que, en principio, la relación contractual no podía ser modificada unilateralmente<sup>217</sup>. Lo indicado para las entidades financieras, en cumplimiento del principio de publicidad, es que informen al obligado con antelación, de forma clara, precisa y comprensible, sobre la variación de las condiciones iniciales del contrato de mutuo, que son necesarias para adaptar la obligación a las nuevas condiciones legales, para que de esta manera el deudor pueda manifestar su anuencia, o por el contrario oponerse a la decisión adoptada, presentando reclamos o los recursos a los que haya lugar, es decir, debe permitírsele interactuar en la toma de la decisión.

#### B.1.5 Jurisprudencia sobre el Principio de la Autonomía de la Voluntad

Sentencia SU-167 de 1999: en este fallo se dijo que haciendo uso de la autonomía contractual, la entidad financiera accionada terminó el contrato de ahorro del peticionario, por cuanto figura en la denominada lista Clinton. Con relación a este tema, la Corte Constitucional manifestó que si bien los bancos gozan de autonomía negocial, la cual tiene sustento constitucional, aquella es más restringida que la del resto de particulares, pues el carácter de interés público, la intervención del Estado en la actividad financiera, la exigencia de la democratización del crédito y la imposibilidad de que se restrinjan desproporcionadamente derechos fundamentales de los clientes, limitan en gran medida la autonomía del sector financiero.

El sólo hecho de que una persona figure en la lista Clinton, sin que haya sido condenada o esté siendo investigada por delitos relacionados con el narcotráfico en Colombia, es una causal objetiva que autorice la imposibilidad de acceder al sistema financiero. No obstante, como se expresó en precedencia, el actor encuentra transgredido su derecho a la personalidad jurídica e igualdad para acceder al sistema financiero, lo cual se origina en un acto de gobierno extranjero que coloca en estado de indefensión al actor y a la banca colombiana.

Sentencia T-1008 de 2005: en esta sentencia se expresó que si bien los bancos gozan de autonomía negocial, la cual tiene sustento constitucional, aquella es más restringida que la del resto de particulares, pues el carácter de interés público, la intervención del Estado en la actividad financiera, la exigencia de la democratización del crédito y la imposibilidad de que se

---

<sup>217</sup> Sentencias T-391 de 2006 y T-141 de 2003

restringan desproporcionadamente derechos fundamentales de los clientes, limitan en gran medida la autonomía del sector financiero.<sup>218</sup>

Las relaciones bancarias se fundamentan en la confianza, razón por la cual, cuando por circunstancias objetivas, esa confianza se deteriora, no puede forzarse a las entidades financieras a iniciar o mantener una determinada relación contractual. De manera particular, cuando esa pérdida de confianza provenga de un incumplimiento del contrato, la entidad financiera, con base en las previsiones contractuales -que encuentran justificación en consideraciones de seguridad y de estabilidad del propio sistema financiero-, puede optar por dar por terminado unilateralmente el respectivo contrato de servicios bancarios.

Sentencia T-329 de 2008: para la Corte no permitirle a la empresa Un Dólar Ltda., la apertura de una cuenta corriente, implica un bloqueo financiero que vulnera sus derechos fundamentales y conlleva al cierre definitivo de la compañía, en la medida en que no cuenta con una autorización definitiva por parte de la DIAN para desarrollar la actividad como profesional de compra y venta de divisas al no cumplir con dicho requisito. No es posible sostener la tesis de la libertad absoluta de las entidades financieras para decidir en relación con el acceso de los usuarios a los servicios que prestan, pues ello equivaldría a negar el carácter público que reviste esta actividad y de paso, conllevaría al desconocimiento de los derechos fundamentales de los usuarios. De otro lado, tampoco resulta admisible permitir el acceso ilimitado, toda vez que se vulneraría la libertad contractual y la autonomía de la voluntad privada de la banca nacional y comprometería, además el interés público que subyace en la salvaguarda de la solvencia y solidez del sector financiero.

#### B.1.6 Jurisprudencia sobre los Principios de Autonomía de la Voluntad y Buena Fe

Sentencia C-529 de 2000: para la Corte en este caso, la Convención no desconoce la autonomía de la voluntad privada, en la medida en que aquella no obstaculiza el derecho a la libertad que éstas tienen para contratar de acuerdo con los artículos 13, 16 y 333 de la Carta Política. En tal virtud, es permitido que las partes que celebren el respectivo contrato puedan excluir, total o parcialmente, la aplicación de sus disposiciones, en forma tácita o expresa de conformidad con el artículo 6 del Instrumento internacional que se analiza.

---

<sup>218</sup> Ver Sentencias SU-157 y SU-167 de 1999

El ejercicio de la actividad mercantil que desarrollan los particulares con otros ciudadanos de Estados diferentes debe hacerse bajo el principio de la buena fe, tal como lo exige la Convención en su numeral 1º del artículo 7º. Dicho principio debe observarse no solamente en las relaciones contractuales o negociales; en las relaciones entre particulares y los Estado sino, igualmente, en las actuaciones procesales.

Sentencia C-341 de 2006: para resolver la Corte indicó que la autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación. En el ordenamiento jurídico colombiano, al igual que en muchos otros, la autonomía de la voluntad privada se mantiene como regla general, pero con restricciones o excepciones por causa del interés social o público y el respeto de los derechos fundamentales derivados de la dignidad humana.

#### B.1.7 Jurisprudencia sobre los Principios de Autonomía de la Voluntad y Fraude a la Ley

Sentencia T-468 de 2003: algunos de los argumentos manifestaron que la Corte no tiene competencia para analizar y estudiar el contenido y la validez de la Orden Ejecutiva, pero sí para determinar la afectación de los derechos fundamentales de las personas, a partir de la producción de sus efectos o consecuencias al interior del país. A partir del análisis probatorio del expediente, la Sala pudo verificar que las entidades financieras accionadas apelaron a la autonomía de la voluntad privada para dar por terminada su relación contractual.

Se han establecido mecanismos de control para el acceso a los servicios financieros, con el objeto de conocer adecuadamente la actividad económica que desarrollan sus clientes o usuarios. Dichos mecanismos se encuentran catalogados por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea en las reglas de conocimiento del cliente, las cuales se resumen en cuatro categorías:

- e) Riesgos de reputación: Consistentes en la publicidad negativa que puede afectar la confianza de los depositantes, como resultado de la ejecución de prácticas anormales o de la utilización de las entidades financieras

como medios para la realización de actividades ilegales por parte de sus clientes.

- f) Riesgos operativos: Relacionados con la violación a los procedimientos de control y de debida diligencia previstos en la ley y desarrollados por las autoridades de control, los cuales pueden involucrar una afectación o alteración al ejercicio corriente de sus operaciones financieras activas, pasivas o neutras.
- g) Riesgos legales: Aquellos vinculados con los posibles multas, responsabilidades penales y sanciones administrativas impuestas por las autoridades de control, como consecuencia de la ausencia de la debida diligencia en el momento de identificar clientes y en la prestación corriente de sus servicios.
- h) Riesgos de concentración: Destinados a controlar la concentración indebida del crédito, es decir, tienen como propósito evitar la violación a los cupos individuales de crédito<sup>219</sup> o su asignación a un prestatario único o a un grupo de prestatarios relacionados. Su fundamento constitucional se encuentra en la obligación de democratizar el crédito, de conformidad con el artículo 335 Superior. En Colombia, el control a los citados riesgos se encuentra regulado en: el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; la Circular Externa 046 de 2002 de la Superintendencia Bancaria; la Ley 526 de 1999 y en el Decreto 1497 de 2002.

En las disposiciones mencionadas, se plasman normas relacionadas con el conocimiento del cliente, la determinación de los parámetros para evaluar los movimientos de los usuarios y, en general, el conocimiento del mercado, con el objeto de detectar las operaciones inusuales o sospechosas que puedan configurar la práctica o realización de una conducta delictiva.

#### B.1.8 Jurisprudencia sobre los Principios de Autonomía de la Voluntad y Teoría de la Imprevisión

T-520 de 2003: La Corte se refirió anotando que la incidencia de una mayor cantidad de sectores y actividades económicas sobre la realización de los fines del Estado supone una ampliación del interés público, ante la cual el concepto de servicio público cumple una función de vital importancia. Este concepto permite que el Estado regule tales actividades, otorgándoles a las

---

<sup>219</sup> Al respecto, se puede consultar el artículo 315 de la Ley 599 de 2000, referente al delito denominado: "Operaciones no autorizadas con accionistas o asociados".

personas que las ejercen una serie de derechos, facultades y prerrogativas, y permite que a la vez ejerza sobre ellos la vigilancia, inspección y control, necesarios para garantizar el cumplimiento de sus finalidades sociales. En esa medida, el aumento de la complejidad social y la creciente interdependencia entre actividades económicas y finalidades estatales, hacen que cada vez sean más las actividades privadas que interesan al Estado, y a las cuales éste les da un carácter institucional, clasificándolos jurídicamente como servicios públicos.

En la legislación comercial no se establecen explícitamente las consecuencias jurídicas de la fuerza mayor y el caso fortuito. Sin embargo, según el artículo 2º del Código de Comercio, las reglas de la legislación civil deben aplicarse a las cuestiones comerciales cuando la legislación mercantil no pueda aplicarse. Así mismo, en materia de obligaciones, el artículo 822 establece que “los principios que gobiernan la formación de actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.”

Resulta irrazonable someter a las personas que han sido secuestradas al deber probatorio, propio del derecho ordinario, de demostrar la imprevisibilidad e irresistibilidad de su secuestro, así como su relación causal con el incumplimiento. Ello significaría, en la práctica, la ineficacia del proceso de la justicia ordinaria –en este caso el proceso ejecutivo-, como medio de defensa judicial, por la imposibilidad fáctica de cumplir con las exigencias propias del estándar probatorio impuesto. Por lo tanto, no puede un juez afirmar que la tutela en estos casos resulta improcedente por existir otro medio de defensa judicial.

El deber de solidaridad, en sí mismo, no constituye un límite a la autonomía privada.

#### B.1.9 Jurisprudencia sobre el Principio de la Buena Fe

Sentencia T-1130 de 2003: la Corte manifestó que la operatividad del mandato de reconocimiento al que se ha hecho referencia exige, como primer paso, la comprobación de la existencia cierta de una comunidad diferenciada, según los criterios de identificación antes citados y relacionados con la verificación de un vínculo comunitario basado en la tradición y un sistema particular de valores.

El respeto al precedente es presupuesto necesario para garantizar la seguridad jurídica, postulado que permite la estabilidad de la actividad judicial, permitiendo con ello que los asociados tengan cierto nivel de previsibilidad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico y, de este modo se asegure la vigencia de un orden justo.<sup>220</sup> La realización del principio de seguridad jurídica, además, está relacionada con la buena fe (Art. 83 C.P.) y la confianza legítima, en el entendido que las razones que llevan a los jueces a motivar sus fallos determinan el contorno del contenido de los derechos y las obligaciones de las personas, la forma de resolución de las tensiones entre los mismos y el alcance de los contenidos normativos respecto a situaciones de hecho específicas, criterios que hacen concluir que la observancia del precedente jurisprudencial constituye un parámetro válido para efectuar un ejercicio de control sobre la racionalidad de la decisión judicial.

Sentencia T- 170 de 2005: la Corte señaló que los particulares que prestan un servicio público se hallan vinculados por el principio de solidaridad y el desconocimiento de éste puede generar la vulneración de derechos fundamentales.

El principio de buena fe al exigir a los servidores públicos y a los particulares, el compromiso de obrar honestamente en el marco de unas relaciones de confianza mutua y con estricta sujeción al orden jurídico, impuso la reformulación de la posición que unos y otros observaban en sus relaciones cotidianas a partir de la configuración de derechos y deberes correlativos.

La procedencia del amparo constitucional por la vulneración de derechos fundamentales derivada del incumplimiento del principio de buena fe y del deber de solidaridad.

Sentencia C-277 de 2006: la facultad de intervención del Estado en la economía se presenta como la principal herramienta mediante la que éste ejerce la dirección y control de aquella. Para esto, la organización de quienes participan en el intercambio comercial proporciona al Estado las condiciones necesarias para dirigir y controlar de modo efectivo la actividad económica. De ahí que para esta Corporación resulte claro que sin un instrumento que provea la organización de las empresas, no se pueda hablar de un escenario adecuado para ejercer la intervención eficaz que la Constitución prescribe a cargo del Estado, en la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o prestación de servicios. Esto es, en la

---

<sup>220</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-836/01, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Fundamento jurídico No. 9.

actividad mercantil que por excelencia la desarrollan las empresas por medio de actividades económicas organizadas.

Sentencia T-358 de 2008: se señala en este fallo que uno de los fundamentos y deberes inmanentes del estado social de derecho es la solidaridad, consagrada en la Constitución Política desde sus más fundamentales principios; así mismo dice la Corte que la solidaridad es un deber-derecho que corre a cargo de cada miembro de la comunidad.

La solidaridad como principio fundante del Estado Social de Derecho, se encuentra al lado del respeto a la dignidad humana, el trabajo y la prevalencia del interés general.

En el artículo 83 de la Constitución está consagrado el principio de buena fe que es la probidad, transparencia, respeto, lealtad y solidaridad que en todo momento han de poner en práctica los asociados en el desempeño de sus deberes y derechos, y que exige a los particulares y a las autoridades públicas actuar correctamente, en el marco de unas relaciones de confianza mutua y para garantizar la convivencia pacífica.

La buena fe se presume en todas las gestiones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas e impone deberes a los particulares.

#### B.1.10 Jurisprudencia sobre el Principio de Enriquecimiento sin Causa

Sentencia T-219 de 1995: Para que haya enriquecimiento sin causa se requiere que un patrimonio reciba un aumento a expensas de otro, sin una causa que lo justifique. Son tres, entonces, los requisitos que a su juicio deben probarse para que se declare la existencia de un enriquecimiento de esta índole y se ordene la devolución de los bienes correspondientes: 1) un enriquecimiento o aumento de un patrimonio; 2) un empobrecimiento correlativo de otro, y 3) que el enriquecimiento se haya producido sin causa, es decir, sin fundamento jurídico.

Sentencia de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia. Referencia: expediente 5208: El tribunal también subestimó la más notable de las características de la acción de enriquecimiento incausado, cual es la de la subsidiariedad. Todo el mundo conoce que dicha acción se abre paso sólo en la medida en que no haya otro remedio que venga en pos del empobrecido. En otros términos, la vida de esta acción depende por entero de la ausencia de toda otra alternativa.

Queda fácil detectar que si en este caso el acreedor promovió un proceso ejecutivo tendiente a hacer efectivo el derecho incorporado en el título valor, con ello mismo puso en evidencia que contaba con la alternativa del ejercicio de la llamada acción cambiaria. Y si al momento de instaurar el ordinario de enriquecimiento subsistía esa alternativa, como de hecho subsistía, por supuesto que no había concluido el ejecutivo, brota la verdad irrecusable de que a la sazón estuvo ejercitando simultáneamente dos posibilidades: el cobro forzado de la obligación y la acción de enriquecimiento del artículo 882 del Código de Comercio.

Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Referencia: expediente 6150: La acción de enriquecimiento sin causa tiene, por regla general, un carácter esencialmente subsidiario, lo que significa que "es preciso que ese enriquecimiento no haya tenido ningún otro medio para obtener satisfacción", de suerte que si éste existe, o habiendo existido, el afectado dejó prescribir la acción, no podrá acudir a aquel mecanismo, en la medida en que la *actio in rem verso* no es un instrumento alternativo -o sucedáneo- para el ejercicio de un derecho, como tampoco una herramienta que premie o avale la desidia o inactividad del acreedor, o sirva para desconocer los indiscutidos efectos extintivos de la prescripción.

Sin embargo, como una excepción a la regla anterior, cuando el empobrecimiento del acreedor, surge del decaimiento por prescripción o caducidad de la acción cartular reconocida a los títulos-valores, la acción de enriquecimiento sin causa, consagrada normativamente en el artículo 831 del Código de Comercio, adquiere, en tal caso, una naturaleza autónoma, como se desprende de la misma norma que la consagró, el inciso final del artículo 882 de la misma codificación, cuyo presupuesto, justamente, es que el acreedor haya dejado "caducar o prescribir el instrumento", caso en el cual, como "la obligación originaria o fundamental se extinguirá asimismo", no es posible -y por ello necesario-, desde una perspectiva etiológica, acudir al negocio causal para edificar una pretensión que evite el empobrecimiento, como equivocadamente lo consideró el sentenciador de segundo grado.

Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Referencia: expediente 7061: El enriquecimiento injusto, es fuente de obligaciones, y tiene lugar cuando independientemente de toda causa jurídica se presenta el desplazamiento o disminución de un patrimonio a expensas de otro, de largo tiempo atrás doctrina y jurisprudencia han determinado sus elementos integrantes, cuales son el aumento de un patrimonio y un empobrecimiento correlativo, amén de la carencia de causa o

fundamento jurídico que justifique tal desplazamiento patrimonial, factores estos entre los cuales- y asunto es por cierto que salta a la vista-, es el último de los enunciados el que informa la figura y recoge el principio general de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de los demás, a lo que ha de agregarse que para estos efectos debe entenderse por causa, no aquella a que se refiere el artículo 1524 del código civil, sino la preexistencia de una relación o vínculo jurídico entre el enriquecedor y el empobrecido que justifique el movimiento patrimonial.

Por lo demás, a los elementos atrás enunciados han sido incorporadas aún otras dos condiciones, que más que componentes de la figura son requisitos para ejercer la acción a que da origen el fenómeno del enriquecimiento ilícito, como son: que ella no se intente contra disposición imperativa de la ley y que, dado su carácter netamente subsidiario, no se haya contado con otro medio para obtener satisfacción por la lesión injusta que le ha sido ocasionada.

La acción de enriquecimiento cambiario, es una modalidad de la actio de in rem verso común, que como tal se nutre de sus principios generales.

#### B.1.11 Jurisprudencia sobre el Principio de Fraude a la Ley

Sentencia C-851 de 2005: esta decisión se tomó teniendo en cuenta lo siguiente: desde la segunda mitad del siglo XX, existe una creciente preocupación por el creciente poderío de las organizaciones criminales y por la insuficiencia de legislaciones nacionales para combatirlos y para proteger a los sistemas financieros y económicos del volumen de recursos generados por su actividad ilícita, así como de las estrategias empleadas por estas organizaciones para esconder el origen ilícito de sus recursos, descrito por las expresiones "lavado de activos", "lavado de dinero", "blanqueo de activos" y "blanqueo de dinero". Dicho fenómeno ha atraído la atención de la comunidad internacional, que ha adoptado recomendaciones, instrumentos vinculantes, manuales y procedimientos para combatirlo.

La Superintendencia Bancaria ha expedido numerosas resoluciones que buscan prevenir que el sistema financiero sea empleado para la realización de actividades delictivas. Entre ellas se encuentra la Circular Externa 007 de 1996 o Circular Básica Jurídica, que es la principal directriz de la conducta de las entidades financieras y crea el "Sistema Integral para la Prevención del Lavado de Activos (SIPLA)". Esta disposición reglamenta el concepto de cliente, la forma de realizar el conocimiento del mismo y un conjunto de parámetros que alertan sobre la ocurrencia de operaciones por fuera de los

rangos de normalidad de los clientes. Exige, además, que las entidades financieras adopten un código de conducta y un manual de procedimiento interno. Igualmente, establece los rangos a partir de los cuales se realizará el control y reporte de transacciones en efectivo.

Para los intervinientes, las disposiciones demandadas no vulneran los derechos al buen nombre, a la dignidad, al debido proceso ni la presunción de inocencia, porque el reporte de actividades financieras sospechosas tiene un carácter preventivo, y obedece a la finalidad de cumplir con el deber de colaborar con la administración de justicia. Indican además, que el derecho al hábeas data no es un derecho absoluto, sino que puede ser limitado, a fin de proteger el interés general, asegurar la vigencia de un orden justo y prevenir la comisión de delitos.

#### B.1.12 Jurisprudencia sobre el Principio de Teoría de la Imprevisión

Sentencia C-252 de 1998: señaló la Corte que el cambio de la situación económica existente al momento de contratar el mutuo, puede hacer que éste se torne más favorable para una de las partes. Así, un alza general, en las tasas de interés, aparentemente, perjudica al acreedor obligado a respetar el término, porque de no ser así podría colocar su dinero a un interés mayor; y una baja en las tasas de interés, en principio, perjudica al deudor que no puede pagar anticipadamente, consiguiendo otro crédito a un interés menor.

Dentro de ciertos límites, estos cambios hacen parte de las contingencias propias de la vida de los negocios. Si el cambio fuere tan grande, y ocasionado, además, por circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, que la obligación a cargo de una de las partes resulte excesivamente onerosa, es claro que ésta podrá invocar la teoría de la imprevisión, a la cual se refiere concretamente el artículo 868 del Código de Comercio. Pero, éste es asunto que debe proponerse ante los jueces competentes y no ante la Corte Constitucional.

Sentencia T-735 de 1998: los argumentos de la Corte expresaron que el proceso de intervención que ordenó el gobierno a la demandada, dada la grave crisis financiera que afronta, está dirigido fundamentalmente a proteger, en condiciones de igualdad, los intereses de los ahorradores de la misma y desde luego la estabilidad del sistema; no obstante, si se llegare a comprobar que las medidas adoptadas en los casos específicos que se revisan, efectivamente ponen en peligro la vida de los actores, personas de la tercera edad que dicen estar afectadas de graves enfermedades y carecer de recursos para atender los gastos que demandan sus respectivos

tratamientos, se configuraría un perjuicio irremediable que haría procedente un tratamiento de excepción para los mismos, en aras de proteger sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, y su dignidad.

Sentencia T-510 de 2000: no es contrario al principio de igualdad distinguir entre los acreedores de un proceso concursal o liquidatorio para que, atendiendo sus especiales circunstancias, se proporcione a algunos un trato diferente, acorde con éstas; puesto que es el principio de igualdad el que permite, en procura de su realidad y eficacia, un trato diferente para quienes así lo ameriten.

La acción de tutela viene a ser el mecanismo idóneo para invocar la protección de los derechos fundamentales de aquellas personas que se ven compelidas a participar como acreedores en un proceso liquidatorio y que debido a su condición especial, requieren un trato diferente al previsto en la legislación para los demás acreedores, porque el juez constitucional tiene las herramientas necesarias para indagar sobre la verdadera situación de los invocantes y ordenar un trato especial que, debido a las especiales circunstancias que lo motivan, no resulte discriminatorio para los demás acreedores.

Sentencia T-250 de 2001 a la actora cuya situación, en extremo difícil, está a punto de provocar la insalvable afectación de su mínimo vital y de las más elementales necesidades de ella y de su familia, con perjuicio irremediable para su digna subsistencia y para su integridad, y en conexión con ellas, para su salud no se le está negando la titularidad del derecho económico que tiene sobre el importe del C.D.T. que había adquirido, sino que, por la extemporaneidad de su reclamación, el examen de su caso habrá de postergarse.

Pero es justamente la gravedad de las circunstancias que atraviesa la que impone la prevalencia del derecho sustancial y el trato preferente, en defensa de los enunciados derechos, que de otra forma, en razón de la retención indefinida de dineros suyos, que podrían permitirle solucionar, al menos parcialmente, su angustiada situación.

Se trata, en últimas, de priorizar el derecho constitucional a una vida digna, y el no menos fundamental a la integridad personal, sobre el motivo puramente procedimental de su reclamo tardío sobre recursos que son suyos.

El artículo 13 de la Constitución, que prevalece sobre las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, ordena al Estado proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental -es el

caso de la accionante, de su anciana madre y de su hermana cuadripléjica-, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

Sentencia T-443 de 2001: si bien las personas de la tercera edad tienen derecho a protección especial, siempre y cuando se den las condiciones que jurisprudencialmente se exigen para la devolución de los dineros depositados en una entidad financiera que ha sido intervenida por el Gobierno, se observa que el actor no sólo se encuentra afiliado al Seguro Social en su condición de pensionado, sino que también disfruta de los beneficios adicionales que le proporciona la medicina prepagada de COOMEVA entidad a la cual también se encuentra afiliado, debiendo acudir a estas entidades de Seguridad Social a fin de obtener los servicios que requiere. De otra parte, se observa que el actor ha venido recibiendo recursos provenientes de sus depósitos en el Banco Andino, a través de Fogafin a título de seguro de depósito la suma de \$4.473.522.00 y directamente del Banco Andino el 23% del valor depositado, encontrándose en trámite otro desembolso del 10%, como lo manifiesta el demandado en su respuesta a la acción de tutela.

Sentencia T-1230 de 2001: dentro del grupo de personas que merecen por su especial condición un trato diferenciado dentro de los acreedores de entidades financieras en liquidación se encuentran las de la tercera edad a quienes la misma Carta Política en su artículo 46 consagra una especial protección y quienes, en la numerosas ocasiones se encuentran dentro de los parámetros de debilidad manifiesta por su precaria situación económica, física o mental.

Si bien no se adjuntan al expediente pruebas de enfermedad grave del peticionario, ateniéndonos a los hechos expuestos en la tutela, los cuales no fueron desvirtuados por la accionada, es válido pensar que a su edad, esta persona haya tenido una disminución de sus capacidades físicas lo cual le impida desempeñarse como empleado o trabajador independiente y percibir un salario o renta. Además, como el mismo accionante manifiesta, él no recibe mesada pensional alguna lo que deja su subsistencia sujeta a los medios que le proporcionen terceros como su hijo con quien habita, según lo dicho en la tutela.

La búsqueda de recuperación financiera de las entidades en liquidación no es excusa para el no pago prioritario de acreencias a personas que por su particular situación de necesidad ameritan se otorgue una prioridad en el pago.

B.1.12.1.1 Sentencia de la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá: ya no se discute que el postulado de la normatividad de los actos jurídicos, en virtud del cual los contratantes deben

ajustar su conducta a la ley del contrato (*pacta sunt servanda*), tiene que ser atemperado cuando circunstancias imprevistas o imprevisibles y, desde luego, sobrevinientes, provocan excesiva onerosidad para una de las partes, evento que impone abrirle paso a la revisión del respectivo negocio jurídico, con el fin de restablecer el equilibrio prestacional original.

El legislador de la materia comercial estableció que cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá esta pedir su revisión, caso en el cual, el Juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Sentencia T-1210 de 2004: la acción tutela, como mecanismo judicial extraordinario, es viable, cuando las circunstancias particulares ante las cuales se encuentra expuesto un particular, afecta de tal manera sus derechos, que tornan en ineficaz la vía ordinaria de defensa judicial. Estas situaciones especiales se presentan particularmente cuando la persona se encuentra expuesta ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable; cuando la subsistencia de una persona de la tercera edad se encuentra comprometida en razón a un estado de indefensión, el cual no le permita aguardar una decisión fruto de un proceso ordinario y, por último, cuando se afecta el mínimo vital del accionante o de su familia.

En el caso de las personas de la tercera edad, cuya capacidad laboral se encuentra agotada y cuyo único medio de supervivencia está representado en una pensión legalmente reconocida o en algunos recursos económicos depositados en una entidad financiera, la imposibilidad de disponer en cualquier momento de tales dineros para asumir sus necesidades más elementales, afectan de manera inmediata su calidad de vida, y los coloca en una condición de especial vulnerabilidad, requiriendo en consecuencia una protección inmediata de sus derechos.

Sentencia T-676 de 2005: dentro de un proceso ejecutivo, el demandado debería probar que el hecho constitutivo de la fuerza mayor —el secuestro— era imprevisto, imprevisible e irresistible, y que hubo una relación causal con el incumplimiento, como condiciones probatorias para eximirse de responsabilidad en materia civil. Esta exigencia, en principio completamente

justificada cuando se debate cualquier otro hecho constitutivo de fuerza mayor, se tornaba desproporcionada e irrazonable, por distintos motivos, cuando se trataba de un secuestro, lo que en definitiva acarrea la ineficacia del medio de defensa judicial ordinario –en este caso las excepciones en el proceso ejecutivo–, para la protección de los derechos fundamentales en juego, por la imposibilidad fáctica de cumplir con las exigencias propias del estándar probatorio impuesto para demostrar la fuerza mayor. Por lo tanto, no puede un juez afirmar que la tutela en estos casos resulta improcedente por existir otro medio de defensa judicial, pues de acuerdo a las anteriores reflexiones tales mecanismos carecen de la idoneidad y eficacia del amparo constitucional para proteger los derechos fundamentales de una persona secuestrada cuando es ejecutada por sus acreedores.

Sentencia T-040 de 2008: en el caso de las personas que reclaman la devolución de sus ahorros depositados en entidades financieras que han sido intervenidas por el Estado, siempre se ha establecido un procedimiento para que dichos recursos sean devueltos a sus titulares. No obstante, existen casos en los que, someter a algunas personas cuya condición de debilidad manifiesta es evidente, a estos procedimientos legalmente establecidos, no sólo agrava su ya difícil situación personal sino que además vulnera sus derechos fundamentales. Por ello, la acción de tutela surge en aquellos casos, como la vía judicial más adecuada, tornando las vías ordinarias en ineficaces.

## INFORMES DE INVESTIGACION JURISPRUDENCIAL

### EL PRINCIPIO DE ABUSO DEL DERECHO.

“El abuso del Derecho en gran medida es una construcción propia de la jurisprudencia colombiana, específicamente de aquella creada en la segunda mitad de los años 30 del siglo pasado, época para la cual los ilustres juristas integrantes de nuestra Corte Suprema de Justicia se alejaron de la exégesis y acogieron una interpretación basada en principios, finalidades y valores, como sustento de la legislación patria”.<sup>221</sup>

“Pero a más de ser una creación nuestra y, más específicamente, de nuestro derecho civil, la figura del abuso lo ha trascendido, para encontrar aplicación en otras disciplinas normativas como el derecho comercial, el derecho administrativo, el derecho de la competencia económica e incluso ha legado en su discusión e incorporación al terreno de los derechos fundamentales.”<sup>222</sup>

La jurisprudencia Colombiana al pasar de los tiempos ha vinculado nuevos mecanismos judiciales con el fin de dar solución aquellos conflictos que la norma existente no podía resolver, o que simplemente presentaba vacíos, dando una interpretación diferente a los criterios que en un principio se quiso dar al contenido de los conceptos de orden público y de buenas costumbres, para adecuarlas con la realidad y al cambiante con la sociedad.

La teoría del abuso del derecho muestra las siguientes aplicaciones prácticas:

“Las primeras aplicaciones de la teoría del Abuso del derecho se tuvieron en los siguientes casos: 1. Cuando se embargan en exceso bienes del deudor, 2. Cuando temerariamente se formula una denuncia penal, 3. Cuando se insiste en el secuestro de bienes que no pertenecen al ejecutado y 4. Cuando se abusa del derecho a litigar. Después, la doctrina elaboró otras formas posibles de Abuso del Derecho, sobre todo en el plano contractual: cláusulas abusivas en la predisposición unilateral del contrato (contratos de adhesión), terminación anticipada del contrato; no renovación del contrato; abstención a contratar; abuso en la ejecución del contrato. Modernamente se han expuesto las siguientes formas de Abuso del Derecho: abuso en la concesión

<sup>221</sup> [www.ramajudicial.gov.co/csj\\_portal/assets](http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/assets) consultado Mayo 24 de 2010.

<sup>222</sup> [www.ramajudicial.gov.co/csj\\_portal/assets](http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/assets) consultado Mayo 24 de 2010.

del crédito; ruptura inopinada y brusca del crédito. En el Derecho de la Competencia, el abuso de posición dominante. En el derecho urbano, dejar que las construcciones que son patrimonio artístico se deterioren para después construir. En el derecho societario, el abuso del derecho de voto y el abuso del derecho de retiro. En el campo de la propiedad intelectual puede resultar del ejercicio abusivo de un derecho. En otras palabras: el abuso de la posición dominante es una moderna vestidura lingüística, una adaptación del Abuso del Derecho a los últimos años del siglo XX y específicamente al área del derecho de la competencia.

“Finalmente, hoy se plantea la posibilidad del abuso del Derecho en el ejercicio de los derechos fundamentales, es decir la teoría incorporada al plano constitucional, consagrando una fórmula de equilibrio en materia de ponderación de los derechos constitucionales, de manera que su ejercicio no comprometa derechos de igual o mayor jerarquía. En otros términos, en el artículo 95 de la Carta Política subyace un principio fundamental del ordenamiento jurídico que hace imperioso el ejercicio razonable de los derechos constitucionales: “...Son deberes de la persona y del ciudadano: I. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.<sup>223</sup>

“Es decir, habría dos niveles de Abuso del Derecho. Uno contenido en una norma constitucional pero referido no a todo el ordenamiento, sino al ejercicio no razonable de los derechos reconocidos en el mismo texto constitucional, y, el tradicional abuso del Derecho que se aplica a las prerrogativas o situaciones de ventaja que el ordenamiento otorga mediante leyes, reglas o normas jurídicas a los sujetos de derecho privado en la medida que el Abuso del Derecho es un principio general del ordenamiento.”

El Abuso del Derecho en el ordenamiento jurídico Colombiano, tiene la siguiente ubicación normativa

- ✓ En la Constitución Política de 1991 en el artículo 95, y en el artículo 230.
- ✓ En la ley 153 de 1887, artículo 8, en la ley 200 de 1936, artículo 21.
- ✓ En el Código Civil, artículo 2341, artículo 2343, artículo 2356, artículo 1002, artículo 669.
- ✓ En el Código de Comercio, artículo 830, artículo 1280.

<sup>223</sup> [www.ramajudicial.gov.co/csj\\_portal/assets](http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/assets) consultado Mayo 24 de 2010.

Aunque la aplicación de los principios en la legislación Colombiana se viene usando desde siglo pasado, es claro que con la reforma que sufrió la Constitución Política Nacional en el año de 1.991 ha hecho que estos tengan mayor uso, pues en esta transformación se dio importancia al “Estado Social de Derecho organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad las personas que las integran y en la prevalencia del interes general. A los fines esenciales del Estado como son servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, y derechos y deberes consagrados en la Constitución,<sup>224</sup> facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.” Dando la posibilidad de aplicaciones de otras normas que sean beneficiosas y que puedan dar una a luz en aquellos vacíos que presentan las normas.

El abuso del derecho es el resultado de una acción injurídica, y por tanto, extraña al ordenamiento legal, pues que en estos casos, bajo el entendido de que todo derecho es relativo y no absoluto, la parte dominante usa de su privilegiada posición frente a la parte vulnerable e indefensa de la relación jurídica para imponer condiciones y alcanzar ventajas que afrentan el derecho a la igualdad y por contera el debido proceso. Cuando la ley no puede decidir una cuestión jurídica según el sentido natural de una ley, se tendrá en cuenta lo que se decida por la ley, en los casos semejantes, y los fundamentos de otras leyes análogas. Si resultase aún dudoso el caso, se decidirá, de acuerdo con las circunstancias, cuidadosamente recogidas y, según los principios jurídicos.

---

<sup>224</sup> Constitución Política de Colombia y otras Normas. Programa de Publicaciones Jurídicas de la Dirección Jurídica de la Alcaldía de Santiago de Cali. Diciembre de 2007

B.1.12.2 En la sentencia T-346 de 2.003 con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, se denota la vulneración al debido proceso y el buen nombre del accionante cuando la entidad financiera realiza un reporte negativo a las centrales de riesgo como deudores morosos, sin causa justificada, según lo expuesto, ocasionándoles como consecuencia la inclusión de sus nombres en los bancos de datos respectivos lesión directa al buen nombre de los actores, además de los perjuicios de orden comercial que en materia de crédito ello puede generales. No obstante que con la re liquidación del crédito hipotecario estos se encontraban con la obligación rescindida.

## EL PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

“El contrato es, por su parte, desde la óptica clásica, el acuerdo donde las voluntades expresan su autonomía de dar, hacer o no hacer, produciendo, libremente, obligaciones y derechos, surgidos de dicho pacto. Empero, la autonomía de la voluntad, sigue constituyendo la fuente principal de la regulación contractual.<sup>225</sup>”

“Desde los tiempos del Derecho Romano antiguo, además de la rigurosa formalidad, donde los verbas tenían un considerable significado, se observaba una preocupación de averiguar las voluntas, que como principio, hoy sabemos, triunfa con el Derecho Postclásico, cuando se afirman los criterios y se presta mayor atención a las voluntas y al animus o consensus. Asimismo, es con el Derecho Romano que se van precisando los principios generales relativos a la voluntad de los negocios jurídicos, reconociéndose para ello tres momentos de suma importancia: la capacidad de actuar (que el sujeto pueda realizar un acto voluntario), la volición (que efectivamente quiera realizarlo) y la manifestación de la voluntad (que exprese la voluntad).”

El principio de autonomía de la voluntad, o libertad contractual, consiste en el poder que la ley reconoce a los particulares para reglamentar por sí mismos (libremente y sin intervención de la ley) el contenido y modalidades de las obligaciones que se imponen contractualmente. En materia de contratos, la mayor parte de las normas son de carácter supletorio o dispositivo y no imperativas. El principio de autonomía de la voluntad es expresión de la iniciativa más amplia: de la autonomía de las personas. Este principio está dirigido hacia la parte moral y se refiere, fundamentalmente, a la libertad que,

---

<sup>225</sup> KAM RÍOS, Jorge  
[www.usma.ac.pa/.../El%20principio%20de%20la%20autonomía%20de%20la%20volu...](http://www.usma.ac.pa/.../El%20principio%20de%20la%20autonomía%20de%20la%20volu...) - Similares

dentro de sus posibilidades, tienen las personas para elegir por sí mismas. Las partes intervinientes en los contratos no pueden imponer a la otra el contenido de las obligaciones que lo conforman, el contrato debe ser fruto de un acuerdo de voluntades previo entre las partes, pero estos acuerdos no pueden lesionar las normas jurídicas.

Ubicación normativa del Autonomía de la Voluntad en el ordenamiento jurídico Colombiano.

- ✓ En la ley 153 de 1887, artículo 8, en la ley 200 de 1936, artículo 21.
- ✓ En el Código Civil, artículo 1494 a 1501.
- ✓ En el Código de Comercio Colombiano, artículos 864 a 872.

La autonomía de la voluntad es entonces el asenso libre, consciente, propio, esto es, sin la intervención o autorización de un tercero, y desprovisto de vicios del consentimiento, tales como error, fuerza o dolo, que habilita a una persona para contraer obligaciones generalmente mediante actos contractuales, es lo que denominase libertad contractual, que es la que tienen los particulares para celebrar los contratos que les plazca y determinar su contenido, efectos y duración.

El legislador ha privilegiado la autonomía de la voluntad de los contratantes, bajo la fórmula “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” (C.C., art. 1602), con el único límite de atender el orden público y las buenas costumbres, sabiamente respetando el acuerdo de voluntades sobre un mismo objeto jurídico, y por consiguiente, la Ley solo se aplica supletoriamente ante el silencio de las partes.

La autonomía de la voluntad es ese fuero interno, íntimamente relacionado con el ejercicio de autorregulación de nuestros propios asuntos, es en realidad una intención positiva de vincular mis intereses a los de otra parte que por igual pretende derivar un provecho de cualquier índole, pero cuyo consentimiento, reiterase, debe estar límpido de apremios, afirmaciones mendaces, reticencias, embustes, maquinaciones fraudulentas, etc.

## EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE

Principio el cual se encuentra establecido en el artículo 83 de la Constitución Política Nacional Colombiana. En el ejercicio de nuestros actos y de nuestros derechos debemos proceder siempre de buena fe. La Ley positiva no contiene este principio de moral y de justicia; pero la jurisprudencia lo acepta, estableciendo que debe aplicarse a todos los casos en que pueda tener cabida el principio.<sup>226</sup>

Desde que el derecho se humanizo dice Gorphe <sup>227</sup>se saturo de un principio Bienhechor que se ha llamado el principio de la buena fe y que se impuso al respecto general. La noción Jurídica de la bona fides, agrega el mismo autor que se impregno de ideas morales y religiosas desconocidas de la antigüedad y se extendió al conjunto del derecho privado "el Principio de la Buena Fe" según esta doctrina tiene una función creadora, que consiste en hacer surgir el derecho del hecho, y una función adaptadora para modelar el derecho sobre el hecho, y se presenta en tres formas:

- a) Como criterio de apreciación y por lo tanto de interpretación de los actos jurídicos. En esta primera forma aparece bajo su aspecto original relacionado con su fuente, la noción de justicia, base ideal del derecho.
- b) Como objeto de la obligación en las relaciones jurídicas. Aquí se presenta en su aspecto negativo para darle a las manifestaciones caracterizadas de mala fe las correspondientes sanciones.
- c) Como objeto de protección legal. Esta tercera forma es la más rica en aplicaciones. La Buena fe se nos presenta entonces en su aspecto positivo y dotado de una eficacia propia bastante hasta suplir la falta de derecho.

No obstante la buena fe presenta una gravedad particular, en cuanto a ella no opera sino en detrimento del verdadero titular del derecho. La cuestión se presenta bajo la forma de un conflicto verdadero titular y el tercero de buena fe, causahabiente del titular aparente. No obstante para el autor Edgar Ferreria la buena fe es un concepto especialmente ético<sup>228</sup>, que ilustra instituciones filosóficas, morales y jurídicas, y que se haya en permanente evolución. Es un concepto dinámico y no estático: aunque mantiene su idiosincracia como base, ello no impide actualizarse como base, ello no le impide conforme a la evolución que experimentan los cambios políticos y

<sup>226</sup> Código Civil de 1970 Editorial Temis

<sup>227</sup> GORPHE, Francisco. Jurista Francés entre sus obras se encuentra "La Critica del testimonio

<sup>228</sup> FERRERIA, Edgar A. " Principales efectos de la Contratación Civil" Editorial Abaco de Rodolfo de Palma Buenos Aires Argentina 1978- Pág. 183

sociales de los pueblos. Pero también este postulado adopta concepciones abstractas pasa a formar parte de los ordenamientos jurídicos a través de formulas concretas, que ayudan al jurista a sustentar ciertas doctrinas a exigir determinados comportamientos y a interpretar las normas de derecho y los acuerdos de las partes. La buena fe se aplica en varias las áreas del derecho por ejemplo en el Derecho Civil, cuando se trata de la prescripción adquisitiva de un bien, quien lo ha poseído de “buena fe” se le exige un menor tiempo que a aquel que lo ha hecho de “mala fe”. El código de Comercio Colombiano en sus artículos 834, 835<sup>229</sup>, nos habla de dos importantes diferencias entre la buena fe y la fe exenta de culpa hay que tener en cuenta como primera medida que la diferencia entre estas dos (2) figuras es muy importante puesto que la que se alega como exenta de culpa es creadora de derecho mientras que la buena fe simple no. En principio la buena fe tiene una función creadora que consiste en hacer surgir el derecho de un hecho y una función adaptadora para modelar el derecho sobre el hecho y se presenta de tres (3) formas: Como criterio de apreciación y por lo tanto de interpretación de los hechos jurídicos.

- ✓ Como objeto de obligación en las relaciones jurídicas.
- ✓ Como objeto de obligación en las relaciones jurídicas.
- ✓ Como objeto de protección legal.

“La buena fe cualificada (EXENTA DE CULPA) tiene la cualidad de crear de la nada una realidad jurídica de dar por existente ante el ordenamiento jurídico un derecho o situación que no existe realmente. La buena fe simple tan solo exige una conciencia RECTA, HONESTA pero no exige una especial conducta según lo expuesto por el Código Civil Colombiano en su artículo 768 que se basa en la conciencia de haber adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio.”

En cambio la buena fe creadora de derechos o buena fe exenta de culpa exige dos (2) elementos:

- ✓ Uno subjetivo que es el mismo para la buena fe simple que es la conciencia de que se actúa con LEALTAD.

<sup>229</sup> 834.- En los casos en que la ley prevea un estado de buena fe, de conocimiento o de ignorancia de determinados hechos, deberá tenerse en cuenta la persona del representante, salvo que se trate de circunstancias atinentes al representado. En ningún caso el representado de mala fe podrá ampararse en la buena fe o en la ignorancia del representante.

Art. 835.- Se presumirá la buena fe, aún la exenta de culpa. Quien alegue la mala fe o la culpa de una persona, o afirme que ésta conoció o debió conocer determinado hecho, deberá probarlo.

- ✓ Un elemento objetivo o social: la seguridad de que el tratante es realmente el dueño, lo cual exige averiguaciones que comprueben que aquella persona es realmente el propietario.

“De lo que podemos deducir que la buena fe simple exige tan solo CONCIENCIA, mientras que la buena fe cualificada exige CONCIENCIA Y CERTEZA.”

El principio de la buena fe se aplica en la siguiente sentencia: T- 1288 de 2000 del magistrado ponente Fabio Morón Díaz. Las actoras actuando a través de apoderado especial, manifiestan que instauran la presente acción de tutela con el fin de que se les amparen sus derechos fundamentales al respeto por los derechos adquiridos, al principio de la buena fe, al libre ejercicio de la profesión, y del derecho al trabajo, que consideran vulnerados por la Institución Universitaria demandada, toda vez que las actoras ingresaron a esta institución, algunas de ellas matriculadas en la facultad de Terapia Respiratoria y otras a Fisioterapia, en el año de 1993 unas y otras en 1995, terminando estudios del respectivo programa en el segundo semestre de 1999 y una de ellas en enero del corriente año. Al iniciar el Programa respectivo se encontraba vigente el Acuerdo 004 del 24 de agosto de 1993 del Consejo Superior de la Fundación Universitaria Manuela Beltrán, que en su artículo 142 señalaba los requisitos que deben cumplir los estudiantes para obtener el título como profesional, los cuales son: 1. Cursar y aprobar la totalidad de las asignaturas; 2. Presentar y aprobar el examen de grado que corresponde a la sustentación de un trabajo de investigación y, 3. Pagar los derechos de grado. Las actoras iniciaron el trabajo de investigación cuando cursaban (V) semestre, cuando ingresaron al último semestre en el segundo período de 1999, se les informó que mediante Resolución No. 0297 del 16 de mayo de 1997 expedida por la Rectoría y ratificada por Acuerdo 056 del 29 de julio de 1997 del Consejo Superior de la Universidad, se había modificado el artículo 142 del Acuerdo 004 del 24 de agosto de 1993, en el sentido de exigir a todos los estudiantes incluyendo a los que cursaban último semestre, como requisito de grado, la presentación de un examen preparatorio integral. Si los reglamentos académicos de las universidades tienen sustento constitucional (arts. 67, 69 y 365) y poseen, como se ha visto, un valor normativo similar a los reglamentos administrativos expedidos por las autoridades públicas, constituyendo por lo tanto normas particulares de derecho aplicables dentro del ámbito universitario y con fuerza obligatoria para sus destinatarios -los educandos adscritos al respectivo programa académico- necesariamente hay que concluir que también a dichos reglamentos les es aplicable el principio de la irretroactividad de la ley y, en general, de las normas jurídicas, según el cual estas empiezan a regir a partir de su expedición y promulgación, lo cual es garantía para la protección de las

situaciones jurídicas que han quedado consolidadas bajo la vigencia de una determinada normatividad. Por consiguiente, las instituciones universitarias no pueden dictar reglamentos con efectos retroactivos o aplicar las normas contenidas en nuevos reglamentos a situaciones que han quedado definidas o consolidadas bajo un régimen normativo anterior. Si de hecho lo hacen, violan los arts. 58 y 83 de la Constitución Política Nacional que consagran el respeto por los derechos adquiridos, el principio de la buena fe, y la confianza legítima o debida, íntimamente vinculada a éste, cuyo contenido y alcance ha sido precisado varias veces por la Corte Constitucional.

#### EL PRINCIPIO DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

“Era considerado por los antiguos romanos, el enriquecimiento sin causa, como un caso responsabilidad civil nacida como obligacional cuasicontractual. Significa el incremento de un patrimonio a expensas de la disminución de otro, sin causa que lo determine, de índole legal. La equidad hacía necesaria la repetición de lo abonado, sin causa para equiparar ambos patrimonios a una situación justa (poseer cada uno lo que le corresponde). Es uno de los principios generales del Derecho.<sup>230n</sup>”

“El remedio que otorgaron en estos casos los romanos, fue creación de la jurisprudencia y se llamaron “condictios”.

Una de ellas era la condictio “causa data causa non secuta”, aplicable en el caso de no cumplimiento de una de las partes de los contratos innominados, como en el caso de la permuta, o el precario, ya que al no ser verdaderos contratos (era requisito de los contratos tener nombre hasta la teoría de Paulo de los contratos innominados) no tenían acción derivada de ellos, pero sí del enriquecimiento sin causa, que se generaba al haber alguien realizado una prestación a favor de otro sin recibir la contraprestación correspondiente. En estos casos, de tratarse de obligaciones de dar, podía pretenderse su devolución, o cuando se entregaba una dote, y el matrimonio finalmente no se celebraba.<sup>231</sup>

La “condictio ob turpem causam”, ocurría cuando alguien había recibido una prestación por causa deshonrosa, por ejemplo, se le había abonado una suma de dinero para que no mate a una persona o para que devolviera una cosa que tenía en su poder. No debía haber torpeza de ambas partes: del que da y del que recibe, como cuando se daba algo por causa de un estupro. La “condictio ob iniustam causam”, era cuando alguien se enriquecía a

<sup>230</sup> [derecho.laguia2000.com/.../enriquecimiento-sin-causa](http://derecho.laguia2000.com/.../enriquecimiento-sin-causa) -

<sup>231</sup> [derecho.laguia2000.com/.../enriquecimiento-sin-causa](http://derecho.laguia2000.com/.../enriquecimiento-sin-causa) -

expensas de otro por una causa ilícita, por ejemplo cuando se hubiera lucrado mediante el cobro de intereses usurarios. La "condictio furtiva", era la podía intentar la víctima de un furtum, o sea quien había sido desposeído sin derecho de una cosa mueble, contra su voluntad. La "condictio indebiti" se usaba cuando se había pagado por error de hecho o de derecho, excusable. Por ejemplo, si se pagara una deuda inexistente por error excusable. La "condictio sine causa" incluía el resto de casos no incluidos en las condictio anteriores, por ejemplo, si se entregaba algo en virtud de una causa que en algún momento existió pero ya no subsistía."

Este es un principio universal, que se apila en la consideración de nadie puede enriquecerse a expensas de otro en desmedro de su empobrecimiento, pues que es lo justo que en los negocios jurídicos las contraprestaciones lo sean conmutativas y recíprocas, y no unilaterales y provechosas solo para una de las partes. Se presenta desde tiempos antiquísimos en la época Romana. En el derecho moderno se mantiene como el in rem verso, que se encamina a impedir todo modo de enriquecimiento injusto, es importante tener en cuenta que para que esta norma se tenga en cuenta debe haber enriquecimiento de un lado y empobrecimiento del otro.

Cinco son los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa, sin cuya reunión no puede existir aquel proceder.

- a) Que exista un enriquecimiento, es decir que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa.
- b) Que haya un empobrecimiento Correlativo, que significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido o que a expensas de este se haya efectuado el enriquecimiento.
- c) Que haya un desequilibrio injusto y que este por sea producido sin causa jurídica ya sea por cuenta de un contrato o un cuasicontrato, un delito o cuasidelito, tampoco por una disposición expresa de la Ley.
- d) Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien, carezca de cualquier otra acción originada por un contrato. Por lo tanto carece igualmente de la acción de in rem verso el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho.

- e) El objetivo de enriquecimiento sin causa es reparar un daño, pero no indemnizarlo. Sobre la base del empobrecimiento sufrido por el demandante

#### UBICACIÓN NORMATIVA ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO\_

- ✓ En la ley 153 de 1887, artículo 8, en la ley 200 de 1936, artículo 21.
- ✓ En el Código Civil, artículo 739 inciso 2º, artículo 1747, 1994 artículo 2120, artículo 2309, artículo 2310, artículo 2313, artículo 2343.

“En el Código de Comercio Colombiano, artículos 831. El enriquecimiento sin causa es un principio general del derecho cuya aplicación en nuestro ordenamiento se ha realizado por vía jurisprudencial, a partir de la interpretación del artículo 8 de la Ley 153 de 1887. Jurisprudencial y doctrinalmente, la teoría del “enriquecimiento sin causa” parte de la concepción de justicia como el fundamento de las relaciones reguladas por el Derecho, noción bajo la cual no se concibe un traslado del patrimonio de un sujeto al de otro, sin que exista una causa eficiente y jurídica que lo sustente. Aunque el artículo 831 del Código de Comercio lo regula al señalar que “nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro” y de lo previsto en el numeral 1, del artículo 95 de la Constitución, se ha aplicado en consideración a que se trata de un principio, más que de una disposición legal que rige las relaciones entre las personas, en el entendido de que su vigencia no está condicionada a una consagración normativa puesto que ello restringiría su aplicación.”<sup>232</sup>

El referido concepto de enriquecimiento, debe entenderse no sólo cuando ingresen bienes al patrimonio de un sujeto, sino también cuando se evita una erogación. Y especialmente porque el enriquecimiento no se deduce a partir de un mero análisis material, es necesaria su prueba jurídica. En cuanto al elemento alusivo a la ausencia de causa jurídica, cabe precisar que supone “que no haya otra fuente de la obligación como un contrato o un hecho ilícito y que no exista otra acción por la que se pueda restablecer el equilibrio perdido...”. Resulta igualmente necesario advertir que no se aplica la teoría cuando el empobrecimiento tiene por causa el hecho exclusivo del sujeto que lo padece, pues en estos casos debe soportar las consecuencias de sus acciones u omisiones, como lo impone la máxima según la cual a nadie le es dable alegar su culpa en beneficio propio. La Sala resalta finalmente, que la teoría del enriquecimiento no puede utilizarse para regular situaciones

<sup>232</sup> ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles Tomo I edición 2a

derivadas de la violación del ordenamiento jurídico o para solucionar eventos determinados por la ineficiente gestión administrativa. De allí que su aplicación no conduzca a la indemnización del daño, sino a la correspondiente compensación, que se define en consideración al empobrecimiento sufrido por el demandante hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado.<sup>233</sup>

### FRAUDE DE LA LEY

En ocasiones, el ejercicio de algunos de nuestros derechos puede parecer conforme a la ley. Esta teoría consiste, a grandes rasgos, en la evicción de la ley por la ley misma: se pueden presentar de tres maneras:

- 1) Evicción de una ley nacional extranjera.
- 2) Evicción a la ley ferenda o que ha de venir por la ley actual.
- 3) Fraude a la ley por la ley misma. Se hace lo contrario a la finalidad de la ley, de su espíritu

"la frode a la legge de la jurisprudencia italiana y la gezetzesum heung de la alemana hasta en su designación verbal, como bien se ve, corresponden a lo que los romanos llamaron *fraus legi*. Imposible que entre estos se formulase o imaginase siquiera esta noción en la época primitiva ajustada al más estrecho formalismo: advino más tarde cuando se abrió paso a un amplio criterio que permitió buscar como guía jurisprudencial la *sententia legis* con la que en interpretación extensiva se halló un medio para descubrir el fraude abrigado hasta entonces y amparado por las netas formulas literales y un arma para aniquilarlo. Hoy esa noción es una entidad plausiblemente delineada y sólidamente establecida y aceptada como guía en la jurisprudencia universal.

Se la estudia en sus diversos aspectos, fuentes y maneras de producirse tanto en las relaciones entre particulares por estados civil, sucesiones y bienes en general, etc., como en lo administrativo, en lo fiscal, en lo penal. De ello es ejemplo de la obra de ligeropoulo, le problema de la fraude a la loi<sup>234</sup>

En lo general no se viola la Ley con el propósito de violarla sino con el de lograr fines distintos para los cuales la violación es solo un medio; pero esta consideración no se opone al concepto de fraude. En otras palabras, puede haber aquel propósito y buscarse por sí mismo, pero no es necesario que lo haya para que el fenómeno se produzca.

<sup>233</sup> Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA expediente 6673 sentencia 28 de agosto de 2001

<sup>234</sup> Código Civil Editorial Temis Bogotá 1970

Todo fraude implica mala fe, que consiste en la intención de perjudicar a otro o en la eludir la normal aplicación de una Ley imperativa.

“Los elementos del fraude de la Ley son dos: Un elemento subjetivo, a saber, el propósito de violar una Ley imperativa, es decir, de sustraerse a su normal aplicación. Un elemento objetivo, que consiste en que de los medios empleados realmente violada la Ley en cuya observancia se hallan interesados el orden público o las buenas costumbres. Los medios empleados generalmente resulta debe traducirse invariablemente en la violación de una Ley imperativa, pues no se hace fraude a las leyes que solo miran el interes privado de los contratantes, ya que por definición, son supletivas de su voluntad y las, pueden cambiar”.<sup>235</sup>

#### UBICACIÓN NORMATIVA FRAUDE DE LA LEY EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO

- ✓ En la ley 153 de 1887, artículo 8, en la ley 200 de 1936, artículo 21.
- ✓ En el Código Civil, artículo
- ✓ En el Código de Comercio Colombiano, artículos 831.

El fraude a la ley es en esencia la utilización de la propia ley con el propósito malsano de lograr una finalidad distinta a la que de suyo comporta la norma jurídica, se trata de maquillar de legalidad un determinado asunto pero con el injuridico objetivo de ventaja o provecho.

Defraudar la ley es usar de esta como trampolín para obtener un fin encubierto con visos de legalidad, no se prescinde de la ley, por el contrario, apilado en sus previsiones jurídicas se maquina la verdadera intención del autor que es en realidad lo pretendido con la falacia que comporta el acto o contrato.

#### LA TEORIA DE LA IMPREVISION

“Los contratantes están obligados al cumplimiento. Así se desprende la adopción del principio Romano “pacta sunt servanda” en el artículo 1602 que señala todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, queriendo con ella indicar la fuerza cohercitiva del contrato. Podemos señalar que el cumplimiento es la norma general: con él se extinguen las

<sup>235</sup> Bonnecase, ob cit., t.6, num.37

obligaciones y se realiza su contenido. Pero en más de una ocasión, el cumplimiento no es lo que se realizan con la relación al contrato, los contratantes por múltiples importancias desatienden sus obligaciones contractuales, bien en una forma total, o realizando un cubrimiento parcial de las mismas. Este incumplimiento contractual se produce a veces por circunstancias fortuitas, pero en otras situaciones por razones culposas o intencionales lo cual conlleva o puede acarrear la subsiguiente responsabilidad.”<sup>236</sup>

“Se ocupan los ordenamientos jurídicos en regular lo que debe hacerse con relación al incumplimiento contractual. Unas veces la iniciativa la toma la Ley, bien como norma general o para algunos tipos específicos donde considero que debería arbitrar una norma precisa reguladora del incumplimiento.”

“El código de Comercio trae su previsión legal de las consecuencias del incumplimiento contractual. En el artículo 870 señala “en los contratos bilaterales, en el caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios.”<sup>237</sup>

“En algunos casos la Ley mercantil hace una previsión especial para el incumplimiento de algunos contratos particulares, por tanto, en estos tipos a específicos, las consecuencias del incumplimiento van a estar determinados por esta norma concreta y no por lo general.”

“En materia comercial en ocasiones las partes solamente se proponen concretar la prestación- generalmente de carácter pecuniario que, a título de indemnización, ha de satisfacer en caso de incumplimiento del contrato; tratan de prever un resarcimiento, y no una pena. Con este proceder, los contratantes, además de eliminar litigios (con los siguientes gastos y cargas probatorias), señalan a la prestación de indemnizatorias una naturaleza y una dimensión ciertas, razonables y satisfactorias.”<sup>238</sup>

Ubicación normativa Teoría de la Imprevisión en el ordenamiento jurídico Colombiano.

- ✓ En la ley 153 de 1887, artículo 8, en la ley 200 de 1936, artículo 21.
- ✓ En el Código Civil, artículo 1546, artículo 1602

<sup>236</sup> ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles Tomo I edición 2a

<sup>237</sup> Código de Comercio Colombiano Editorial Leyer 2008

<sup>238</sup> ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles Tomo I edición 2a

En el Código de Comercio Colombiano, artículos 870, artículo 948 a 950, artículo 973.

B.1.13 Pese a que los contratos legalmente celebrados son Ley para los contratantes, no es previsible la noción de error y de fuerza mayor, es decir se trata de los hechos extraordinarios que suelen ocurrir posteriormente a los contratos y que no fueron previstos por las partes. Y que tal ocurrencia hace imposible cumplir con la obligación. En Colombia a inicios del 2000 se presento un caso muy concreto como fue la avalancha de las re liquidaciones de las obligaciones con los Bancos y entidades financieras al no tener previsto las altas de los intereses del UPAC y DTF donde sus obligaciones eran tan altas que pagaban 3,5 o hasta 5 veces el valor de sus créditos en un estudio la altas cortes, coincidió que no estas entidades no habían previsto el aumento exagerado que tendría este mecanismo de crédito y que los usuarios estaban pagando un valor muy alto por obtención de un préstamo. Las sentencias C-955 de 2000 M.P José Gregorio Hernández y en la sentencia T- 276 de 2008 del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, dan un giro importante en el sector financiero y auxilia a los usuarios que se encontraban desesperados por no poder cumplir sus compromisos financieros y ofrece otras posibilidades mucho más justas para todos, re liquidando sus préstamos, a partir de ahí esta jurisprudencia sirvió no solo en ese momento sino que ha servido en otras circunstancias que sean similar aplicabilidad.

Otro ejemplo lo vemos en materia de compraventa, los artículos 948,949, y 950 presentan normas especiales sobre el incumplimiento del vendedor para el pago del precio, las cuales van desde el derecho que se concede al comprador para obtenerla inmediata restitución; la consagración de una clausula penal tacita, cuando se estipula que en caso de incumplimiento el comprador pierde la parte pagada del precio y el derecho del vendedor a la justa retribución por el uso que le comprador haya hecho de la cosa.

## CONCLUSION

El estudio de la Jurisprudencia Colombiana permitió analizar aquellos conflictos jurídicos de naturaleza abstracta que carecen de regulación en el ordenamiento jurídico Nacional, tales como el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho, la buena fe y el fraude a la ley, que son frecuentes en las relaciones diarias de derecho, y que por ausencia de una verdadera y expresa normatividad, lo eran tratadas al azar de los contratantes. Con la

expedición de la Constitución Política Nacional de 1.991, se da una nueva visión de igualdad, garantías y derechos a todos los ciudadanos. La buena fe, por ejemplo, a partir de la incursión de la Carta Magna del 91 adquirió rango Constitucional en su artículo No. 83 siendo pilar fundamental de todas las relaciones jurídicas en el entendido que esta es la legítima confianza que se deben los contratantes y la convicción de que todos concurren en un plano de igualdad y lealtad. La buena fe se presume la mala fe debe probarse.

Así mismo, el Derecho Internacional ha sido constante afluente, apoyo para la toma de decisiones en asuntos que no estaban totalmente claros en la legislación Colombiana, el derecho anglosajón el derecho alemán el derecho romano ha servido para guía en asuntos poco tratados en la leyes nacionales han sido fundamentales para el desarrollo interno se han aplicado y desarrollado en los temas aun oscuros a nivel legislativo han permitido desentrañar los asuntos en los que poca experiencia se tenía a nivel jurisprudencial. Detrás de las posiciones que se pueden establecer con el derecho comparado están incitas los principios generales del derecho, los cuales trascienden las divisiones territoriales y las apreciaciones y conceptos de cada uno de estos territorios, es decir son universales para todos y buscaba mantener intactas las posibilidades de interrelacionarse los seres humanos.

## **CAPITULO VI**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

La existencia del derecho comercial en la actualidad depende de circunstancias especiales en la organización jurídica de cada nación. Pero esas circunstancias obedecen a unos principios que mueven el comportamiento del individuo en la sociedad. Siendo que su contenido y características están determinados por el progreso y la modificación constante de los efectos económicos. Si tomamos en cuenta que los principios son las razones fundamentales que mueven la conducta social del hombre en comunidad, una de las actividades de este, la mercantil no se escapa a tal presupuesto universal. Colombia es hoy un Estado Social de Derecho, situación determinada por la Carta Magna del 1991, pues durante mas un siglo la constitución del 1886 planteaban que éramos un Estado de Derecho, situación ratificada con el acto legislativo de 1968.

Estado de derecho es un concepto con dos componentes; por un lado el Estado como poder político concentrado, y por otro el derecho como conjunto

de normas. El Estado de derecho es un poder limitado por el derecho. En el Estado absolutista, el soberano es el rey, él es el poder que está por encima de todos, es el que unifica todas las funciones del poder político y no admite límite ni contrapeso ni crítica. Para limitar al Estado absolutista va surgiendo el Estado de derecho. En el Estado absolutista el poder se instituye desde arriba, no surge del pueblo, sino del poder mismo, es un poder único sin divisiones ni separaciones, es un poder que inunda a la sociedad, que la domina y la avasalla; el individuo carece de fuerza frente a ese poder. La democracia forma parte de esta evolución buscando la legitimación del poder por el ciudadano, materializando así la soberanía del pueblo.

El principio de Estado Social de Derecho contrasta con el Estado de Derecho en cuanto a sus fines puesto que aquel ya no se limita solamente a asegurar la vida, la propiedad y la libertad mediante la protección contra el fraude, el hurto, el incumplimiento contractual o los daños ocasionados por terceros, funciones típicas del Estado gendarme. Sus fines tienen mayor alcance e incluyen, entre otros, promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; y asegurar la vigencia de un orden justo (art. 2° de la C.P. esto nos indica la supremacía del estado). Para ello, el Estado cuenta con facultades amplias de intervención en la economía, las cuales han de estar orientadas a lograr los fines generales del Estado y los fines especiales de la intervención económica enunciados principalmente en el artículo 334 de la Constitución. Entre estos fines especiales se destacan el de “asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos”, se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales.

La evolución del derecho mercantil se debe ver desde los principios fundamentales que han regido y han sido estipulados en nuestro marco constitucional.

El desarrollo del comercio ha generado la necesidad de estructurar nuevas figuras contractuales, que brinden las respuestas adecuadas a las necesidades.

Los organismos multilaterales consultivos de la ONU, tales como UNIDROIT

y UNCITRAL han brindado las herramientas necesarias para la reglamentación de estas figuras, propugnando el desarrollo del derecho privado.

El comercio, como fenómeno económico y social, se presenta en todas las épocas y lugares, pero el nacimiento del Derecho Mercantil, casi nada debe ni a la antigüedad ni a la legislación romana, debiendo considerarse más bien como una creación de los tiempos modernos, apenas preparadas por algunas costumbres introducidas en la Edad Media.

El progreso del derecho mercantil y su amplia gama de relaciones con otras áreas del derecho sugiere necesariamente la implementación de principios, como pilares fundamentales para su estructuración y seguridad jurídica.

Harold J. Berman sostiene “el derecho mercantil occidental adquirió a finales del siglo XI y durante el siglo XII, y comienzos del siglo XIII el carácter de un sistema integrado de principios, conceptos, reglas y procedimientos. Los diversos derechos y obligaciones asociados a las relaciones comerciales llegarían a hacer interpretados conscientemente como partes constitutivas de todo un cuerpo de derecho, la *lex mercatoria*.”<sup>239</sup> La importancia de la *Lex Mercatoria* decayó a mediados del siglo XVI. Contribuyó a este descenso, la consolidación del Derecho Estatal en cabeza del Estado moderno, la cual absorbió y prohibió la *Lex Mercatoria* transnacional; el desplazamiento geográfico de los principales centros comerciales desde Italia y el norte de Alemania hacia Holanda Inglaterra y Francia, y las falencias internas de la *Lex Mercatoria* que la habían tornado menos transparente, impredecible y parcializada en su aplicación. Desde entonces, la *Lex Mercatoria* no volvió a alcanzar el auge y reconocimiento logrado durante la Edad Media; fue borrada del mapa de la historia jurídica hasta hace poco, cuando han sido comparadas sus características con nuestra época y se habla de su probable resurgimiento.”<sup>240</sup>

Actualmente se podría decir que son muchos los intercambios mercantiles donde las altas cortes en sus providencias dejan ver la relevancia que han tomado los principios posesionándose como columna vertebral del derecho mercantil. Con este proyecto se busca dar respuesta al desconocimiento del marco jurisprudencial a cerca de la materia tanto a nivel nacional como internacional, brindado a los estudiantes del derecho y de profesionales afines al comercio una herramienta que les permita conocer estos tópicos

---

<sup>239</sup> LOPEZ GUZMAN, Fabian, Preguntas y Respuestas de Derecho Comercial General, ediciones doctrina y ley Ltda., Colombia, 2004, pag. 18

<sup>240</sup> [www.usergioarboleda.edu.co](http://www.usergioarboleda.edu.co), página consultada el 5 de mayo 2009

Colombia y su jurisdicción han sido desarrolladas desde la perspectiva de los principios que rigen el derecho mercantil, la relación entre comerciantes, entre otros, con una fácil aplicación de aquellas normas que requieren de una interpretación, y a su vez de una hermenéutica jurídica como se ha establecido en la ley 157 de 1887. Es relevante resaltar la evolución de los principios según las Altas Cortes, pues debido a estas, es notorio que la Corte Constitucional en especial, ha sido totalmente constante en sus decisiones, sin desvalorar el avance tecnológico que ha tenido la sociedad.

El derecho mercantil sin lugar a dudas es afectado de una manera positiva, con la Constitución de 1991, ya que esta establece el cambio radical para nuestro país, refiriéndose al artículo 1 cuando señala que: “Colombia es un estado social de derecho...” esto determina el humanismo y la importancia que tienen las personas para las autoridades colombianas. Pues, anteriormente con la Constitución de 1886 se hablaba de un estado de derecho, haciendo a un lado lo social.

HIPOTESIS	VALORACION
<p data-bbox="202 773 577 921">PREGUNTA: ¿CUALES SON LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN EL DERECHO MERCANTIL Y CUAL ES SU: EVOLUCIÓN, APLICACIÓN, ADECUACIÓN, VALOR Y FUNCIÓN INTERPRETATIVA?</p> <p data-bbox="269 968 561 1014">HIPOTESIS1. / RESPUESTA INICIAL:</p> <p data-bbox="202 1078 577 1379">El Derecho Mercantil como rama del Derecho General y por lo relativamente reciente en su génesis, dado que aquel surge a medida que la práctica del comercio como necesidad entre Asirios y Fenicios, requirió tomar ciertas medidas para precisar tales relaciones. Estos hechos que, si bien no constituyeron un Derecho escrito, si evidenciaron la existencia de un trato muy especial entre los pueblos como por ejemplo:</p>	<p data-bbox="589 773 846 794">VERDADERA POR QUE:</p> <p data-bbox="589 814 925 913">SON LOS MISMOS PRINCIPIOS DEL DERECHO QUE SON TOMADOS PARA EL DERECHO MERCANTIL.</p> <p data-bbox="589 933 965 1362">Este trabajo, presentado a manera de investigación , se acerca a las nociones más generales y básicas de algunos de los Principios Generales del Derecho y de cómo actúan estos en el Derecho Mercantil, además de analizar cada uno de sus componentes, su origen o historia, sus limitaciones, su marco jurídico, su ámbito de acción, sus alcances y algunas de sus funciones. Con ello se pretende conocer, conceptualizar el Derecho Mercantil a través de los ojos de las personas que realmente conocen de la materia y por tanto escribieron obras literarias jurídicas de gran valor.</p>

<p>el reservar un sitio concreto para que los “mercaderes” se reunieran y manejaran sus “actividades” o el tomar decisiones respecto de cómo resolver situaciones relacionadas con pérdidas de la mercancía ya fuera por averías o por hundimiento etc., en el mar. Es por ello que los primeros “usuarios” del incipiente Derecho Mercantil sin tener legislación al respecto y para poder regular sus comportamientos en las novedosas gestiones, debieron aplicar aquellos principios que, de manera armónica, aplicaban en sus actos cotidianos para mantener el buen trato, las buenas relaciones y la convivencia, los cuales no son otros diferentes a los que han orientado el camino del Derecho en General, hoy totalmente vigentes para el Derecho contemporáneo.</p>	<p>A través del conocimiento adquirido durante la investigación, se puede definir los Principios Generales del Derecho como las bases sobre las cuales se asientan las normas jurídicas en general y que sólo tendrán aplicación práctica en caso de no existir la Ley o la Costumbre.</p> <p>Los principios Generales del Derecho tienen tres funciones que tienen incidencia importante en las normas del ordenamiento, estas son: la función creativa, la función interpretativa, y la función integradora.</p> <p>La Constitución Política Colombiana de 1991, en su artículo 230, enseña que los principios generales del derecho son criterios auxiliares en caso de insuficiencia de la Ley, es decir, en caso de obscuridad o vacíos normativos, posición anti-formalista que influye en la jurisprudencia colombiana desde 1936 -época de la "Corte de Oro"- en una nueva interpretación del artículo 8 de la Ley 153 de 1887, la cual, desde un punto de vista eminentemente influido por la escuela de la libre investigación científica y el conceptualismo alemán, acogió la equidad y los demás principios generales del derecho como punta de lanza para la solución justa de los conflictos jurídicos.</p> <p>Dentro de esos varios Principios Generales del Derecho, dejando claro que son de carácter universal y que tiene una intervención bastante</p>
--	---

	<p>importante en el Derecho Mercantil de Colombia encontramos los siguientes: el principio de la Buena Fe, el principio de Autonomía de la Voluntad, el principio de la prohibición del Enriquecimiento sin Causa, el principio del Debido Proceso, el principio de la Solidaridad Pasiva, el principio de la Libertad Contractual y el principio de la Onerosidad de los Contratos.</p> <p>Por otro lado muchos autores denominan al derecho mercantil como derecho comercial, lo cual es incorrecto, por lo cual es necesario dejar constancia que debemos preferir la primera denominación a fin de tener conocimientos más confiables y de acuerdo a la doctrina imperante. En consecuencia es claro que el derecho mercantil se encuentra conformado por muchas normas.</p> <p>El derecho mercantil es la rama del derecho empresarial, corporativo y privado que regula y estudia la actividad comercial que es la actividad de los comerciantes, y en consecuencia no se limita a ser un conjunto de normas sino que va mas allá, mientras que el derecho comercial es autónomo por que tiene sus propias normas entre las cuales podemos citar el Código de Comercio, la Ley General de Sociedades, la Ley de Títulos Valores, la ley de bancos, la ley de mercado de valores, la ley general del sistema concursal, la ley de la empresa individual de responsabilidad limitada, entre otras,</p>
--	--

	<p>y también goza de autonomía por que existen cátedras dedicadas al estudio del derecho comercial.</p> <p>El derecho mercantil no es mas que la respuesta a un crecimiento de un cúmulo de relaciones comerciales, cuyo origen no es claro ni preciso aún hoy en nuestros días no es posible decir con exactitud de donde proviene, lo que es real es que las primeras civilizaciones ciudadanas eran civilización de trabajo libre que implicaba un marco de relaciones abundante con gran libertad, Tanto en el ámbito de labores como en el ámbito contractual situación que llevo a que surgiera las ferias, que eran sitios donde el intercambio de productos se hacia de manera organizada, y en un centro específico para dar a conocer los diferentes productos, una creciente economía que recogía campos como el comercio de mercancías y seres humanos en el caso de los esclavos. El derecho mercantil marca su sendero de crecimiento, con reglas inexistentes si no con un animo claro de querer hallar medios de ayuda a la comercialización de los remanentes de sus cosechas, sus creaciones artesanales, sus abundantes becerros y ganado en general que por la ubicación geográfica se hallaban en mayor o menor cantidad en determinados sitios , y sus descubrimientos deberían ser conocidos por el resto de los congéneres, y de paso generar alguna utilidad para los creadores, aunque se data de la antigüedad los inicios reales de lo</p>
--	--

	<p>que son las relaciones comerciales no están aun definidos con exactitud, me atrevería a decir que desde la prehistoria se ha llevado a cabo el comercio no en las condiciones que se le conoce hoy pero si como respuesta a la aparición de la propiedad privada por de allí surge el decir esto es mío y puedo disponer de ello ya sea regalándolo o intercambiándolo a través del trueque.</p> <p>Decir con certeza que el comercio es de un lugar específico es especular mas aún si recordamos que las ferias se realizaban en distintos sitios, y con una frecuencia que hacia necesario la implementación de una red de auxiliares, para poder estar presentes en las diferentes plazas distantes, que exigía no solo la libertad para contratar si no también la capacidad de perfilar el contrato, donde primaba que las exigencias eran mínimas dada la integridad de las personas y el valor de la palabra, permitiendo que el éxito de un negocio conlleve a la realización de otro, como es el caso de las mercancías ausentes de tal suerte que se empieza con los pagos en plazas lejanas y con cambio de moneda. Su fortalecimiento iba acompañado de una transformación de la organización en la propiedad agraria que le permitió ver al campesino que la polis era un centro de consumo e intercambio de productos y a la vez también le permitía conocer los avances industriales que harían la vida de la producción mas eficiente y rentable.</p>
--	---

	<p>era en las ciudades que estaban ubicadas cerca del mar las mas apetecidas por que en ellas se veía horizontes e incentivos para a incursionar en los negocios lejanos a la vez que proveían fuente de riquezas riesgos y experiencias en el campo del comercio. Tal situación con llevo a los comerciantes y artesanos a asociarse en las llamadas corporaciones de artes y oficios que comprendían los maestros de cada arte y a su lado, en posición subordinada, sus compañeros de trabajo y aprendices. Cuestión que les permitió organizarse y fortalecerse siendo rápidamente asociaciones libres para fines religiosos y de socorro mutuo para la defensa de intereses comunes de los asociados y para el cuidado de las relaciones comerciales en general, cuestión que era bien vista entre los inmigrantes que luego llevo a la monopolización del negocio con el fin de prever la superproducción por ello se encamino a impedir a los no inscritos el ejercicio de dichas actividades, so pretexto de proteger al consumidor con medidas que acrediten la calidad del producto. Así de manera insipiente pero efectiva para la época surgen las primeras formas de derecho mercantil, es decir ya se habla de mercancía, de transporte de estas, de riesgos, de perdida. A diferencia del derecho común el derecho mercantil no parece tener un origen en roma, puesto que la mayoría de escritos que dan fe de la existencia inicial de</p>
--	---

	<p>este derecho mercantil son los escritos griegos, además si tenemos claro que Roma<sup>241</sup> era un pueblo de agricultores que posteriormente alcanza una activa y creciente prosperidad económica, pese a ser el centro mundial del comercio de la época, realiza un importante tráfico marítimo. El fortalecimiento que tiene el comercio marca una conexión íntima entre el derecho mercantil y los factores económicos y políticos sociales de cada momento histórico. Debe destacarse entonces que Roma al conquistar a Grecia tomó todos los adelantos de esta cultura entre ellos el tema del comercio y los inicios del derecho mercantil.</p> <p>“Esta evolución marca una extensión del derecho mercantil dividiéndose en tres ramas podría decirse una encaminada a las relaciones con el comercio en general otra para los negocios con cosas de tipo industrial y la última destinada a regular el tráfico de bienes muebles como también a inmuebles en algunos casos, excluyendo la actividad agrícola, cuestión que de alguna manera le resta campo de acción al derecho mercantil, y que pasan a ser tenidas en cuenta por el derecho Civil. Sin embargo se afirma que no surge un derecho especial para el comercio distinto y separado del ius civile (ROCCO)<sup>242</sup> por que como lo afirma GOLDSCHMIDT<sup>243</sup> las</p>
--	---

<sup>241</sup> Los romanos son desde su origen un pueblo de agricultores (o en general dedicados a la labor agropecuaria), al mismo tiempo que soldados (para Barrow, el romano es un soldado agricultor)

<sup>242</sup> BROSETA PONT, Manuel, Manual de Derecho mercantil pág. 34

<sup>243</sup> BROSETA PONT, Manuel, Manual de Derecho mercantil pág. 35

	<p>características del derecho romano hicieron innecesaria la aparición de un derecho especial para el comercio, estas características fueron fundamentalmente: su naturaleza esencialmente dinámica; sus extraordinarias condiciones de acomodación y de flexibilidad ante las nuevas exigencias sociales y su peculiar sistema de aplicación por el pretor”</p> <p>“Las ferias fueron celebradas en los siglos XII y es allí donde dieron lugar a hablar del derecho mercantil a nivel internacional que contribuyo a la profesionalización de los comerciantes e incluyo un carácter uniforme en el léxico de los negocios. El ius gentium escribiría a mediados del siglo XVI el carácter internacional del derecho mercantil que se expandió casi de manera más notada que el derecho romano. Pues este derecho mercantil surge como ordenamiento especial de la época medieval, por con la caída del imperio Romano, el limbo jurídico en el que la sociedad comerciante queda teniendo en cuenta la nueva realidad política, económica y social de la época esto hace que se precise de un derecho especial para la actividad profesional de una clase de ciudadanos; las crecientes exigencias impuestas por el desarrollo de su profesión no se satisfacían adecuadamente con la reglamentación ambigua del derecho</p>
--	--

	<p>civil.”</p> <p>Por ello<sup>244</sup> surge el derecho mercantil medieval que se caracterizo frente al derecho romano- canónico por ser eminentemente popular en un léxico entendible para todos sin mayor tecnicismo de la glosa y de las abstracciones lógicas de los sistemas. Creado por los mismos comerciantes que iban surgiendo acorde con las nuevas incursiones jurídicas para desarrollar la cambiante actividad económica, que por cierto cada día se tornaba más compleja. Es decir, el cambiante panorama tanto en las esferas económicas, sociales, políticas, determinaron el nuevo rumbo que deberían tomar el aspecto jurídico de el derecho mercantil. Los nuevos gobernantes como eran los monarcas imponían sus propias reglas y eran los comerciantes los llamados a organizar la forma como podían adecuar la reglamentación para seguir ejerciendo profesionalmente su actividad de comerciantes esto exigía tener claridad en cuanto a las normas de cada región para poder tener claridad en que condiciones se estaba negociando, es así como un aroma de derecho mercantil internacional se percibe en el ambiente comercial.</p> <p>Por tal, el nacimiento del derecho mercantil surge con la necesidad del hombre de proveerse de bienes que en su común entorno no se</p>
--	---

<sup>244</sup>BROSETA PONT, Manuel, Manual de Derecho mercantil

	<p>encontraban naturalmente, es así como el hombre se ve obligado al intercambio de unos bienes por otros. Desde estos inicios, se apelaba a la reciprocidad de dicho cambio, en donde una cantidad de bienes se representaban por otra muy numerosa cantidad de bienes distintos, pero más abundantes. Esta forma rudimentaria de ejercer el comercio se le conoce con el nombre de trueque, el cual en el devenir histórico del hombre, surge cuando el hombre como ser nómada es reemplazado por un hombre agricultor, que aprovisiona bienes.</p> <p>La evolución, entonces, más que de los principios fue de la normación y consistió en ir dejando rastros escritos sobre las formas como habrían de resolverse los inconvenientes surgidos en la actividad, naturalmente, apoyadas estas construcciones en dichos principios.</p> <p>La aplicación se fue dando paulatinamente a medida que surgían los problemas o vacíos de conocimiento sobre cómo resolver situaciones que involucraban complicaciones y contrariedades en el desenvolvimiento de las negociaciones, tal como sucedió con la denominada "Lex Rodhia de iactu" que se convirtió luego en fundamento para muchas disposiciones romanas que rigieron el comercio.</p> <p><b>HIPOTESIS FALSA:</b></p> <p>El Derecho mercantil crea sus propios principios, como evolución de</p>
--	---

	<p>la norma para facilitar la actividad mercantil entre los hombres. Dicho de esta manera, pareciera entonces que el derecho mercantil no ha bebido de la fuente que es el derecho original, es una creación nueva que satisface una necesidad del ser humano. Derecho civil y derecho mercantil surgieron por sendas diferentes y ninguno de los dos compartiría aspectos normativos afines.</p>
<p>PREGUNTA ¿COMO HA SIDO EL SURGIIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS RELACIONADOS AL DERECHO MERCANTIL, SU HISTORIA APLICATIVA DESDE ESTADO DE DERECHO AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO? HIPOTESIS2. / RESPUESTA INICIAL:</p> <p>Hablar del surgimiento de los principios relacionados al Derecho Mercantil es rememorar la aparición misma del Derecho Mercantil, por cuanto esta rama del Derecho, a medida que va surgiendo con la práctica de los mercaderes, se va apropiando de los “principios generales del derecho” para lograr resolver las dificultades que el giro de estas actividades va presentando y paulatinamente va plasmando en escritos los resultados de tales soluciones, a fin de dejarlos como guías para los futuros trances que conllevan estos menesteres.</p>	<p>VERDADERA:</p> <p>De otro lado podemos decir, que uno de los mas claros y fuentes vínculos de conexión entre la filosofía y la dogmática jurídica son los llamados e importantes principios generales del derecho, puestos que son considerados valga la redundancia de los principios generales del derecho en su mas alto y comprensivo sentido, además son materia fundamental del filósofo del derecho; “empero hallándose ellos en la raíz misma de las instituciones jurídicas particulares no pueden ser extraños al jurista profesional y a éste pertenecen desde luego y dentro de su competencia están, cuando descienden de aquellas alturas para encarnar en la vida prestando espíritu, color y base a los preceptos de una legislación positiva”. Por esto se puede afirmar que los principios generales del derecho son garantía de toda disquisición jurídica, ellos respaldan los razonamientos jurídicos aunque</p>

	<p>éstos tomen por base un precepto de ley o de costumbres, sirviéndoles de gran fundamento, en cuya situación son fuente primaria difusa de solución jurídica que acompaña a todos los fallos expresa o tácitamente. “Pero además otra función les estaba permitida, y es la de construir fuente autónoma de normas de decisión, bien que subsidiariamente, en defecto de ley y de costumbre”<sup>245</sup>.</p> <p>De otro modo, entrando en materia de tesis ¿Cómo se ven reflejados algunos principios generales del derecho en materia mercantil? Podemos decir que para dar respuesta a tal interrogante debemos primero definir lo que es el derecho mercantil; la ley y la jurisprudencia han sido muy claras en definir no tácitamente el derecho mercantil como la parte encargada de regular a los comerciantes, los actos y libros de comercio, es decir, los actos del comercio sean o no comerciales quienes los ejecuten, y estén o no especificados, se regirán por las disposiciones contenidas en el código de Comercio, o en su defecto por los usos y costumbres de cada plaza. En ausencia de ambas reglas se recurrirá a las normas de derecho común, o principios generales. Por lo tanto tenemos un primer orden</p>
--	--

<sup>245</sup> Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador general del ordenamiento jurídico. Así mismo, son fuente supletoria de segundo grado, puesto que se aplican en defecto de ley y de costumbre. La teoría naturalista, Según ésta teoría, son principios inspirados por el derecho natural, es decir, normas no escritas, situadas por encima del ordenamiento jurídico y en los que el mismo se inspira. Teoría positivista, Según esta teoría, son axiomas, criterios positivizados y que existen en cuanto tales en la medida en que están incorporados a las normas o a la jurisprudencia de los tribunales. . En línea. Consultado el 12 de Diciembre de 2006.

	<p>jerárquico de fuentes: el código de comercio, usos y costumbres, y demás principios generales del derecho, igualmente podemos hablar de fuentes directas o fuentes indirectas o pretendidas fuentes; dentro de las primeras están el código de comercio, las leyes especiales, los usos y costumbres y los otros principios generales del derecho; en las segundas encontramos: nuevamente los principios generales del derecho, la jurisprudencia y las condiciones generales de los contratos.</p> <p>Se integran en la Ley Mercantil, fuente directa más importante y la primera fuente del ordenamiento jurídico mercantil.</p> <p><b>HIPOTESIS FALSA:</b></p> <p>Decir lo contrario a lo demostrado durante la investigación en cuanto a el surgimiento de los principios relacionados al derecho mercantil, su historia aplicativa desde Estado de derecho al Estado Social de Derecho sería afirmar que a medida que los comerciantes han ido avanzado en sus distintos ejercicios mercantiles, fueron creando principios que les permitieran fundamentar su propia legislación que resolverá los inquietudes y cuestionamientos connaturales a su ejercicio. Encontrándose inicialmente con un frío esquema de ley obligatoria excluyente de la necesidad social y luego con un nuevo esquema de ley también obligatoria pero con una flexibilidad generada por el concepto</p>
--	--

	estado social.
<p>PREGUNTA: ¿CUAL HA SIDO EL IMPACTO DE LA EVOLUCION Y DEL CAMBIO PARADIGMATICO DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO MERCANTIL EN EL TRANSITO DEL CONCEPTO DE ESTADO DE DERECHO AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO?</p> <p>HIPOTESIS3. / RESPUESTA INICIAL:</p> <p>Aceptado está, por la marcada evidencia, la innovación y el cambio de campo mercantil y, por supuesto, de los comportamientos que esta actividad engendra. Las innovaciones son resultado de la tecnología que ha permitido hacer del planeta tierra una pequeña esfera con una capacidad de intercomunicación asombrosa. Las distancias se han acortado dramáticamente y por lo tanto las transacciones mercantiles necesariamente se han ido ajustado a esta nueva situación. Curiosamente, el progresivo acople de los comportamientos al nuevo ámbito mercantil, coincide con la nueva visión que el Estado asume al enfocar con el ideario Social la concepción del Derecho.</p> <p>Nace la sensación de que en un mundo globalizado, el Derecho necesariamente debe ajustarse a dicha tendencia y nada mejor que concebirlo desde la idea de un Estado Social. Muestra de ello es el valioso ejemplo que a los ojos del mundo ha presentado la Comunidad</p>	<p>VERDADERA.</p> <p>Colombia y su jurisdicción han sido desarrolladas desde la perspectiva de los principios que rigen el derecho mercantil, la relación entre comerciantes, entre otros, con una fácil aplicación de aquellas normas que requieren de una interpretación, y a su vez de una hermenéutica jurídica como se ha establecido en la ley 157 de 1887. Es relevante resaltar la evolución de los principios según las Altas Cortes, pues debido a estas, es notorio que la Corte Constitucional en especial, ha sido totalmente constante en sus decisiones, sin desvalorar el avance tecnológico que ha tenido la sociedad.</p> <p>El derecho mercantil sin lugar a dudas es afectado de una manera positiva, con la Constitución de 1991, ya que esta establece el cambio radical para nuestro país, refiriéndose al artículo 1 cuando señala que: "Colombia es un estado social de derecho..." esto determina el humanismo y la importancia que tienen las personas para las autoridades colombianas. Pues, anteriormente con la Constitución de 1886 se hablaba de un estado de derecho, haciendo a un lado lo social.</p> <p>Finalmente hoy en día, una línea jurisprudencial no es mas que una guía para estudiantes, docentes, y demás personas afines a la rama del</p>

<p>Europea.</p> <p>Los Principios Generales del Derecho continúan iluminando los senderos por los que la humanidad habrá de resolver sus naturales inconvenientes frente a la armoniosa convivencia, máxime cuando de la actividad mercantil se trata y el Derecho Mercantil continuará acudiendo a aquellos para afianzar las decisiones en la solución del problema en la cotidianidad.</p>	<p>derecho, por lo que persigue la originalidad y la fundamentación con lo que las Altas Cortes han hecho a mediado de los años, basándose en las herramientas, como lo es un principio mercantil, esto para decidir correctamente en una providencia judicial.</p> <p>HIPOTESIS FALSA Una respuesta contraria sería sustraernos a la realidad que vive nuestro planeta y desconocer que los comportamientos mercantiles hoy tienen un alcance de magnitud internacional y retroceder a una actividad comercial restringida solo a países o Estados colindantes.</p>
---	--

## BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI, ARTURO, De los Contratos, Editorial Jurídica de Chile
- ALEXY, ROBERT, Teoría de los Derechos Fundamentales, Traducción de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ALEXY, ROBERT, Teoría de la argumentación jurídica. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1.997.
- ALEXY, ROBERT, Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1.997.
- ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO, Contratos Mercantiles, Tomo I, dike ediciones, Medellín, 1997
- AUSTIN M ., TOMÁS " GUÍA No 3. MARCO TEÓRICO". 19 de julio de 2005.
- AUTORES VARIOS (coord. G.J. Jiménez Sánchez), Derecho mercantil, dos volúmenes, Ed. Ariel, Barcelona, última edición.

AUTORES VARIOS (coord. G.J. Jiménez Sánchez), Lecciones de Derecho mercantil, Ed. Tecnos, Madrid, última edición.

AUTORES VARIOS (coord. G.J. Jiménez Sánchez), Nociones de Derecho mercantil, Madrid, Marcial Pons, última edición.

BENIN, Cuatro ensayos sobre libertad, Alianza Universidad, Madrid, 1996

BENTHAM, JEREMY, The principles of morals and legislation, Prometheus books, New York, 1988. Fragmento sobre el gobierno, edic. Aguilar, Madrid, 1973

BICKEL, ALEXANDER, The least dangerous branch, Indiana University Press, Indianapolis, 1962

BOBIO, NOBERTO, Teoría General del Derecho, Bogotá, editorial Temis, 1987

CAPELLETTI, Le pouvoi des juges, Presses universitaires de Marseille, 1950

CARMONA CUENCA, ENCARNACIÓN, El estado de Derecho en la Constitución, edit. Colección estudios, Madrid, 2000

CONSTITUCION ECONOMICA COLOMBIANA, en el artículo LIBERTAD ECONOMICA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: APROXIMACIÓN FUGAZ del autor CIRO ANGARITA BARON 1997

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Sentencia C-005/98 M. P. ARANGO MEJIA

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Sentencia C-054/99 M. P. NARANJO MESA

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Sentencia C-068/99 M. P. BELTRAN SIERRA

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Sentencia C-153/97 M. P. NARANJO

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Sentencia C-1714/2000 M. P. CHARRY RIVAS

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Sentencia C-415/94 M. P.  
CIFUENTES MUÑOZ

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Sentencia C-447 de 1992. M.P.  
EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Sentencia C-544/94 M. P.  
ARANGO MEJIA

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Sentencia C-575/92 M. P.  
MARTINEZ CABALLERO

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Sentencia C-742/98 M. P.  
NARANJO MESA

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Sentencia SU-086/99 M. P.  
HERNANDEZ GALINDO

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Sentencia SU-250/98 M. P.  
MARTINEZ

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Sentencia T.1250/05 M.P.  
ALVARO TAFUR

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Sentencia T-001/97 M. P.  
HERNANDEZ GALINDO

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Sentencia T-029/99 M. P.  
GAVIRIA DIAZ

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Sentencia T-098/94 M. P.  
CIFUENTES MUÑOZ

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Sentencia T-098/99 M. P.  
BARRERA CARBONELL

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Sentencia T-174/97 M. P.  
HERNANDEZ GALINDO

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Sentencia T-302/98 M. P.  
MARTINEZ CABALLERO

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Sentencia T-371/98 M. P.  
MARTINEZ CABALLERO

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Sentencia T-406 de 1992. M.P.  
CIRO ANGARITA BARÓN

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Sentencia T-427/92 M. P.  
CIFUENTES MUÑOZ

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Sentencia T-455/96 M. P.  
CIFUENTES MUÑOZ

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Sentencia T-460/92 M. P.  
HERNANDEZ GALINDO

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Sentencia T-469/92 M. P.  
MARTINEZ CABALLERO

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Sentencia T-475/92 M. P.  
CIFUENTES MUÑOZ

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Sentencia T-510/00 M.P.  
ALVARO TAFUR

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Sentencia T-532/95 M. P.  
HERNANDEZ GALINDO

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Sentencia T-533/96 M. P.  
HERNANDEZ GALINDO

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Sentencia T-548/96 M. P.  
CIFUENTES MUÑOZ

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-019 de enero 25  
de 1993

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-067 de febrero 04  
de 2003

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-112 de enero 21  
de 1993

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-225 de mayo 18 de

1995

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-486 de octubre 28 de 1993

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-543 de octubre 01 de 1992

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-574 de abril 02 de 1992

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-599 de septiembre 03 de 1992

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-011 de enero 18 de 1993

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-097 de agosto 24 de 1994

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-296 de febrero 04 de 1994

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-442 de febrero 12 de 1992

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-516 de septiembre 15 de 1992

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-531 de enero 20 de 1992

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-533 de mayo 05 de 1992

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-614 de mayo 12 de 1992

DE EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., Introducción al Derecho mercantil, Madrid, 2ª Ed., 1.999.

DE PINA VARA RAFAEL, Diccionario de Derecho, Porrúa, México 1999

DEL VECCIO, GEORGIO, LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO, TRAD. JUAN OSORIO MORALES. 3 ED., BARCELONA, BOSCH CASA EDITORIAL, 1979

DICCIONARIO JURIDICO ESPASA, lex Madrid, 1999

DIEZ-PICAZA, LUIS, Sistema de Derecho Civil, tomo I, sexta edición, Madrid

DUSSEL ENRIQUE. Política de la liberación. La arquitectónica. Vol. II. Editorial Trotta. 2009. Madrid.

DWORKIN RONALD. Los derechos en serio. Editorial Ariel. 1999. Barcelona.

DWORKIN, RONALD, El Imperio de la Justicia Gedisa editorial, Barcelona

ENGELS FRIEDRICH, Del Origen de la Familia, de la Propiedad Privada y el Estado, Editorial Claridad, Buenos Aires 2006

ESPINOSA QUINTERO, LEONARDO Teoría General de las Sociedades Comerciales.2 ed. Bogotá: Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda, 2005, v.1. P.255.

ESPINOSA QUINTERO, LEONARDO, Introducción Al Derecho Mercantil. Bogotá 2008 Fondo De Publicaciones Sergio Arboleda.

ESPINOSA QUINTERO, LEONARDO. La adaptación del ordenamiento jurídico colombiano a la contratación por medios electrónicos: Un análisis desde la perspectiva comparado In: CONTRATACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS UNA PERSPECTIVA DESDE EL DERECHO COMPARADO.1 Ed. Bogotá: UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA, 2006

ESSER, JOSEF, PRINCIPIO Y NORMA EN LA ELABORACION JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO PRIVADO. BARCELONA 1961

ESSER, JOSEPH. Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado. Barcelona 1961

ESTRADA VELEZ SERGIO, La Excepción De La Principialidad. Bogotá Editorial Temis 2000

ESTRADA VÉLEZ SERGIO. La Excepción de la Principialidad. Bogotá Editorial Temis 2000

FERNÁNDEZ RUIZ, J.L., Elementos de Derecho mercantil, 2.ª ed., Madrid, 1.997.

FOLLARI, ROBERTO A. Teorías Débiles: Para Una Crítica De La Deconstrucción Y De Los Estudios Culturales; 2002 Rosario Argentina

FORERO FORERO, CLAUDIA HELENA, Principios constitucionales: Manifestación positiva de los principios generales del derecho (sistema jurídico colombiano, derecho en parte natural y en parte político) , Revista Hermenéutica de Filosofía, 18 de enero de 2007

FORSTHOFF, ERNST, Concepto y Esencia del Estado Social de Derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980

GALGANO, El Negocio Jurídico, Valencia, 1992

GUISAN, E., Introducción a la Ética, Cátedra, Madrid, 1995

HOBBS, THOMAS. Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado Eclesiástico y Civil. Alianza Editorial. Madrid 1989. Industrie und Handelskammer Aachen, Cámara de Industria y Comercio de Aachen, Besondere Grundsätze für die Abwicklung von Handelskäufen, Principios Especiales para el Desarrollo de Compraventas Mercantiles, 11.2006, en línea: [http://www.aachen.ihk.de/de/recht\\_steuern/download/kh\\_198.htm](http://www.aachen.ihk.de/de/recht_steuern/download/kh_198.htm), Trad. Hernán Muriel Ciceri, 10.2.2008.

KELSEN, HANS. Teoría pura del derecho. Traducción de la versión francesa por Moisés Nilve. Editorial Universitaria. Buenos Aires, 1.960. Ley 1266 de 2008

LOPEZ GUZMAN, FABIAN, Preguntas Y Respuestas Del Derecho Comercial General, Ediciones Doctrina Y Ley Ltda, 2004

LOPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO. El Derecho de los Jueces. Editorial Legis. Bogotá 2002

LUXEMBURG ROSA. Politische Schriften. Europäische Verlagsanstalt, Nordlingen. Vols. 1-3 (1966); del vol. I: trad. Español, Reforma o revolución. Editorial Grijalbo. 1967. México. Tomado en Dussel 2009. Pág. 350

MANTILLA MOLINA, ROBERTO, Derecho Mercantil, Porrúa, México 1992

MARTÍNEZ COLL, JUAN CARLOS. Manual Básico de Economía. La Economía de Mercado. Virtudes e inconvenientes. Bogotá 1999.

MARX, KARL. El Capital crítica de la economía Política. Siglo XXI Editores. Traducido por: Pedro Scaron Editor Literario: Jorge Arico, Miguel Murmis, Pedro Scaron. Madrid 1987

OCAMPO GAVIRIA, JOSE ANTONIO, Historia Económica De Colombia, Editorial Planeta. 2007

OSPINA E., GUILLERMO, Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, quinta edición, editorial Temis, Bogotá, 1998

PAREJO ALONSO, LUCIANO Constitución y Valores de Ordenamiento, en estudios sobre la Constitución Española, Civitas Madrid, 1991

PENDAS GARCÍA, BENIGNO, Y BENTHAM, J., Política y Derecho en los orígenes del Estado Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988

PEREZ LUÑO, Antonio E., Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Tecnos, Madrid, 1995

RIPERT, GEORGES, La regla Moral en las Obligaciones Civiles, La Gran Colombia, Bogotá, 1946

ROBBINS, L. C. 1932. An Essay on the Nature and Significance of Economic Science. London: Macmillan

RODRÍGUEZ CESAR. Teoría del derecho y decisión judicial. En torno al debate entre H.L.A. Hart y Ronald Dworkin. Siglo del hombre editores. 2005. Bogotá

ROSSEAU, JEAN JACQUES. Del Contrato Social. Alianza Editorial, Madrid 1986

SÁNCHEZ, REMEDIO, Introducción al Estado constitucional, Ariel Barcelona, 1993

SANCHEZ, CALERO FERNANDO, PRINCIPIOS DE DERECHO MERCANTIL. EDITORIAL Mc.GRAW-HILL. DECIMA EDICION. MADRID 2004

SCHLAG PIERRE. The Enchantment of Reason. Editorial Durham: Duke University Press. 1998.

SMITH, A., Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones, F.C.E., México D.F., 1994

SPOTA, ALBERTO, Tratado de Derecho Civil, tomo I, volumen I, Buenos Aires

SUESCUN MELO, JORGE, Derecho Privado, Estudios de derecho civil y

comercial contemporáneo, Cámara de Comercio, Universidad de los Andes, Bogotá, 1996

TOFFLER, ALVIN. La Tercera Ola. Editorial Plaza y Janes Barcelona España 1984

URÍA GONZÁLEZ, R., Derecho mercantil, Ed. Marcial Pons, Madrid, última edición.

VALENCIA RESTREPO, HERNÁN, Monárquica, Prinsipialística jurídica o Filosofía y los principios generales del derecho, Bogotá, editorial Temis, 1987

VALENCIA ZEA, ARTURO, Derecho Civil, Tomo I, Parte General y Personas, Temis Bogotá.

VALENCIA, RESTREPO HERNÁN. Nomoárquica, Prinsipialística Jurídica o Filosofía y Ciencia de los Principios Generales del Derecho. Editorial Temis 2005.

VARIOS, Constitución Económica Colombiana, Biblioteca Millennium. El Navegante Editores 1997

VICENT CHULIÁ, F., Introducción al Derecho mercantil, Madrid, última edición.

VIGO, RODOLFO L., Los Principios Jurídicos. Perspectiva Jurisprudencial. Buenos Aires Argentina Editorial Astrea 2000

YOUNES MORENO, DIEGO, Derecho Constitucional Colombiano Capítulo IV Interpretación Y Supremacía De La Constitución, Editorial Legis 1998. Bogotá.







MoreBooks!  
publishing



# yes i want morebooks!

Buy your books fast and straightforward online - at one of world's fastest growing online book stores! Free-of-charge shipping and environmentally sound due to Print-on-Demand technologies.

Buy your books online at

**[www.get-morebooks.com](http://www.get-morebooks.com)**

---

¡Compre sus libros rápido y directo en internet, en una de las librerías en línea con mayor crecimiento en el mundo! Envío sin cargo y producción que protege el medio ambiente a través de las tecnologías de impresión bajo demanda.

Compre sus libros online en

**[www.morebooks.es](http://www.morebooks.es)**



VDM Verlagsservicegesellschaft mbH

Dudweiler Landstr. 99  
D - 66123 Saarbrücken

Telefon: +49 681 3720 174  
Telefax: +49 681 3720 1749

info@vdm-vsg.de  
www.vdm-vsg.de

