

**“LA CONSTITUCIÓN DE 1991 FRENTE AL CÓDIGO DE  
COMERCIO: Consecuencias, implicaciones y efectos de la entrada en  
vigencia de la Constitución Política de 1991 desde la perspectiva del derecho  
mercantil”**



**GERMÁN GAMA CHIROLLA  
ALEJANDRO GARCÍA DE BRIGARD**

**Presentado para optar al título de  
ABOGADO**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
CARRERA DE DERECHO  
BOGOTÁ D.C.  
2005**

**“LA CONSTITUCIÓN DE 1991 FRENTE AL CÓDIGO DE  
COMERCIO: Consecuencias, implicaciones y efectos de la entrada en  
vigencia de la Constitución Política de 1991 desde la perspectiva del derecho  
mercantil”**



**GERMÁN GAMA CHIROLLA  
ALEJANDRO GARCÍA DE BRIGARD**

**Presentado para optar al título de  
ABOGADO**

**JAVIER ESCANDÓN JARAMILLO  
Director de Tesis**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
CARRERA DE DERECHO  
BOGOTÁ D.C.  
2005**

**Artículo 23 de la Resolución No. 13 de julio de 1946:**

*“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral cristiana y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellos el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.*

*Dedicado a la memoria de Lucía Beatriz y Laura Margarita Gómez Díaz.*

## TABLA DE CONTENIDO

### INTRODUCCION

1. LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO COMERCIAL A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991.....	8
1.1 LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO.....	9
1.2 LAS FUENTES FORMALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.....	9
1.2.1 La Constitución de 1886 y las fuentes de derecho.....	10
1.2.2 Las fuentes formales y la Constitución de 1991. ....	11
1.2.3 El nuevo sistema de fuentes .....	13
1.2.4 Las fuentes del derecho comercial a la luz de la Constitución de 1991.....	17
1.2.5 Jerarquía de las normas mercantiles.....	18
1.2.6 El sistema de fuentes y el lugar de la jurisprudencia. ....	21
2. LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL FRENTE AL DERECHO COMERCIAL ...	26
2.1 El preámbulo en la Constitución de 1991. ....	28
2.1.1 La figura del preámbulo constitucional a lo largo de la historia.....	28
2.1.2 El valor normativo del preámbulo de la Constitución de 1991.....	31
2.2 LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991.....	39
2.2.1 La teoría de los principios fundamentales.....	39
2.2.2 El Estado social de derecho y sus implicaciones en el derecho comercial .....	42
2.2.3 Manifestaciones concretas del Estado social de derecho en el ámbito comercial .....	45
2.2.4 El mandato constitucional de integración latinoamericana y la marcada tendencia a la internacionalización del derecho comercial .....	49
3. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.....	62
3.1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	63
3.2. EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA. ....	65

3.3. LA NOCIÓN DE PERSONA JURÍDICA. ....	69
3.4. LAS PERSONAS JURÍDICAS SOCIETARIAS. ....	72
4. EL DERECHO DE ASOCIACIÓN .....	74
4.1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA. ....	74
4.2. EL DERECHO DE ASOCIACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991. ....	78
4.2.1. El núcleo esencial del derecho de asociación .....	79
4.3. EL DERECHO DE ASOCIACIÓN Y LA NORMATIVIDAD MERCANTIL. ....	81
4.4 EL DERECHO DE ASOCIACIÓN Y EL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO. ....	84
4.5. LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO. ....	86
5. LA PROPIEDAD .....	91
5.1 LA PROPIEDAD Y EL DERECHO COMERCIAL.....	91
5.2 ANTECEDENTES DEL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA .....	92
5.3 LA PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991 .....	96
5.3.1 La propiedad como derecho fundamental. ....	99
5.3.2 El alcance del derecho de propiedad.....	101
5.3.3 La función social y ecológica de la propiedad. ....	105
5.3.4 La promoción del acceso a la propiedad.....	108
5.4 LA PROHIBICIÓN DE LA CONFISCACIÓN .....	110
5.5 LA PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991 FRENTE AL DERECHO COMERCIAL .....	111
6. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y DE INICIATIVA PRIVADA.....	119
6.1 LA EMPRESA Y EL DERECHO COMERCIAL.....	119
6.2 LA CONSTITUCIÓN Y LA EMPRESA .....	121
6.3 LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y LA LIBERTAD DE EMPRESA.....	127
6.3.1 La libertad de escoger profesión u oficio.....	129
6.3.2 La libertad económica. ....	136

6.4 LA IMPORTANCIA DE LAS LIBERTADES DE CONTENIDO ECONÓMICO PARA EL DERECHO COMERCIAL.....	144
7. LA PROTECCION DE LA INFORMACIÓN .....	147
7.1 LA INFORMACIÓN Y EL COMERCIO .....	147
7.2 LA PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN EN EL DERECHO MERCANTIL VIGENTE .....	148
7.3 LA CONSTITUCIÓN Y LA PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN.....	152
7.4 LA PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN DE LOS COMERCIANTES Y LA CONSTITUCIÓN DE 1991 .....	161
8. NUEVAS AREAS DE INTERES.....	166
8.1 EL AMBIENTE .....	167
8.2 LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES.....	174
8.3 LA DEMOCRATIZACIÓN DEL CRÉDITO .....	179
CONCLUSIÓN.....	183
BIBLIOGRAFÍA	
ANEXO. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA CITADA	

## INTRODUCCION

José Ignacio Narváez García, en el preámbulo del volumen I (Parte General) de su obra Derecho Mercantil Colombiano<sup>1</sup>, afirma:

*“Es evidente que la Constitución Política de 1991 consagró innumerables derechos fundamentales, la mayoría de los cuales tienen ostensible conexión con coyunturas socio-económicas de inaplazable solución. Y todo el derecho positivo tendrá que adaptarse al nuevo contexto que comienza con la definición de Colombia como un Estado Social de Derecho, organizado en forma de república democrática y participativa en la que siempre ha de prevalecer el interés general, así como la libertad plena para que los colombianos participen en los espacios económico, político, administrativo y cultural de la Nación, al amparo de un orden justo.*

*Como los principios, valores y derechos plasmados en la Carta Magna son directrices del comportamiento de las personas naturales y jurídicas, la normatividad legal debe interpretarse y aplicarse en consonancia con las disposiciones constitucionales. Tal verdad inconcusa determina la necesidad de reexaminar el contenido de la legislación preexistente y verificar al trasluz de los postulados superlegales, la forma como la preceptiva jerárquicamente inferior o “derivada” puede ser instrumento efectivo para coadyuvar al logro de los “fines esenciales del Estado”, o por lo menos, procurar que el ordenamiento jurídico sea congruente y armónico. Este esfuerzo constituye un imperativo categórico para los estudiosos del derecho”*

---

<sup>1</sup> NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Derecho Mercantil Colombiano. Volumen I. Parte General. Novena Edición. Legis Editores. Bogotá, 2002, p. vii.

Las anteriores consideraciones del profesor Narváez –eminente comercialista colombiano– ponen de presente la relevancia que el nuevo régimen constitucional tiene para el estudio del derecho y, en particular, para el estudio del derecho mercantil.

Si bien es cierto que el análisis de la normatividad de nivel legal vigente en cualquier sociedad tiene que tener en cuenta la concordancia de ésta con la preceptiva constitucional que le sirve de fundamento, dicha necesidad es aún más relevante en aquellos ordenamientos constitucionales que, como el nuestro, se han estructurado sobre la base de su *eficacia directa*.

En tal sentido, el presente estudio pretende realizar una aproximación al impacto de la Constitución Política de 1991 en el Código de Comercio, en particular teniendo en cuenta que la posterioridad de su entrada en vigencia, frente a la expedición del estatuto mercantil, genera una serie de interrogantes respecto de la óptica desde la cual deben ser analizadas las disposiciones contenidas en éste último, dado el hecho de que su génesis se dio dentro de un marco constitucional fundamentado en concepciones filosóficas y realidades históricas distintas de aquellas que nutren nuestra actual Carta Política.

Consideraciones que tienen más sentido aún si se tiene en cuenta que la Constitución Política de 1991 dio un salto adelante en relación con el catálogo de derechos constitucionales, y sus mecanismos de protección, y que uno de los criterios orientadores de los constituyentes de 1991, tal como lo anuncia el preámbulo mismo de la Carta, es la primacía de las instituciones destinadas a generar el bienestar común.

El presente trabajo ha abordado el estudio del efecto de la entrada en vigencia de la nueva Constitución Política sobre las que han sido consideradas por los autores del mismo como las instituciones fundamentales o “pilares” del derecho mercantil. Así, el presente trabajo se ha estructurado de manera tal que se aborde el análisis de la estructura de fuentes del derecho comercial, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho de asociación, la propiedad, la libertad de empresa y de iniciativa privada y la protección de la

información. Por la relevancia que revisten para el presente estudio, se han analizado de igual manera el efecto de la parte dogmática de la Constitución (preámbulo y principios fundamentales) sobre el derecho mercantil y las nuevas áreas de interés para el derecho mercantil desde la perspectiva constitucional (el ambiente y los recursos naturales, la protección de los consumidores y la democratización del crédito).

De particular interés para el presente trabajo es el análisis de la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional habida cuenta el papel que la Carta Política le otorgó a dicho Tribunal, dado que, tal y como sostuvo el juez norteamericano Oliver W. Holmes “*una Constitución es ante todo el conjunto de interpretaciones los jueces hacen de los textos constitucionales*”. Por tal razón, el lector podrá encontrar junto con los principales postulados teóricos de los temas a tratar, los respectivos desarrollos que el máximo intérprete constitucional ha hecho de los mismos.

Necesario es hacer referencia a los cambios que el proyecto inicial ha sufrido a lo largo del proceso de elaboración del presente estudio. Así, en primera instancia, es necesario señalar que el trabajo de investigación realizado permitió evidenciar que la intervención estatal no es, como se pensó al momento de preparación del proyecto de tesis, una materia esencial del derecho mercantil; la intervención del Estado es una actividad que toca la actividad de todos los ciudadanos, sin distinción de actividad u ocupación. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, se tomó la decisión de excluir el estudio de la intervención estatal de la órbita del presente trabajo, lo que resultó en la eliminación del capítulo octavo relacionado en la tabla de contenido del proyecto de tesis, titulado “La Intervención Estatal”.

El avance en el proceso de investigación evidenció, asimismo, que el tratamiento de los temas relacionados con la propiedad intelectual debería asumirse como una forma más de propiedad más que como una manifestación de la protección a la información, razón por la cual dicho tratamiento se realizó en el capítulo quinto, denominado “La Propiedad” y no en

el capítulo dedicado a la protección de la información, como originalmente se había proyectado.

Por último, se introdujeron algunos cambios adicionales al proyecto original, de tal forma que, (i) el capítulo segundo del mismo, originalmente titulado “El Preámbulo de la Constitución y los Principios Fundamentales”, se denominó “La Dogmática Constitucional Frente al Derecho Comercial”, (ii) la subdivisión de cada capítulo tuvo modificaciones menores y (iii) se decidió dar el tratamiento de “resumen ejecutivo” al acápite de Conclusiones, con el fin de permitir al lector una rápida orientación sobre el grueso del trabajo.

Necesario es reiterar, sin embargo, que los cambios antes mencionados fueron, como se mencionó anteriormente, resultado del avance en la investigación y, en tal medida, se realizaron con el fin de permitir un mayor nivel de profundización y enfoque conceptual, sin que por ello la esencia del presente trabajo haya sufrido menoscabo alguno.

## 1. LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO COMERCIAL A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991.

El tema de las fuentes formales del derecho suele ser en la mayoría de los países un tema estático en cuanto a innovaciones se refiere debido, en gran parte, al consenso que se ha consolidado respecto de los procesos que tienen la virtualidad de crear derecho positivo.

Pocos acontecimientos son capaces de variar el panorama que determinado país tenga respecto de sus fuentes, pero uno de ellos, en el año de 1991 y bajo el ropaje de una Carta Política, fue capaz de variar el tradicional sistema de fuentes colombiano que venía imperando desde el año de 1887.

En consideración a lo anterior, el presente capítulo tiene una doble finalidad: en primer lugar, mostrar cómo la Constitución Política de 1991 modificó el sistema de fuentes formales del derecho colombiano y, en segundo lugar, analizar en qué manera dicha variación afectó nuestro derecho mercantil.

Así las cosas, el presente capítulo no se adentrará en el estudio de la teoría *pura* de las fuentes formales del derecho, por llamar de alguna manera un tema propio de una cátedra de introducción al derecho que de derecho comercial, por cuanto consideramos, en primer lugar, que es un tema suficientemente analizado por tratadistas de la altura de Eduardo García Máynez y, en segundo lugar, porque el desarrollo del tema que nos convoca merece toda nuestra atención.

Con todo, lo anterior no debe significar que no se va a hacer referencia alguna a la teoría del sistema de fuentes cuando se estime conveniente, tal y como se prueba ahora cuando nuestra exposición ha de empezar con una breve reseña del concepto de fuente material.

## 1.1 LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO

Por el acierto que alcanza al formular una definición en la cual distingue la fase generadora, del producto que de ella resulta, hemos escogido aquella que formulara García Máynez<sup>2</sup>, cuando definió las fuentes formales del derecho como “*procesos de creación de normas jurídicas*”.

En la práctica, dichas fuentes suelen identificarse con la ley -entendida en su sentido material- y la costumbre. Al respecto, sostuvo la Corte Constitucional:

*“Dos son, esencialmente, los caminos que pueden seguirse en la creación de las normas jurídicas generales: el reflexivo o el espontáneo. El primero da lugar a la legislación y el segundo a la costumbre. Es el tema que los doctrinantes de la teoría general del derecho tratan bajo el rubro de "las fuentes formales". (...) Así, el proceso legislativo, tras la reflexión y deliberación que él comporta, da lugar a la ley; y el proceso consuetudinario, prolongado, espontáneo y anónimo, produce la costumbre, donde a ella se le reconoce virtualidad normativa con fuerza de derecho. Mediante esos métodos (caminos) se establecen (es decir se ponen) las normas jurídicas que se llaman entonces derecho positivo.”<sup>3</sup>*

Derecho positivo del cual, en lo que tiene que ver con su creación en el ordenamiento jurídico colombiano, nos disponemos a exponer a continuación.

## 1.2 LAS FUENTES FORMALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.

Por cuanto el punto central de este capítulo versa sobre las innovaciones que al sistema de fuentes introdujo la Constitución de 1991, previamente se hace necesario analizar cómo operaba dicho sistema durante el imperio de la Constitución de 1886.

---

<sup>2</sup> GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. Ed. Porrúa, 1968.

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-083 de 1995.

1.2.1 La Constitución de 1886 y las fuentes de derecho. Bajo la égida de la Constitución de 1886, en Colombia se consagraron dos fuentes formales de derecho obligatorias: la legislación y la costumbre. Tal consagración se derivó de los artículos 8° y 13 de la ley 153 de 1887, respectivamente, a cuyo tenor se lee:

*"Art. 8. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho".*

*"Art. 13. La costumbre, siendo general y conforme a la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva".*

Del primero de ellos, no queda duda de que es la ley, y no otra fuente, la norma que en primer término debe aplicarse frente *al caso controvertido*; corrobora lo anterior el segundo de ellos, al designar a la costumbre, siempre y cuando cumpla ciertas condiciones, como norma jurídica supletoria, *a falta de legislación positiva*.

Llegado a este punto, al de la ley como fuente formal del derecho, y entrando en terrenos propios de una cátedra de teoría general de las fuentes, resulta pertinente aclarar que ésta sólo podrá ser tenida en cuenta como tal si se le considera desde su acepción *material*. Lo anterior, por la simple razón de que si la llegásemos a considerar exclusivamente desde su perspectiva *formal*, llegaríamos a absurdos tales como tener que excluir la Constitución, los decretos y demás mandatos de carácter general y abstracto independiente de su forma del listado de las fuentes formales del derecho.

En consonancia con lo anterior encontramos el siguiente pronunciamiento de la Corte Constitucional:

*“Limitar el universo de las fuentes del derecho, como se propone, a la ley entendida en su acepción formal, conlleva una serie de consecuencias absurdas que le restan al planteamiento toda plausibilidad. En efecto, la Constitución, norma de normas (CP art. 4º) por no ser equiparable formalmente a la ley, no podría ser aplicada ni observada por la jurisdicción (1); las leyes, no obstante que pudieran vulnerar la Carta, en todo caso deberían acatarse y ejecutarse, y no podrían ser inaplicadas por los jueces (CP art.4º)(2); los derechos fundamentales de aplicación inmediata requerirían de una ley previa para poder ser aplicados por los jueces en los diferentes procesos (CP art. 85) (3); los valores y principios constitucionales, no estando incorporados en leyes ni necesítandolo, podrían ser dejados de lado por los jueces (4); los decretos del Presidente, las ordenanzas de las Asambleas, los acuerdos de los Concejos y, en general todas las normas jurídicas, diferentes de las leyes, cuyo proceso de creación y cuya existencia se regula y reconoce en la Constitución, pese a su pertinencia para solucionar el asunto o controversia, no podrían aplicarse por los jueces (5); los contratos, y demás actos con valor normativo, fruto de las relaciones intersubjetivas del orden privado, quedarían por fuera de la función jurídica (6); los derechos y garantías no consagrados expresamente en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, pese a ser inherentes a la persona humana, no podrían ser reconocidos judicialmente (CP art. 94)”<sup>4</sup>.*

Vistas como quedaron las principales fuentes formales que rigieron el sistema de fuentes durante la vigencia de la Constitución de 1886, a continuación nos detendremos en lo que respecto de ellas aconteció con la promulgación de la Carta Política de 1991.

1.2.2 Las fuentes formales y la Constitución de 1991. La Constitución de 1991, al igual que la Carta Política 1886 no abordó de manera directa el tema de las fuentes formales del derecho. Lo anterior por cuanto la única referencia que hace respecto de ellas se encuentra

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-486 de 1993.

enmarcada dentro del mandato que dirige a los jueces por intermedio de su artículo 230. En efecto, reza la citada disposición:

*“ARTÍCULO 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.*

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

Lo anterior significa que hoy en día, tal y como acontecía en los años anteriores a la entrada en vigencia de la “nueva” Constitución, las fuentes formales del derecho colombiano se encuentran reguladas en la Ley 153 de 1887.

En este mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional cuando afirmó:

*“Son fuentes formales la ley -material-, la jurisprudencia, la costumbre, la equidad, los principios generales del derecho y la doctrina.*

*En Colombia, empero, la tradición jurídica secular siempre ha establecido que sólo es fuente formal principal de derecho la ley en sentido material, esto es, la Constitución, la ley, los decretos y demás actos jurídicos. Las otras fuentes sólo son criterios auxiliares. Así se desprende de la evolución que a continuación se reseña:*

*La Ley 153 de 1887 establece en su artículo 4° lo siguiente:*

*«Los principios del derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en los casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes. »*

*Tal tradición secular de la dogmática nacional fue acogida por la Constitución de 1991, que en su artículo 230 dispuso:*

*«Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.*

*La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial»<sup>5</sup>.*

Todo lo anterior, lo concluye la Corte con la siguiente afirmación:

***“Luego no puede afirmarse que con la Carta de 1991 ha habido un cambio en materia de fuentes formales del derecho en Colombia. Sólo adquirieron base constitucional tradicionales principios que antes sólo tenían piso legal”<sup>6</sup>.***  
(Resaltado fuera del texto original).

Pero ello no es cierto puesto que cambio si hubo. Y es más, tuvo su origen en la misma Constitución de 1991. Lo que si es cierto es que dicho cambio no provino de alguna de sus normas, tal y como se señaló en párrafos anteriores, sino que tuvo origen en las corrientes filosóficas modernas que optaron por introducir en el constitucionalismo moderno el concepto de la *superioridad de la Constitución*.

1.2.3 El nuevo sistema de fuentes. La entrada en vigencia de la Constitución de 1991 trajo consigo un nuevo sistema de fuentes formales del derecho, en el cual se reencontraron todas las fuentes que venían creando el derecho positivo colombiano desde hace más de un siglo, tal y como explicó la Corte Constitucional, encontrando que ninguna de ella había sufrido mayor cambio, salvo la Constitución de 1991.

En la práctica, la novedad que incorporó dicha Constitución se tradujo en la posibilidad nunca antes vista en el ordenamiento jurídico colombiano, de poder aplicar *de manera directa*, esto es, con la ausencia del legislador, las normas de rango constitucional en

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-104 de 1993.

<sup>6</sup> *Ibíd.*

cualquiera de las relaciones jurídicas que tuvieran origen al interior del ordenamiento jurídico colombiano. Recordemos que, a la luz de la Carta Política de Nuñez una norma constitucional podía entrar a gobernar la vida de sus administrados solo sí, de manera previa, había sido desarrollada por una norma de carácter legal en sentido formal.

Así lo corrobora las siguientes palabras del Dr. Humberto de la Calle Lombana con ocasión del prólogo a la obra del constitucionalista Dr. Francisco de Paula Pérez:

*“En primer lugar me parece que han operado cambios trascendentales en el terreno de la supremacía de la Constitución y de la guarda de su indemnización. Recuerdo mis épocas de juez. Nunca antes el juez acudía directamente a preceptos constitucionales para fundamentar sus fallos. A la Constitución se la suponía exclusivamente un núcleo ideológico que, si bien inspiraba todo el ordenamiento jurídico, éste solo tomaba cuerpo y vida a través de la ley. Esta era la lengua y los brazos de la Constitución. Al resolver un litigio civil, penal o laboral, el juez indagaba fundamentalmente por la existencia de un precepto legal que definiera el contenido de los derechos en discusión. En este orden de ideas, los derechos fundamentales de rango constitucional, se consideraban valores que dirigían el régimen jurídico, a lo sumo, y esto ocasionalmente, guías interpretativas de la legalidad, pero nada más. Las últimas jurisprudencias de la Corte anterior comenzaron a balbucear el lenguaje de los derechos fundamentales como realidad activa, pero siempre con la timidez propia de quien, no dominando aún el arte de la marcha, carece de pasamanos para afirmar las primeras experiencias”<sup>7</sup>.*

En síntesis, tenemos entonces que con anterioridad a 1991 la Carta Política reinante era vista como aquella norma que tenía como objeto la regulación de la producción normativa, específicamente de las leyes. En consecuencia, los mandatos constitucionales resultaban dirigidos en su mayoría a los legisladores quienes, previa modulación, los retransmitían al

---

<sup>7</sup> DE LA CALLE LOMBANA, Humberto. Prólogo a la obra Derecho Constitucional Colombiano de Francisco de Paula Pérez. Sexta Edición. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Colección Profesores 9. Bogotá, 1992, p. 2.

resto de sus ciudadanos por intermedio de leyes. En otras palabras, bajo el esquema anterior los ciudadanos nunca llegaron a conocer la aplicación de las normas constitucionales de manera directa, sino que éstas, insistimos, en lo que tiene que ver con su aplicación en la realidad lo fueron pero de una manera moduladas por el trabajo del legislador. De esta manera la *operatividad* de la Constitución estaba limitada por la gestión del legislador, y por ello al anterior sistema se le conoció como el de la *eficacia indirecta* de la Constitución.

Lo anterior se entiende, principalmente por cuanto el concepto de eficacia directa de las normas constitucionales responde a una concepción de Constitución producto del constitucionalismo moderno de mediados de del siglo XX, la cual los españoles decidieron acoger para el año de 1978, de igual manera como trece años más tarde lo harían los constituyentes colombianos encargados de redactar la Carta Política para 1991.

En efecto, movidos por la preocupación de implantar una justicia real, en contraposición a la formal que venía rigiendo, y acogiendo las corrientes constitucionales que ya habían abrazado los españoles, los constituyentes de 1991 decidieron, entonces, concebir la Constitución que se estaba gestando más como una *norma suprema*, jerárquicamente hablando, que como una norma encargada de regular el contenido del ordenamiento jurídico, en especial de sus leyes. En efecto, así consignan en el artículo 4º superior cuando consagran que la Constitución es “*norma de normas*”. Más que una mera declaración, la anterior formulación recogió en esas tres palabras las tendencias del constitucionalismo moderno con el claro propósito de darle *eficacia directa* a la Carta Política y así evitar, principalmente, que derechos fundamentales del ser humano fueran modulados por la voluntad del legislador.

Señala Ignacio De Otto, que una Constitución sólo puede gozar de *eficacia directa* si fue concebida, como ya se dijo, como *norma superior*. Si ello fue así, tendremos que los llamados a aplicar el derecho en una sociedad no tendrán inconveniente en acudir a la norma constitucional para obtener premisas que les sirvan para dar solución a los litigios que les pongan de presente. En palabras de De Otto, “...*si la Constitución tiene eficacia*

*directa no será sólo norma sobre normas, sino norma aplicable, no será sólo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más*”<sup>8</sup>.

La anterior exposición de la doctrina constitucional que acabamos de realizar, la pusimos de presente con miras a introducir el nuevo elemento que, al interior de la Constitución, tiene que ser tenido en cuenta al momento de valorar ésta última como fuente formal de derecho. Dicho elemento no es otro que la *eficacia directa* de la Constitución el cual, en la práctica, es quien **permite aplicar de manera directa ciertas normas constitucionales que, tal y como lo sostiene De Otto, resultan fuentes de derecho**<sup>9</sup>.

---

8 De Otto Ignacio. “Derecho Constitucional: Sistema de fuentes”. 4ª Reimpresión. Editorial Ariel. Barcelona, 1995, p. 76.

9 Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2000: “El afán del constitucionalismo contemporáneo por hacer operante una justicia real y no formal, tendencia que acoge nuestra Carta Política, abrió paso entre nosotros a la consagración de la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos fundamentales. A dichos derechos se les reconoce generalmente "eficacia directa", (artículo 85 de la Constitución Política), es decir su protección puede ser demandada inmediatamente, sin necesidad de que medie un desarrollo legal previo que señale las condiciones de su ejercicio y tutela. La razón de esta circunstancia radica en el reconocimiento constitucional de que son derechos inherentes a la persona humana, como lo predica claramente el artículo 94 superior.

En la tutela de los derechos fundamentales, el juez, por consiguiente, atiende normas constitucionales que consagran principios superiores considerados como piedras angulares del orden social justo. Como todas las normas que expresan principios y valores, las que reconocen los derechos fundamentales no contienen propiamente reglas que deban aplicarse automáticamente. Su finalidad no es la de referir un supuesto de hecho a la previsión general contenida en una norma regulante de la conducta, sino más bien la de irradiar a la realidad los valores contenidos en las normas superiores. El juez de amparo, se mueve en el terreno de normas que expresan valores y que no contemplan prescripciones aplicables a manera de silogismo, como lo pretendiera la teoría del Estado liberal de Derecho.

La fuerza vinculante de las normas constitucionales se irradia también a todo el ámbito del resto de la actividad jurisdiccional. Si bien el juez natural en las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa debe aplicar la ley respetando la jerarquía de las normas que emana de la Carta, lo cual le impone descartar aquellas que resultan inarmónicas o contradictorias con las superiores, debe hacerlo permitiendo que los valores superiores permeen la interpretación y aplicación de las normas. La Constitución tiene un impacto directo sobre todo el resto del orden jurídico, que impone a cualquier juez el fallar realizando, es decir haciendo efectivos en el plano de los hechos, los principios y valores contenidos en la Constitución, especialmente los enunciados en el artículo 2º superior. En este sentido la jurisprudencia de esta Corporación ha expresado lo siguiente:

«Ahora bien, la Constitución es la primera de las normas. Es por ello que cualquiera otra norma jurídica, así sea expedida por el operador jurídico más modesto de la República, debe sujetarse en primer lugar a la Constitución.

Por ejemplo una autoridad municipal de policía al momento de dirimir un asunto no debe consultar primero las orientaciones del alcalde ni las previsiones de los acuerdos municipales ni las disposiciones departamentales ni las reglas de los códigos nacionales. En primer lugar dicho funcionario debe consultar la Constitución -que es norma normarum. Después -y sólo después-, se debe ciertamente consultar el resto del ordenamiento. Sentencia C-131 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero»

Demostrado cómo no es posible afirmar, sin mayores precisiones al respecto, que la Constitución de 1991 no comportó variaciones al secular sistema de fuentes que Colombia ha venido adoptando desde el año de 1887, vemos que va siendo hora de conjugar todo lo hasta aquí expuesto con el derecho mercantil en lo que hace referencia a su sistema de fuentes.

1.2.4 Las fuentes del derecho comercial a la luz de la Constitución de 1991. Tal y como lo anotamos al iniciar la exposición contenida en el presente capítulo, la presente obra, al tener como tema principal los principales cambios que sufrió el derecho mercantil con ocasión de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, hace que con miras a centrar su atención en dichos cambios debamos dejar de lado el desarrollo de ciertos aspectos que, si bien nutrirían de qué manera este escrito, ya han sido tratados de manera magistral por otros autores<sup>10</sup> no corresponden en sentido estricto al punto central de la presente investigación.

Tal y como sucedió en el acápite del presente capítulo correspondiente al sistema de fuentes en general, en donde volvemos a insistir en remitirse a la obra de García Máynez para su cabal comprensión, ahora vuelve y pasa lo mismo en punto de las fuentes formales del derecho mercantil.

Se pensará que constituye un error el no detenernos a analizar una por una las fuentes propias del derecho mercantil, máxime cuando el presente capítulo ha sido bautizado bajo el nombre de *Las fuentes formales del derecho mercantil a la luz de la Constitución de 1991*.

Consideramos que no constituye error alguno por cuanto, tal y como se ha venido anotando, si bien es cierto que una de las fuentes del derecho comercial como lo es la Constitución cambió en su interior, pero conservando siempre en todo momento su papel de fuente formal que ha venido desempeñando por más de un siglo, es igual de cierto que en lo que

---

<sup>10</sup> Como es el caso de la exposición de las fuentes del Derecho del profesor García Máynez.

tiene que ver con el resto de las fuentes (leyes y costumbres en sus diversas manifestaciones) estas no han sufrido mayores variaciones.

Es por lo anterior que para el análisis de dichas fuentes hemos de aconsejar remitirse a los estudios que al respecto se encuentran consignados en las clásicas obras del derecho comercial colombiano de los maestros Gabino Pinzón y Ramón Madriñán de la Torre.

No acontece lo mismo, en los términos que se exponen a continuación, con el tema de la jerarquía de las reglas de derecho mercantil.

1.2.5 Jerarquía de las normas mercantiles. Sostuvo el maestro Gabino Pinzón:

*“La diversidad de las reglas aplicables en materia mercantil, entre las que hay unas suministradas por la ley, otras elaboradas por los comerciantes mismos en sus contratos, algunas inferidas de distintas clases de costumbres comerciales y algunas otras tomadas del derecho común o civil, con la posibilidad de apelar a tratados o convenciones no ratificados y a los principios generales del derecho comercial, no puede menos de producir o crear conflictos que reclaman una jerarquía claramente definida entre todas ellas. De manera, pues, que, además de los problemas propios de cada una de las distintas fuentes de reglas de derecho comercial, hay un problema común a todas ellas y es el de su prelación u orden de aplicación”<sup>11</sup>.*

Orden y prelación que, si es aceptado todo lo hasta aquí expuesto en relación con el nuevo panorama de las fuentes comerciales del derecho, ha de cambiar a partir de la nueva concepción que aquí se ha fijado.

---

<sup>11</sup> PINZÓN, José Gabino. Introducción al Derecho Comercial. Ed. Temis, 1985.

Tanto Pinzón como Madriñán<sup>12</sup>, coinciden en no tener a la Constitución como fuente formal del derecho comercial. Sostiene Madriñán, en plena concordancia con la posición que al respecto expone Pinzón:

*“En primer lugar, sobresalen las normas imperativas de derecho comercial y junto con ellas, las expresamente invocadas del derecho común que participen de tal carácter. Son ellas las que consagran, según ya lo dijimos, disposiciones de orden público que protegen los intereses generales del comercio, defienden la seguridad de los terceros y establecen obligaciones y sanciones acordes con el interés superior protegido. Son normas de aplicación restrictiva y no pueden ser vulneradas por la voluntad de las partes. Sobre ellas, pero no contra ellas, los particulares pueden disponer cuanto a bien tengan en relación con sus intereses particulares y hecho esto, su voluntad, es la norma suprema de su situación, conforme a lo establecen los artículos 1602 del Código Civil y 4º del Código de Comercio, al conferirle al contrato el carácter de ley para los contratantes, ley particular que debe interpretarse a fin de que produzca los máximos efectos (C.C. Tít. XII, Libro 4º).*

(...)

*Ocupan lugar de preferencia en esta segunda etapa las leyes de carácter supletivo: aquellas que tienen por objeto disciplinar las relaciones sobre las cuales nada han dispuestos los contratantes. (...)*

(...)

*Agotada la ley directa o indirectamente (C. de Co., art. 1º), tienen amplio campo la costumbre a la cual el artículo 3º del Código le ha reconocido el valor de la ley comercial, y por lo tanto, lugar preponderante frente al Código Civil. Ella actúa en*

---

<sup>12</sup> MADRIÑÁN DE LA TORRE, Ramón. Principios de Derecho Comercial. Ed. Temis. Bogotá, 2000.

*subsidio de la voluntad del legislador de acuerdo con el orden de prelación que su ámbito de aplicación geográfica le confiere. (...)*

*A falta de todas estas manifestaciones viene el Código Civil y las leyes de esta índole, en las condiciones y con las características antes mencionadas (C. de Co., art. 2º.”<sup>13</sup>.*

Lo anterior tiene como causa, como hemos venido diciendo, la idea de Constitución como norma reguladora del contenido de otras normas, fundamentalmente de las leyes, bajo la cual fue concebida la Carta Política de 1886. Reflejo de lo anterior es la siguiente posición del profesor Gabino Pinzón en la cual se deja ver como una vez han quedado expuestas las fuentes formales del derecho comercial, es que el tratadista se limita a hacer una breve alusión las normas constitucionales que interesan al derecho comercial:

*“No se trata, desde luego, sino de las reglas de derecho comercial, sin llevar la cuestión hasta los distintos extremos del derecho privado en que éste comienza a ser público. Porque por encima de las normas mercantiles están las que determinan los lineamientos generales del orden legal, que son subordinantes y que son inmodificables por los actos convencionales o por las costumbres. A estas normas superiores corresponden los principios constitucionales relacionados con los derechos y garantías individuales, la prohibición de ciertos monopolios particulares, la libertad de profesión u oficio, etc, así como las llamadas disposiciones de orden público del derecho privado, tales como las que se relacionan con la capacidad y el estado civil de las personas, los efectos del objeto y causa ilícitos en los contratos, etc”.*<sup>14</sup> (Subrayado fuera de texto).

A la luz de la actual Constitución, en especial de su eficacia directa, el anterior pronunciamiento tendría que ser reestructurarse en el sentido de traer de la lejanía en que el

---

<sup>13</sup> *Ibíd.*, p. 52 y ss.

<sup>14</sup> PINZÓN, Gabino. *Op. cit.*

profesor Pinzón tiene a las normas constitucionales relativas a derecho fundamentales (las cuales se han subrayado en la cita anterior), por cuanto, tal y como ha quedado expuesto en párrafos anteriores, hoy en día las normas constitucionales que hacen relación a derechos fundamentales no pueden entenderse como lejanas respecto del derecho mercantil, sino por el contrario debe tenérselas como parte integrante de las fuentes del mismo.

En consecuencia, por todo lo que hasta aquí se ha anotado, **una sistematización jerárquica del sistema de fuentes del derecho comercial a la luz de la Constitución de 1991 deberá partir inexorablemente de la Constitución**, en especial respecto de aquellas normas constitucionales que sean susceptibles de *aplicación directa* para el ámbito del derecho comercial; en segundo lugar vendrán entonces las que el profesor Madriñán llama *normas imperativas de derecho comercial* (y junto con ellas, las expresamente invocadas en el derecho común que participen de tal carácter); así, vendrán posteriormente, y en el orden en que se enuncian, las leyes de carácter supletivo, la costumbre, el Código Civil y las leyes de esta índole.

Establecida la anterior jerarquía, por la cual, reiteramos, la cúspide la pirámide de las fuentes formales del derecho comercial posee un nuevo inquilino y además de estirpe constitucional, es que se hace necesario, con miras a visualizar las consecuencias que lo anterior comporta, entrar a analizar tanto aquella jurisprudencia constitucional que hace obligatorios sus pronunciamientos, en especial aquellos que versan sobre derechos fundamentales, así como las posibilidades que tienen los jueces de apartarse de la doctrina constitucional.

1.2.6 El sistema de fuentes y el lugar de la jurisprudencia. Tal y como sostienen los Magistrados Manuel José Cepeda y Marco Gerardo Monroy Cabra, en la sentencia C-836 de 2001 la Corte Constitucional “*sostiene que el precedente es fuente formal de derecho y analiza las razones por las cuales ello es así dentro del marco de la Constitución de 1991*”

*que introdujo modificaciones sustanciales y orgánicas que llevan ineludiblemente a esta conclusión”<sup>15</sup>.*

En efecto, ante una demanda de inconstitucionalidad del art. 4° de la ley 169 de 1896, norma ésta que incorpora en nuestro ordenamiento jurídico la figura conocida como doctrina probable -por virtud de la cual “*tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable y los jueces podrán aplicarla en casos análogos (...)*”-, el tribunal constitucional aprovechó la oportunidad para dejar en claro lo que ya venía esbozando desde sus principios en el intento de incorporar la jurisprudencia como fuente formal del ordenamiento jurídico colombiano.

Una breve exposición de tales antecedentes está recogida en la sentencia C-1300 de 2001, en los siguientes términos:

*“La Corte Constitucional ha dicho reiteradamente, desde sus comienzos, que las decisiones de la Corporación que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional son fuente formal de Derecho, y constituyen doctrina constitucional obligatoria (C-131/93, C-083/95, C-037/96, SU-047/99, C-836/2001).*

*En la construcción de la teoría de la obligatoriedad de los precedentes judiciales, la Corte Constitucional ha usado los conceptos de Decisum, ratio decidendi, y obiter dicta, para determinar qué partes de la decisión judicial constituyen fuente formal de derecho. El decisum, la resolución concreta del caso, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento jurídico en materia constitucional, tiene efectos erga omnes y fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos. La ratio decidendi, entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica,*

---

<sup>15</sup> Aclaración de voto de los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra a la sentencia C-836 de 2001.

*también tiene fuerza vinculante general. Los obiter dicta o "dichos de paso", no tienen poder vinculante, sino una "fuerza persuasiva" que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituyen criterio auxiliar de interpretación.*

*En el mismo sentido, en la sentencia C-037 de 1996 la Corte admitió que "tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en la parte motiva que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella."*

*El fundamento del carácter vinculante general de la ratio decidendi de las decisiones judiciales, es que los jueces deben fundar sus decisiones, no en criterios ad-hoc, caprichosos o coyunturales, sino en principios generales, o en reglas universales que han adoptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro. El juez debe hacer justicia en el caso concreto pero de conformidad con el derecho vigente, por lo cual tiene el "deber mínimo" de precisar la regla general o el principio que sirve de base a su decisión concreta.*

Antecedentes que a la postre fueron madurando poco a poco la concepción contenida la sentencia C-836 de 2001, y por la cual se consagró el precedente como fuente formal de derecho al interior del ordenamiento jurídico colombiano. Sostuvo la Corte:

*“Son la Constitución y la ley los puntos de partida necesarios de la actividad judicial, que se complementan e integran a través de la formulación de principios jurídicos más o menos específicos, construidos judicialmente, y que permiten la realización de la justicia material en los casos concretos. La referencia a la Constitución y a la ley, como puntos de partida de la actividad judicial, significa que los jueces se encuentran sujetos principalmente a estas dos fuentes de derecho.*

*Precisamente en virtud de la sujeción a los derechos, garantías y libertades constitucionales fundamentales, estos jueces están obligados a respetar los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores. Esta obligación de respeto por los propios actos implica, no sólo el deber de resolver casos similares de la misma manera, sino, además, el de tenerlos en cuenta de manera expresa, es decir, la obligación de motivar sus decisiones con base en su propia doctrina judicial.”<sup>16</sup> (Resaltado fuera del texto original.)*

Derechos fundamentales que, recordemos, en virtud de la aplicación directa de que goza la Constitución de 1991 hacen parte de las fuentes formales del derecho mercantil en tanto y en cuanto entren en relación con éste y los cuales, de conformidad con el pronunciamiento anterior, de estar presentes en un conflicto sometido a la resolución de los jueces van a obligar a éste último, de existir un precedente respecto de la decisión a tomar, a tener que respetarlo.

De querer apartarse del precedente, siguiendo los lineamientos impartidos por la Corte Constitucional, el juez deberá cumplir las cargas de transparencia y argumentación en los siguientes términos:

*“El tercer elemento que consideramos necesario resaltar (segundo y cuarto en el texto subrayado) tiene que ver con las condiciones en las cuales el juez puede tomar la "decisión" de apartarse de "las decisiones" que constituyen doctrina probable. En la sentencia se establecen dos tipos de condiciones. El primero, se refiere a las condiciones de exposición de los fundamentos jurídicos que justifican la decisión que define el precedente. Tales fundamentos deben ser expuestos de manera "clara", lo cual significa que la determinación de no seguir el precedente crea en el juez una **carga de transparencia** en la medida en que debe decir diáfananamente de qué precedente se está apartando y qué elemento de éste está cambiando. El segundo, se refiere a las condiciones de motivación de los fundamentos jurídicos*

---

<sup>16</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001.

*que justifican dicha decisión. Estos deben referirse a las circunstancias especiales y excepcionales que hacen legítimo que un juez no siga el precedente, lo cual significa que no cualquier razón es suficiente para apartarse del precedente puesto que el juez tiene una **carga de argumentación** en la medida en que debe demostrar "razonadamente" que se cumplen los requisitos mencionados en los numerales 14 a 24 de la sentencia. De esta forma, se desarrolla el concepto de error empleado en la norma demandada puesto que la propia Corte Suprema de Justicia, y con mayor razón los jueces funcionalmente inferiores a ella, al variar su doctrina deben, como lo dice la norma demandada, "juzg(ar) erróneas las decisiones anteriores". Así, no basta el cambio de opinión, fruto de una reintegración del órgano judicial o de una evolución en el criterio de algunos de sus miembros, ni tampoco la invocación de la autonomía del juez para aplicar la ley. La autonomía interpretativa del juez y su opinión jurídica debidamente sustentada son suficientes para adoptar por primera vez una decisión sobre una determinada cuestión jurídica, pero no lo son cuando ya existe un precedente "sobre un mismo punto de derecho", como lo dice la norma demandada; en este último evento la carga de argumentación es más exigente, en los términos de la sentencia."*<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Aclaración de voto de los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra a la sentencia C-836 de 2001.

## 2. LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL FRENTE AL DERECHO COMERCIAL

Desde el punto de vista constitucional, el fin de la Primera Guerra Mundial va a señalar el inicio de lo que hoy en día conocemos como el constitucionalismo moderno. En efecto, es la Constitución de Weimar de 1919, y no la Ley Fundamental de Bonn como a veces se cree, la que marca el punto de partida de la nueva corriente constitucional al introducir, por primera vez en la historia y paralelamente a los derechos liberales, una concepción social del Estado de Derecho que estaba instaurando. Para 1978, dicha concepción del Estado va a ser acogida por los españoles, entendiéndose entonces cómo llega a la Constitución de 1991<sup>18</sup>.

Formalmente, la incorporación de reglas de carácter *social* al interior de la Constitución se va a traducir en la existencia de dos partes al interior de la misma: la primera de ellas, va a ser una *parte dogmática* en cuanto contiene el conjunto de normas –principios, valores y derechos fundamentales- que recogen la filosofía política que inspirará el diseño institucional que se ha de desprender del carácter social del Estado de Derecho; la segunda, en consecuencia, será la *parte orgánica* en cuanto recoge el diseño institucional estatal propiamente dicho<sup>19</sup>.

Desde el punto de vista funcional, la coexistencia de dichas partes al interior de la Carta Política en vez de fraccionarla lo que logra es complementarla y reafirmarla en su papel de unidad de regulación en cuanto la parte orgánica no puede ser interpretada desconociendo

---

<sup>18</sup> Para nadie es un secreto que la Constitución de 1991 bebió, en demasía a nuestro modo de vista, de la fuente que para ella fue la Constitución española de 1978.

<sup>19</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001: “Si bien la Constitución debe considerarse como una unidad de regulación, está compuesta por una parte dogmática, que comprende los valores, principios y derechos fundamentales, y por una parte orgánica en la cual se establecen, entre otras, la estructura fundamental del Estado y las atribuciones y potestades básicas otorgadas a los órganos y autoridades estatales para permitirles cumplir con sus funciones”.

los postulados recogidos en la parte dogmática de la misma. En efecto, así lo ha explicado la Corte Constitucional:

*“En síntesis, la Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales”<sup>20</sup>.*

En virtud de dicha línea de pensamiento, hemos concluido entonces, que una interpretación constitucional al Código de Comercio debe tener en cuenta los que la Corte llama “*contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales*” consagrados en nuestra Carta. En consecuencia, es por ello que a continuación se analizarán aquellos principios fundamentales recogidos en el Título I de la Carta Política de 1991 que hemos considerado pueden influir en la interpretación de nuestro actual estatuto mercantil.

Así las cosas, y tras haber analizado el papel del preámbulo constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano, procederemos a describir el valor vinculante de los principios fundamentales de la Constitución al interior del ordenamiento jurídico colombiano, para detenernos en las consecuencias que para el derecho mercantil comportó el haber catalogado al Estado colombiano como social de derecho; por último, plantaremos las posibles consecuencias económicas que podrían darse con ocasión del mandato constitucional a la integración latinoamericana (Artículo 9, inc. 2).

---

<sup>20</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992.

## 2.1 El preámbulo en la Constitución de 1991.

Los tratados de derecho constitucional suelen coincidir en integrar la parte dogmática de los textos constitucionales con (i) el preámbulo, (ii) los principios constitucionales y (iii) los derechos fundamentales. Por tal razón, en el presente punto se analizará si es posible que el preámbulo de nuestra actual Carta Política imponga obligaciones frente a la actividad mercantil. Por cuanto consideramos que dicho objetivo será de mejor comprensión si se entiende la razón de ser de la figura del preámbulo al interior de una constitución, es que a continuación se expondrá una breve reseña histórica de dicha figura.

2.1.1 La figura del preámbulo constitucional a lo largo de la historia<sup>21</sup>. El preámbulo de una Constitución puede definirse como una declaración solemne de los propósitos del constituyente que expresa los valores, principios y necesidades de un pueblo. Desde una óptica formal, se trata de un enunciado previo a las formulaciones normativas consagradas en una Constitución, que necesariamente recoge un contenido ideológico capaz de reflejar el momento histórico que vive un estado y la ideología aparentemente dominante<sup>22</sup>.

Su origen se encuentra en los Estados Unidos de América, pues fue allí en donde los constituyentes de Filadelfia consideraron que debía incluirse un prolegómeno, un texto inicial, a la Constitución de 1787, para que precediera el articulado propiamente dicho y que sirviera de síntesis de la propia Carta. Para ello, entonces, tomaron *El Federalista No. LXXXIV*<sup>23</sup> en el que Alexander Hamilton había enunciado los grandes fines que debían servir a los constituyentes y a la Constitución misma.

---

<sup>21</sup> A continuación se expondrá simplemente una breve reseña.

<sup>22</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-479 de 1992: “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 trasciende la pura literalidad de sus artículos”.

<sup>23</sup> “El Federalista”, comúnmente llamado *The Federalist Papers*, es una serie de 85 ensayos escritos por Alexander Hamilton, John Jay, y James Madison entre octubre de 1787 y mayo de 1788. Los ensayos fueron publicados simultáneamente en varios periódicos del estado de New York, en forma anónima, bajo el

El texto inicial de la Constitución de los Estados Unidos de América, en consecuencia, quedó así:

*"Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una unión más perfecta, establecer Justicia, afirmar la tranquilidad interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la libertad, estatuímos y sancionamos esta CONSTITUCIÓN para los Estados Unidos de América"*<sup>24</sup>.

A diferencia del consenso que en los Estados Unidos existió respecto a la consagración de un preámbulo, en Francia, a propósito de la pluralidad de fuerzas existentes con ocasión de la Revolución de 1789, tanto la instauración como el contenido de un preámbulo a la Constitución de 1791 fue aspecto de controversia<sup>25</sup>. A la postre se estableció el siguiente:

*"Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre, son las únicas causas de las desdichas públicas y la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en declaración solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración, constantemente presente a todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; a fin de que los actos del poder legislativo y los del poder ejecutivo, pudiendo ser comparados a cada instante con el objetivo de toda institución política, sean más respetados; a fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas en lo sucesivo sobre principios simples e incontestables,*

---

seudónimo "Publius", con el fin, entre otros, de incitar a los ciudadanos de New York a ratificar la Constitución de Estados Unidos.

<sup>24</sup> Tomado de <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/USA/usa1787.html>

<sup>25</sup> Lo anterior se entiende pues mientras que en los Estados Unidos de América se estaba creando una nación (prueba de ellos es la formulación "We, the people..." (Nosotros, el pueblo) -nuevo sujeto histórico que está creando una sociedad, un Estado-), los franceses están tratando, dos años después de la Revolución de 1789, de consolidar la ruptura con el pasado monárquico. Sólo así es posible entender la diferencia entre los dos preámbulos y, de paso, vislumbrar como ellos tienen diferentes funciones.

*contribuyan siempre al mantenimiento de la Constitución y a la felicidad de todos. En consecuencia, la Asamblea Nacional reconoce y declara, en presencia, y bajo los auspicios del Ser Supremo, los derechos siguientes del hombre y del ciudadano...".*

En efecto una lectura a los preámbulos de algunas de las más importantes constituciones colombianas (1821<sup>26</sup>, 1863<sup>27</sup>, 1886<sup>28</sup> y 1957<sup>29</sup>) deja ver la evolución de nuestro Estado y su problemática histórica, la cual inicia en 1821 con la necesidad de afianzamiento de la libertad alcanzada dos años atrás, para llegar finalmente a la concepción de Estado social liberal que los constituyentes de 1991 quisieron ver reflejada en la Carta Política, así:

*"El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar*

---

<sup>26</sup> “En nombre de Dios, Autor y Legislador del Universo. Nosotros los representantes de los pueblos de Colombia, reunidos en congreso general, cumpliendo con los deseos de nuestros comitentes en orden a fijar las reglas fundamentales de su unión y establecer una forma de gobierno que les afiance los bienes de su libertad, seguridad, propiedad e igualdad, cuanto es dado a una nación que comienza su carrera política y que todavía lucha por su independencia, ordenamos y acordamos la siguiente CONSTITUCIÓN”.

<sup>27</sup> “LA CONVENCION NACIONAL. En nombre y por autorización del pueblo y de los Estados Unidos colombianos que representa, ha venido en decretar la siguiente CONSTITUCION POLITICA”.

<sup>28</sup> “En el nombre de Dios, fuente suprema de toda autoridad. Los delegatarios de los Estados colombianos de Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá, Santander y Tolima, reunidos en Concejo Nacional Constituyente, Vista la aprobación que impartieron las municipalidades de Colombia a las bases de la Constitución expedidas el 1 de diciembre de 1885, Y con el fin de afianzar la unidad nacional y asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz, hemos venido en decretar, como decretamos, la siguiente CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA”.

<sup>29</sup> “En nombre de Dios, fuente suprema de toda autoridad, y con el fin de afianzar la unidad nacional, una de cuyas bases es el reconocimiento hecho por los partidos políticos de que la Religión Católica, Apostólica y Romana es la de la Nación, y que como tal, los poderes públicos la protegerán y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social y para asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz, el pueblo colombiano, en plebiscito nacional, DECRETA:

La Constitución Política de Colombia es la de 1986, con las reformas de carácter permanente, introducidas hasta el Acto Legislativo número 1 de 1947 inclusive, y con las siguientes modificaciones: (Plebiscito de 1. de diciembre de 1957, Decreto Legislativo número 247, de octubre 4 de 1957 y Decreto Legislativo 251 de 9 de octubre de 1957)”.

*la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente:*

***Constitución Política de Colombia***

Como se ve, más que una norma de estirpe jurídica el preámbulo de nuestra Constitución pareciere ser más la proclamación de una serie de postulados que en forma de fines y valores los constituyentes de 1991 quisieron alcanzar con la entrada en vigencia de la Carta Política. Así las cosas, en este punto y sin perder de vista la finalidad de la presente exposición, cabría preguntarse entonces si dicha aspiración del constituyente posee o no valor normativo alguno.

2.1.2 El valor normativo del preámbulo de la Constitución de 1991. Respecto al carácter vinculante o no del preámbulo de la Carta Política de 1991, nuestro máximo intérprete constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto por primera vez en el mes de junio de 1992, esto casi un año después de la entrada en vigencia de la Constitución, en el siguiente sentido:

*“De este tipo (constitucionales) son los valores de convivencia, trabajo, justicia, igualdad, conocimiento, libertad y paz plasmados en el preámbulo de la Constitución. (...) Todos ellos establecen fines a los cuales se quiere llegar. La relación entre dichos fines y los medios adecuados para conseguirlos, depende, por lo general, de una elección política que le corresponde preferencialmente al legislador. No obstante el carácter programático de los valores constitucionales, su enunciación no debe ser entendida como un agregado simbólico, o como la manifestación de un deseo o de un querer 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, irradian todo el tramado institucional.*

*Su condición de valores fundantes les otorga una enorme generalidad y, en consecuencia, una textura interpretativa abierta, dentro de la cual caben varias fijaciones del sentido. Corresponde al legislador, de manera prioritaria, la tarea de establecer la delimitación de dichos valores a través de leyes. **En vista de su naturaleza abierta, los valores constitucionales sólo tienen una eficacia interpretativa;** la Corte Constitucional debe ser respetuosa de la prerrogativa legislativa que consiste en establecer el alcance general de los mismos. Esto no impide que la Corte pueda, e incluso deba, en ciertos casos, valerse de ellos para resolver una situación específica o para valorar otras normas o instituciones; sin embargo, ello sólo sería posible dentro de una interpretación global de los hechos y del derecho y no como normas de aplicación inmediata suficientes por sí solas para fundamentar la decisión judicial. **Los valores son definatorios a la hora de resolver un problema de interpretación en el cual está en juego el sentido del derecho, no son normas de aplicación directa que puedan resolver, aisladamente, un asunto**”<sup>30</sup>. (Resaltado fuera del texto original).*

Así, parecía que el nuevo tribunal constitucional que entraba a operar en nuestro país con ocasión del nuevo panorama institucional configurado por la Constitución que se acababa de expedir, seguía la línea de pensamiento que su antecesora, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, venía pregonando respecto del valor normativo de los preámbulos constitucionales<sup>31</sup>.

Pero esa no iba a ser la posición de la Sala Plena de la Corte Constitucional. En efecto, el 13 de agosto de 1992 la Sala Plena de la Corte Constitucional teniendo en cuenta que (i) el preámbulo hace parte integral de la Constitución, (ii) fue discutido y aprobado por la

---

<sup>30</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992.

<sup>31</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia del 19 de mayo de 1988 “(...) el preámbulo de la Constitución no es una norma jurídica, ni un conjunto de normas de ese género, sino la expresión de los principios y valores que la comunidad profesa en una determinada etapa de su vida socio-cultural, razón por la cual siendo el de constitucionalidad un proceso en el que se comparan disposiciones de grado inferior con normas de superior jerarquía, mal se puede determinar la constitucionalidad de un precepto legal por comparación con un principio o valor de género diverso”.

Asamblea Nacional Constituyente bajo el mismo procedimiento utilizado por ésta para discutir y aprobar las normas constitucionales y (iii) en razón del carácter finalista de la Constitución, decidió “reivindicar la concepción jurídica según la cual el Derecho no se agota en las normas” y, por ende, señalar que el “...Constitucional no está circunscrito al limitado campo de los artículos que integran una Carta Política.”<sup>32</sup>.

En efecto, prosiguió la Corte

*“Lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a **toda** la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan.*

*Considera la Corte que la preceptiva constitucional ha sido enderezada por el propio Constituyente a la realización de unos fines, al logro de unos cometidos superiores ambicionados por la sociedad, que cabalmente son los que plasma el Preámbulo y que justifican la creación y vigencia de las instituciones. Quitar eficacia jurídica al Preámbulo, llamado a guiar e iluminar el entendimiento de los mandatos constitucionales para que coincida con la teleología que les da sentido y coherencia, equivale a convertir esos valores en letra muerta, en vano propósito del Constituyente, toda vez que al desaparecer los cimientos del orden constitucional se hace estéril la decisión política soberana a cuyo amparo se ha establecido la Constitución.*

*Juzga la Corte Constitucional que el Preámbulo goza de **poder vinculante** en cuanto sustento del orden que la Carta instauro y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios.*

---

<sup>32</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-479 de 1992.

*Si la razón primera y trascendente del control constitucional no es otra que la de garantizar la verdadera vigencia y supremacía de la Constitución, ese control deviene en utópico cuando se limita a la tarea de comparar entre sí normas aisladas, sin hilo conductor que las armonice y confiera sentido integral, razonable y sólido al conjunto.*

(...)

*Ahora bien, en el caso de la Constitución colombiana de 1991, el texto del Preámbulo sufrió todos los trámites previstos en el Reglamento de la Asamblea Nacional Constituyente y fue aprobado por ella al igual que lo fueron los artículos de la Constitución.*

(...)

*Por otra parte, la Constitución de 1991 es de carácter **finalista**, lo cual aparece consagrado en varias de sus normas, en especial las del Título I sobre principios fundamentales, estrechamente relacionados con los objetivos que proclama el Preámbulo; es decir, más que en otras constituciones, en esta son ostensibles unos propósitos del Constituyente, previstos en el Preámbulo y desarrollados en el articulado; no en vano el nuevo texto enuncia como razones de la Carta Política el fortalecimiento de la unidad de la Nación; la garantía de la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz; la democracia participativa; la vigencia de un orden político, económico y social justo; el compromiso de afianzar la integración latinoamericana.”<sup>33</sup>*

---

<sup>33</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-479 de 1992.

A la luz de lo anterior, a partir del pronunciamiento de la Corte Constitucional debemos considerar el preámbulo de la Carta Política como una norma de carácter vinculante susceptible de aplicación directa.

En consecuencia, antes de proseguir con el estudio de los principios fundamentales consagrados como tales en la Constitución, es necesario detenerse a analizar las posibles implicaciones que frente al derecho comercial pueda comportar la aplicación directa del preámbulo de nuestra Constitución.

Un primer análisis al respecto, llevaría a la conclusión que toda normatividad comercial que vaya en contra del *fortalecimiento de la unidad de la nación* o que ponga en riesgo “*la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, la libertad y la paz*” a sus integrantes, o ambas, sería claramente inconstitucional por contravenir lo dispuesto en el preámbulo de la Constitución.

Desde la orilla opuesta, no debemos perder de vista que el valor normativo del preámbulo también hace que éste, al hacer parte integrante de la Constitución en los términos ya definidos en este capítulo, sea susceptible de aplicación directa en los términos y condiciones señalados en el artículo precedente.

La pregunta que en este punto emerge no es otra que aquella relativa a cómo podría la Corte Constitucional dar aplicación al contenido del preámbulo en relación con la normatividad comercial. Revisada su jurisprudencia no se encontró decisión alguna que permitiera ejemplificar la forma como podría llegar a efectuar un análisis de tales calidades, nos topamos con el siguiente salvamento de voto de los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa<sup>34</sup>, en donde se ejemplifica la manera como la Corte puede entrar a hacer cumplir uno de los mandatos contenidos en el preámbulo de la Constitución, cual es la implantación de un orden económico y social justo.

---

<sup>34</sup> Con ocasión de la decisión de la Sala Plena de la Corte Constitucional que declaró la inexecutable de la norma que permitía la capitalización de intereses en los créditos de vivienda.

Al interrogante por ellos mismos planteado respecto de si los sistemas de financiación de vivienda a largo plazo deben estar al margen del mercado, responden de la siguiente manera:

*“Con todo, podría sostenerse que la realización de la primera norma incluida en el artículo 51 de la Carta exige garantizar que la financiación a largo plazo de la vivienda se coloque al margen de las mutaciones de la economía, es decir, del mercado. Para ello se requeriría de algún mecanismo de subsidio en materia de vivienda.*

*Esta solución comporta serios problemas constitucionales. El primero de ellos tiene que ver con los destinatarios del subsidio de vivienda y el modelo de justicia contenido en la Carta. El preámbulo de la Constitución indica que ella se expidió con el objeto de implantar un orden económico y social justo. La definición de lo que se entiende por orden social y económico justo se logra a partir de la lectura sistemática de los artículos constitucionales. De ella se desprende que corresponde al Estado garantizar la plena vigencia y efectividad de los derechos constitucionales contemplados en la Carta. Esto implica armonizar tanto los derechos que entren en conflicto, como los valores o sistemas que se desprenden de los derechos constitucionales. Así, en el caso específico, se debe ponderar el derecho a la igualdad, el derecho a la vivienda digna y el derecho a la libre competencia, en conjunción con los principios democrático y del Estado social de derecho y el sistema de producción basado en el mercado - que se encuentra implícito en el derecho a la libertad económica y a la libre competencia -, a fin de establecer el concepto de lo justo en materia de vivienda.*

*Si se consideran los artículos 13, 51 y 333 de la Carta, resulta claro que la Constitución ha contemplado el derecho a la vivienda digna (art. 51), un medio para su ejercicio -el mercado- (art. 333) y un sistema de corrección a la forma*

*ordinaria de acceso -subsidio o apoyo estatal- (art. 13), de suerte que en lo que atañe al acceso a la vivienda no puede descartarse la operación de los instrumentos del mercado, desde luego sujetos a una mayor o menor intervención del Estado. Determinada la insuficiencia del mercado, el imperativo de lograr dentro de lo posible la "igualdad real", obliga al Estado a establecer las condiciones que garanticen el acceso a una vivienda digna. De ahí que la utilización de mecanismos que se alejen del mercado, como los subsidios o la exclusión de la oferta de ciertos bienes, tenga carácter extraordinario; es decir, bajo condiciones de escasez de recursos, tales ayudas sólo se justifican frente a la insuficiencia del mercado y siempre que se enderecen a proteger a los sectores de la población que verdaderamente requieran del apoyo estatal. De otra parte, la exclusión o el subsidio no pueden operar de manera general, sino que deben orientarse hacia los sectores más débiles de la sociedad. De lo contrario, además de subvertir el alcance del derecho a la libre competencia y del mercado como mecanismo de distribución de bienes y servicios, se entronizaría la desigualdad y el privilegio, puesto que no se distinguiría la capacidad económica de los beneficiarios de las medidas estatales. No se puede ignorar que en las condiciones del país el Estado cuenta con escasos recursos para distribuir, y que en la sociedad existe una enorme distancia entre los grupos pudientes y la inmensa población menesterosa.*

***Así las cosas, el modelo de justicia contenido en la Constitución no parte de la anulación del mercado, sino de su complementación. Con ello se realiza plenamente el principio democrático respecto de los derechos económicos y sociales, los cuales únicamente son exigibles, en los términos que fije la Ley y, de manera directa, cuando se afecte el mínimo vital. Cuando el sistema del mercado excluye a sectores de la población que demandan la satisfacción de sus necesidades vitales, se impone la actuación asistencial del Estado. En los restantes casos, le compete al Estado, en virtud de su competencia para intervenir y dirigir la economía, establecer las condiciones, propias y acordes con el***

***mercado, que permitan la ampliación de la cobertura de bienes y servicios vinculados a los derechos económicos y sociales.***

*La decisión de la que nos apartamos, desconoce este concepto de justicia, pues iguala normativamente las cargas (igualdad de trato), sin establecer las distinciones que hagan de la igualdad de trato una igualdad real y efectiva. En efecto, en virtud de la decisión, sin sopesar la capacidad de pago o el costo del inmueble, los deudores del sistema de financiación de vivienda a largo plazo se verán "beneficiados" con la exclusión de su deuda de las condiciones propias del mercado. Igual trato se brindará a los adquirientes de vivienda de interés social (protegidos por la Carta según el art. 51 de la C.P.) y a los que busquen vivienda suntuosa, destinándose inmensos recursos para los segundos y migajas para los primeros. No es del caso recordar las innumerables ocasiones en las cuales la Corte, con buen tino, señaló que el artículo 13 de la Carta no exige igualación, sino igualdad.*

***Lo anterior demuestra que también aplicada a la financiación de vivienda, la capitalización de intereses por sí misma no desconoce la Constitución. Este efecto únicamente resultaría contrario al modelo de justicia de la Carta en el evento de que afectara adversamente a los sectores vulnerables de la población, que en todo caso pueden apelar a los sistemas de subsidio de vivienda ofrecidos a través de distintos mecanismos financieros.***<sup>35</sup>. (Resaltado fuera del texto original).

Vale la pena recordar en este punto que las normas mercantiles constituyen, en últimas, una herramienta en manos del Congreso que no sólo le permite intervenir la economía, sino que además le permiten alcanzar ese orden económico y social justo que aquí se ha expuesto. Como prueba de ello, que mejor ejemplo que la regulación sobre los intereses

---

<sup>35</sup> Salvamento de voto de los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa y Eduardo Cifuentes Muñoz a la sentencia C-747 de 1999.

remuneratorios y moratorios contenida en el artículo 884<sup>36</sup> del estatuto mercantil junto con el artículo 72 de la ley 45 de 1990 cuando establece las sanciones con ocasión del cobro de intereses en exceso.<sup>37</sup>

## 2.2 LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991.

2.2.1 La teoría de los principios fundamentales. Desde el punto de vista normativo, las constituciones fruto del constitucionalismo moderno imperante a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, se han caracterizado por ser un conjunto de normas que incluyen diferentes enunciados de muy diversa estructura en su formulación, naturaleza y contenido.

Atrás quedaron aquellas constituciones abstencionistas y garantistas de corte liberal que se limitaban a incorporar derechos y señalar organizaciones y estructuras, para dar paso a aquellas de corte intervencionista, reflejo del *Estado de Bienestar*, que además de los anteriores mandatos introduce un conjunto de funciones a ser llevadas a cabo por sujetos que la misma Constitución se encarga de señalar.

Así, Juan Alfonso Santamaría Pastor<sup>38</sup>, reconocido constitucionalista español, ha identificado la siguiente tipología de normas constitucionales a partir de su contenido: (i) *principales*, esto es, aquellas normas que consagran los rasgos principales del ordenamiento político que, en el caso colombiano, podríamos identificar con los artículos 2º, 5º y 7º de nuestra Carta Política; (ii) *directivas*, en lo que hace referencia a la actividad de los poderes

---

<sup>36</sup> Código de Comercio. Art. 884: “Cuando en los negocios mercantiles haya de darse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990.

Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria.”

<sup>37</sup> Ley 45 de 1990. Art. 72: “Sanción por el cobro de intereses en exceso. Cuando se cobren intereses que sobrepasen los límites fijados en la Ley o por la autoridad monetaria, el acreedor perderá todos los intereses cobrados en exceso, remuneratorios, moratorios o ambos, según se trate, aumentados en un monto igual. En tales casos, el deudor podrá solicitar la inmediata devolución de las sumas que haya cancelado por concepto de los respectivos intereses, más una suma igual al exceso, a título de sanción.”

<sup>38</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo. Volumen I. Tercera Edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2000.

públicos (arts. 125 numerales 3 y 4)<sup>39</sup>; (iii) *organizativas*, en cuanto configuran órganos del poder público o atribuyen competencias (art. 115); (iv) *materiales*, en cuanto regulan el proceso de producción normativa (arts. 150, 152) y (vi) *de garantía* de la propia Constitución (arts. 241, 242).

De igual manera, pero a partir de su aplicabilidad, Gustavo Zagrebelsky ha identificado las normas constitucionales de la siguiente manera: (i) *de eficacia directa*, entendidas como aquellas que por sí mismas son suficientes para regular hipótesis de hecho (art. 74); (ii) *de eficacia indirecta*, esto es, aquellas normas de organización que requieren una disciplina normativa ulterior respecto a la contemplada en la Constitución (p. ej. La norma que dio origen a la Fiscalía General de la Nación, en cuanto simplemente la creó más no la puso en funcionamiento); (iii) *normas de principios*, por virtud de las cuales estos adquieren forma jurídica tal y como se explicará a continuación<sup>40</sup> y (iv) *normas programáticas*, en cuanto no contienen el supuesto de hecho (cuando) ni el contenido de la acción (qué), sino que señalan el fin a perseguir.

Entrando en materia, las normas de principios se pueden entender a partir de su diferencia con las reglas (recordemos que las normas jurídicas se pueden dividir en reglas y principios). Así las cosas, mientras las reglas establecen qué conducta se debe seguir en determinada circunstancia que ellas mismas señalan, lo que los principios establecen son orientaciones genéricas que deben ser observadas en situaciones no predeterminadas por el principio mismo haciendo que, en consecuencia, éste pueda tener diversas aplicaciones.

A su vez, el carácter fundamental de los principios radica en tres aspectos, a saber: (i) por *fundamentalidad* jerárquica, la cual deriva del carácter fundamental mismo de la Constitución (Título I); (ii) por *fundamentalidad* lógico deductiva, en cuanto la norma de

---

<sup>39</sup> Las normas que se citarán de aquí en adelante pertenecen todas a nuestra Constitución Política.

<sup>40</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992: “Su alcance normativo (el de los principios) no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser”.

principio permite deducir otras normas y (iii) por *fundamentalidad* axiológica, en cuanto lo que como ya se anotó lo que los principios introducen son valores fundamentales al interior del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, la vaguedad de sus contenidos, sumado a los anteriores factores que se acaban de enunciar, logran explicar la vocación expansiva que tienen los principios para proyectarse al interior de un ordenamiento jurídico. Sólo así, será posible entender el rol de los principios como fuente de unidad del ordenamiento jurídico -en cuanto guían al legislador en su producción normativa y a los aplicadores judiciales y administrativos para la solución de determinado caso-. Al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional en los siguientes términos:

*“Los principios Constitucionales, 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>41</sup>.

Para finalizar, resta señalar como es de la esencia de los principios el hecho de que en caso de que se presente un conflicto entre ellos, nunca se verá comprometido un problema de validez. En efecto, y a diferencia de las reglas las cuales tiene una aplicación disyuntiva (se aplica *o* no se aplica), los principios gozan, por llamarla de alguna manera, de una prudencia a la conflictividad en razón que su aplicación es susceptible de ser “*mas o menos*” (a diferencia del *todo o nada* de las reglas).

En consecuencia, los conflictos de principios no suponen la pérdida de validez de las normas jurídicas que ostenten tal calidad sino que por el contrario hacen que estos *cedan* según las exigencias del proceso de concretización ya explicado. Lo anterior, se explica de mejor manera si, para efectos académicos, se entiende que los principios tiene peso –a

---

<sup>41</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992.

diferencia de las reglas-, lo que hace que ante un conflicto de principios la solución radique en la *ponderación* de las normas en cuestión, con miras a determinar cual principio habrá que aplicarse *más que otro* ante la situación fáctica puesta en consideración<sup>42</sup>.

2.2.2 El Estado social de derecho y sus implicaciones en el derecho comercial<sup>43</sup>. Nota introductoria:

Por la claridad, importancia y pertinencia que frente al tema del Estado social de derecho hemos encontrado en la opinión del profesor Charry Urueña, incorporamos a manera introductoria apartes de su escrito “*Del Estado social al Estado promotor*”, con la seguridad de que su exposición ayudará enormemente al entendimiento de las implicaciones de dicho modelo estatal.

*“Del Estado social al Estado promotor”<sup>44</sup>*

*La fórmula del “Estado democrático y social” según Abendroth<sup>45</sup>, apareció por primera vez en la Revolución de París de 1848, en un compromiso concertado entre los pequeños partidos demoliberales y las primeras asociaciones del movimiento*

---

<sup>42</sup> Ibíd.: “Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa. En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial.”

<sup>43</sup> Como el objeto de esta tesis radica en las repercusiones que tuvo la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 en el Código de Comercio de 1971, los aspectos constitucionales del Estado social de derecho no serán tratados con la misma profundidad que lo haría un estudio constitucional sobre la materia. Por el contrario, y desde una óptica armónica con el objeto de este estudio, el estudio de dicho modelo estatal estará encaminado a establecer sus repercusiones en el campo del derecho mercantil. Es por ello que si se quiere ahondar constitucionalmente en la concepción de Estado colombiano introducida por la Constitución de 1991, recomendamos de sobremanera la magnífica síntesis que al respecto se encuentra consignada en la sentencia C-1064 de 2001 de la Corte Constitucional.

<sup>44</sup> CHARRY URUEÑA, Juan Manuel. Artículo publicado en *Ámbito Jurídico* No. 156. Julio, 2004.

<sup>45</sup> ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernest, DOEHRING, Kart. *El Estado social*, colección de Derecho Constitucional Alemán. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1986.

*obrero francés. La revolución fue producto de una grave crisis económica con un desempleo masivo. Los trabajadores buscaban que el Estado creara centros de producción y que les permitiera a los trabajadores administrarlos.*

*La cláusula desapareció hasta el resurgimiento del movimiento obrero en Europa. Fue retomada por los marxistas, los seguidores de Lasalle y el círculo de Eisenach. Sin embargo, el movimiento obrero fue en Europa, hasta la Primera Guerra Mundial, un movimiento de oposición; sin esperanzas de llegar al poder.*

*La Constitución de Weimar de 1919 tenía un doble carácter, pues a la vez que formulaba de manera clara los derechos liberales, poseía todo un complejo normativo de reglas de carácter social. Herman Heller demostró que el contenido de la Constitución tenía que ser caracterizado desde esa fórmula de democracia social en la forma de Estado de Derecho.*

*A partir de la promulgación de la Ley Fundamental la tendencia al cambio empezó a perder fuerza. Al parecer la influencia de las fuerzas norteamericanas y británicas, vencedoras de la Segunda Guerra Mundial, fue determinante para el retorno a la estructura económica imperante antes de 1945: la ideología liberal.*

*Forsthoff<sup>46</sup> plantea una contradicción entre el Estado social de prestaciones y el Estado de derecho de libertades. Además, advierte el riesgo que puede producir el Estado social al generar dependencia y por lo tanto una dominación sobre las personas. También la dificultad en la creación de la voluntad del Estado, donde la representación ya no es de principios sino de intereses, y se adoptan medidas de redistribución de riqueza. El reto del Estado social consiste en que las garantías no queden relegadas a promesas programáticas ni a manipulaciones de la mayoría.*

(...)

---

<sup>46</sup> *Ibíd.*

*En mi concepto el Estado social es una expresión del tránsito de lo político a lo económico y de lo abstracto a lo concreto, que tuvo lugar en los inicios del siglo XX. En otras palabras, en términos de Augusto Comte, el tránsito del estadio metafísico al estadio positivo.*

*Colombia, como en otros muchos casos, llega tarde a la adopción de estas fórmulas. El Estado social que se perfecciona en la Constitución de Weimar de 1919, tan solo se acoge en la Constitución de 1991, 72 años después, cuando la crisis del Estado de bienestar ya había hecho estragos en las burocracias y en los índices de eficiencia de las estructuras administrativas. Con las condiciones económicas limitadas del aparato estatal, la realización del Estado social puede conducir a grandes frustraciones o a la producción de fatales paradojas.*

*En las actuales condiciones, ya no es momento para desarrollar la fórmula del Estado social, sino para pensar en las nuevas exigencias que nos esperan en el futuro próximo: ¿de qué productos obtendrá su sustento la sociedad colombiana del próximo decenio? **El asunto ya no es cómo se distribuye la riqueza, asunto que pretende responder el Estado social, sino cómo se produce, situación que tendrá que responder el Estado del presente y del futuro.***

*El nuevo orden global impone pensar más allá del Estado social, benefactor de determinadas clases sociales, en términos de Estado promotor de riqueza, garante de una producción que el mundo impone competitiva en los mercados internacionales”. (Resaltado fuera del texto original).*

En efecto, yendo más allá de las palabras del profesor Charry en lo que tiene que ver con el Estado social como una expresión del tránsito de lo político a lo económico, consideramos que lo que en el fondo busca el Estado social es neutralizar las consecuencias del sistema capitalista mediante la penetración e intervención del Estado en la sociedad para garantizar, en últimas, las condiciones mínimas o vitales (educación, salud, empleo, vivienda) que debe tener todo individuo que se encuentre bajo su protección o mandato a partir de la

puesta en marcha de una justicia distributiva, teniendo entonces que esta “nueva” concepción hace que Estado y sociedad sean órganos que se complementan entre sí.

Sólo así, por ejemplo, se puede entender porqué el Estado social protege la pequeña y la mediana industria, lucha contra los monopolios, intervienen en la economía de manera global y no sectorial y busca un equilibrio socio económico mediante políticas de repartición de ingreso basadas, repito, en la concepción de justicia distributiva (donde ya no se busca distribuir más sino mejor).

Será bajo esta óptica entonces que a continuación se intentará poner de presente las manifestaciones concretas del Estado social de derecho en el ámbito comercial.

2.2.3 Manifestaciones concretas del Estado social de derecho en el ámbito comercial. En la práctica, el Estado social de derecho se bifurca para –de una parte- exigir de los órganos del Estado la superación del concepto formal de Estado de derecho<sup>47</sup> y así poder vincular a sus autoridades a los principios tendientes a asegurar la efectividad de los derechos y deberes de todas y cada una de las personas<sup>48</sup>; por otra parte, la efectiva realización del principio de Estado social de derecho presupone, en palabras de la misma Corte Constitucional, *“la obligación del pago de tributos por parte de los particulares. Tal conclusión se desprende del principio de solidaridad (artículo 1 C.P.) y del deber de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad (artículo 95 inciso 3 numeral 9 C.P.). Es precisamente en el contexto de toma de decisiones macroeconómicas y sociales que los distintos sectores de la población, en virtud del principio de solidaridad, asumen cargas públicas razonables para permitir que sectores excluidos puedan progresivamente ser incorporados al goce de los beneficios del progreso, lo cual sólo se puede lograr mediante la conciencia creciente de la necesidad*

---

<sup>47</sup> Esto es, aquel Estado limitado simplemente a la provisión de garantías y procedimientos necesarios para asegurar la libertad legal de la persona.

<sup>48</sup> En especial mediante la provisión del mínimo vital.

*de cooperar y actuar mancomunadamente para mejorar la calidad de vida de todos los colombianos y superar gradualmente las desigualdades presentes”<sup>49</sup>.*

Con base en lo anterior podría pensarse, en principio, que el derecho mercantil, al ser un derecho eminentemente de naturaleza privada propio de particulares en razón de sus negocios, poco o nada tiene que ver con aquel aspecto del Estado social dirigido a las autoridades viéndose obligado, “únicamente”, a cumplir con el pago de los tributos que le exige el deber de solidaridad, en los términos que se acaban de citar. Pero es de aclarar, que ello no es así puesto que la misma Corte ha dejado en claro que además de sus obligaciones fiscales los particulares tienen otra obligación frente al Estado social de derecho cual es la de acatar las medidas que dichas autoridades adopten en búsqueda de alcanzar los objetivos que implica la concepción social de un Estado de derecho.

En efecto, ha dicho la Corte Constitucional:

*El Estado Social de Derecho tiene el significado, "de crear los supuestos sociales de la misma libertad para todos, esto es, de suprimir la desigualdad social". En esta dirección, el principio de Estado Social de Derecho es un mandato dirigido al legislador que lo obliga a atender la justicia y la equidad en la toma de decisiones de conformidad con el marco constitucional pero que respeta un margen amplio a las opciones de política pública de las autoridades popularmente elegidas. El Estado Social de Derecho no impone un modelo económico o social, pero tampoco es indiferente a la realización de valores como el orden social justo y la dignidad humana. Tal interpretación deja a salvo la potestad de configuración legislativa radicada en cabeza del Congreso y de diseño de programas de gobierno atribuida al Ejecutivo, y busca conciliarla con los contenidos materiales que la propia Constitución consagra y que vinculan a todas las autoridades públicas. Es así como el legislador, por ejemplo, puede intervenir en la economía y la sociedad mediante normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno (artículo 150 numeral 19*

---

<sup>49</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-1064 de 2001.

*C.P.), de forma que asegure los objetivos propios del Estado Social (artículo 1 C.P.). No obstante lo anterior, la omisión legislativa de dictar las normas generales llamadas a regular las relaciones de trabajo (artículo 53 C.P) y de intervención estatal en diversos ámbitos de la vida económica y social, (artículos 150 numeral 21 y 334 C.P.) no puede tener como efecto que el principio de Estado Social de Derecho quede simplemente escrito. El principio de inmunidad de los derechos constitucionales impide este resultado. Por ello, ante circunstancias omisivas debe darse aplicación directa a los preceptos constitucionales.*

Así las cosas, bajo el ala del Estado social de derecho es como se ha estructurado en nuestro país la regulación estatal para los comerciantes. Recordemos que por mandato constitucional el Estado colombiano deberá intervenir para "*racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano*"<sup>50</sup>. En efecto ha dicho el máximo Tribunal Constitucional:

*"La Constitución de 1991, norma de normas en nuestro sistema jurídico, instituye el Estado social de derecho y hace suyo el valor de la solidaridad. Esta nueva forma de Estado, elevada a principio de comportamiento del poder público colombiano tiene como característica esencial en el plano económico la de legitimarlo para intervenir en las relaciones privadas de producción, a través de una política fundada en el principio de solidaridad y en el papel redistributivo del Estado.*

*"Dentro de este contexto y acompañada del principio de solidaridad, **la libertad económica se entiende, no como el "dejar hacer dejar pasar", propio del Estado liberal clásico, sino como la promoción de las condiciones sociales y económicas básicas para el desarrollo autónomo de la persona.***

---

<sup>50</sup> Constitución Política de Colombia, art. 334.

*“El Estado social de derecho no hace caso omiso de la falta de libertad que causa la miseria. Pero el nuevo concepto de libertad, no es simplemente formal; reivindica la posibilidad real de desarrollar actividades económicas libremente escogidas y autoriza al Estado para intervenir y crear las condiciones necesarias.*

*“Es bajo esta nueva concepción que se legitiman importantes instrumentos de intervención, tanto para la búsqueda de eficacia como de equidad. El papel del mercado como instrumento de asignación de recursos se concilia con el papel económico, político y social del Estado redistribuidor de recursos. **Si damos, como lo quiere la Carta, valor jurídico a los principios constitucionales, no puede ser otra la interpretación del Estado colombiano actual. En este sentido, la tarea de los poderes públicos es la de generar una sociedad más justa y solidaria**”<sup>51</sup>.  
(Resaltado fuera del texto original).*

Una segunda aplicación capaz de ilustrar cómo el Estado social de derecho puede permear la actividad comercial se desprende de la sentencia C-384 de 2000<sup>52</sup>, en cuanto deja ver como tal principio viene siendo usado para obligar a las agencias corredoras de seguros a adoptar el modelo societario de las sociedades anónimas.

Recordemos en este punto que los corredores de seguros, al ser entes autónomos respecto a las compañías aseguradoras<sup>53</sup> en primer lugar no hacen parte del sector asegurador ni mucho menos del financiero o bursátil y, en segundo lugar, tampoco les está permitido captar ahorro del público. Lo anterior, busca poner de presente como, en teoría, no existe consideración alguna que permita implantar en ellos limitación en cuanto al tipo de sociedad<sup>54</sup> que deban constituir para desarrollar su objeto social tal y como sí acontece con

---

<sup>51</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-265 de 1994.

<sup>52</sup> Corte Constitucional.

<sup>53</sup> Código de Comercio. Art. 1347: “Son corredores de seguros las empresas constituidas o que se constituyan como sociedades comerciales, colectivas o de responsabilidad limitada, cuyo objeto social sea exclusivamente ofrecer seguros promover su celebración y obtener su renovación a título de intermediarios entre el asegurado y el asegurador”.

<sup>54</sup> Limitación que la más de las veces se traduce en la obligación de adoptar el modelo de sociedad anónima.

otras entidades regidas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en cuanto desarrollan actividades de corte financiero, asegurador o bursátil mientras pueden o no captar ahorro del público.

Más lo anterior no fue razón suficiente para que la Corte Constitucional declarará inexecutable la disposición<sup>55</sup> que obligó a los corredores de seguros a conformarse bajo el modelo de sociedad anónima, sino que por el contrario decidió mantener dicha disposición en el ordenamiento jurídico colombiano bajo el argumento por el cual el hecho de pertenecer a un Estado social de derecho hace que los particulares deban ceder en sus derechos a favor de los más débiles, entendidos éstos como sus usuarios. En efecto, sostuvo la Corte:

*“Así las cosas, aunque la disposición significa la imposición de una restricción al derecho de libre asociación y a la autonomía de las sociedades intermediarias existentes, pues les obliga a adoptar en un plazo breve una forma societaria distinta de la inicialmente prevista por los socios, ella se justifica de cara a la protección del interés general inherente al Estado Social de Derecho, representado en este caso por el conjunto de los usuarios de los servicios que prestan los corredores de seguros, por lo cual la declarará ajustada a la Constitución.”*

Al respecto, y al margen de las implicaciones que ha demostrado tener la existencia de un Estado social de derecho frente a un aspecto tan sencillo como lo es la adopción de un modelo societario determinado, queda entonces el interrogante, no absuelto por la Corte, respecto a qué tienen que ver los usuarios de un servicio con la forma societaria que adopte la persona jurídica que presta el servicio, cuando ésta no desarrolla actividades tan trascendentales como la banca o la prestación de servicios públicos.

2.2.4 El mandato constitucional de integración latinoamericana y la marcada tendencia a la internacionalización del derecho comercial. Tal y como se anotó en la introducción de

---

<sup>55</sup> Ley 510 de 1999, art. 101.

este capítulo, el inciso 2° del artículo 9° de nuestra Carta Política incorporó el siguiente mandato:

*“La política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe.”.*

Su ubicación al interior de la Constitución lo sitúa dentro del título *de los principios fundamentales* y en plena concordancia con el preámbulo constitucional cuando consagra éste que Colombia está *“comprometida a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana”*.

Así las cosas, que mejor oportunidad que esta parte de la presente obra para exponer la manera como se conjuga el anterior mandato integracionista de nuestra Carta Política con aquella característica tan propia del derecho mercantil cual es su marcada tendencia a la internacionalización<sup>56</sup>.

En efecto, desde hace ya varias décadas, el maestro José Gabino Pinzón, predijo la unificación internacional del derecho comercial. Así, en palabras del mismo Pinzón:

*"...la vida económica ha puesto en contacto y seguirá aproximando cada día más a los pueblos de todos los continentes, que se sienten impulsados a ello por la naturaleza misma- que no repartió por igual todos sus recursos- y que se sienten ayudados cada vez más por el desarrollo y el perfeccionamiento constantes de los medios de comunicación. Por lo cual el concepto absolutista de la soberanía ha sido sometido a prueba y a revisión, para facilitar esa necesaria cooperación de todos los pueblos en la empresa del desarrollo y bienestar del hombre en todas las latitudes y hemisferios; y, a su vez, los códigos locales o nacionales de derecho privado tendrán que ser revisados, para no estorbar sino facilitar esa cooperación*

---

<sup>56</sup> Además de la ya mencionada se tienen como rasgo propios del derecho comercial (i) su formación consuetudinaria, (ii) su tendencia a la internacionalización y (iii) su carácter profesional.

*integracionista. Por eso algunos autores modernos, como HAMEL, LAGARDE y VAN RYN, insisten en la necesidad de hacer un adecuado deslinde entre el que puede seguir llamándose derecho civil y el que debe ser llamado derecho económico*<sup>57</sup>.

Pues bien, a continuación se expondrá como el mandato constitucional en cuestión ha compaginado con tendencia a la internacionalización del derecho comercial, tendencia ésta que recordemos suele presentarse bajo tres aspectos: (i) mediante la adopción de disposiciones que han nacido como leyes tipo en el seno de organizaciones internacionales; (ii) mediante la suscripción de tratados internacionales tanto de integración de mercados como de homologación legislativa y, (iii) mediante la aplicación de tratados internacionales de comercio no ratificados por Colombia y de costumbres internacionales y extranjeras.

(i) La adopción de disposiciones que han nacido como leyes tipo en el seno de organizaciones internacionales (la legislación cambiaria del proyecto Intal y la ley marco de compraventa internacional de mercaderías).

Tal y como sostiene el profesor Madriñán de la Torre “*gran parte de la actividad económica que se desarrolla en el ámbito internacional y cosmopolita, encuentra su disciplina en las costumbres internacionales. El comercio internacional ha exigido la celebración de tratados de contenido jurídico, y de la misma manera cada día es mayor la inclinación a la búsqueda de formas comunes, para una normación uniforme de muchos aspectos que, aunque pertenecen en principio al ámbito del derecho interno de cada país, no son ajenos a los intereses generales del comercio*”<sup>58</sup>.

Ejemplo de lo anterior lo constituye la normatividad que respecto a los títulos-valores se encuentra recogida en el Título III del libro Tercero de nuestro estatuto mercantil. Fuente principal de dicha regulación fue el “*proyecto uniforme de títulos-valores para América*

---

<sup>57</sup> PINZÓN, José Gabino. La unificación internacional del derecho comercial. En: Revista de la Cámara de Comercio de Bogotá. No. 1, Bogotá, diciembre de 1970.

<sup>58</sup> *Ibíd.*

*Latina*” elaborado por el INTAL en la reunión de expertos de Buenos Aires en 1966, y cuyo autor principal fue el profesor mexicano Raúl Cervantes Ahumada, el cual tenía como una de sus finalidades primordiales, en palabras del mismo Cervantes Ahumada, “*la creación de las bases jurídicas necesarias para la intensificación del intercambio de bienes y capitales en la región y la formación del Mercado Común Latinoamericano*”<sup>59</sup>.

Al respecto, juristas de la talla del Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss se han manifestado en el sentido de afirmar que dicho proyecto integracionista en su momento constituyó “*una nueva y progresista concepción de los títulos valores, destinados a ser ejemplo ante el mundo del alto grado de integración cultural a que han llegado, después de un accidentado camino los pueblos iberoamericanos*”<sup>60</sup>, a lo que el profesor argentino Ignacio Winizky complementó en el sentido de afirmar que tenía la esperanza de que todos los países latinoamericanos tuvieran “*la visión, la audacia y la sabiduría, que tanto tiene la humildad, de adoptar este proyecto a libro cerrado*” como un paso más para la integración panamericana.

Desafortunadamente, la aspiración del profesor Winizky no se cumplió en razón de las modificaciones que al proyecto introdujo nuestro país, que valga la pena anotar fue el único que lo modificó<sup>61</sup>. Oportunas resultan al respecto las palabras que el profesor Fernando Londoño Hoyos pronunciara cuando afirmó que Colombia “*aprobó el proyecto desuniforme. Seguimos siempre como una pequeña espina, incrustada en todo el corazón de las legislaciones latinoamericanas y sólo bajo ese punto de vista, insisto, me parecen inconvenientes las modificaciones. Es por una posición filosófica de principio por lo que*

---

<sup>59</sup> INTAL, Proyecto de Ley Uniforme de títulos-valores para América Latina. Talleres Gráficos, Buenos Aires, 1967, p.61.

<sup>60</sup> JARAMILLO SCHLOSS, Carlos Esteban. Los instrumentos negociables en el nuevo código de comercio. Editorial Temis, Bogotá, 1974.

<sup>61</sup> Desdibujando, así, el objetivo de otorgar un soporte jurídico para el despegue económico de América Latina tal y como lo buscaba el profesor Cervantes Ahumada.

*esto no me parece bien. Creo que la insularidad genial es absolutamente suicida desde el punto de vista económico...”*<sup>62</sup>.

No obstante lo anterior, no se alcanza a opacar la adopción de cuerpos normativos promulgados por organismos internacionales que se ha venido dando en nuestro país, sobretodo en materia mercantil. Si bien el siguiente ejemplo traspasa las fronteras latinoamericanas, sirve de igual manera para corroborar como la tendencia que aquí se expone continúa aún vigente. En efecto, recordemos que fue en el año de 1999 que el Congreso de la República mediante la promulgación de la ley número 518, expidió la ley “*Por medio de la cual se aprueba la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*”, aprobada en Viena el 11 de abril de 1980.

Al respecto tuvo la oportunidad de pronunciarse la Corte Constitucional en los siguientes términos:

*“La integración económica con otros Estados es un postulado constitucional que debe lograrse sobre las bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional (Artículo 150 No.16). En la Convención que se analiza se observa que dichos postulados efectivamente se cumplen pues al lograr unificar la normatividad sobre la compraventa de mercaderías internacionales se hace más expedito para los particulares, ubicados en diferentes Estados, la comercialización de bienes, lo cual seguramente repercutirá también en la calidad de vida de los habitantes de las naciones donde están residenciadas las partes que realizan dichos negocios.*

*Sobre este aspecto el Gobierno expresó en la exposición de motivos presentada por sus respectivos ministros ante el Congreso de la República lo siguiente:*

---

<sup>62</sup> LONDOÑO HOYOS, Fernando. Comentarios al Código de Comercio Volumen II. Colección Pequeño Foro, Medellín, 1979, p. 23.

*«...en desarrollo de este tipo de tratados se intensifica el intercambio comercial entre las partes y aumenta, en consecuencia, el número de negocios y actos jurídicos internacionales que celebran los particulares dentro de ese marco jurídico previamente determinado».*

*La realidad y la práctica internacional, llevaron a que la regulación de los contratos de compraventa internacional de mercaderías fuese considerado como uno de aquellos temas que requería, con mayor urgencia, de una regulación uniforme que se adaptase a las necesidades del comercio internacional y que a la vez pudiesen gozar de una aceptación general por parte de los distintos sistemas jurídicos que rigen en el mundo. La Convención sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, cumplió con estos requisitos y respondió, sin lugar a dudas, a una necesidad sentida dentro de las relaciones económicas internacionales; la mejor prueba de ello es el hecho de que para finales de 1994 cuarenta y cinco (45) Estados formaban parte de esta Convención"<sup>63</sup>.*

(ii) Los tratados internacionales de homologación legislativa y de integración de mercados.

a. La regulación de la propiedad industrial en Colombia.

A diferencia de la anterior tendencia por virtud de la cual el Estado colombiano decide adoptar una ley tipo promulgada por un organismo internacional, las disposiciones fruto de tratados internacionales de homologación legislativa conllevan fuerza jurídica vinculante que hacen que, en principio, sean obligatorias desde el momento mismo de su promulgación para los países firmantes. En Colombia, tal tendencia es posible gracias al soporte jurídico contenido en el numeral 16 del artículo 150 de la Constitución al otorgar al Congreso de la República la facultad de celebrar tratados en los que "*sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional*" se transfieran "*parcialmente determinadas*

---

<sup>63</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 2000.

*atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados".*

Fruto de tal potestad es el Acuerdo de Cartagena<sup>64</sup>. Desde el punto de vista normativo, ha dicho la Corte Constitucional, el Acuerdo de Cartagena *“es un tratado internacional que hace parte del derecho comunitario andino pero que no es todo el derecho comunitario andino, dado que éste «no se desarrolla únicamente a partir de tratados, protocolos o convenciones, puesto que los órganos comunitarios están dotados de la atribución de generar normas jurídicas vinculantes. Por eso, en el caso del derecho comunitario se habla de la existencia de un derecho primario y un derecho secundario, siendo el primero aquel que está contenido en los tratados internacionales, y, el segundo, el que es creado por los órganos comunitarios investidos de competencia para el efecto», cuyas decisiones «son obligatorias desde el mismo momento de su promulgación, salvo que expresamente se consagre que la norma concreta deba ser incorporada al derecho interno de cada país. Así mismo debe destacarse que las normas comunitarias prevalecen sobre las normas locales»*”<sup>65</sup>. (Resaltado fuera del texto original).

Ejemplo de una de la más importantes decisiones de orden secundario adoptadas por la Comunidad Andina de Naciones es la número 486 respecto del *“régimen común sobre propiedad industrial”* adoptada el 14 de septiembre de 2000 en la ciudad de Lima. Tal y como su nombre lo indica regula en su totalidad uno de los bienes mercantiles más importantes en razón de los intereses económicos que subyacen tras de él, cual es la propiedad industrial abarcando la totalidad de los elementos que la componen<sup>66</sup> así como señala las acciones consagradas para su protección.

---

<sup>64</sup> Acuerdo de integración subregional por virtud del cual se creó la Comunidad Andina de Naciones (CAN) entre las Repúblicas de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

<sup>65</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-256 de 1988.

<sup>66</sup> Esto es, patentes, modelos de utilidad, esquemas de trazado de circuitos integrados, diseños industriales, marcas, nombre comercial, rotulos o enseñas, indicaciones geográficas y signos distintivos notoriamente reconocidos.

Desde el punto de vista normativo, tal y como lo sostiene la Corte, la Decisión 486 no derogó la legislación nacional contenida en nuestro Código de Comercio referente a la propiedad industrial sino que lo que acontece, empleando sus mismos términos, es que las normas comunitarias prevalecen sobre las nacionales, postrándolas en un estadio de inoperancia hasta el momento en que aquellas dejen de regir, momento éste que automáticamente hará que entren en vigencia nuevamente.

b. Los tratados de integración de mercados latinoamericanos<sup>67</sup>.

Si bien los mandatos contenidos tanto en el preámbulo de la Constitución como en sus artículos 9º y 227<sup>68</sup> responden a realidades históricas propias de nuestra joven nación, pues basta con leer la tesis que el Libertador Simón Bolívar expusiera en el Congreso Anfictiónico de Panamá en 1822 y que tuvo como antecedente ideológico la Carta de Jamaica de 1815, en la cual trasciende la idea de Bolívar de reunir una asamblea de plenipotenciarios de las naciones hispanoamericanas para luchar contra España que en ese momento era el enemigo común de América, la consagración constitucional de unos mandatos de tal estirpe tiene mucho de discutible por cuanto en últimas puede llegar a constituir un obstáculo de índole constitucional al momento de celebrar acuerdos con terceros países, en condiciones más favorables de aquellos que ha celebrado Colombia en el contexto de la integración latinoamericana.

En el marco de la integración regional, Colombia ha concluido convenios comerciales, además de los países de la Comunidad Andina de Naciones, con los estados que conforman la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) y con otros tantos centroamericanos y del Caribe. En la mayoría de ellos, nuestro país ha suscrito la cláusula

---

<sup>67</sup> El presente acápite acoge los planteamientos hechos por el abogado Gabriel Ibarra en su artículo denominado “El TLC y el mandato constitucional de integración latinoamericana”, contenido en *Ámbito Jurídico* No. 166 (Diciembre de 2004).

<sup>68</sup> Constitución Política. Artículo 227: “El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano”.

de la nación más favorecida que dispone que cualquier concesión que se conceda a un tercer país en condiciones más favorables, se hará extensiva automáticamente a sus miembros.

A grandes rasgos, el *Tratado de Montevideo 80*, marco normativo de la ALADI, el *Tratado de Cartagena*, regulador de la CAN, el *Tratado CAN- Mercado Común del Sur (MERCOSUR)*, y el *ACE 24* (acuerdo con Chile) disponen que es permisible la celebración de acuerdos con terceros, siempre que se sigan diversos procedimientos de notificación y se disponga la extensión de los beneficios otorgados a los otros miembros o se les den compensaciones sustancialmente equivalentes.

En el marco de la ALADI y del tratado celebrado entre la CAN y el MERCOSUR se contempla la posibilidad de suspender la obligación de la nación más favorecida, siempre y cuando se negocie, con los países de la región, concesiones sustancialmente equivalentes al volumen del comercio afectado, por las preferencias concedidas al tercer país<sup>69</sup>.

Si dichos tratados no se observan rigurosamente, se corre el riesgo de que la Corte o el Congreso consideren que se está quebrantando el preámbulo y los artículos 9º y 227 de la Constitución Política y procedan, bien a improbar el tratado, o bien a declarar su inconstitucionalidad sea en el control previo, sea en una consecuente demanda de inexecutableidad.

En el marco de los acuerdo celebrados con Centroamérica, el escenario es diferente, pues lo que se contempla es: “*Cuando un país signatario modifique su arancel nacional, sea aumentando o disminuyendo las tarifas arancelarias y con tal hecho vulnere el margen de*

---

<sup>69</sup> Consideramos entonces, que desde esta perspectiva las normas objeto del comentario, no impedirán, en principio la conclusión del TLC con los Estados Unidos, siempre y cuando no se desconozcan los requisitos dispuestos en cada uno de los tratados.

*preferencia pactado, automáticamente se reajustará la preferencia de tal manera que se preserve dicho margen*”<sup>70</sup>.

La norma anterior significa que Colombia debe garantizar el margen de preferencia que ha conferido a estos países, y en consecuencia, cuando quiera que dicho margen se vea vulnerado con una reducción arancelaria conferida a un tercer país, deberá reparar el demérito ocasionado.

Se concluye entonces, en el mismo sentido que lo hace el Doctor Ibarra, que de no celebrarse con los países latinoamericanos negociaciones exitosas, bien tendientes a suspender la obligación de nación más favorecida (ALADI) o de obtener compensaciones equivalentes por parte de los países del CAFTA<sup>71</sup>, Colombia podría verse en el riesgo de no obtener la suspensión de las obligaciones de la nación más favorecida, o de afrontar eventuales litigios, lo que podría generar obstáculos constitucionales de no fácil solución.

(iii) La aplicación de tratados internacionales de comercio no ratificados por Colombia y de costumbres internacionales y extranjeras.

Si bien el tema de las fuentes formales del derecho comercial ya fue objeto de análisis en el capítulo anterior, se hace necesario para concluir lo relativo a la marcada tendencia a la internacionalización del derecho mercantil, entrar a analizar las consecuencias que se derivan de la puesta en práctica de los artículos 3º, 5º y 7º del Código de Comercio al interior del ordenamiento colombiano.

Rezan las mencionadas disposiciones:

Código de Comercio, art. 3º:

---

<sup>70</sup> Esta cláusula está contenida en los Acuerdos de Alcance Parcial suscritos, por separado, entre la República de Colombia y las repúblicas Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y El Salvador.

<sup>71</sup> Tratado de Libre Comercio suscrito entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América.

*“La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella.*

*En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior”.* (Resaltado fuera del texto original.)

Código de Comercio, art. 5°:

*“Las costumbres mercantiles servirán, además, determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y **para interpretar los actos y convenios mercantiles**”.* (Resaltado fuera del texto original.)

Código de Comercio, art. 7°:

*“Los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3°, así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las **reglas precedentes**”.* (Resaltado fuera del texto original.)

Como consecuencia de su formación consuetudinaria “los legisladores siempre han reconocido a la costumbre su importante misión en la regulación de la vida mercantil, y aunque han reservado a la ley la máxima jerarquía, no han cerrado las puertas a las manifestaciones consuetudinarias”<sup>72</sup>. Lo anterior, en consideración al reconocimiento

---

<sup>72</sup> MADRIÑÁN DE LA TORRE, Ramón. Principios de derecho comercial. Ed. Temis. Bogotá. Octava Edición, 2000, p. 28.

implícito a la tendencia a la internacionalización del derecho mercantil hace que el Código de Comercio mencione “*la costumbre internacional, la costumbre extranjera y de los tratados internacionales de comercio no ratificados por Colombia (...), en su doble misión de fuentes formales y de recurso de interpretación*”<sup>73</sup>.

A la hora de catalogar “*los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3º*” de que trata el artículo 7º del Código de Comercio, el profesor Madriñán de la Torre se decide por clasificarlos como criterios de interpretación auxiliares del interprete, esto es como fuente interpretativa del derecho colombiano. En efecto, sostiene al respecto:

*“La disposición transcrita (haciendo referencia al art. 7º del Código de Comercio) parece dar a entender que los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional y los principios generales de derecho comercial, constituyen otras tantas manifestaciones formales de preceptos jurídicos mercantiles y que, por lo tanto, agotada la escala precedente, tienen el suficiente poder vinculatorio para regular aspectos de la vida comercial. Sin embargo, este sentido no es rigurosamente cierto. Aceptarlo equivaldría a sostener que el derecho extranjero constituye fuente subsidiaria del derecho nacional, lo cual no es exacto. De conformidad con las reglas del derecho internacional privado, ciertos actos o contratos deben juzgarse por los tribunales colombianos según lo dispuesto en dichos tratados y conforme a las prácticas consuetudinarias que regulan muchos aspectos del comercio internacional; pero en tales casos el papel disciplinante de estas fuentes, a las cuales cabe sumar, como manifestaciones que son del derecho extranjero, la ley y la costumbre extranjeras, no es el último en la escala de valores normativos ya descrita, sino el que les corresponde de acuerdo con el derecho internacional privado. Es para estos casos, entre los que se destacan las operaciones de comercio marítimo y la forma de los documentos otorgados en el extranjero, para los cuales los artículos 188 y 259 del*

---

<sup>73</sup> *Ibíd.*, p. 31.

*Código de Procedimiento Civil, junto con los artículos 8° y 9° del Código de Comercio, han prescrito un sistema probatorio específico. En los demás, no constituyendo las fuentes mencionadas estrictamente medios de expresión del derecho sustantivo nacional, es necesario salvar la aparente inexactitud manifiesta en el artículo 7°, entendiéndolo, según lo hace entre otros el doctor José Ignacio Narváez, como la enumeración de algunos recursos interpretativos de especial utilidad para jueces y legisladores. Este sentido era especialmente claro en el antiguo Código de Comercio (art. 4°), cuando invocaba la costumbre mercantil extranjera para interpretar los puntos dudosos en materia mercantil.*

*“Hecha esta aclaración, puede afirmarse que el Código, a la par que consagra las fuentes formales del derecho mercantil colombiano, se ocupa en mencionar algunas directrices importantes para el intérprete. La primera de ellas es la misma costumbre mercantil nacional invocada en el artículo 5° en desarrollo de su función secundum legem. De esta suerte, aquellos tratados o convenciones internacionales que no han sido incorporados al país mediante el sistema constitucional de la ratificación legislativa, la costumbre mercantil internacional y la costumbre extranjera, elementos estos que, sumados a la doctrina de los comentaristas foráneos, han constituido tradicionalmente importantes recursos interpretativos, como una manifestación específica de la tendencia a la internacionalización del derecho comercial”<sup>74</sup>.*

---

<sup>74</sup> *Ibíd.*, p. 54.

### 3. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.

Las actividades mercantiles pueden ser ejercidas tanto por personas naturales como por personas jurídicas las cuales, en aras de lo anterior, suelen adoptar la forma de sociedad comercial y dentro de ella deben, en principio<sup>75</sup>, adoptar el modelo societario que a bien tengan. Las sociedades comerciales, deben su origen a la limitación de las personas naturales para llevar a cabo por sí solas empresas que superan a sus fuerzas individualmente consideradas. Tal y como ha anotado la Corte Suprema de Justicia<sup>76</sup>:

*“la persona jurídica tiene su raíz en la propia limitación de la persona natural. Ideada por el hombre para realizar obras superiores a sus fuerzas, individualmente consideradas, la persona moral queda dotada, por su propia esencia y por su objeto y fines, de personalidad jurídica o capacidad de derecho”.*

Pues bien, característica principal de las sociedades mercantiles en particular, y de los entes morales en general, es la personalidad jurídica que la ley les confiere siempre y cuando se hayan constituido cumplidos todos los requisitos impuestos por ésta última. En la práctica, la ficción consistente en considerar a un ente moral como un sujeto diferente de las personas naturales o jurídicas que la componen, ha sido una de los grandes impulsores de la constitución de dichas personas, pues el sólo pensar que gracias a ellos, por ejemplo, la responsabilidad en que puedan incurrir puede verse limitada al monto de sus aportes puede ser el factor determinante para aceptar la participación en una determinada actividad.

Así las cosas, el presente capítulo tiene como objeto analizar si la personalidad jurídica de los entes morales puede ser objeto de la protección constitucional que se deriva de la consagración constitucional del derecho fundamental al reconocimiento de la personalidad

---

<sup>75</sup> En principio, pues como se verá más adelante la Corte Constitucional ha limitado tal posibilidad en razón a factores externos del ente social como, por ejemplo, los usuarios de los servicios que prestan.

<sup>76</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de junio 24 de 1954.

jurídica que trae consigo la Constitución de 1991 o, si por el contrario, su protección debe consultar los mandatos de orden infraconstitucional.

### 3.1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS PERSONAS JURÍDICAS.

Al delimitar la protección de los derechos fundamentales en relación con las personas jurídicas, la Corte Constitucional ha dejado en claro como algunos de ellos pueden o no reputarse como propios de aquellas. En efecto, si bien para el Alto Tribunal no queda duda que derechos tales como la inviolabilidad de la correspondencia, el debido proceso y el derecho de asociación pueden reputarse respecto de las personas jurídicas, existen otros de ellos como el derecho a la vida, la prohibición de la pena de muerte, de la desaparición forzada, de la tortura y a la intimidad familiar, por mencionar algunos ejemplos, que son predicables única y exclusivamente respecto de la persona humana. Lo anterior, en palabras de la Corte:

*“Para los efectos relacionados con la titularidad de la acción de tutela se debe entender que existen derechos fundamentales que se predicán exclusivamente de la persona humana, como el derecho a la vida y la exclusión de la pena de muerte (Artículo 11); prohibición de desaparición forzada, torturas, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (Artículo 12); el derecho a la intimidad familiar (Artículo 15); entre otros.*

*"Pero otros derechos, ya no son exclusivos de los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses comunes.*

*"En consecuencia, en principio, es necesario tutelar los derechos constitucionales fundamentales de las personas jurídicas, no per se, sino en tanto que son vehículos*

*para garantizar los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales, en caso concreto, a criterio razonable del juez de tutela.*

*"Otros derechos constitucionales fundamentales, sin embargo, las personas jurídicas los poseen directamente: es el caso de la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada (Artículo 15 de la Constitución), la libertad de asociación sindical (Artículo 38); el debido proceso (Artículo 29), entre otros.*

*"Luego las personas jurídicas poseen derechos constitucionales fundamentales por dos vías:*

*a) Indirectamente: cuando la esencialidad de la protección gira alrededor de la tutela de los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales asociadas.*

*b) Directamente: cuando las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales no porque actúan en sustitución de sus miembros, sino que lo son por sí mismas, siempre, claro está que esos derechos por su naturaleza sean ejercitables por ellas mismas".<sup>77</sup>*

A la luz de esta breve introducción, la pregunta obvia respecto al tema del presente capítulo, no puede ser otra distinta a determinar si el derecho consagrado en el artículo 14 constitucional puede ser reputado como propio de las personas en general o exclusivamente de aquellas naturales y sus posibles consecuencias en el plano del derecho comercial.

Básicamente éste será el interrogante que se buscará vislumbrar a continuación.

---

<sup>77</sup> Corte Constitucional. Sentencia T- 521 de 1993.

### 3.2. EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

En el informe-ponencia<sup>78</sup> para primer debate de la Carta de Derechos, Deberes, Garantías y Libertades presentado por el Constituyente Diego Uribe Vargas se expresó:

*"El eje primordial de la democracia radica en reconocerle a los ciudadanos y personas que habitan en Colombia, un conjunto de garantías que no sólo dignifiquen el contenido de la vida, sino que favorezcan progresivamente la formulación de las nuevas libertades que la evaluación contemporánea han ido poniendo en evidencia.*

*Este artículo que aparece en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y que se reproduce igualmente en el Pacto de San José de Costa Rica y en los instrumentos referentes a la materia, expresa el reconocimiento del individuo como sujeto principal del derecho, cuyos atributos tienen valor remanente.*

*Los atributos que la doctrina reconoce a la persona son: el nombre, el domicilio, el estado civil, el patrimonio, la nacionalidad y la capacidad. No puede haber personas a quienes se les niegue la personalidad jurídica, ya que ello equivaldría a privarles de capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones." (Subrayado fuera del texto).*

Fruto de lo anterior nuestra Carta de Derechos protege dicha personalidad jurídica de las personas de la siguiente manera:

*"Constitución Política. Artículo. 14. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica".*

---

<sup>78</sup> Gaceta Constitucional No. 82, p. 10.

Derecho cuyo alcance ha sido delimitado por la Corte Constitucional a partir del estudio de los diversos instrumentos internacionales sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica, interpretados, todos ellos, a la luz del artículo 93 de la Constitución<sup>79</sup>, en el sentido de afirmar que el la única persona titular de dicho derecho es la natural, en contraposición a la jurídica, con base en el siguiente estudio.

En primer lugar, *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* ratificado por Colombia en virtud de la Ley 74 de 1968, en su artículo 16 establece:

*"Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica".<sup>80</sup>*

A la misma conclusión se llega por vía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>81</sup> que en su artículo 1º numeral 2º dice que para los efectos de esta Convención "*persona es todo ser humano*", y en su artículo 3º consagra, "*que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica*".

Prosigue la Corte<sup>82</sup> con el análisis del fundamento ideológico de las disposiciones sobre derechos humanos en el mundo, esto es la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 6º establece:

---

<sup>79</sup> El artículo 93 constitucional le confiere a los tratados internacionales sobre derechos humanos el carácter de norma prevalente en el ordenamiento interno, si se ajustan al orden constitucional, y les otorga la condición de criterio de interpretación constitucional para buscar el sentido de los derechos y deberes consagrados en la Carta Fundamental.

<sup>80</sup>La razón jurídica del derecho fundamental al reconocimiento de la personalidad jurídica la encontramos en el Preámbulo del Pacto Internacional cuando reconoce "...que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana". Este Pacto se puede consultar en [http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/pacto\\_internacional\\_derechos\\_civiles\\_politicos.html](http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/pacto_internacional_derechos_civiles_politicos.html)

<sup>81</sup> La cual puede ser consultada en: [http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv\\_americana\\_derechos\\_humanos.html](http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv_americana_derechos_humanos.html)

<sup>82</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-476 de 1992.

*"todo ser humano tiene derecho, en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica".*

Todo lo anterior para concluir afirmando:

*"...de ellos (de los Instrumentos Internacionales) se deduce claramente que el derecho al reconocimiento de la personalidad es un derecho inherente a la persona humana y que la labor del Estado es de constatación y no de creación"*<sup>83</sup>

El anterior reconocimiento jurisprudencial a la personalidad jurídica de la persona natural no hace más sino estar en consonancia con las corrientes ius naturalistas surgidas tras la Segunda Guerra Mundial con la intención de poner fin al positivismo extremo de Hans Kelsen y Giovanni Gentile, quienes consideraron que el Estado, como personificación del orden jurídico total (Kelsen) y como todo moral y absoluto (Gentile), es el creador, a través de las leyes, de toda la realidad jurídica de manera tal que si algo no es por el instituido no existe en el mundo jurídico<sup>84</sup>.

Por el contrario, en la órbita de los entes morales, diversas normas han dejado en claro como el reconocimiento de su personalidad jurídica sí requiere de un acto constitutivo que varía en cada caso dependiendo del tipo de persona jurídica que se trate.<sup>85</sup>

Conjugando lo hasta este punto expuesto, tenemos entonces como, a diferencia del reconocimiento de la personalidad jurídica de la persona natural, la persona moral, para obtener su personalidad jurídica y así ejercer los derechos que les están consagrados a lo

---

<sup>83</sup> *Ibíd.*

<sup>84</sup> En el fondo la filosofía subyacente al reconocimiento que la Declaración Universal de los Derechos Humanos hace respecto de la personalidad jurídica de las personas obedece al hecho de que el Estado no crea la personalidad jurídica, porque sería absurdo que una entidad cultural como el Estado sea la creadora de una entidad natural como la personalidad jurídica del ser humano.

<sup>85</sup> Por ejemplo, son distintos los requisitos cuyo cumplimiento se requiere acreditar con miras a dotar de personería jurídica a una asociación sindical, una fundación sin ánimo de lucro o una sociedad comercial.

largo y ancho del ordenamiento jurídico, ha de cumplir determinados requisitos, de manera tal que para actuar jurídicamente requerirá el reconocimiento externo por parte del Estado.

Bien ha resumido todo lo anterior la Corte Constitucional en los siguientes términos:

*“...el derecho a la personalidad jurídica de la persona moral no constituye un derecho constitucional fundamental sino un derecho otorgado por la ley si se cumplen los requisitos exigidos por ésta”<sup>86</sup>*

Lo cual, en la práctica, inhibe cualquier protección del reconocimiento de la personalidad jurídica de los entes morales por vía directa de acción de tutela, tal y como lo manifestó la Corte Constitucional en los términos que se anotaron al inicio del presente capítulo.

No obstante lo anterior, esto es, el hecho de que la protección que el artículo 14 constitucional otorga a la personalidad jurídica no abarque a aquella de los entes morales por las razones ontológicas e históricas aquí expuestas, la Constitución de 1991 hace mención en sus disposiciones a varios tipos de entes morales, lo cual usaremos de pretexto para entrar en el mundo de las personas jurídicas, en especial con aquellas que tanto tienen que ver con el mundo societario y que recientemente han sido objeto de análisis por parte de nuestro Tribunal Constitucional en lo que respecta al fenómeno conocido como el *rompimiento del velo corporativo*.

En efecto, nuestra Constitución Política reconoce como modalidades de entes morales producto del ejercicio de la libertad de asociación a los sindicatos y a las asociaciones gremiales<sup>87</sup>, a los partidos políticos<sup>88</sup>, a las cooperativas<sup>89</sup>, a los establecimientos

---

<sup>86</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-476 de 1992.

<sup>87</sup> Constitución Política. Artículo 39: “Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución”.

<sup>88</sup> Constitución Política. Artículo 40: “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:  
(...)

educativos<sup>90</sup> y a las sociedades mercantiles<sup>91</sup>. Obviamente no debemos olvidar que las Cartas Políticas suelen contener mandatos generales y que por esa misma razón no debemos esperar que en ella reposen, por ejemplo la consagración de los diversos tipos societarios. Por ello, es la ley la encargada de desarrollar el ejercicio del derecho de asociación, estableciendo, para las personas morales, tal y como anteriormente se dejó en claro, los requisitos que les van a permitir alcanzar su personalidad jurídica.

Desde el punto de vista del derecho comercial, uno de los íconos de las personas morales que son sujeto de sus regulaciones son las sociedades mercantiles las cuales ostentan una relevancia tal que son objeto de mención constitucional en los términos del artículo 189 numeral 29 anteriormente citado.

### 3.3. LA NOCIÓN DE PERSONA JURÍDICA<sup>92</sup>.

Acierta el tratadista William Namén Vargas cuando sostiene que la expresión *persona jurídica* asume en el ámbito normativo “*un significado anfibológico*”<sup>93</sup> por cuanto “...por

---

3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas”.

<sup>89</sup> Constitución Política. Artículo 60: “El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad. Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia.”

Constitución Política. Artículo 189: “Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

(...)

24. Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles.”

<sup>90</sup> Constitución Política. Artículo 68: “Los particulares podrán fundar establecimientos educativos. La ley establecerá las condiciones para su creación y gestión. (...)”

<sup>91</sup> Artículo 189 numeral 24 ya citado.

<sup>92</sup> Aunque el presente estudio no pretende ahondar en el desarrollo histórico de la noción de persona jurídica, pertinente es citar el fragmento dedicado a la génesis de dicho concepto que el profesor Agostino Gambino expuso en su ensayo denominado Personalidad Jurídica, Gestión Y Responsabilidad Empresarial publicado en la obra LA DESPERSONALIZACIÓN SOCIETARIA Y EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD con ocasión del Congreso Internacional sobre el mismo tema organizado por la Pontificia Universidad Javeriana en julio de 2004.

*un lado, refiere al sujeto de derechos abstractamente considerado incluyendo al sujeto físico, natural o biológico y al estrictamente jurídico y, por otro lado, concierne a las mal denominadas personas colectivas, morales o fictas”.*<sup>94</sup>

En efecto, prueba de lo anterior se encuentra en los artículos 73, 74 y 633 del Código Civil Colombiano al consagrar:

*“Art. 73.- Las personas son naturales o jurídica. De la personalidad jurídica y de las reglas especiales relativas a ella se trata en el título final de este libro”;*

*“Artículo 74.- Son personas todos los individuos de la especie humana cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”, y*

*“Art. 633.- Se llama persona jurídica, una persona ficticia capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y de ser representada judicial y extrajudicialmente.*

*Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública.*

*Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter.”*

En consecuencia, tanto el sujeto físico –persona- como el “jurídico”, son sujetos de derechos que constituyen realidades incontestables tal y como lo ha reconocido la Corte Constitucional:

*“...la persona jurídica es un concepto que se funda en la realidad social de las personas singulares y concretas que la conforman”.*<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> NAMÉN VARGAS, William. Despersonalización” y Responsabilidad Societaria. En: La Despersonalización Societaria y el Régimen de Responsabilidad. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2005, p.196.

<sup>94</sup> *Ibíd.*

<sup>95</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-396 de 1993.

En el plano jurídico el concepto de persona en general, física o jurídica, adquiere una trascendencia mayor por cuanto el ordenamiento jurídico, esto es, el conjunto de normas establecidas para disciplinar la vida en sociedad, está referido a un sujeto de derechos (persona), en especial a su posición o situación. No olvidemos que es frente a la persona a la que están referidos los conceptos de derecho subjetivo o deber jurídico, los cuales no se desprenden sino del ordenamiento jurídico.

En aras de no evadir el tema principal del presente punto, y previo al análisis de las personas jurídicas societarias, consideramos pertinente señalar los principales rasgos de las personas jurídicas, retomando las palabras del doctor Namén Vargas.

En efecto sostiene el tratadista:

*“Las “personas jurídicas”, en general, ostentan por rasgos sobresalientes:*

*a. La especificidad de su personificación normativa, su naturaleza de sujeto de derechos y, por tanto, su personalidad jurídica propia e independiente a la de quienes la crean, originan e integran.*

*El reconocimiento de la personalidad jurídica se traduce en su individuación, titularidad de derechos o atributos concretos y en su protección por el Estado.*

*b. La autonomía patrimonial y, en consecuencia, su responsabilidad personal, directa y exclusiva por los actos, contratos y negocios jurídicos, operaciones sociales, acciones y omisiones.*

*En efecto, la persona jurídica es titular de su propio patrimonio, el cual, no se confunde con el de sus miembros.*

*En este sentido, existe una separación patrimonial total, absoluta o completa y en algunas hipótesis o tipos de personas jurídicas, a su responsabilidad podrá aunarse solidaria o subsidiariamente la de sus miembros.”<sup>96</sup>*

### 3.4. LAS PERSONAS JURÍDICAS SOCIETARIAS.

Tal y como ya se anotó, las sociedades mercantiles constituyen una categoría típica de las personas jurídicas. Aquellas tienen una importancia no sólo en el plano jurídico, sino principalmente en el económico y el empresarial, en razón a que además de ser una de las proyecciones más significativas de la autonomía e iniciativa privada, la libertad contractual, la libertad de empresa y el derecho de asociación, contribuyen a la circulación de la riqueza, el desarrollo de los negocios y la consecución de intereses importantes no solo para los particulares sino también para el Estado<sup>97</sup>.

El beneficio de limitación de responsabilidad sumado a la posibilidad unir esfuerzos y recursos económicos favorece la escogencia de la forma asociativa, sobre otros esquemas jurídicos, para realizar negocios, sobre la cual no hay duda respecto de su calidad de “sujeto jurídico” reconocido por el ordenamiento.

En Colombia, la sociedad se constituye con ocasión de un contrato por virtud del cual “...dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciados en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social”<sup>98</sup>. De lo anterior se colige entonces, que elementos esenciales del tipo de persona jurídica denominada sociedad son:

1. Pluralidad de personas;
2. Aportes;

---

<sup>96</sup> Namén Vargas, Op. cit., p. 201.

<sup>97</sup> En los términos que se expondrán en el capítulo relativo a la empresa.

<sup>98</sup> Código de Comercio, artículo 98.

3. Vocación al reparto de utilidades<sup>99</sup>, y
4. Objeto social.

Además de las anteriores obligaciones propias de la constitución del ente societario, los socios adquieren las generales derivadas del régimen jurídico de toda clase de sociedad, las singulares propias del tipo de sociedad constituida y las particulares contenidas en los estatutos sociales originarios, y sus posteriores reformas.

El contrato social celebrado en debida forma y elevado a escritura pública trae consigo la creación de una nueva persona jurídica, esto es, un nuevo sujeto jurídico dotado de personificación propia distinta a la de sus socios individualmente considerados<sup>100</sup>.

Contrato que, tal y como se expondrá en que capítulo siguiente<sup>101</sup>, puede verse afectado en de sus efectos, cual es el de conformar una persona distinta a la de sus socios distintamente considerados, en virtud del fenómeno del levantamiento del velo corporativo de las sociedades de capital en razón a que no cabe duda de que dicho fenómeno ataca directamente el beneficio de separación patrimonial.

---

<sup>99</sup> Vocación en cuanto como puede que el ejercicio social las arroje también puede generar pérdidas.

<sup>100</sup> Código de Comercio, artículo 98.

<sup>101</sup> Más exactamente en el numeral 4.4.

## 4. EL DERECHO DE ASOCIACIÓN

La doctrina suele coincidir en definir el derecho de asociación como aquella libertad de las personas para unir sus esfuerzos y/o recursos, en aras de impulsar conjuntamente la realización de propósitos o finalidades comunes, mediante la adopción para el efecto de distintas formas asociativas, tales como, las asociaciones, corporaciones, sociedades, cooperativas, etc.

Así las cosas, la finalidad de este derecho constitucional se plasma en la creación de entes jurídicos distintos de las personas naturales o jurídicas que las crean o conforman, con capacidad para ejercer los derechos y contraer las obligaciones que los lleven a alcanzar la satisfacción de sus intereses u objetivos comunes, que pueden o no tener ánimo de lucro. En otras palabras, lo que se busca dejar en claro es que el derecho de asociación se concreta en la existencia de personas jurídicas, libres y capaces para responder autónomamente por su actuar jurídico.

Todo lo anterior cobra particular relevancia en el derecho comercial cuando gran parte de las personas que deciden desarrollar actividades mercantiles deciden asociarse con miras a adoptar el modelo societario que a bien tengan, siempre y cuando, como se anotó anteriormente, la actividad a desarrollar no ponga en riesgo la preservación del interés general tal y como aconteció con las sociedades corredoras de seguros.

### 4.1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

A diferencia de la de expresión y de reunión, que se encuentran ya en los grandes textos liberales del siglo XVIII, la libertad de asociación no será reconocida como derecho sino hasta el año de 1848, con ocasión de la Carta Política que para ese año se promulgó en

Francia con miras a conjurar la revolución que desembocó con la promulgación de la Segunda República<sup>102</sup>.

Su tardío reconocimiento en comparación con el que obtuvieron derechos similares como el de reunión o expresión, obedece principalmente a la aversión que en la Francia de 1789, predicó su sociedad burguesa –para la época nueva “dueña” del estado francés- en relación con la tendencia estamental y corporativa propia del *ancien regime*. Dicha aversión, alcanzaría su máxima manifestación para el año de 1791 cuando logró prohibir expresamente las asociaciones a través de la Ley *Le Chapelier*<sup>103</sup>, cuyo artículo primero prohibió la creación de asociaciones fuera cual fuera su razón de creación y la forma en que se hiciera, bajo la creencia de que estas eran atentatorias de la libertad de trabajo.

En consecuencia, el derecho de asociación no va a figurar ni en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, ni en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776, ni en las constituciones francesas de 1791, 1793 y 1795. Será entonces la

---

<sup>102</sup> En 1792, la caída de Luis XVI marcó el fin de la monarquía y fue proclamada la Primera República Francesa. Al inicio se recrudeció la lucha entre adeptos y enemigos del movimiento revolucionario a causa de la ejecución de la pena de muerte y el reinado del terror que perseguía a todos los partidarios de la monarquía. El Directorio, creado en 1795 (a la muerte de Robespierre), fue derribado cuatro años después con el golpe de estado dirigido por Napoleón Bonaparte que en 1804 se hizo coronar emperador. Terminado el imperio napoleónico en 1815, se reinstauró la monarquía con Luis XVIII que fue más tarde sucedido por Carlos X. Al ser derrocado éste último en 1830, una revolución liberal colocó en el trono a Luis Felipe d’ Orleans. Durante el reinado de Luis Felipe la burguesía asumió el poder en forma corrupta con el pretexto de la legitimidad que les proporcionaba el sufragio. Al escándalo generado por la corrupción burguesa, se sumó el alineamiento de la monarquía a la política de la Santa Alianza. El resultado: descontento popular ante el régimen y la exigencia de modificaciones al sistema electoral, apoyada por campesinos y obreros que ante la crisis del comercio mundial veían deteriorados sus niveles de vida. La gota que derramó el vaso fue la prohibición expresa para realizar un banquete público republicano en pro de la reforma electoral. El brote revolucionario contenido hasta entonces, encontró su cauce de expresión a través de una protesta contra una prohibición injusta. Durante los días 23 y 24 de febrero de 1848 se verificaron sangrientos combates callejeros entre los pobladores de la capital francesa, que enarbola la causa de la república. El primero en caer fue el primer ministro Francois Guizot. El 24 de febrero abdicó Luis Felipe de Orleans y emprendió la huida al extranjero. La dirección del gobierno provisional recayó sobre el republicano Alfonso de Lamartine, con la estrecha colaboración del socialista Louis Blanc. Las primeras medidas tranquilizan a la enardecida Francia. Se deroga la pena de muerte y se reafirma la voluntad de mantener la paz. Asimismo, se proclama el sufragio universal para incorporar a la participación política a algunos nueve millones de franceses. El clero y las diferentes facciones saben que la inconformidad y el estallido de la revolución sólo contribuyeron a empeorar la crisis económica que se venía manifestando desde tiempo atrás. Por eso la noticia de la proclamación de la Segunda República francesa, el 28 de febrero de 1848, fue recibida con entusiasmo.

<sup>103</sup> Junto con los decretos del 2 y 17 de marzo de 1791, que suprimieron las corporaciones de oficios, la Ley Le Chapelier prohibió la formación de asociaciones de obreros.

ya mencionada Constitución francesa de 1848, la puerta de entrada para que dicho derecho, de ahí en adelante, pueda ser encontrado en todos los textos sobre derechos fundamentales, sobre todo del siglo XX.

No obstante lo accidentada de su historia, hoy en día el derecho de asociación es reconocido y protegido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos al disponer, en su artículo 20, que toda persona tiene derecho a la libertad de asociación pacífica y que nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación<sup>104</sup>. En el mismo sentido se pronuncia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuando dispone, en su artículo 22, que toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluyendo el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses, no pudiendo el ejercicio de tal derecho tener restricciones distintas a las previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, “*en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás...*”<sup>105</sup>.

Para Jacobo Pérez Escobar es razonable el sentimiento de cautela que las asociaciones pueden llegar a despertar en los estados. En sus palabras:

*“las asociaciones pueden representar en un momento dado fuerzas peligrosas dentro de la sociedad. Ellas pueden adquirir una influencia, unos recursos y una fuerza tales que anulen o se sobrepongan a las del poder público, pudiendo llegar a constituir un Estado dentro del Estado, al considerarse tan poderosas como para desconocer las leyes y los mandatos del gobierno, y aun para imponer una autoridad tiránica a sus propios miembros. Por esta razón las asociaciones han sido miradas con desconfianza y sometidas a regímenes jurídicos distintos, según se trate de asociaciones con fines de lucro o asociaciones sin tales fines. Las primeras no preocupan mucho al Estado, y por consiguiente, se les concede una cierta*

---

<sup>104</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 20: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas. 2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación”.

<sup>105</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 22.

*libertad y se les reconoce aun su personalidad jurídica ipso iure al constituirse llenando las formalidades legales. Solamente ciertos tipos de sociedades, como las anónimas, que pueden adquirir gran amplitud y reunir recursos enormes son sometidas a un rigor mayor en cuanto a su funcionamiento.*

*“En cambio, las asociaciones sin fines de lucro son tratadas con más dureza por el Estado, dada la desconfianza por sus actividades que éste tiene y que pueden poner en peligro la estabilidad política e institucional. Por ello están sometidas a un régimen de autorización administrativa, para que su creación sea reconocida y adquieran la personería jurídica”<sup>106</sup>.*

En este sentido, parecería ser que las asociaciones con ánimo de lucro propias del universo comercial, ven facilitada su conformación por cuanto no requieren que su personería jurídica venga reconocida, sino que simplemente el cumplimiento del lleno de los requisitos que la mayoría de las veces va a exigir el legislador es la causa eficiente que va dar origen a la sociedad comercial.

Lo anterior fue traído a colación para ir dejando entrever como los estados cuando ven que el derecho de asociación no comporta fines políticos, sino por el contrario que su ejercicio responde a fines meramente lucrativos, no se van a esforzar en establecer mayores trabas que las que a bien tenga en señalar el órgano al que la Constitución le ha encomendado su regulación, siendo éste, en la mayoría de la veces, el legislativo.

A continuación se procederá al análisis del derecho de asociación en la forma en que fue consagrado en nuestro artículo 38 Superior, haciendo especial énfasis en su proyección el ámbito de aplicación del derecho comercial.

---

<sup>106</sup> PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Quinta Edición. Editorial Temis. Bogotá, 1997, p. 328.

#### 4.2. EL DERECHO DE ASOCIACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991.

Ha sostenido la Corte Constitucional:

*“Es precisamente en la creación de un ente jurídico distinto de las personas naturales, en donde radica la principal distinción entre el derecho de asociación y algunas otras garantías fundamentales que permiten la asunción conjunta de los seres humanos de proyectos comunes o colectivos. Tal es el caso del derecho de reunión que se limita a permitir que todo o una parte del pueblo pueda unirse en aras de alcanzar un propósito definido, por ejemplo, mediante la celebración de jornadas de protesta por la adopción de medidas lesivas al interés público o social”<sup>107</sup>.*

En Colombia la libertad de asociación está consagrada en forma general en el artículo 38 de la Carta Política actual de la siguiente manera:

*“Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad”.*

Un análisis preliminar de dicha disposición deja ver que la norma lejos de definir el alcance y la naturaleza jurídica del citado derecho fundamental, tan sólo se limita a establecer el objetivo esencial de su reconocimiento, consistente en permitir el desarrollo conjunto de las distintas actividades que las personas por sí solas no podrían realizar de manera individual.

Por lo anterior se hace necesario adentrarse en la búsqueda del *núcleo esencial*<sup>108</sup> de la referida disposición, en aras de encontrar su verdadero alcance y sus posibles limitaciones.

---

<sup>107</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-865 de 2004.

<sup>108</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-426 de 1992: “La doctrina y la jurisprudencia extranjera han diseñado la teoría del núcleo o contenido esencial de los derechos fundamentales como una garantía constitucional contra su vulneración. El núcleo esencial de un derecho fundamental puede definirse como el ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares”.

4.2.1. El núcleo esencial del derecho de asociación. En primer lugar, afirmar que el núcleo esencial del derecho de asociación reside únicamente en la posibilidad constitucional de poder crear, desarrollar, disolver o liquidar personas jurídicas, desconocería la exigencia que trae consigo el artículo 38 en cuestión, en el sentido de exigir que su ejercicio se garantice en los distintos espacios o *actividades* de la sociedad sin más limitaciones que aquellas derivadas de la Constitución Política, los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia y la ley encaminadas a salvaguardar (i) la primacía del interés general, (ii) la licitud de las actividades que se buscan desarrollar en conjunto y (iii) los derechos y libertades de los demás<sup>109</sup>.

Así lo manifestó el máximo intérprete constitucional:

*“En primer lugar, la Sala comparte la preocupación de los actores, toda vez que considera que la libertad de asociación no se reduce a la simple posibilidad ciudadana de crear y disolver organizaciones o personas jurídicas, o acceder a ellas con el (sic) derecho de participar en sus decisiones a través de las asambleas, por medio del voto. No. Este derecho es más amplio. Y esta idea tiene asidero tanto en la noción misma de la asociación, como en la extensión que de esta libertad consagró el artículo 38 de la Constitución, respecto del cual es notable la falta de limitaciones expresas. Así, las ventajas que para unos y otros individuos tiene el aunar capitales y esfuerzos, solamente están limitadas por el respeto del derecho ajeno y la propia licitud de las actividades en común”<sup>110</sup>.*

Complementa lo anterior las palabras del profesor argentino Rafael Bielsa, cuando afirma:

*“El derecho de asociación también se viola, no ya cuando se la impone coactivamente, en forma directa o en forma indirecta -como acabamos de*

---

<sup>109</sup> Tal y como consta en el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, anteriormente citado.

<sup>110</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-003 de 1994.

*advertirlo-, sino cuando, por el contrario, se impide o traba la asociación arbitrariamente. Es éste un principio elemental, y por eso fundamental. Un derecho se viola cuando su ejercicio se impide sin causa jurídica y también cuando se comete a que se ejercite contra la voluntad del titular.”<sup>111</sup>.*

En consecuencia, acogiendo el anterior argumento del profesor Bielsa surgiría entonces un nuevo elemento que debe ser considerado como parte integrante del núcleo esencial del derecho de asociación, el cual podría enmarcarse en la garantía que tienen todos los hombres para preservar su individualidad.

En efecto, no cabe discusión respecto de que así como a nadie se le puede impedir ni prohibir que se asocie, mientras sea para fines lícitos, a ninguna persona se le puede forzar u obligar a asociarse, ya que el Constituyente ha garantizado la plena libertad de optar entre lo uno y lo otro. En otras palabras, el derecho de asociación comporta una doble esfera de comportamiento, esto es, involucra tanto un aspecto positivo de acción como un aspecto negativo de omisión.

Además de lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado restricciones que tienen origen expreso en el texto de de la Constitución, tales como, la prohibición de su uso abusivo y el respeto de los derechos ajenos (art. 95-1). De igual manera, existen otros límites que se originan de la aplicación del denominado bloque de constitucionalidad por vía de interpretación, de conformidad con lo previsto en el numeral 2° del artículo 93 de la Carta Fundamental, según el cual: *“los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”<sup>112</sup>.*

---

<sup>111</sup> Bielsa Rafael. Estudios de Derecho Público. IV Derecho Administrativo, Fiscal y Constitucional. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1962, p. 8.

<sup>112</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-1319 de 2001:“(…) el inciso segundo del artículo 93 superior tiene otra finalidad pues esa norma completa y dinamiza el contenido protegido de un derecho que ya está consagrado en la Carta, puesto que, conforme a ese inciso, tal derecho debe ser interpretado de conformidad con los tratados ratificados por Colombia. Ahora bien, los convenios en esta materia suelen

En síntesis, todo lo anterior puede llevar a afirmar sin temor a equivocarnos que la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de asociación, es aquella por virtud de la cual se entiende que si bien el legislador puede establecer límites al alcance del derecho en cuestión, los mismos siempre deben corresponder a la necesidad de asegurar el respeto de los derechos ajenos, o de impedir su uso abusivo, o de preservar la moral pública, la seguridad nacional, la seguridad jurídica y el orden público.

#### 4.3. EL DERECHO DE ASOCIACIÓN Y LA NORMATIVIDAD MERCANTIL.

Visto como quedó que la consagración del derecho de asociación en nuestra Constitución obedeció primordialmente a establecer su reconocimiento como uno de los derechos fundamentales, encontrar límites constitucionales respecto de la puesta en marcha o el funcionamiento de las sociedades comerciales distintos a la necesidad de asegurar el respeto de los derechos ajenos, o de impedir su uso abusivo, o de preservar la moral pública, la seguridad nacional, la seguridad jurídica y el orden público, va a resultar casi imposible.

Lo anterior por cuanto nuestra Constitución en su conjunto hace muy pocas referencias al tema de las sociedades mercantiles, y las que hace son para encomendar el tema de su regulación al legislador. En efecto, prueba de ello lo constituye el hecho de que únicamente el artículo 150 (numerales 2º y 8º)<sup>113</sup> en armonía con lo dispuesto en el artículo 189

---

incorporar una cláusula hermenéutica de favorabilidad, según la cual no puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos en un Estado en virtud de su legislación interna o de otros tratados internacionales, invocando como pretexto que el convenio en cuestión no los reconoce o los reconoce en menor grado. Esta Corte, en varias sentencias, ha reconocido el carácter vinculante en el ordenamiento colombiano de esta regla hermenéutica, según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan los derechos humanos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos. En ese contexto, la Corte concluye que el artículo 93-2 constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos (...).”

<sup>113</sup> Constitución Política. Artículo 150: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(numeral 24)<sup>114</sup> de su articulado -el cual delegó en el legislador la facultad de establecer los requisitos y condiciones para la creación de personas morales, así como para determinar las distintas clases o tipologías de sociedades-, se refieran directamente a éstas últimas<sup>115</sup>.

Por ende será la legislación, bajo el ropaje del Código de Comercio, la encargada de regular el actuar de los socios de cara al ente jurídico llamado sociedad, tal y como lo ha señalado en los siguientes términos la Corte Constitucional:

*“(...) A juicio de la Corte, el establecimiento de un régimen solidario en asuntos fiscales, es un asunto propio del resorte del legislador, que en su condición de depositario del poder impositivo (art. 150-12 y 338 de la C.P.), está plenamente habilitado para determinar lo concerniente a la responsabilidad tributaria, sin que en la Constitución existan limitaciones sobre el señalamiento de los sujetos de la obligación tributaria o los mecanismos para hacer efectiva la responsabilidad solidaria, pues repárese, que a la luz de la Carta, es de competencia del legislador, tanto la determinación del régimen jurídico de las sociedades y demás personas jurídicas como la expedición, adición y modificación de las leyes relativas a impuestos (art. 150 numeral 12 y 338 superiores)<sup>116</sup>.*

---

(...)

7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta.

8. Expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución.”

<sup>114</sup> Constitución Política. Artículo 189: “Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

(...)

24. Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles.”

<sup>115</sup> En armonía con lo anterior, los artículos 333, 334 y 335 de la Constitución, al otorgan al legislador la atribución de regular la libre iniciativa privada y, especialmente, las actividades financiera, bursátil y asegurada, las cuales, por regla general, requieren de acciones (como participaciones en el capital social de una sociedad anónima) para su normal organización y funcionamiento.

<sup>116</sup> Sentencia C-210 de 2000.

Todo lo anterior, lleva a concluir que las limitaciones que a bien considere señalar el legislador en lo que respecta al surgimiento, desarrollo, y liquidación de las sociedades comerciales deben tener sus origen en aquellas que se desprenden del artículo 38 de la Carta aquí ya hartamente reiteradas<sup>117</sup>. En consecuencia, toda imposición por parte del legislador de limitaciones que en nada tengan relación con las que hasta aquí se han expuesto han de reputarse como contrarias a la normatividad constitucional, en tanto su imposición desborda el marco constitucional diseñado por el constituyente.

Así las cosas, y por un interés meramente académico, a continuación señalaremos algunas de las pautas que muestran la manera como el legislador, atendiendo los parámetros establecidos por la Constitución, ha regulado el derecho de asociación en lo que tiene que ver con el aspecto societario del derecho mercantil<sup>118</sup>. Tenemos como expresión legal del mandato del constituyente contenido en el artículo 38 de la Carta Política<sup>119</sup> (i) el reconocimiento a la libertad de asociarse con que cuentan todos los ciudadanos; (ii) la facultad de escoger el modelo societario que a bien tengan<sup>120</sup>; (iii) la facultad de modificar sus estatutos sociales; (iv) la de percibir utilidades<sup>121</sup> y, (v) la de participar de las decisiones sociales, entre las más importantes.

En lo que tiene que ver con las limitaciones legales se destacan: (i) las disposiciones que prevén la exigencia de cierto tipo societario para la realización de determinada actividad económica<sup>122</sup>; (ii) la prohibición de pactar mayorías inferiores a las establecidas en el

---

<sup>117</sup> (i) Asegurar el respeto de los derechos ajenos, o (ii) de impedir su uso abusivo, o (iii) de preservar la moral pública, la seguridad nacional, la seguridad jurídica y el orden público.

<sup>118</sup> Que podríamos llamar también como el núcleo esencial del derecho de asociación a la luz del derecho de sociedades.

<sup>119</sup> Y en los artículos 150 (num. 7 y 8) y 189 (número 24).

<sup>120</sup> Hecha la salvedad contenida en el capítulo 2º de la presente obra, en donde se hizo patente como la concepción social del Estado colombiano se impuso sobre el derecho a escoger el modelo societario, en los términos allí explicados, en especial para las sociedades corredoras de seguros.

<sup>121</sup> La pertenencia del derecho a utilidades como núcleo esencial del derecho de asociación de los comerciantes está reafirmada en el artículo 150 del Código de Comercio, cuyo inciso segundo establece: “Las cláusulas de un contrato que priven de toda participación en las utilidades a alguno de los socios se tendrán como por no escritas, a pesar de su aceptación por parte de los socios afectados con ellas”.

<sup>122</sup> Para las actividades financiera, aseguradora y bursátil, por ejemplo.

Código de Comercio para aprobar las reformas estatutarias; (iii) la exigencia de un número mínimo de socios para la configuración de determinado tipo social<sup>123</sup>.

En lo que respecta al derecho societario, la pregunta que surge en este punto, tiene que ver con la posibilidad de defender vía acción de tutela el derecho de asociación vulnerado por una regulación excesiva del legislador. La respuesta sería afirmativa siempre y cuando el afectado demuestre el perjuicio irremediable que se le causaría y que se constituya como el único o último mecanismo jurídico para la defensa de su derecho.

#### 4.4 EL DERECHO DE ASOCIACIÓN Y EL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO<sup>124</sup>.

En nuestro ordenamiento no se establece una norma específica a propósito del fenómeno conocido como *levantamiento del velo corporativo*<sup>125</sup> (*disregard of the legal entity*) de las personas jurídicas, a excepción del artículo 44 de la Ley 190 de 1995<sup>126</sup> y el artículo 37 de la Ley 142 de 1994<sup>127</sup>, los cuales coinciden en hacer referencia a él sin ahondar en su noción, causas y efectos concretos<sup>128</sup>.

---

<sup>123</sup> Código de Comercio Art. 374: “La sociedad anónima no podrá constituirse ni funcionar con menos de cinco accionistas”. Art. 356: “Los socios (de la sociedad de responsabilidad limitada) no excederán de veinticinco”.

<sup>124</sup> Tal y como se anunció en el capítulo precedente a continuación se tocará el tema de la despersonalización de las sociedades comerciales.

<sup>125</sup> La expresión “velo corporativo” proviene del derecho anglosajón respecto del cual el Black’s Law Dictionary lo define como: “La asunción por ley, de que los actos de la corporación no son de los accionistas, de suerte que los últimos están exentos de responsabilidad por lo que haga la corporación”.

<sup>126</sup> “Artículo 44. Las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta”.

<sup>127</sup> Ley 142 de 1994. Artículo 37: “Desestimación de la personalidad interpuesta. Para los efectos de analizar la legalidad de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos, de las comisiones de regulación, de la superintendencia y de las demás personas a las que esta ley crea incompatibilidades o inhabilidades, debe tenerse en cuenta quiénes son, sustancialmente los beneficiarios reales de ellos y no solamente las personas que formalmente los dictan o celebran. Por consiguiente, las autoridades administrativas y judiciales harán prevalecer el resultado jurídico que se obtenga al considerar el beneficiario real, sin perjuicio del derecho de las personas de probar que actúan en procura de intereses propios y no para hacer fraude a la ley”.

<sup>128</sup> No obstante para la Corte Constitucional existen diversos instrumentos a lo largo de nuestro ordenamiento que permiten la aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo. En efecto sostuvo la Corte en sentencia C-865 de 2004: “En nuestro ordenamiento jurídico se consagran algunos instrumentos que cumplen la misma función de la teoría del levantamiento del velo corporativo, prevista expresamente en otros ordenamientos, al respecto, se pueden destacar: 1) el deber constitucional y legal de no hacer daño a otro (*neminem laedere*), de acuerdo con los artículos 58 y 83 de la Constitución y con el artículo 2341 del Código

Cuando se hace referencia al *levantamiento* del velo corporativo, de lo que se está hablando es de un tema de mera responsabilidad. Concretamente, dicho levantamiento, desde el punto de vista societario<sup>129</sup>, busca evitar la comisión de actos ilícitos o irregulares por una sociedad interpuesta y encontrar el beneficiario real de una operación o actividad comercial<sup>130</sup>.

Respecto a su origen, de manera clara y concisa ha señalado el profesor Carlos Eduardo Manrique Nieto:

*“La teoría de levantamiento del velo corporativo o disregard of the legal entity, fue desarrollada jurisprudencialmente primero y luego introducida en los diferentes ordenamientos positivos del mundo, como la posibilidad de desconocer el límite a la responsabilidad que se crea entre las personas que constituyen una persona jurídica determinada.*

*En teoría se produce bajo la siguiente idea: “...reducida la persona jurídica a un puro concepto estructural, a un mero recurso técnico, no se hizo esperar la utilización instrumental de esta figura formal por quienes querían obtener a través de ella unos objetivos que no son los propios de la realidad social para la que aquella naciera, sino otros muy distintos, privativos de los individuos que la integran, y que no podrían alcanzarse por otro camino o cuyo logro directo los haría más arriesgados o gravosos (...) no basta el frío y externo respeto a los presupuestos señalados por la ley para poder cobijarse bajo la máscara de la persona jurídica y disfrutar de sus innegables beneficios(...). El remedio frente a esta desviación, en el uso de la persona jurídica, se ha creído encontrar (...) en la*

---

Civil, II) la responsabilidad por el abuso del derecho según el artículo 830 del Código de comercio, III) la responsabilidad subsidiaria en casos de concordato o liquidación de sociedades subordinadas, conforme al parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, y IV) la responsabilidad prevista en el artículo 207 de la misma ley.”

<sup>129</sup> Por cuanto también se puede analizar desde una óptica penal.

<sup>130</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1346 de mayo 17 de 2001.

*posibilidad de desestimar o prescindir de la estructura formal de aquella, para penetrar hasta descubrir su mismo sustrato personal y patrimonial, poniendo así al descubierto los verdaderos propósitos de quienes se amparaban bajo aquella armadura legal.*

*De esta manera, la jurisprudencia de países como España, Argentina, Costa Rica y Brasil, la han aplicado en sus fallos en contra de sociedades comerciales a través de las cuales, se ha pretendido: a) defraudar a la ley, b) abusar del derecho o c) perjudicar a terceros; siendo en esos momentos en los que es necesario desconocer la garantía legal de la limitación de la responsabilidad efecto de la constitución de una persona jurídica.”*

Por cuanto no debemos perder el norte de la presente obra, a continuación, y habiendo dejando en claro los anteriores conceptos, procederemos al análisis jurisprudencial de la forma como nuestro máximo Tribunal Constitucional ha venido desarrollando el fenómeno de la despersonalización de las sociedades.

#### 4.5. LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO.

En principio, tal y como lo afirma el profesor Francisco Reyes Villamizar “*varias determinaciones erráticas emitidas por ese organismo (Corte Constitucional), han suscitado incertidumbre sobre la limitación de responsabilidad de los accionistas y respecto de la forma como deben tramitarse las reclamaciones y determinarse las prelación de pago en un proceso concursal*”<sup>131</sup>.

Lo anterior, es fruto del análisis de una serie de pronunciamientos jurisprudenciales entorno a temas societarios que en su conjunto parecen dejar ver una serie de incoherencias en lo que respecta al tema de la responsabilidad de los socios de las sociedades anónimas.

---

<sup>131</sup> REYES VILLAMIZAR, Francisco. Malos precedentes de la Corte Constitucional. En: *Ámbito Jurídico* No. 132. Julio 20 de 2003.

En primer lugar, en la sentencia C-510 de 1997, providencia mediante la cual la Corte entró a estudiar el tema de la presunción de la responsabilidad subsidiaria de la sociedad matriz frente a sus subordinadas que se encontraban en trámite concursal o liquidación obligatoria<sup>132</sup>, bajo el supuesto que su consagración legal atentaba contra el debido proceso “*al establecer la presunción de culpabilidad y responsabilidad para la matriz o controlante*” y “*porque invierte la carga de la prueba e impone la responsabilidad subsidiaria, que es una sanción o pena*”, con acertado razonamiento, concluyó que la norma atacada se ajustaba a la Carta en cuanto no sólo deriva del ejercicio de la libre competencia económica<sup>133</sup>, sino que se además se trata “*de una presunción iuris tantum, que puede ser desvirtuada por la matriz o controlante, o por sus vinculadas demostrando que sus decisiones no han causado la desestabilización económica de la filial o subsidiaria, sino que esta procede de motivos distintos*”. También expresó que no se trata de una responsabilidad principal sino subsidiaria en cuanto “*no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada*”<sup>134</sup>.

En segundo lugar, mediante sentencia T-014 de 1999 en palabras de Reyes Villamizar “*la Corte derogó de un plumazo el principio de limitación de riesgo propio de las sociedades de capital*” cuando falló en el sentido que en las sociedades anónimas los accionistas debían responder por las obligaciones laborales insolutas en caso de insuficiencia de activos dentro de un proceso concursal<sup>135</sup>. Al fin de cuenta, esta decisión fue declarada nula por la misma Corporación (Auto 22 de 1999), al establecer que se había violado de modo flagrante el derecho de defensa de los accionistas de la compañía involucrada en el fallo.

---

<sup>132</sup> Ley 222 de 1995. Artículo 148. Parágrafo. “Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquélla. Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente”.

<sup>133</sup> Artículo 333 de la Constitución Política.

<sup>134</sup> Sentencia C-510 de 1996.

<sup>135</sup> Literalmente sentenció la Corte “...son solidariamente responsables no solo la empresa, sino los socios”.

En tercer lugar, en sentencia SU-1023 de 2001 la Corte dispuso que el accionista mayoritario de una sociedad anónima en liquidación debía suministrarle a su filial los recursos necesarios para cubrir todas las pensiones de jubilación y los aportes de seguridad social de que fuera deudora durante el tiempo necesario para que un juez ordinario declarara a la matriz, definitivamente responsable por las obligaciones dejadas de pagar por su filial.

Sostuvo la Corte:

*“Para efectos de proteger los derechos fundamentales involucrados y hasta que la justicia ordinaria decida con carácter definitivo, se presume transitoriamente la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros, al ser ésta, como persona jurídica, la administradora de los recursos del Fondo Nacional del Café. Téngase en cuenta que la ley 222 de 1995 presume la responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante. En tal virtud, corresponderá a la CIFM asumir la responsabilidad principal del pago de las mesadas causadas y no pagadas y las mesadas futuras a todos los pensionados a cargo de la CIFM. La entidad matriz responderá, subsidiariamente, en la medida en que la CIFM incurra en cesación de pagos o no disponga de los dineros para cancelar oportunamente las obligaciones laborales, las cuales, por disposición de la ley 50 de 1990, tienen el carácter de obligaciones preferentes o de primer orden en relación con los demás créditos de la empresa en liquidación.*

(...)

*Se ordenará a la Federación Nacional de Cafeteros que, en la medida en que en el momento de la notificación de esta sentencia, el liquidador de la CIFM no cuente con los dineros para cancelar las mesadas de los pensionados a cargo de esta Compañía, causadas y no pagadas a partir del 1º de junio de 2001, dentro de los*

*treinta (30) días siguientes a la notificación de esta sentencia y con cargo a los recursos de la Federación Nacional de Cafeteros - Fondo Nacional del Café, ponga a disposición del liquidador los dineros suficientes a efecto que éste proceda a la liquidación y pago de las correspondientes mesadas. Hacia futuro la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café periódicamente pondrá a disposición del liquidador los recursos suficientes para que éste cancele, de manera oportuna, las mesadas que se vayan causando en la liquidación obligatoria a todos los pensionados de la CIFM, en cuanto sean exigibles y en la medida en que la CIFM no tenga la liquidez para hacerlo.”*

Queda claro, entonces, como la presente decisión<sup>136</sup> contradujo de modo abrupto la tesis consignada en la ya explicada sentencia C-510 de 1997.

Finalmente para septiembre de 2004, la Corte se pronunció expresamente respecto del principio de limitación de responsabilidad para los asociados de las sociedades anónimas. En efecto, una demanda de inconstitucionalidad presentada en contra del artículo 373 del Código de Comercio, específicamente sobre la parte que le garantiza a los accionistas un riesgo limitado al monto de sus aportes, bajo el supuesto de la transgresión del derechos constitucionales contenidos en los artículos 53 (en lo que hace referencia al carácter irrenunciable de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales) y 49 (sobre la imposibilidad de renunciar a los derechos a la seguridad social) de la Carta Política, fue la oportunidad que necesitaba la Corte para poner fin a la incoherencia suscitada por las sentencia C-510 de 1997 y las SU 1023 y 636 de 2001 y 2003, respectivamente.

Lo que en el fondo buscaban los demandantes era la inexequibilidad, entre otras, del aparte ya mencionado del artículo 373 del estatuto mercantil, de manera tal que los accionistas de las sociedades anónimas tuvieran que responder en todos los casos por las obligaciones laborales a cargo de la sociedad.

---

<sup>136</sup> Junto aquella consignada en la sentencia SU-636 de 2003 en la cual acoge los argumentos que le sirvieron de base para la SU-1023 de 2001.

La Corte, reafirmando la salvedad relacionada con el carácter relativo del derecho de los accionistas de una sociedad a mantener su responsabilidad limitada, dejando a salvo la posibilidad de que se puedan salvaguardar los derechos de terceros con miras a impedir el uso abusivo de la personalidad jurídica, reconoce la constitucionalidad del artículo 373 del Código de Comercio bajo el argumento de que el postulado atacado es esencial para el sistema económico, entre otras razones, porque permite la generación de empleo e incrementa las expectativas de recursos fiscales para el Estado. En términos de la sentencia:

*“...la limitación del riesgo o división patrimonial entre socios y sociedad, permite el desarrollo de la inversión el crecimiento y el progreso general como principios básicos de la Constitución Económica y reglas axiomáticas de la economía social de mercado”.*

Lo anterior, además de su pertinencia frente al tema de la personalidad jurídica de los entes sociales, constituye uno de los mejores ejemplos de análisis serios realizados por parte del Tribunal Constitucional, por virtud de los cuales quiere adecuar las disposiciones del Código de Comercio a la actual Constitución, y que tanto busca dejar de presente esta obra.

## 5. LA PROPIEDAD

### 5.1 LA PROPIEDAD Y EL DERECHO COMERCIAL

Pocas instituciones son de tan vital importancia para la existencia del derecho comercial como la propiedad. Para quien se haya acercado –aunque sólo sea superficialmente- al estudio del derecho comercial, la afirmación anterior difícilmente podría ser discutida. De hecho, más que una institución fundamental para el derecho comercial, la propiedad puede ser considerada como la base, ya no del derecho comercial, sino del comercio mismo.

Lo anterior es más claro si se tiene en cuenta que es muy posible ubicar el primer antecedente remoto de la actividad mercantil en el momento en que el hombre descubre la posibilidad de entregar los excedentes de bienes de los que dispone para obtener en contraprestación bienes de los que no dispone. En efecto, aunque lejos de poseer los caracteres que actualmente se le atribuyen al comercio, el trueque es la primera manifestación de un fenómeno que ha devenido, con el correr de los tiempos, en la intrincadísima red de interdependencias que constituyen el comercio moderno.

Ya en este punto remoto, es claro que el hombre primitivo, probablemente nómada, con escasas herramientas lingüísticas, científicas y culturales, sumido aún en las sombras del desconocimiento de la realidad que lo rodeaba, necesariamente tenía ya que intuir que la posibilidad de entregar parte de los bienes con los que contaba implicaba que tenía alguna potestad, algún poder de disposición sobre los mismos, y que lo mismo debía ocurrir con quien, a su vez, le entregaba sus bienes en retorno. Así pues, la facultad de disponer de las cosas ha sido uno de los elementos esenciales del comercio humano, desde el momento de su aparición.

Por lo anterior, y dado que la evolución histórica de los antecedentes mencionados ha demostrado que la propiedad es un tema central en la organización de cualquier comunidad y, más aún, en la organización de las interacciones económicas entre los pueblos, el análisis del régimen de dicha institución en una sociedad –particularmente en las sociedades que, como la nuestra<sup>137</sup> - le han otorgado un rango constitucional al tratamiento de la propiedad, es de vital importancia para efectos del análisis del derecho comercial y sus instituciones más importantes

## 5.2 ANTECEDENTES DEL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA

---

<sup>137</sup>-Constitución de los Estados Unidos de América. Quinta Enmienda. Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compeliere a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización. (Fuente y traducción: Departamento de Estado de los Estados Unidos de América en <http://usinfo.state.gov/espanol/constes.htm> ).

- Constitución Europea. Artículo II-77. Derecho a la propiedad 1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general. 2. Se protege la propiedad intelectual. (Fuente: Unión Europea: <http://europa.eu.int/eur-lex> ).

-Constitución Española: Artículo 33: 1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes. (Fuente: Congreso de los Diputados [www.congreso.es](http://www.congreso.es) ).

-Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Artículo 27.- La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada. Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización. La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana (...) (Fuente: Presidencia de la República, Estados Unidos Mexicanos <http://constitucion.presidencia.gob.mx> ).

Históricamente, la concepción de la institución de la propiedad ha tenido tres vertientes fundamentales<sup>138</sup>, a saber:

-La concepción individualista, según la cual la propiedad es un derecho natural fundamental, sobre la base de la necesidad de capacidad de disposición de los bienes para efectos de la satisfacción de las necesidades fundamentales.

-La concepción socialista, según la cual la propiedad está restringida a los bienes de consumo, pero proscrita para los bienes o medios de producción, por considerar que la propiedad sobre éstos últimos es el origen de la “explotación del hombre por el hombre”.

-La concepción solidarista<sup>139</sup>, según la cual la propiedad tiene –o es, según el enfoque que se le dé– una función social, esto es, la cualidad positiva de estar encaminada a promover el desarrollo de la sociedad y, a su vez, la cualidad negativa de estar restringida para los particulares en la medida en que afecte los intereses sociales.

La anterior enunciación permite determinar con precisión el lindero ideológico que ha seguido la propiedad en nuestro ordenamiento constitucional, partiendo desde la promulgación de la constitución de 1886 hasta nuestros días.

El régimen general de la propiedad en la constitución de 1886 está contenido en sus artículos 31, 32, 33 y 34, cuyo texto es el siguiente:

*“Artículo 31. Los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.*

---

<sup>138</sup> Esquema planteado por PEREZ, JACOBO en su obra Derecho Constitucional Colombiano. Editorial Temis, Bogotá, 1997, Quinta Edición.

<sup>139</sup> La concepción solidarista de la propiedad se debe, en gran medida, a los aportes hechos por Leon Duguit, quien planteó el salto del enfoque según el cual la propiedad es un derecho subjetivo, es decir, un derecho intrínseco del individuo, al enfoque según el cual la propiedad tiene una función social.

*Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley; el interés privado deberá ceder al interés público. Pero las expropiaciones que sea preciso hacer requieren plena indemnización con arreglo al artículo siguiente.*

*Artículo 32. En tiempo de paz nadie podrá ser privado de su propiedad en todo ni en parte, sino por pena, o apremio, o indemnización, o contribución general, con arreglo a las leyes por graves motivos de utilidad pública, definidos por el legislador, podrá haber lugar a enajenación forzosa, mediante mandamiento judicial, y se indemnizará el valor de la propiedad, antes de verificar la expropiación.*

*Artículo 33. En caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al orden judicial y no ser previa la indemnización.*

*En el expresado caso la propiedad inmueble sólo podrá ser temporalmente ocupada, ya para atender a las necesidades de la guerra, ya para destinar a ella sus productos, como pena pecuniaria impuesta a sus dueños conforme a las leyes.*

*La Nación será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes.*

*Artículo 34. No se podrá imponer pena de confiscación.”*

La lectura de las anteriores disposiciones hace evidente el hecho de que la constitución de 1886 no establece un régimen de la propiedad como tal; las disposiciones contenidas en los artículos 31, 32, 33 y 34 no determinan los rasgos particulares ni la función de la propiedad,

sino que se limitan a establecer el régimen de garantías que protegen la propiedad<sup>140</sup>. Adicionalmente, la posibilidad de limitar el ejercicio del derecho de propiedad está restringida al mandato legal o a lo que el constituyente de 1886 denominó “graves motivos de utilidad pública”, denominación eminentemente restrictiva.

Visto lo anterior, forzoso es concluir que la Constitución de 1886 estaba alineada dentro de la concepción individualista, brindando gran protección a la propiedad privada y total autonomía al individuo en lo relacionado con el uso o destinación de la misma. Lo anterior tiene una clara explicación si se tiene en cuenta que dicha constitución fue promulgada bajo el influjo de claras ideas liberales, en un panorama mundial en el que todavía el socialismo no era un movimiento de importancia en la escena política mundial

Ya bien entrado el siglo XX, debido al auge de las ideas de Karl Marx, y en particular con el triunfo de la revolución bolchevique y la consecuente instauración del primer sistema de gobierno legítimamente comunista en la antigua Rusia zarista, la concepción filosófica de la propiedad como privilegio individual intangible empieza a sufrir cambios<sup>141</sup>. Como reflejo de lo anterior, durante el primer gobierno de Alfonso López Pumarejo (1934-1938), por medio del artículo 10 del Acto Legislativo 1 de 1936, se modificó el texto del artículo 31 de la Constitución, para darle el siguiente contenido:

*“Artículo 31. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando*

---

<sup>140</sup> Se observa como la constitución de 1886 da una particular importancia al fenómeno de la guerra como justificación de la limitación del derecho de propiedad, reflejando la turbulenta situación vivida en nuestro país a lo largo del siglo XIX.

<sup>141</sup> Uno de los hitos fundamentales de ese cambio puede encontrarse en las dos últimas frases del artículo 153 de la Constitución alemana de 1919: “La propiedad obliga. Su uso ha de constituir al mismo tiempo un servicio para el bien general”. Profundizando aún más dicha concepción, el artículo 155 de la mencionada constitución determina que “1º) El reparto y utilización del suelo será vigilados por el Estado, en forma que impida el abuso y proporciona a todo alemán una morada sana, y a todas las familias alemanas, especialmente a las de numerosa prole, una morada y un patrimonio económico que corresponda a sus necesidades; 2º) el cultivo y la explotación de la tierra es un deber para con la comunidad; 3º) el aumento del valor de l suelo adquirido por los inmuebles, sin inversión de capital o de trabajo, debe ser utilizado en provecho de la colectividad”

*de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.*

*La propiedad es una función social que implica obligaciones. Por motivos de utilidad pública o de interés social, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa.*

*Con todo, el legislador, por motivos de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara*

Con el cambio mencionado, la constitución colombiana dio el salto desde la concepción individualista que caracterizó al constituyente de 1886 a la más moderna concepción solidarista, al determinar que la propiedad privada tendría una función social, limitando de esta manera la facultad dispositiva del propietario. El artículo así modificado estuvo vigentes hasta la expedición de la nueva constitución, en 1991.

### 5.3 LA PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

No obstante ser la Constitución Política de 1991 el resultado de la percepción según la cual la constitución de 1886, aún después de todas las modificaciones de que había sido objeto, ya no respondía a las realidades y necesidades de fines del siglo XX, lo cierto es que el régimen constitucional de la propiedad consagrado por la Asamblea Nacional Constituyente conservó gran parte del modelo del Acto Legislativo 1 de 1936.

En la Constitución de 1991, el régimen general de la propiedad está contenido en los artículos 58, 59, 60 y 61. Al momento de la expedición de la Carta Política, los mencionados artículos tenían el siguiente texto:

*“Artículo 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.*

*La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.*

*El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.*

*Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio.*

*Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara. Las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social, invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente.*

*Artículo 59. En caso de guerra y sólo para atender a sus requerimientos, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por el Gobierno Nacional sin previa indemnización.*

*En el expresado caso, la propiedad inmueble sólo podrá ser temporalmente ocupada, para atender a las necesidades de la guerra, o para destinar a ella sus productos.*

*El Estado será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes.*

*ARTÍCULO 60. El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad.*

*Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia.*

*ARTÍCULO 61. El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.”*

Posteriormente, y ante la controversia que generaba el último inciso del artículo 58, particularmente en relación con el efecto del mismo sobre la llegada al país de inversión extranjera, el artículo en cuestión fue modificado por el Acto Legislativo 1 de 1999, que suprimió el mencionado inciso y, por ende, la posibilidad de la expropiación sin indemnización por razones de equidad. Así, el texto actualmente vigente del artículo 58 de la Constitución Política es el siguiente:

*“ARTÍCULO 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por*

*motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.*

*La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.*

*El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.*

*Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa - administrativa, incluso respecto del precio.”*

De los anteriores artículos surgen varios elementos que requieren análisis adicional, a saber, (i) el carácter de derecho fundamental del derecho de propiedad, (ii) el alcance del derecho de propiedad, (iii) la función social y ecológica de la propiedad y (iv) la promoción del acceso a la propiedad.

5.3.1 La propiedad como derecho fundamental. Una de las primeras controversias doctrinales y jurisprudenciales que suscitó la nueva Carta fue la relacionada con el carácter de derecho fundamental de la propiedad. Tal controversia no es de poca monta si se tiene en cuenta que la principal consecuencia de que un derecho determinado tenga el carácter de fundamental es la posibilidad de proteger el derecho en cuestión por intermedio de la acción de tutela, dándole así a su titular una vía bastante más expedita que la vía judicial ordinaria.

El primer motivo para la controversia en cuestión está dado por el hecho de que la regulación de la propiedad esté contenida en el Capítulo II del Título II (De los Derechos, las Garantías y los Deberes) de la Constitución, que trata los derechos sociales, económicos y culturales, y no en el Capítulo I del mismo título, acerca de los derechos fundamentales. Lo anterior por cuanto la Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha determinado que los derechos fundamentales no son solamente los contenidos en el Capítulo I del Título II de la Constitución, lo que hace que la determinación del carácter de un derecho deba hacerse por vía jurisprudencial.

Desafortunadamente, la posición de la Corte Constitucional al respecto no ha sido uniforme. En la sentencia T-506 de 1992<sup>142</sup>, la mencionada corporación consideró la propiedad como un derecho fundamental indirecto, esto es, por virtud de la vulneración de otros derechos considerados directamente fundamentales. No obstante lo anterior, el mismo año, en sentencia T-537<sup>143</sup>, la Corte Constitucional determinó que el patrimonio (y con este, la propiedad) es, en efecto, un derecho fundamental constitucional. Menos de un año después, el mencionado órgano se pronunció en el sentido de que el derecho de propiedad es un derecho fundamental, más no un derecho absoluto, en sentencia T-381 de 1993. En 1995, en sentencia T-310, la Corte Constitucional volvió al enfoque de la sentencia T-506 de 1992, sosteniendo nuevamente que el derecho de propiedad sólo era fundamental por conexidad, esto es, cuando su vulneración vulneraba otro derecho fundamental. A partir de ese momento, la Corte ha sostenido, con relativa uniformidad<sup>144</sup>, que el derecho de propiedad no es un derecho fundamental en sí mismo, sino un derecho de propiedad por conexidad.

---

<sup>142</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-506 de 1992: "...la propiedad debe ser considerada como un derecho fundamental, siempre que ella se encuentre vinculada de tal manera al mantenimiento de unas condiciones materiales de existencia, que su desconocimiento afecte el derecho a la igualdad y a llevar una vida digna."

<sup>143</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-537 de 1992: "...ha de expresarse que el patrimonio de las personas es un derecho fundamental constitucional porque a falta de él, el hombre no podría cumplir su cometido de ser social, ya que lo necesita para realizarse como tal y ha de contar con él para atender por lo menos las exigencias económicas de supervivencia suya y de su núcleo familiar."

<sup>144</sup> Ver, entre otras, las sentencias T-440 de 1995, T-477 de 1996, T-245 de 1997, T-413 de 1997, T-414 de 1997 y T-554 de 1998 de la Corte Constitucional.

Por lo anterior, es menester concluir que, en tanto la posición actual de la Corte Constitucional se mantenga estable, el derecho de propiedad no es un derecho fundamental en sí mismo, sino por virtud de la relación de causalidad que exista entre su vulneración y la vulneración de un derecho fundamental, esto es, que el derecho de propiedad será susceptible de ser protegido mediante la acción de tutela sólo en el evento en que su vulneración implique la vulneración de un derecho fundamental.

No obstante lo anterior, menester es mencionar el hecho de que hay sectores de la doctrina que consideran que, a pesar de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Constitución de 1991 no contiene un régimen de la propiedad propiamente dicho, ni incluye el derecho a la propiedad dentro del catálogo de rango constitucional, sino que simplemente se limita a establecer un régimen de “garantía institucional” para la protección de la propiedad.

5.3.2 El alcance del derecho de propiedad. Una de las particularidades del enfoque solidarista de la propiedad –enfoque que, como hemos mencionado anteriormente en el presente capítulo, orienta la Constitución Política de 1991 - es el hecho de que la propiedad, lejos de ser el arbitrio absoluto reservado al propietario propio del enfoque individualista, es un derecho restringido por consideraciones que van más allá del individuo-propietario.

En el artículo 58 de la Carta Política, la expresión más clara del mencionado enfoque se encuentra en la última parte del primer inciso, cuyo texto bien vale la pena citar nuevamente:

*“...Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.”*

El texto citado pone de presente una de las características más relevantes de la propiedad en nuestro ordenamiento constitucional, esto es, su clara subordinación a lo que el Constituyente tuvo a bien denominar “*interés público o social*”. Al margen de la discusión sobre el contenido de dicha expresión<sup>145</sup>, es claro que la intención del Constituyente de 1991, junto con el de 1936, era la de establecer un límite al derecho de propiedad. Para tal efecto, es importante traer a colación las consideraciones de la Corte Suprema de Justicia (cuando, bajo el imperio de la anterior Constitución, le correspondía la guarda de la misma) y de la Corte Constitucional frente a sendas demandas de inconstitucionalidad contra el artículo 669<sup>146</sup> del Código Civil, se pronunciaron las mencionadas corporaciones sobre el alcance de la propiedad.

La Corte Suprema de Justicia, en su momento (en una argumentación que resulta sorprendente si se considera que el fallo de la corporación en cuestión declaró exequible el artículo objeto de demanda), consideró que:

*"[E]s indudable que en el texto constitucional se descarta la teoría individualista y se le da un contenido eminentemente social al dominio, lo cual permite a la ley imponerle limitaciones para colocarlo de esta manera, al servicio del interés comunitario y la solidaridad social, siendo por tanto ilícitos los actos que impliquen ejercicio anormal de tal derecho, o sean contrarios a los fines económicos o sociales del mismo, o aquellos que sólo tiendan o se determinen por el deseo (sic) de dañar a terceros sin interés verdadero para el propietario.*

---

<sup>145</sup> A pesar del aparente consenso al que algunos sectores de la doctrina han aparentemente llegado sobre el contenido de la mencionada expresión, es claro que el “interés público o social” es una noción difícil de definir, especialmente cuando de su definición depende la limitación de los derechos de los ciudadanos. Más aún, si se tiene en cuenta que dicha noción tiene indiscutibles vínculos con un momento histórico y un conglomerado social determinado, es decir, que no es válida universalmente (en términos sociales e históricos), es claro que son más los problemas que aporta que las soluciones que pone al alcance del operador jurídico.

<sup>146</sup> Código Civil, Artículo 669: El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad.

*Es claro que todas estas restricciones o limitaciones estaban implícitamente establecidas en la definición misma del dominio según los términos de la disposición materia de la presente censura constitucional”<sup>147</sup>.*

La Corte Constitucional, en sentencia C-595 de 1999<sup>148</sup>, siguiendo la línea argumentativa de la Corte Suprema de Justicia, se manifestó en el siguiente sentido:

*“Pero no es así. De todo lo que anteriormente se ha expuesto se desprende con meridiana claridad que el concepto de propiedad que se consagra en la Constitución colombiana de 1991, y las consecuencias que de él hay que extraer (la doctrina de la Corte ejemplificada en las citas anteriores así lo confirma), es bien diferente del que se consignó en el Código Civil adoptado en 1887 y, por tanto, que el uso que allí se prescribe del concepto de propiedad, dista mucho de coincidir con el que ha propuesto el Constituyente del 91; por ende, se deduce que el contenido del art. 669 del Código Civil según el cual, el propietario puede ejercer las potestades implícitas en su derecho arbitrariamente, no da cuenta cabal de lo que es hoy la propiedad en Colombia.*

(...)

*La Corte ha afirmado, en múltiples ocasiones, que la propiedad, en tanto que derecho individual, tiene el carácter de fundamental, bajo las particulares condiciones que ella misma ha señalado. Justamente los atributos de goce y disposición constituyen el núcleo esencial de ese derecho, que en modo alguno se afecta por las limitaciones originadas en la ley y el derecho ajeno pues, contrario sensu, ellas corroboran las posibilidades de restringirlo, derivadas de su misma naturaleza, pues todo derecho tiene que armonizarse con las demás que con él*

---

<sup>147</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación Civil del 11 de agosto de 1988. Expediente 086.

<sup>148</sup> En la providencia en cuestión, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “arbitrariamente” contenida en el artículo mencionado, por considerar que tal expresión contradecía la orientación de la Constitución en materia de propiedad.

*coexisten, o del derecho objetivo que tiene en la Constitución su instancia suprema.”*

Adicionalmente, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el alcance del derecho de propiedad en numerosas providencias. Entre ellas, necesario es citar la sentencia C-428 de 1994, en la cual la corporación mencionada se manifestó en los siguientes términos:

*“En el derecho moderno se reconoce a la propiedad como un derecho relativo y no absoluto, como resultado de la evolución de principios de orden filosófico y político que han influido en el proceso de su consolidación jurídica, los cuales han contribuido a limitar en buena medida los atributos o poderes exorbitantes reconocidos a los propietarios por el derecho romano.”*

Adicionalmente, en sentencia T-431 de 1994, la Corte constitucional se pronunció en el siguiente sentido:

*“Así, el propietario de un bien, al ejercer su derecho de dominio, no puede desconocer las cargas sociales que pesan sobre él y, en consecuencia, resulta ilegítimo el uso que de él haga con olvido del interés común o, peor todavía, contrariándolo. En consecuencia, está obligado a actuar de tal manera que, además de no perjudicar a la comunidad, la utilización del bien propio sea útil a ella en los términos de la ley.*

(...)

*No podría entenderse, entonces, que el capricho de un propietario que se niega a la ejecución de obras públicas en un inmueble bajo su dominio pudiera oponerse legítimamente al interés de la colectividad, menos todavía si la única forma de efectuarlas implica la utilización de sus predios. La aceptación de este criterio, completamente contrario a la esencia misma del Estado Social de Derecho y*

*opuesto al principio constitucional sobre prevalencia del interés general (artículo 1º C.N.), implicaría un retroceso de más de un siglo en la evolución del Derecho Público colombiano, pues ya en el artículo 30 de la Constitución de 1886 se expresaba con claridad que en caso de conflicto entre una ley dictada por motivos de utilidad pública y el bien particular o individual, éste debía ceder irremisiblemente ante aquél.”*

Vistos los pronunciamientos anteriores, forzoso es concluir que los organismos encargados de la guarda de la Constitución, tanto en vigencia de la Constitución de 1886 como a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, han coincidido en considerar al derecho de propiedad como un derecho desprovisto del carácter de absoluto. Para la Corte Suprema de Justicia, en su momento, y para la Corte Constitucional en la actualidad, ha sido claro que el derecho de propiedad tiene límites en su ejercicio, delineados principalmente por las necesidades de la sociedad. La declaratoria de inconstitucionalidad de la expresión “*arbitrariamente*” en el artículo 669 del Código Civil pone de presente la relevancia de tal concepción y su alcance práctico. El derecho de propiedad es, pues, un derecho que cede ante intereses de orden superior, siendo superior para tal efecto cualquier interés que afecte los intereses de la colectividad.

5.3.3 La función social y ecológica de la propiedad. Sin lugar a dudas, el punto en el cual se evidencia con más claridad la introducción del enfoque solidarista en nuestro orden constitucional es la “*función social*” de la propiedad. Ya con la reforma constitucional de 1936, al adoptarse un nuevo texto para el artículo 31 de la Carta Política, fueron adoptadas de lleno las teorías de Leon Duguit, dándosele la mencionada función a la propiedad en Colombia. Así pues, para la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, la “*función social*” de la propiedad ya era conocida para nosotros desde hace más de medio siglo.

No obstante lo anterior, la nueva Carta Política, fiel a los tiempos y tendencias de la época en que fue promulgada, introdujo un nuevo elemento al panorama constitucional de la

propiedad: de acuerdo con el artículo 58 de la Constitución Política, la propiedad, además de una *“función social”* tiene una función *“ecológica”*.

La primera reflexión que surge de la innovación introducida por el Constituyente de 1991 tiene que ver con la necesidad de la misma. En efecto, dada la amplitud y, desde luego, el concepto mismo de la *“función social”* de la propiedad, difícil sería argumentar que la protección del medio ambiente y, en general, la *“ecología”*, no estaban comprendidas dentro de ésta, por lo que cabe preguntarse si se justificaba hacer mención separada y específica en la norma constitucional. Ante tal cuestionamiento, podría aventurarse una respuesta según la cual el énfasis hecho por la nueva Constitución en la nueva función de la propiedad tiene sentido dentro de un panorama global en el cual la protección del medio ambiente es un interés autónomo, no subordinado a consideraciones de otro orden. Hecha la anterior salvedad, valga decir que, en la opinión de quienes escriben estas líneas, el efecto práctico buscado por el Constituyente habría podido perfectamente ser alcanzado por la vía de la *“función social”* de la propiedad.

En lo tocante al contenido de la *“función social”*, es claro que tal noción ya ha sido objeto de amplio estudio por la doctrina y la jurisprudencia, tanto a nivel nacional como internacional. En líneas generales, es posible decir que, para Duguit, la función social reemplaza a la noción de *“derecho subjetivo”*, sobre la base de que el orden jurídico tiene su razón de ser y su fundamento en el fenómeno social de la solidaridad, por cuanto tal solidaridad es incompatible con posibilidad de admitir la superioridad de una voluntad (la del titular del derecho) sobre otra (la del obligado respecto de aquel) que subyace en todo derecho subjetivo.

Al respecto, el informe-ponencia<sup>149</sup> presentado por los Drs. Iván Marulanda Gómez y Jaime Arias López para primer debate ante la comisión respectiva en la Asamblea Nacional Constituyente, estipulaba que *“la propiedad no tiene nada que ver con la función social si es monopolista, si es improductiva, si aumenta riqueza para unos y empobrece a otros”*,

---

<sup>149</sup> Citado en la sentencia C-006 de 1993 de la Corte Constitucional.

delimitando tal función en un sentido negativo y, en un sentido positivo, "*la función social, en relación con la propiedad, encierra la solidaridad, legitima la expropiación, cuando el interés social lo exige, aún sin indemnización, permite la participación de todos en los frutos recogidos, no discrimina derechos, de acuerdo a las riquezas*".

El mencionado informe, entonces, sin determinar del todo el alcance de la "*función social*", arroja suficiente luz sobre el mismo como para determinar unos parámetros preliminares para su aplicación práctica. Así, es claro (i) que la "*función social*" es un límite al ejercicio del derecho de propiedad, (ii) que la propiedad debe ser productiva, (iii) que la propiedad no puede producir riqueza para unos a costa de otros, (iv) que el derecho de propiedad no es absoluto, por lo cual es posible que intereses superiores conduzcan a la pérdida del derecho de éste y (v) que la "*función social*" de la propiedad implica que todos los miembros de la sociedad tienen derecho a recibir los frutos de la propiedad.

No es posible hacer referencia a la "*función social*" social de la propiedad sin mencionar el tratamiento de la expropiación en la Constitución de 1991. Lo anterior por cuanto una de las manifestaciones más claras de la mencionada característica de la propiedad es, sin duda, la facultad constitucional que tiene el Estado para despojar –dentro de un marco jurídico previamente determinado y con respeto de las garantías establecidas a favor del ciudadano– al propietario del bien sobre el cual ejerce las facultades propias de tal calidad. Al respecto, como ya se mencionó, el texto original, que permitía la expropiación sin indemnización por razones de equidad, fue modificado para eliminar tal facultad, dadas las evidentes dificultades que planteaba. Así pues, en nuestro actual ordenamiento constitucional sólo procede la expropiación por vía judicial o administrativa, con indemnización previa.

En cuanto a la noción misma de tal fenómeno, la Corte Constitucional, en repetidas oportunidades<sup>150</sup>, ha definido la expropiación como "*...un instituto, un negocio o una operación de derecho público, por medio de la cual el Estado, por razones de utilidad pública o de interés social, priva coactivamente de la titularidad de un determinado bien a*

---

<sup>150</sup> Ver, entre otras, las sentencias T-506 de 1992, C-153 de 1994 y T-284 de 1994, de la Corte Constitucional.

*un particular, de acuerdo con un procedimiento específico y previo el pago de una indemnización”.*

La facultad expropiatoria del estado, como todos los actos en los que el Estado afecta los derechos del ciudadano, no es absoluta ni está desprovista de límites. El ciudadano afectado por la expropiación de un bien dispone, frente al poder del Estado, de una serie de garantías que se otorgan para efectos de su defensa. La primera de ellas es la limitación de los motivos que pueden conducir a la expropiación, esto es, la utilidad pública o el interés social: si la expropiación se da por vía judicial, la utilidad pública o el interés social deberán estar claramente descritos en la parte motiva de la providencia; si la expropiación se da por la vía administrativa, la descripción de la utilidad pública o el interés social estará dada por la ley que la regule.

La segunda garantía está dada por el hecho de que la expropiación debe seguir un procedimiento específico: tanto si se trata de expropiación por vía judicial o administrativa, el procedimiento debe estar descrito previamente en la ley, con el fin de respetar la garantía constitucional del debido proceso.

La tercera garantía se relaciona con el denominado “*abandono*” del proceso por parte de la autoridad a cargo de ejercerlo: dado que las facultades expropiatorias están limitadas en el tiempo, una vez se venza el plazo respectivo, la expropiación no podrá llevarse a cabo.

La cuarta y última garantía versa sobre la utilización del bien expropiado: teniendo en cuenta que la expropiación está limitada a motivos de utilidad pública o interés social, cuando se verifique que la destinación del bien expropiado no corresponde a tales motivos, el antiguo propietario tendrá derecho a recuperar el bien expropiado, previa devolución de la indemnización respectiva.

5.3.4 La promoción del acceso a la propiedad. Por último, necesario es mencionar el particular énfasis que hace nuestra Carta Política en la promoción de la democratización de

la propiedad. Tal énfasis se manifiesta tanto en la promoción de las formas asociativas y solidarias de propiedad (artículo 58, inciso tercero) como en el mandato expreso de promover el acceso a la propiedad, concretado en la obligación de ofrecer, en caso de enajenación de la participación estatal en una empresa, la posibilidad de adquirir tal participación a los trabajadores de la misma y a las organizaciones solidarias y de trabajadores (artículo 60), en condiciones especiales.

En lo relacionado con las formas asociativas y solidarias de propiedad, es evidente que el mandato constitucional es un reconocimiento expreso del hecho de que tales formas de propiedad facilitan el acceso a la misma a sectores de la población que han estado tradicionalmente alejados de tal posibilidad y permiten que la distribución de los excedentes en una sociedad se haga de manera tal que alcance a un número mayor de ciudadanos. Sobre el particular, la Corte Constitucional se manifestó, en sentencia C-074 de 1993, en el siguiente sentido:

*"Las formas de economía solidaria son consideradas no sólo como una eficaz alternativa para satisfacer las necesidades colectivas apremiantes mediante una distribución democrática de los excedentes, que excluye el afán indiscriminado de lucro, sino también, lo que no es menos valioso, como una pedagogía contra los excesos del individualismo."*

En cuanto hace al mandato constitucional por virtud del cual la participación estatal en una empresa debe ser ofrecida a los trabajadores de la misma y a asociaciones solidarias y de trabajadores preferentemente y en condiciones especiales, es importante hacer dos observaciones puntuales: La primera de ellas tiene que ver con el hecho de que, dadas las tendencias imperantes al momento de entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 en materia de gestión del estado – que culminaron en el denominado *Consenso de Washington*-, el texto del artículo 60 de la Carta implicaba –e implica aún- un reconocimiento tácito de la posibilidad de que el Estado iniciara un proceso gradual de reducción de su tamaño, como en efecto ha ocurrido a partir de 1991. La segunda de ellas

es que, dada la experiencia derivada de lo acontecido hasta el presente, el mandato de democratización de la propiedad estatal se ha quedado, en buena medida, en el texto del artículo 60, por cuanto la mayoría de empresas estatales –o participaciones en empresas- enajenadas por el estado han sido adquiridas por grandes inversores de capital privado.

#### 5.4 LA PROHIBICIÓN DE LA CONFISCACIÓN

Tratamiento separado merece el artículo 34 de la Constitución Política, que para el efecto se transcribe a continuación:

*“ARTÍCULO 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.*

*No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social.”*

Con el fin de de desentrañar el sentido del texto constitucional, preciso es acudir a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que en Sentencia del 6 de Marzo de 1962 se pronunció en el siguiente sentido:

*“La confiscación es el absoluto despojo, sin compensación alguna, que da por resultado la pérdida total de los valores confiscados sin resarcimiento alguno; y esto a beneficio del fisco, según lo expresa el vocablo”*

Por lo anterior, es claro que el alcance de la garantía constitucional está dado por (i) el hecho de que la confiscación es entendida como la pena por la comisión de un delito que implica (ii) el despojo de la propiedad a favor del estado y (iii) la ausencia de indemnización que compense la pérdida de un derecho.

Frente a la expropiación, el carácter diferenciador estriba, como se hace evidente frente al alcance de la garantía constitucional, en el hecho de que la expropiación (i) carece del carácter de pena y (ii) siempre requiere de indemnización.

## 5.5 LA PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991 FRENTE AL DERECHO COMERCIAL

Tal como se mencionó anteriormente en el presente capítulo, el instituto mismo de la propiedad es de capital importancia para el comercio. Dada tal importancia, si se entiende el derecho comercial como el conjunto de normas que regulan la actividad mercantil y, en particular, los actos de comercio y la actividad de los comerciantes, es claro que, para el derecho mercantil, la propiedad es también un instituto de particular relevancia.

En lo que respecta al impacto de la entrada en vigencia de la nueva constitución frente al derecho comercial, en particular en lo relacionado con la propiedad, es necesario hacer una primera consideración: El hecho de que el régimen constitucional actual de la propiedad comparta varios de sus fundamentos y postulados fundamentales –principalmente, la “*función social*” de la propiedad- con el régimen que estaba en vigencia al momento de expedición del Decreto 410 de 1971, podría conducir a la conclusión apresurada según la cual la promulgación de la nueva Carta Política no tiene mayores efectos sobre el Código de Comercio. Creemos que tal conclusión es equivocada. Aunque el régimen de la propiedad actual comparte algunos rasgos fundamentales con el régimen implantado por el Constituyente de 1936, es claro que los principios orientadores de las dos Cartas eran claramente distintos.

Lo anterior es de trascendental importancia frente al régimen contenido en el Código de Comercio. Como ya se había esbozado al inicio del presente capítulo, la propiedad es de tal importancia para el derecho mercantil que en éste el legislador quiso establecer una serie de bienes, propios del ordenamiento mercantil, sobre los cuales el comerciante ejerce el derecho en cuestión. Como una clara indicación de la importancia del régimen que dichos bienes tienen para el Derecho Comercial y para el comercio mismo, el Código de Comercio

le dedica todo un Libro – el Libro Tercero – al tratamiento y regulación de los bienes mercantiles. Así, en los artículos 515 al 533 del Código de Comercio se regula el Establecimiento de Comercio<sup>151</sup>, en los artículos 534 al 618 se establece el régimen de la Propiedad Industrial (modificado y complementado por la decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones) y en los artículos 619 al 821 se establecen las disposiciones aplicables a los Títulos Valores.

El primero de los bienes es, pues, el establecimiento de comercio. En primera instancia, es necesario decir que la figura del establecimiento de comercio está íntimamente ligada con la empresa: el establecimiento de comercio ha sido considerado como el “vehículo” o “herramienta” mediante la cual la empresa cumple sus fines y propósitos. Así pues, nuestro régimen mercantil considera que el establecimiento de comercio, con todos los elementos que lo integran<sup>152</sup>, necesario como es para el desarrollo de la empresa, es un bien propio de la actividad mercantil. Lo anterior tiene, para los efectos del presente análisis, el efecto de hacer que sobre el establecimiento de comercio se pueda ejercer el derecho de propiedad.

Visto lo anterior, procede hacer algunas breves consideraciones sobre el impacto de la “*función social de la propiedad*” sobre el régimen del establecimiento de comercio y la propiedad sobre el mismo. La primera de ellas tiene que ver con lo que es tal vez la

---

<sup>151</sup> Código de Comercio, artículo 515: Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales.

<sup>152</sup> Código de Comercio, artículo 516: Salvo estipulación en contrario, se entiende que forman parte de un establecimiento de comercio:

1. La enseña o nombre comercial y las marcas de productos y de servicios;
2. Los derechos del empresario sobre las invenciones o creaciones industriales o artísticas que se utilicen en las actividades del establecimiento;
3. Las mercancías en almacén o en proceso de elaboración, los créditos y los demás valores similares;
4. El mobiliario y las instalaciones;
5. Los contratos de arrendamiento y, en caso de enajenación, el derecho al arrendamiento de los locales en que funcione si son de propiedad del empresario, y las indemnizaciones que, conforme a la ley, tenga el arrendatario;
6. El derecho a impedir la desviación de la clientela y a la protección de la fama comercial, y
7. Lo derechos y obligaciones mercantiles derivados de las actividades propias del establecimiento, siempre que no provengan de contratos celebrados exclusivamente en consideración al titular de dicho establecimiento.

institución más emblemática del régimen del establecimiento de comercio: el derecho a la renovación del contrato de arrendamiento sobre el local en el que opera el establecimiento de comercio, o el “derecho al local”. Por virtud de las estipulaciones contenidas en los artículos 518 al 524, el propietario –o subarrendatario, al tenor del artículo 523 del Código de Comercio- del establecimiento de comercio que haya ocupado un inmueble con dicho establecimiento de comercio durante dos años consecutivos a título de arrendamiento, tendrá derecho a la renovación del mismo al momento de su vencimiento, salvo (i) en los casos de incumplimiento del contrato por parte del arrendatario, (ii) cuando el propietario del inmueble tenga necesidad de hacer uso del inmueble para su propia habitación o para un establecimiento suyo destinado a una empresa distinta de la del arrendatario, (iii) cuando el inmueble requiera reparaciones de tal naturaleza que hagan necesario el desalojo y (iv) cuando el inmueble requiera ser desalojado o demolido por ruina o para la construcción de una obra nueva.

Como sustituto al derecho de renovación del contrato en los casos en los que ésta no es obligatoria, el artículo 521 del Código de Comercio establece el denominado “derecho de preferencia”, por virtud del cual, en las circunstancias mencionadas, el arrendatario tendrá derecho a que se le prefiera en el arrendamiento de los locales reparados, reconstruidos o de nueva edificación.

Dadas las características fundamentales del régimen en cuestión, es necesario preguntarse si, a la luz de la “*función social de la propiedad*”, la interpretación de tales derechos varía. ¿Puede entenderse que los únicos eventos en los cuales existe una excepción al derecho a la renovación del contrato de arrendamiento son aquellos en los cuales está así previsto por el Código de Comercio? ¿Qué ocurre si, para poner un ejemplo, llegada la fecha de vencimiento del contrato de arrendamiento sobre una bodega, ocupada desde hace más de dos años por un establecimiento de comercio, cuyo propietario ha cumplido cabalmente sus obligaciones como arrendatario, la Secretaría Distrital de Salud del Distrito Capital requiere arrendar dicha bodega con el fin de establecer en ella un centro de acopio y distribución de medicinas para la población de la tercera edad? ¿Qué ocurre si existe un subarriendo sobre

una porción de la bodega, ocupado por otro establecimiento de comercio? Aunque los casos planteados tendrían, como todas las lucubraciones teóricas, que incluir una infinita serie de variables adicionales para su análisis práctico, creemos que, respetando el espíritu del constituyente, a pesar de que en dichos casos los supuestos para que se configure una de las excepciones al derecho a la renovación del contrato no se cumplen, el derecho de propiedad ejercido sobre el establecimiento de comercio debe ceder a los intereses de la comunidad, por virtud de la mencionada “*función social*”. Serán la jurisprudencia y la doctrina las que, en última instancia, establezcan los límites de los derechos surgidos de la propiedad del establecimiento de comercio, para efectos de su análisis a la luz del artículo 58 de la Constitución Política.

En lo que hace referencia a la Propiedad Industrial –el segundo de los bienes mercantiles-, necesario es hacer referencia al artículo 61 de la Constitución Política, cuyo texto es del siguiente tenor:

*“ARTÍCULO 61. El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.*

Así pues, es claro que la Constitución Política reconoce la propiedad intelectual como una forma especial de propiedad, que merece especial protección. Al respecto, el tribunal constitucional ha precisado el entendimiento que debe dársele a la noción de “propiedad intelectual”, al pronunciarse en el siguiente sentido:

*“Las creaciones del intelecto, y aquellas relacionadas con su divulgación y difusión, en cuanto bienes inmateriales han sido agrupadas, para efectos jurídicos, en los denominados derechos de propiedad intelectual, los cuales, a su vez, comprenden los derechos de autor, los derechos de propiedad industrial y los*

*derechos sobre descubrimientos científicos, así como otras formas y manifestaciones de la capacidad creadora del individuo.*”<sup>153</sup>

Visto lo anterior, es claro que la Propiedad Industrial se diferencia de los demás bienes mercantiles en cuanto goza de una protección especial, habida cuenta del mandato constitucional de protección de la propiedad intelectual por vía de ley. Aunque es claro que – en la medida en que es una forma de propiedad- la propiedad intelectual está sometida a todas las restricciones que se derivan de su *función social*, no lo es menos que la Constitución Política considera que la protección de dicha forma de propiedad es una prioridad de nivel constitucional, que justifica el mandato de protección que recae sobre el legislador.

La trascendencia de la apropiada regulación y protección de los derechos que se derivan de la propiedad industrial se ha visto realizada por los acontecimientos de los últimos años. En efecto, la realidad nos ha planteado un caso que ilustra perfectamente los enfrentamientos que pueden surgir entre la protección de la propiedad y la “*función social*” de la misma. Durante los últimos diez años, en una controversia que quienes escriben estas líneas esperan poder pronto ver resuelta a favor de los intereses de la humanidad, sin importar cual sea la fórmula para ello, las compañías farmacéuticas del mundo se han enfrentado con los países en vías de desarrollo –entre ellos Colombia- con el fin de lograr una mayor protección para las patentes obtenidas sobre las moléculas de los medicamentos que fabrican. Tal discusión, planteada en el terreno de la protección de las patentes, es decir, en el corazón de la regulación de la propiedad industrial, ha evolucionado de tal manera que todas las partes en conflicto argumentan a su favor el interés común.

Así, las compañías farmacéuticas argumentan que, desprovistas del lucro que les generan las patentes, el incentivo para la inversión de las gigantescas sumas de dinero que requiere el desarrollo de un nuevo medicamento desaparecería, con lo cual se dejarían de producir nuevos medicamentos. Dejando aparte los cuestionamientos a tales argumentos –

---

<sup>153</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-276 de 1996.

relacionados, principalmente, con la poca producción real de nuevos medicamentos por parte de las compañías farmacéuticas y con las enormes utilidades que dichas compañías reciben anualmente por la venta de sus productos-, el planteamiento no carece de racionalidad económica.

Por su parte, quienes defienden sistemas de protección de patentes que privilegien el acceso a los medicamentos, sostienen que el sistema de patentes de los países industrializados protege el derecho al lucro de los fabricantes por encima de la vida de las personas que requieren medicamentos, en lo que en Colombia sería una clara aplicación del principio de la *“función social de la propiedad”*. Tal posición ha servido de base para que varios estados – siendo tal vez los más notorios Brasil y Suráfrica- hayan optado por la autorización de producción de “medicamentos genéricos”, la reducción de los términos de vigencia de las patentes sobre medicamentos, y el condicionamiento de su otorgamiento a las necesidades del estado otorgante en materia de salud

Aunque la solución al problema en cuestión aún no se ha alcanzado (y a pesar de que ésta probablemente será el resultado de compromisos políticos y económicos internacionales más que de la aplicación de fórmulas jurídicas), es claro que la existencia del mismo es un ejemplo de la importancia que tiene la interacción entre nuestras disposiciones constitucionales en materia de propiedad y el régimen previsto en el Código de Comercio.

En cuanto hace a los títulos valores –el tercer bien mercantil contemplado en el Código de Comercio- consideramos que, dada la especificidad de su función, el impacto de la *“función social de la propiedad”* es menos claro, pero no por ello debe perderse de vista que, en los conflictos que surjan sobre la propiedad de los mismos –dada su naturaleza, la propiedad de un título valor sólo es relevante por virtud del derecho que incorpora-, el interés particular también deberá ceder ante el postulado constitucional en discusión.

Por último, es necesario agregar que, para nosotros, la introducción de la noción del *“Estado Social de Derecho”* implica un giro radical en la concepción filosófica que

anteriormente orientaba las actuaciones del Estado y sus ciudadanos. El alcance de tal noción es de tal profundidad que trasciende el efecto de la mención de la “*función social de la propiedad*”, por cuanto ya no es la propiedad la que tiene una función social. El Estado mismo –y, junto con él, todos sus asociados- tiene el carácter de *social*, lo que hace imprescindible que todas las relaciones, actuaciones, derechos y ejercicio de los mismos estén orientados por el bienestar de la comunidad y el principio de solidaridad.

Para el derecho comercial, habida cuenta de su marcado carácter privatista e individualista, el cambio en la concepción del Estado implica, necesariamente, un cambio en la interpretación y el contenido de las normas que lo componen, por el simple hecho de los comerciantes –bien sea el comerciante-empresa o el comerciante-individuo-, como asociados del mencionado estado *social*, deben armonizar su ánimo de lucro –carácter esencial de su calidad de comerciantes- con el bienestar de la sociedad entera, orientados por el principio de solidaridad. Lo anterior, aunque aparentemente vago e indefinido, encuentra aplicaciones prácticas de infinita trascendencia para la interpretación y desarrollo futuro del derecho mercantil: siguiendo a Horacio Roitman<sup>154</sup>, consideramos que, habida cuenta del hecho de que el derecho mercantil de nuestros tiempos es, primordialmente, el derecho de la empresa, la deuda del derecho comercial con la economía consiste en la solución del problema del desempleo.

A la luz del *Estado Social de Derecho* y la *función social de la propiedad*, es preciso cuestionarse si la entrada en vigencia de la Nueva Constitución genera para el comerciante, y especialmente para el comerciante-empresa, un nuevo deber, consistente en procurar que su actividad comercial redunde en empleo digno y suficiente para los ciudadanos. Para quienes piensan que la solución del problema está a cargo del derecho laboral, pertinente es citar a Roitman:

---

<sup>154</sup> ROITMAN, Horacio. El Derecho Comercial al Finalizar el Siglo. Estudio preparado para la Academia Nacional de Derechos y Ciencias Sociales de Córdoba, Septiembre 10 de 1.997

*“Pero el problema sigue siendo de la empresa. A fin de siglo, se calcula que la mayor parte del producto bruto de bienes manufacturados y primarios estará producida por doscientos grupos empresarios. La producción nunca habrá sido tanta, ni tan barata, y sin embargo, si el poder adquisitivo de las grandes masas no alcanza para adquirirla, de nada habrá servido el progreso.*

(...)

*El gran desafío del nuevo ius mercatorum es reunir todas las capacidades que permitieron la transformación de la economía con miras a su eficiencia, para estudiar un solo tema; el desempleo.”*

Y, en lo relacionado particularmente con la propiedad, consideramos que tal orientación hace que, hoy más que nunca, el derecho mercantil deba concebirse como un mecanismo para hacer de la propiedad tanto una fuente de lucro para su propietario como una fuente de bienestar para la sociedad.

## 6. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y DE INICIATIVA PRIVADA

### 6.1 LA EMPRESA Y EL DERECHO COMERCIAL

Una de las realidades históricas más claras en relación con el desarrollo del derecho mercantil moderno es que dicho desarrollo ha estado íntimamente ligado con el surgimiento y desarrollo del concepto de empresa. En sus orígenes, el derecho mercantil –en los sistemas en que es considerado como una rama especial del derecho- era concebido como una disciplina destinada primordialmente a la regulación de la conducta de los individuos y, en particular, la regulación de la conducta de una clase particular de individuo, esto es, el comerciante. El desarrollo posterior de las distintas formas de comercio, la aparición y desarrollo de las formas societarias hasta llegar a su actual estado y, en general, el surgimiento de la noción de separación entre los negocios del comerciante y la persona del mismo, impulsaron al derecho mercantil hacia una nueva etapa, en la que el individuo-comerciante empezó a perder la preeminencia que antaño había tenido.

A lo anterior se sumó el hecho de que –por virtud de las ideas puestas en boga por la revolución francesa- la organización misma del comercio en occidente sufrió un cambio notorio: la progresiva desaparición de las corporaciones de comerciantes, dado su carácter cerrado y excluyente y la restricción que implicaban a la libertad del individuo de escoger su profesión u oficio. Dicha evolución contribuyó enormemente, si no a eliminar, por lo menos a morigerar sensiblemente la concentración del derecho mercantil en la persona del comerciante.

Llegado el siglo XX, después de haberse intentado delimitar el derecho mercantil como el *Derecho Privado del Comercio*<sup>155</sup>, haciendo referencia al comercio y todas las actividades

---

<sup>155</sup> SANCHEZ CALERO, Fernando. Instituciones de Derecho Mercantil. Tomo I, Introducción, Empresa y Sociedades. Décimo Séptima Edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1994, p. 17.

de carácter o relevancia económica relacionadas con éste, como el *Derecho de los negocios*<sup>156</sup>, denominación acogida con frecuencia por la doctrina norteamericana<sup>157</sup> o como el derecho que “...reglamenta gran parte de la vida económica, especialmente la del tráfico y la del poder sobre los bienes muebles, e incluso ciertos aspectos de la riqueza inmobiliaria, dependiendo del criterio legislador...”<sup>158</sup>, se llegó a la concepción según la cual el núcleo central del derecho mercantil es la empresa y, por último, al derecho mercantil concebido por algunos sectores de la doctrina como *Derecho de los empresarios*<sup>159</sup>.

Así, para autores como Sánchez Calero, el derecho mercantil puede ser definido como la “...parte del Derecho privado que comprende el conjunto de normas jurídicas relativas a los empresarios y a los actos que surgen en el ejercicio de su actividad económica”<sup>160</sup>. Tal definición, aunque sólo una de las muchas que se han formulado<sup>161</sup>, ilustra con claridad la importancia de la empresa para el derecho mercantil moderno. A pesar de que la doctrina contemporánea –como lo evidencia la definición citada- ha superado la concepción del derecho mercantil como *Derecho de las empresas*, dadas las limitaciones que tal concepción implica para efectos del análisis de las actividades de la empresa que están por fuera de la órbita del derecho mercantil, el estudio de la empresa desde la perspectiva del derecho mercantil sigue siendo de particular importancia.

Para el derecho mercantil colombiano, el concepto de empresa reviste particular importancia, como lo evidencia el hecho de que, en la enumeración –no taxativa- que hace

---

<sup>156</sup> *Ibíd.*, p. 18.

<sup>157</sup> Aunque dicha denominación ha sido tenida en cuenta por sectores de la doctrina ajenos a la tradición anglosajona, es necesario anotar que, en el derecho anglosajón, no existe una división particular del mismo dedicada al estudio del derecho mercantil; como es común al interior del sistema legal anglosajón, las normas aplicables al comercio están contenidas dentro del universo del common law, sin un área especializada que las unifique y sistematice.

<sup>158</sup> SANCHEZ. *Op. cit.* p. 19.

<sup>159</sup> *Ibíd.*, p. 20.

<sup>160</sup> *Ibíd.*, p. 20.

<sup>161</sup> Para citar un ejemplo, Roberto Mantilla Molina, en su obra *Derecho Mercantil* (México, Editorial Porrúa, 1971, p. 23, citado por MADRIÑÁN, *Op. cit.*, p. 3), define el derecho mercantil como “...el sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dada a ciertos actos, y regulan estos (sic) y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos”.

el artículo 20 del Código de Comercio de los actos y operaciones mercantiles, nueve de dieciocho de dichos actos y operaciones son concebidos como empresas<sup>162</sup>. Adicionalmente, el artículo 21 de dicho código determina que “Se tendrán así mismo como mercantiles todos los actos de los comerciantes relacionados con actividades o empresas de comercio...” (subrayado fuera del texto original). Más aún, el legislador mercantil, consciente de la importancia que le estaba dando a la noción de empresa, dedicó un artículo a la definición de la misma: según el artículo 25 del Código de Comercio “Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.”

Vistas las anteriores consideraciones, preciso es concluir que la empresa es una institución de gran relevancia para el derecho mercantil. Sobre tal base, a fuerza ha de aceptarse que el estudio de las normas de orden constitucional que afecten tal institución es de suma importancia para el derecho comercial.

## 6.2 LA CONSTITUCIÓN Y LA EMPRESA

Aunque desde una perspectiva distinta a la del derecho comercial, la Constitución Política colombiana también reconoce la importancia de la empresa. Como muestra de tal reconocimiento, el artículo 333 de la carta, en su inciso tercero, se refiere a la empresa en los siguientes términos:

---

<sup>162</sup> El artículo 20 del Código de Comercio, en sus numerales 10 al 18, define actos sujetos a la legislación mercantil con base en la realización de los mismos por empresas, a saber: a) las empresas de seguros y la actividad aseguradora, b) las empresas de transporte de personas o de cosas, a título oneroso, cualesquiera que fueren la vía y el medio utilizados, c) las empresas de fabricación, transformación, manufactura y circulación de bienes, las empresas de depósito de mercaderías, provisiones o suministros, espectáculos públicos y expendio de toda clase de bienes, d) las empresas editoriales, litográficas, fotográficas, informativas o de propaganda y las demás destinadas a la prestación de servicios, e) las empresas de obras o construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones, f) las empresas para el aprovechamiento y explotación mercantil de las fuerzas o recursos de la naturaleza, f) las empresas promotoras de negocios y las de compra, venta, administración, custodia o circulación de toda clase de bienes y g) las empresas de construcción, reparación, compra y venta de vehículos para el transporte por tierra, agua y aire, y sus accesorios.

“(…)

*La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.*

(…)”

Del texto de la norma constitucional citada es posible extraer tres elementos principales, a saber: (i) desde una perspectiva constitucional, la empresa es la base del desarrollo; (ii) la empresa está limitada en sus derechos y libertades por la función social que le es propia, y (iii) en desarrollo de los anteriores postulados, el Estado colombiano está obligado a fortalecer las organizaciones solidarias y a estimular el desarrollo empresarial.

En lo relacionado con el hecho de que la empresa es, para la Constitución, la base del desarrollo, la Corte Constitucional, en sentencia C-624 de 1998, se pronunció en el siguiente sentido:

*“En ese contexto, la empresa juega un papel esencial como instrumento de desarrollo de la iniciativa privada y elemento del engranaje económico global.*

(…)

*La protección constitucional a la empresa (CP art. 333) comprende además la “unidad viviente que ella conforma”, es decir, los elementos que en ella convergen y se articulan, como pueden ser el trabajo, el capital privado, la propiedad y el recurso humano, y se extiende a su actividad económica y al ejercicio de su iniciativa privada, que de un modo u otro constituyen y estructuran el concepto de libertad de empresa. Al reconocerles a las empresas esa posibilidad que tienen de fortalecer el engranaje de los negocios y ser herramientas ejecutantes de la*

*iniciativa privada, la Carta protege entonces su valor “como base del desarrollo”<sup>163</sup> dentro de la actividad económica.”*

Así pues, la doctrina constitucional, al reiterar la importancia de la empresa para el desarrollo, aclara que, en cuanto base del desarrollo, la empresa no está sólo protegida como tal, sino en los elementos que en ella convergen, esto es, el trabajo, la propiedad privada, el capital y el recurso humano y, más aún, en las libertades de actividad económica y de iniciativa privada. Surgen de lo anterior dos aportes –implícitos, si se quiere- que la providencia citada hace al tratamiento del tema.

El primero de ellos es que es posible que más elementos que aquellos mencionados por la Corte sean también objeto de protección constitucional, esto es, que la mención hecha por el tribunal constitucional no agota la protección que la Constitución Política le ha otorgado a la empresa. Así, es posible argumentar que no sólo el trabajo, la propiedad privada, el capital y el recurso humano están cobijados por la protección constitucional a la empresa, por cuanto hay más elementos que pueden considerarse igualmente protegidos.

La segunda es que, de la misma manera, no todo aquello relacionado con la empresa goza de la protección constitucional, sino sólo lo que puede ser considerado como parte de la “*unidad viviente que ella conforma*”. Aunque algunos de los elementos de tal noción son mencionados por la Corte Constitucional, es necesario decir que resta aún por definir, para que la jurisprudencia de dicha corporación pueda considerarse completa, qué se entiende por la “*unidad viviente*” conformada por la empresa. Tal definición es de crítica importancia, puesto que de ella será posible definir, en última instancia, los alcances de la protección que la Carta Política le ha dado a la empresa.

Las anteriores consideraciones son de particular relevancia si se tiene en cuenta que, además de los elementos mencionados por la Corte, la empresa y su actividad tienen un impacto que supera con largueza los elementos en cuestión.

---

<sup>163</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-291 de 1994.

Así, en primera instancia, la empresa es un factor clave –tal vez, “*El*” factor clave- en la generación de riqueza. Como lo muestra la realidad global, el desarrollo económico de una sociedad coincide, en la inmensa mayoría de los casos, con el desarrollo de las empresas que tienen su asiento en ella. Lo anterior, entre otros motivos, está relacionado con el hecho de que la empresa es el vehículo idóneo para la concentración y reproducción de la riqueza.

En efecto, mientras que el comerciante-individuo –salvo contadas excepciones- tiene límites naturales, bien sea en cuanto al volumen de recursos que puede administrar eficientemente, o en cuanto a la transitoriedad de su existencia, la empresa está exenta de dichas restricciones, puesto que es el resultado del esfuerzo colectivo de un grupo de individuos y, en su forma ideal, no depende de un individuo en particular para subsistir. En las formas más avanzadas de democratización empresarial, esto es, las sociedades abiertas e inscritas en bolsas de valores, la empresa se convierte en un factor aglutinante de riqueza proveniente de todos los rincones del mundo y, aún más, en fuente de riqueza para los sectores más diversos de la población mundial<sup>164</sup>.

Adicionalmente, y en asocio directo con lo anterior, el hecho de que la empresa, por su naturaleza misma, está llamada a la producción de utilidades, hace que ésta se convierta en un gran generador de impuestos para el Estado, generando beneficios adicionales en materia de redistribución del ingreso y mejoramiento social.

Más aún, es posible sostener que la actividad transnacional de la empresa es la principal fuente de divisas lícitas que tiene cualquier nación. Sin tal actividad, el comercio mundial, y con él, el sistema internacional de pagos, se iría irremediabilmente a pique, por sustracción de la materia que le da vida. Lo mismo es cierto para el crédito, por cuanto el sistema crediticio mundial tiene sentido en cuanto canaliza los recursos desde y hacia las empresas. Sin la actividad empresarial, la actividad crediticia sólo tendría una ínfima

---

<sup>164</sup> Lo anterior ha sido ilustrado con creces –tristemente, por la vía negativa- por el enorme impacto que han tenido las recientes quiebras de gigantes corporativos como Enron, WorldCom y Tyco en los Estados Unidos de América.

porción de la importancia que actualmente tiene, por cuanto las necesidades –y posibilidades- crediticias del individuo no son siquiera relevantes frente a su contraparte empresarial.

Por último, es necesario anotar que las anteriores consideraciones son la justificación principal para que se promulguen normas de protección y recuperación empresarial, como es el caso de la Ley 550<sup>165</sup>, en las que se privilegia con claridad la protección de la empresa sobre los derechos de terceros<sup>166</sup>.

En cuanto hace a la limitación de los derechos y libertades asociados a la empresa, considera la Corte:

*“Las actividades que conforman dicha libertad (la libertad económica) están sujetas a las limitaciones impuestas por la Constitución y las leyes, por razones de seguridad, salubridad, moralidad, utilidad pública o interés social. En términos más generales la libertad económica se halla limitada por toda forma de intervención del Estado en la economía y particularmente, por el establecimiento de monopolios o la clasificación de una determinada actividad como un servicio público, la regulación del crédito, de las actividades comerciales e industriales, etc.”*

Aunque el contenido de la libertad económica será discutido en profundidad más adelante, es pertinente señalar cómo dicha libertad se ve limitada, al igual que en el caso de la propiedad, ya estudiado en el presente trabajo, por el concepto de “*función social*”.

---

<sup>165</sup> Ley 550 “Por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley”.

<sup>166</sup> Ver, entre otros, el artículo 34 de la citada disposición.

El análisis de la obligación del Estado de “*estimular el desarrollo empresarial*” plantea problemas de más envergadura. A diferencia de aquellos casos en los que la Constitución Política establece prohibiciones tajantes o protege derechos específicos, en los que el parámetro de conducta a seguir es claro, en todos los casos en los que la Constitución Política establece obligaciones, la ejecución de las mismas resulta difícil. Lo anterior por cuanto, aún prescindiendo de los análisis pertinentes en materia de técnica jurídica, es prácticamente imposible, desde un punto de vista práctico, determinar el alcance de una obligación tan general como “*estimular el desarrollo empresarial*”. En efecto, en una época en la que el mundo no se ha puesto de acuerdo sobre el modelo económico más adecuado para la promoción del desarrollo empresarial, difícilmente podría decirse qué actividades estatales son necesarias o, más aún, están encaminadas a dar el estímulo ordenado por la constitución.

Así, podría argumentarse que la manera más adecuada para promover el desarrollo empresarial es la reimplantación de las políticas cepalinas de sustitución de importaciones, cerrando la economía para que las empresas nacionales, libres de competencia extranjera, se vean estimuladas en su desarrollo. O podría sostenerse, siguiendo la más pura línea keynesiana, que la manera más acertada de promover el desarrollo empresarial es incrementar significativamente el gasto público, para así lograr que el aumento de dinero circulante en la economía estimule el desarrollo empresarial (quienes escriben estas líneas están seguros de que las anteriores propuestas recibirían ferviente apoyo de algunos de nuestros actuales y futuros legisladores). Sin embargo, al amparo de la norma constitucional en cuestión, también sería posible, simultáneamente, considerar que la manera más adecuada de promover el desarrollo empresarial consiste en abrir la economía para que la competencia extranjera sea la que promueva el desarrollo empresarial y que la reducción del déficit fiscal y la inflación por la vía del recorte del gasto público contribuyen a generar un clima económico apto para el tal desarrollo. Así pues, es claro que la amplitud y generalidad del texto constitucional pueden conducir, como en otros casos, a la imposibilidad de aplicarlo en la práctica.

Más aún, el “*estímulo del desarrollo empresarial*” puede chocar con otros derechos protegidos constitucionalmente. Así, para citar solamente un ejemplo, la obtención de los recursos requeridos para financiar la educación y la seguridad, en ambos casos en cumplimiento de mandatos constitucionales<sup>167</sup>, necesariamente realizada por vía de impuestos, podría perjudicar el desarrollo empresarial en la medida en que imponga cargas económicas excesivas a los empresarios. Y, perjudicado el desarrollo empresarial, ¿No se atenta contra el derecho fundamental al trabajo<sup>168</sup> de los trabajadores que pierdan sus puestos de trabajo o dejen de tener acceso a nuevas plazas? ¿Cómo conciliar, entonces, los distintos mandatos constitucionales? Bien sea por la vía jurisprudencial o por la vía de la reforma constitucional, los interrogantes planteados requieren pronta respuesta.

### 6.3 LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y LA LIBERTAD DE EMPRESA

Una de las principales características de la Constitución Política colombiana expedida en 1991 es su carácter marcadamente garantista. Lo anterior por cuanto la Constitución de 1991 hace un gran énfasis en la protección de los derechos y libertades individuales, usando para ello tres mecanismos principales, a saber: (i) la consagración constitucional de nuevos derechos, (ii) la creación de nuevas formas de protección de los derechos consagrados (siendo el más importante de ellos la acción de tutela) y (iii) la restricción significativa de las posibilidades de limitación de tales derechos por parte del Estado. La distancia con la carta política de 1886 es, en ese aspecto, notable, por cuanto dicho cuerpo normativo consagraba un número mucho menor de derechos, adolecía de instrumentos eficaces de protección de los mismos y, particularmente después de las sucesivas reformas que se le hicieron y, en especial, después de la reforma de 1968<sup>169</sup>, concentraba notoriamente el

---

<sup>167</sup> Constitución Política: Artículo 48, Inciso Segundo: Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social; Artículo 67. La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social (...)

<sup>168</sup> Constitución Política, Artículo 25: El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

<sup>169</sup> Uno de los efectos más notables del Acto Legislativo 1 de 1968, al margen de los juicios de valor que sobre el mismo puedan hacerse, fue la concentración de poder en el ejecutivo, ya notoria desde la concepción misma de la constitución de 1886. Así, con la aprobación de dicho acto legislativo, se otorgó la dirección del gasto público al ejecutivo, se redujo el margen de maniobra del legislativo en relación con el control de los

poder del Estado en el ejecutivo, con el consecuente desbalance efectivo entre los derechos del ciudadano y las potestades estatales.

Dicho lo anterior, preciso es también anotar que, en lo que se constituye un límite efectivo a la ampliación del catálogo de derechos, la Constitución de 1991 define al Estado colombiano como un *Estado Social de Derecho*. En efecto, tal como se ha tratado en capítulos anteriores del presente trabajo, el hecho de que el Estado colombiano tenga, por virtud de la carta política, el carácter de *social*, hace que su funcionamiento y operación deban tener en cuenta la protección del interés colectivo por encima del interés individual. La interpretación de tal postulado ha derivado en lo que se ha convertido prácticamente en un axioma del derecho constitucional colombiano, cual es la consabida frase que reza “*No hay derechos absolutos*”.

En adición a tal limitación general, el inciso tercero del artículo 333 de la Constitución Política le asigna a la empresa, como ocurre con la propiedad, una “*función social que implica obligaciones*”.

Así pues, el análisis del tratamiento de la libertad de empresa debe hacerse desde la perspectiva de las dos realidades constitucionales mencionadas: el espíritu garantista de la constitución nacional, y el carácter *social* del Estado Colombiano, conjuntamente con la “*función social*” de la empresa.

---

decretos expedidos por el ejecutivo en uso de facultades extraordinarias, se consagró la iniciativa privada del ejecutivo en materia de leyes-cuadro o marco en ciertas materias, se amplió el plazo para que el ejercicio del derecho de objeción de proyectos de ley por parte del Presidente, se otorgó al ejecutivo la facultad de aprobar mediante decreto normas con contenido específico que no hubieran sido aprobadas por el Congreso en la respectiva legislatura y se creó la figura de la emergencia económica como nueva forma de estado de excepción, que permitía al Presidente tomar toda clase de medidas económicas sin la intervención del Congreso. Aunque no fueron los anteriores los únicos cambios introducidos en la Constitución por el acto legislativo en cuestión (el Acto Legislativo 1 de 1968 contaba con un total de 77 artículos, abarcando temas relacionados con los poderes del ejecutivo, la composición, operación y elección del Congreso, el régimen territorial y la intervención del Estado en la economía), son los más relevantes en materia de poderes del ejecutivo.

La Constitución de 1991 consagra dos libertades particulares que son relevantes para el presente análisis, que para efectos del mismo denominaremos *libertades de contenido económico*: la libertad de escoger profesión u oficio, consagrada en el artículo 26 de la carta, y la libertad económica, consagrada en el artículo 333 de la misma.

6.3.1 La libertad de escoger profesión u oficio. Una de las más importantes conquistas del pensamiento occidental de la posrevolución francesa es, sin duda, el afianzamiento de la libertad del individuo de escoger su profesión u oficio. En efecto, pocas libertades son tan caras al espíritu del ser humano como la libertad de escoger su propio destino, que es, en última instancia, la libertad que se protege cuando se protege la libertad de profesión u oficio.

Para el derecho mercantil, la libertad de escoger profesión u oficio tiene la importancia de ser el punto de partida para todas las libertades que hemos denominado *libertades de contenido económico*. Lo que en un inicio fue la libertad para el individuo de escoger la actividad que más satisfacía sus necesidades personales se ha convertido en una serie de libertades que permiten que el individuo determine libremente, dentro de los límites establecidos por las normas aplicables, qué tipo de actividad económica va a desarrollar y, lo que es tal vez más relevante, ponga en práctica dicha determinación. La libertad de escoger profesión y oficio debe ser entendida, entonces, como una libertad que protege el fuero estrictamente privado del individuo, mientras que las libertades económicas que de ella se han derivado son libertades que protegen el ejercicio de dicha libertad en cuanto es ejercida frente a la sociedad. En otras palabras, las *libertades de contenido económico* protegen, simultáneamente, una libertad individual en estricto sentido y, a su vez, una libertad de interacción social.

Curiosamente, y en una precisión que es pertinente a la luz de la importancia que la libertad de escoger profesión u oficio para el derecho comercial moderno, el ejercicio del comercio en occidente, en sus fases iniciales, estaba restringido por el hecho de que sólo los

miembros de las denominadas *Corporaciones de Mercaderes*<sup>170</sup> estaban facultados para ejercer el comercio. Así, la posibilidad de ejercer el comercio, una actividad liberal por excelencia, era determinada por el acceso a dichas *Corporaciones*, en lo que hoy sería considerado una práctica ciertamente restrictiva y atentatoria contra numerosas libertades ampliamente reconocidas. En un giro que muestra, a la vez, el avance que se ha logrado en la materia y los rezagos que de las antiguas tradiciones aún persisten, los comerciantes modernos –en sistemas como el nuestro- no requieren autorización para el ejercicio del comercio, pero están aún obligados a registrarse<sup>171</sup> ante organismos que llevan el registro pertinente, en lo que se ha denominado el *registro mercantil*.

Hecha tal aclaración, es necesario mencionar el hecho de que la libertad de escoger profesión u oficio no es una novedad en nuestro ordenamiento constitucional. En efecto, ya en 1936, por medio del artículo 15 del Acto Legislativo 1 de ese año, que modificó el artículo 39 de la carta entonces vigente, se garantizó tal derecho, de la siguiente manera:

*“Artículo 39. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones.*

*"Las autoridades inspeccionarán las profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas.*

*"La ley podrá restringir la producción y el consumo de los licores y de las bebidas fermentadas.*

*"También podrá la ley ordenar la revisión y la fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transportes o conducciones y demás servicios públicos."*

---

<sup>170</sup> MADRIÑÁN, Op. cit., p. 7

<sup>171</sup> En el sistema colombiano, el registro adopta la forma de matrícula y conlleva la pertenencia del comerciante a la respectiva Cámara de Comercio, de acuerdo con lo estipulado por el artículos 19 (numeral 1) y 26 al 47 del Código de Comercio.

Nótese cómo el constituyente de 1936, al establecer la garantía constitucional de protección de la libertad de escogencia de profesión u oficio, determinaba al mismo tiempo una serie de límites para la misma, en particular en lo relacionado con (i) la reglamentación de las profesiones y la exigencia de títulos de idoneidad, (ii) la inspección estatal en materia de moralidad, seguridad y salubridad públicas, (iii) producción y consumo de licores y (iv) revisión y fiscalización de las tarifas y reglamentos de los servicios públicos. Dicha restricción tiene sentido si tiene en cuenta que el espíritu que orientaba la reforma constitucional de 1936 era la conducción del Estado hacia una orientación de carácter social, en línea con las ideas de Leon Duguit y, consecuentemente, el aumento de las facultades de intervención del Estado, con el fin de hacer efectiva dicha orientación.

El texto en cuestión se mantuvo hasta la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, en la que el Constituyente reiteró la protección a la libertad de escoger profesión u oficio, en el artículo 26 de la carta, cuyo texto es del siguiente tenor:

*“Artículo 26.—Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquéllas que impliquen un riesgo social.*

*Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles.”*

Lo primero que hay que anotar es que, siendo la enunciación básica de la libertad consagrada (“*Toda persona es libre de escoger profesión u oficio*”) idéntica en los textos de 1936 y 1991, las limitaciones a dicha libertad en la Constitución de 1991 parecen ser menores que las impuestas por el Constituyente de 1936. Así, la libertad consagrada en el

artículo 26 de la Constitución Política de 1991 está limitada únicamente por (i) la exigencia de títulos de idoneidad, (ii) la inspección y vigilancia del ejercicio de las profesiones y (iii) el riesgo social.

Pertinente es traer a colación, con el fin de precisar el sentido de dichos límites, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que en sentencia T-610 de 1992, aclara lo siguiente:

*“También, se entiende por Libertad de Trabajo, de acuerdo con la Carta, una expresión voluntaria de la personalidad no sometida a dominio o imposición ni del Estado ni de los particulares y, en rigor, se contrae a la categoría jurídica de la Libertad de escoger o elegir libremente la profesión, el arte, la ocupación o el oficio, que es distinta de la de su ejercicio según las voces de los artículos 25 y 26.*

*En efecto, mientras sobre el ejercicio de las profesiones caben limitaciones por las autoridades competentes, al poderse exigir títulos de idoneidad por la formación académica y al estar sometido a la vigilancia de las mismas, la elección de aquellas no puede someterse a reglas distintas de las propias de la organización académica y administrativa.*

*Ahora bien, es preciso examinar lo correspondiente al ejercicio de las artes, las ocupaciones y los oficios que no exigen formación académica, puesto que según las expresiones de la Carta éste puede limitarse en caso de que implique riesgo social. Aunque la Constitución establezca en el último inciso del Artículo 26 que el ejercicio de las profesiones es libre, los términos de este específico enunciado normativo deben interpretarse en el sentido de que la voluntad del Constituyente no se dirige a garantizar de modo absoluto su práctica en todo momento y lugar, ni su goce arbitrario o contra derecho, desprovisto de las regulaciones que impone la sociedad en general.*

*Para la Corte Constitucional el libre ejercicio de las ocupaciones, artes y oficios que asegura la Carta debe entenderse en el sentido que indica que si aquellos son de los que requieren formación académica, la ley bien puede exigir títulos de idoneidad, y las autoridades competentes podrán inspeccionarlos y vigilarlos de modo ordinario, continuado y permanente; también, el artículo 26 que se analiza permite que las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica sean ejercidos libremente, salvo cuando aquellas impliquen un riesgo social, caso en el cual pueden establecerse limitaciones relacionadas con dicho riesgo. Lo anterior no significa que las ocupaciones, artes y oficios que no requieran formación académica y que no impliquen riesgo social según la definición que de éste haga la ley, puedan ejercerse en todo tiempo y lugar con independencia del derecho ajeno, de los intereses generales de la sociedad y de las demás regulaciones jurídicas vigentes dentro del Estado. El "libre ejercicio" de estos significa que si no son de los que exigen formación académica, las autoridades no pueden exigir título de idoneidad, y que si no implican riesgo social no pueden ser inspeccionados o vigilados de modo ordinario, continuado y permanente por las autoridades, empero, siempre deben ejercerse como se ha señalado, dentro de los límites generales del ordenamiento jurídico y de los derechos de los demás.”(subrayas y negrillas en el texto original)*

Por último, sobre el contenido y alcance de la libertad de escoger profesión u oficio, necesario es hacer referencia a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que en sentencia T-475 de 1992 precisó:

*“El artículo 26 de la Constitución protege la libertad individual de escoger profesión u oficio, derecho éste de particular importancia en el contexto de la sociedad moderna, fundada en la división del trabajo. Toda persona tiene derecho a escoger una actividad para la cual se sienta preparado, haciendo de ella parte esencial de su vida. El artículo 26 más que asegurar la libre contratación, busca*

*proteger toda modalidad de trabajo económicamente significativo, en particular aquél practicado como "vocación".*

*La libertad de escoger profesión u oficio constituye un límite para el legislador. La ley puede regular su práctica, más no le es lícito regular su escogencia. Esta distinción tiene especial aplicación respecto de las profesiones, cuyo ejercicio puede ser objeto de las competencias administrativas de inspección y vigilancia, así como de las ocupaciones, artes u oficios que pueden verse afectados por la intervención del Estado en diversos campos de la vida económica y social.*

*Tradicionalmente, los oficios son fruto de la experiencia laboral y de un saber práctico. La dinámica económica de la sociedad supone el ejercicio libre de las ocupaciones, artes y oficios. Al legislador, y más aún a la administración, les está vedado restringir la libre escogencia de los oficios, salvo para prevenir aquellos socialmente riesgosos.*

*La explotación de una empresa comercial puede dar lugar en ocasiones a la configuración de un verdadero oficio, lo cual no significa que las empresas no empleen ni necesiten de profesionales y que éstos no dirijan o ejerzan la actividad comercial. Los oficios, entendidos como las actividades que identifican a las personas en la sociedad, en contraposición a las profesiones, no exigen formación académica y, por lo tanto, son libres, salvo aquellas que impliquen un riesgo social (CP art. 26).*

*La escogencia de un oficio es una libertad civil de primer orden. Esta libertad constituye un derecho fundamental de aplicación inmediata que vincula a todas las autoridades. La libertad de opción para ocuparse en una determinada actividad o curso de acción es una manifestación específica del derecho al libre desarrollo de la personalidad y, como tal, goza de una doble protección como derecho a la*

*autodeterminación laboral y como derecho a desarrollar libremente las vocaciones, aptitudes o habilidades personales.”*

Vistas las consideraciones de la Corte Constitucional, es posible alcanzar dos conclusiones fundamentales. La primera de ellas es que la actividad del comerciante, en la óptica de la Corte, constituye un oficio más que una profesión<sup>172</sup> y, por tanto, no está sometida a restricciones en cuanto a su ejercicio, salvo aquellas derivadas de las actividades que puedan implicar un riesgo social. En otras palabras, es posible concluir que, dado que el comercio no es una profesión regulada, su ejercicio no está sometido, salvo algunas excepciones, a requisitos particulares en materia de autorización estatal.

La segunda tiene que ver con el hecho de que la libertad de ejercicio del comercio es, por virtud de lo estipulado por el artículo 26 de la constitución política, parcial. Así, en lo que es tal vez el ejemplo más relevante de actividad mercantil regulada, el ejercicio de la actividad financiera está supeditado a la autorización que el Estado otorgue para tal efecto. El comerciante del sector financiero, a diferencia de sus pares en sectores distintos, necesita obtener de las autoridades estatales – en particular, de la Superintendencia Bancaria – una autorización de constitución para la sociedad a través de la cual ejercerá la actividad financiera y, adicionalmente, un certificado de autorización para el ejercicio de la actividad en cuestión. Amén de lo anterior, el Estado ha impuesto severos límites al ejercicio de ciertas actividades comerciales, tales como la producción de bebidas alcohólicas –por motivos rentísticos- y la producción y comercialización de armas de fuego – por motivos de seguridad-, en lo que se constituye en una demostración adicional de los límites impuestos a la libertad de ejercicio del comercio.

---

<sup>172</sup> Al respecto, sin embargo, es pertinente anotar que la visión de la Corte Constitucional parece contradecir la orientación del Código de Comercio, por cuanto dicho estatuto considera que son comerciantes quienes “(...) profesionalmente se ocupan de alguna de las actividades que la ley considera mercantiles (...)” (Código de Comercio, artículo 10. Subrayado fuera del texto original), orientación que ha sido acogida de manera mayoritaria por la doctrina nacional.

6.3.2 La libertad económica. La consagración de la libertad económica como un derecho particular e independiente es relativamente reciente. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, realizada por la Asamblea Nacional francesa el 26 de agosto de 1789, traducida al castellano por Antonio Nariño y, por esa vía, fuente de nuestro más temprano constitucionalismo, no hacía ninguna referencia a tal derecho. Aún después de ser superados los devaneos constitucionales del siglo XIX, al redactarse la Constitución de 1886 no se contempló la libertad económica como un derecho especial. Pasada la Segunda Guerra Mundial, con todos sus horrores y atrocidades, la Asamblea General de las Naciones Unidas publicó, el 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la que tampoco se hacía referencia a la libertad económica<sup>173</sup>.

Al respecto, es necesario aclarar que la falta de consagración específica de la libertad económica no obedecía necesariamente a una falta de protección de la misma. En efecto, los primeros desarrollos globales al respecto tendían a incluir la libertad económica dentro de la libertad de escoger profesión u oficio<sup>174</sup>, esta sí consagrada en el artículo 39 de la Constitución de 1886 y en el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano<sup>175</sup>. Dicha aproximación a la libertad económica tiene sentido si se tiene en cuenta que, como se mencionó anteriormente, no fue sino hasta bien entrado el siglo XX que la concepción estrictamente individualista de los derechos del hombre empezó a desplazarse hacia órbitas más cercanas a los intereses sociales; desde la promulgación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la

---

<sup>173</sup> Al respecto, vale la pena anotar que el hecho de haberse producido tal declaración en el marco de la creciente confrontación entre occidente y la Unión Soviética, con su economía estrictamente centralizada y estatizada, tuvo, sin lugar a dudas, notoria influencia en el contenido de la declaración en cuestión. Cabe preguntarse cuál habría sido la faz de la misma –por lo menos en lo relacionado con la libertad económica– sin la Unión Soviética en el panorama.

<sup>174</sup> En tal sentido se pronunció la Corte Constitucional, en sentencia T-425 de 1992: “La Carta de 1886 no consagró expresamente esta libertad. Su existencia se infería del contenido del artículo 39 sobre libertad de trabajo”.

<sup>175</sup> Más aún, hay quienes consideran, como el doctor Gustavo Zafra Roldán, en su obra “El Derecho a la Constitución” (Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Colección Profesores No. 25, Primera Edición, 1998), que la libertad de empresa estaba ya consagrada implícitamente por el antiguo texto del artículo 32 de la carta, por cuanto la facultad de intervenir en la explotación de industrias o empresas públicas o privadas, consagrada en dicha norma, implicaba necesariamente el reconocimiento de la libertad de empresa.

concepción de la protección de los derechos se centraba en el núcleo fundamental de los derechos del individuo, esto es, la vida, la libertad física, la libertad de expresión, de opinión y de culto, la presunción de inocencia, etc.

Con el desarrollo de la doctrina constitucional, durante la segunda mitad del siglo XX fueron apareciendo en el panorama global los denominados derechos de segunda (derechos económicos, sociales y culturales) y tercera generación (derechos colectivos y del ambiente). Fue en ese contexto que se promulgó el Acto Legislativo 1 de 1968, por virtud del cual, entre otras modificaciones, se reformó el texto del artículo 32 de la carta política, consagrando expresamente lo que hoy conocemos como “Libertad de Empresa y de Iniciativa Privada”, al adoptar el siguiente texto para la norma constitucional en cuestión:

*“Artículo 32. Se garantizan la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral.*

*Intervendrá también el Estado por mandato de la ley, para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales, dentro de una política de ingresos y salarios, conforme a la cual el desarrollo económico tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad y de las clases proletarias en particular.”<sup>176</sup>*

Así pues, el constituyente de 1968 consagró expresamente, por primera vez en la historia constitucional colombiana, la libertad económica o de empresa como derecho y, a la vez, como garantía. Vale agregar que, simultáneamente con su consagración, le fueron impuestos a la libertad de empresa varios límites, que serían de gran relevancia en su génesis posterior. Así, la libertad de empresa, tal como se consagró en 1968, estaba

---

<sup>176</sup> Acto legislativo número 1 de 1968. Artículo 6.

limitada, a nivel general, por el *bien común* y, específicamente, por la búsqueda del *desarrollo integral*, la *justicia social* y el *mejoramiento de las clases proletarias*.

Con la promulgación de la Constitución Política de 1991, la libertad económica conservó su recientemente adquirido nivel constitucional, aunque con variaciones significativas frente al texto del artículo 32 de la anterior carta política. El texto aprobado por el constituyente de 1991, es el siguiente:

*“Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.*

*La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.*

*La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.*

*El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.*

*La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”*

Con el fin de lograr un cabal entendimiento de la norma citada, es necesario profundizar sobre varios aspectos de la misma.

El primero de ellos tiene que ver con la noción misma de la libertad económica consagrada por la Constitución Política. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia T-425 de 1992 se pronunció en el siguiente sentido:

*“La libertad económica ha sido concebida en la doctrina como una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio.”*

Sobre el particular, además de la consideración que hace la Corte en relación de la libertad económica como facultad que tiene toda persona, es necesario resaltar como dicha corporación incluye dentro de dicha libertad el ánimo de lucro que oriente la actividad económica, esto es, para la Corte Constitucional es claro que la libertad económica tiene como contenido esencial la posibilidad que tienen los particulares de lucrarse de las actividades que, por virtud de dicha libertad, pueden emprender.

El segundo aspecto del artículo 333 que requiere mayor profundización es el de los límites que la norma le impone a la libertad que consagra. De acuerdo con la norma citada, la libertad de empresa está limitada (al igual que en el artículo 32 de la Constitución Política de 1886, modificado por el artículo 6º del Acto Legislativo 1 de 1968) por el bien común, a nivel general. Adicionalmente, la libertad de empresa está limitada por la *función social* de la empresa, por el *interés social*, por el *ambiente* y por el *patrimonio cultural de la Nación*.

En lo tocante a la *función social* de la empresa, entendida como una limitación al ejercicio de la libertad económica, vale decir que el análisis de dicha función para efectos de la determinación de los límites al ejercicio de la propiedad privada, realizado en profundidad en el capítulo pertinente del presente trabajo, es válido para determinar su efecto en la empresa, en cuanto propiedad. Así, la *función social* de la empresa puede ser entendida como otra manifestación social de la *función social* de la propiedad.

En lo relacionado con los demás límites, se ha pronunciado la Corte en repetidas ocasiones, como en el caso de la sentencia T-425 de 1992 (previamente citada), o en el caso de la sentencia T-251 del 30 de junio de 1993, en la que dicha corporación se pronunció en el siguiente sentido:

*“La libertad económica reconocida a los particulares, les permite perseguir su beneficio particular y la utilización de los recursos del país, dentro de los límites del bien común. El sistema económico consagrado en la Constitución parte de la premisa de que la empresa, reunión simbiótica de capital y de trabajo, es la base del desarrollo y del bienestar. La opción por la empresa y la consiguiente aceptación de la dinámica de la razón económica y del capital, no pueden sin embargo terminar por cosificar al hombre y avasallar el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (CP art. 333). Para evitar la superación de estos límites, se ha confiado a la Ley la delimitación del alcance de la libertad económica.”*

Sobre el medio ambiente y el patrimonio cultural como límites a la empresa, se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia T-411 de 1992, considerando que:

*“Para esta Sala de Revisión, la protección al ambiente no es un "amor platónico hacia la madre naturaleza", sino la respuesta a un problema que de seguirse agravando al ritmo presente, acabaría planteando una auténtica cuestión de vida o muerte: la contaminación de los ríos y mares, la progresiva desaparición de la fauna y la flora, la conversión en irrespirable de la atmósfera de muchas grandes ciudades por la polución, la desaparición de la capa de ozono, el efecto invernadero, el ruido, la deforestación, el aumento de la erosión, el uso de productos químicos, los desechos industriales, la lluvia ácida, los melones nucleares, el empobrecimiento de los bancos genéticos del planeta, etc., son cuestiones tan vitales que merecen una decisión firme y unánime de la población mundial. Al fin y al cabo el patrimonio natural de un país, al igual que ocurre con*

*el histórico - artístico, pertenece a las personas que en él viven, pero también a las generaciones venideras, puesto que estamos en la obligación y el desafío de entregar el legado que hemos recibido en condiciones óptimas a nuestros descendientes.”*

Sin embargo, con el fin de aclarar el alcance de las restricciones a la libertad económica, la Corte Constitucional nos recuerda, en sentencia T-425 de 1992, que dichas restricciones deben estar expresamente autorizadas en la ley:

*“Por expreso mandato de la Ley Fundamental vigente, estas limitaciones a la libertad económica sólo puede establecerlas el Congreso, como quiera que ellas desbordan el marco propio del orden público cuyo mantenimiento corresponde a las autoridades de policía, por las razones que atrás hemos señalado.*

(...)

*En virtud de todo lo anterior esta Corte concluye que las limitaciones a la libertad económica deben estar hoy, más que nunca, expresamente autorizadas por la ley, comoquiera que el Constituyente de 1991 quiso de manera clara y expresa no sólo ampliar su ámbito sino rodearla de las garantías necesarias para su ejercicio. En consecuencia, en la misma proporción en que se ha ampliado el ámbito de la libertad aludida, se ha reducido proporcionalmente el ejercicio del poder de policía en el contexto específico de la actividad económica.”*

Por último, la lectura del texto del artículo 333 de la Constitución Política permite concluir<sup>177</sup> que éste contiene dos libertades claramente identificables, a saber, la libertad de empresa propiamente dicha<sup>178</sup>, tal como aquí se ha analizado, y la libertad de competencia.

---

<sup>177</sup> Siguiendo a André de Laubadere y Pierre Devole, en su obra *Droit Public Economique* (Précis Dalloz, Quatrième édition, p. 192, citados por ANGARITA BARON, Ciro, en el ensayo titulado “La Libertad Económica en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional: Aproximación Fugaz”, incluido en *Constitución Económica Colombiana. Primera Edición. El Navegante Editores. Bogotá, 1996, p. 170).*

Frente a la libertad de competencia, antes de entrar en su análisis más detallado, necesario es precisar que la competencia, como fenómeno, está en el corazón mismo del derecho mercantil. En palabras de Ascarelli, *“La teoría jurídica de la concurrencia, o, si se prefiere, la disciplina jurídica especial de la concurrencia, constituye, a mi juicio, parte esencial de una exposición del derecho mercantil en el que por demás entra tradicionalmente...”*<sup>179</sup>.

Hecha la anterior consideración, y adentrándonos en el estudio de la regulación constitucional en materia de competencia, es necesario citar el artículo 333 de la Constitución, el cual determina que *“La libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades”*.

La redacción de la norma plantea un problema inicial, al referirse a la libre competencia como un derecho de todos: ¿Es el derecho a la libre competencia un derecho subjetivo? La respuesta, a juicio de la Corte Constitucional, es la formulada en su sentencia C-535 de 1997, en la cual se pronunció en el siguiente sentido:

*“La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados.”*

---

<sup>178</sup> Hay quienes consideran que dicha libertad comprende también la libertad de escoger profesión u oficio. Aunque tal posición no carece de sentido lógico, hemos preferido analizarla separadamente, obedeciendo a la separación que de ambas libertades hace la Constitución Política.

<sup>179</sup> ASCARELLI, Tullio. Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales. Editorial Bosch. Barcelona, 1970, p. 47.

Así, preliminarmente, es posible concluir que la Corte Constitucional considera que el derecho a la libre competencia es, efectivamente, un derecho subjetivo, a la vez que un parámetro de conducta. Lo anterior, no obstante, no parece ser del todo claro cuando, en la misma providencia, la Corte Constitucional señala:

*“El objeto tutelado por la Constitución es el proceso mismo de competencia, con independencia de los competidores, sean éstos grandes o pequeños. De ahí la importancia de que el análisis de las medidas legales tome en consideración las condiciones y el contexto reales que en un momento dado se dan en cada uno de los mercados, si en verdad ellas se proponen, como debe serlo, obrar sobre sus fallas estructurales o dinámicas a fin de restablecer o instaurar un margen adecuado de elasticidad y desconcentración.”*

Armonizar las dos posiciones, separadas tan sólo por un párrafo, no carece de dificultad. ¿Cómo entender que la Constitución consagra un derecho individual pero, a la vez, tutela el proceso de competencia “...con independencia de los competidores...”? En opinión de quienes escriben estas líneas, si se entiende que el bien jurídicamente tutelado por la Constitución es el proceso de competencia, con independencia de los competidores, no es posible sostener, simultáneamente, que el derecho a la libre competencia es un derecho individual. Más aún, de aceptarse que lo que tutela la Constitución es la competencia como proceso, forzosamente habría de admitirse que el particular que desee proteger su derecho a competir no podría hacerlo directamente, sino (i) demostrando que el proceso de competencia está siendo afectado o (ii) demostrando que la vulneración de su derecho a competir vulnera el derecho constitucional a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Carta. Así pues, a fuerza ha de concluirse que es necesario aclarar la interpretación que nuestro tribunal constitucional ha hecho del derecho a la libre competencia.

#### 6.4 LA IMPORTANCIA DE LAS LIBERTADES DE CONTENIDO ECONÓMICO PARA EL DERECHO COMERCIAL

Las libertades de contenido económico pueden ser ubicadas en el corazón mismo del derecho comercial. Lo anterior por cuanto, tanto la libertad de escoger profesión u oficio como la llamada libertad económica, que contiene la libertad de empresa y la libertad de competencia, son presupuestos esenciales para el ejercicio del comercio moderno. En efecto aunque en épocas remotas el comercio haya sido ejercido con ciertas restricciones que hoy habrían sido inaceptables (e.g. la necesidad de pertenecer a una corporación de mercaderes para poder ejercer el comercio en la Europa medieval y renacentista o las prácticas comerciales de la *Standard Oil Company* en los Estados Unidos de América antes de la intervención de la *Federal Trade Comission*), lo cierto es que hoy todas las libertades protegidas por la Constitución Política se consideran esenciales para el ejercicio del comercio.

Sin perjuicio de lo anterior, hay dos puntos particulares en los que el nuevo ordenamiento constitucional se cruza con el ordenamiento comercial, que merecen mayor comentario.

El primero de ellos es el relacionado con la concepción de empresa. Tanto el ordenamiento mercantil como el ordenamiento constitucional se pronuncian al respecto. Para el Código de Comercio, tal como ya se estudió en el presente capítulo, la empresa es “...*toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.*”

Tal definición, sin entrar en contradicción con los preceptos constitucionales, requiere, sin embargo, armonización con los mismos. Si, como se ha mencionado en este estudio, la empresa está limitada en sus derechos y libertades por la función social que le es propia, necesario es concluir que la actividad económica a la que se refiere el Código de Comercio, así como los establecimientos de comercio a través de los cuales se realizan, tienen que

obedecer a la función social de la empresa. Así, al natural ánimo de lucro que orienta la labor del empresario, necesario es sumarle las consideraciones propias de la función social que tiene la empresa. Ello, sin necesidad de mayores profundizaciones, por haber sido tratado extensamente en el capítulo relativo a la propiedad, puede conducir a la conclusión según la cual la empresa tiene, como parte de su función social, la función de generar empleo.

Más aún, prescindiendo de tal posición, sin duda controversial entre muchos de nuestros iusprivatistas, difícil sería discutir en este momento de la historia –aún si la Constitución Política no hiciera referencia expresa al respecto- que la función social de la empresa comprende, sin lugar a dudas, la protección del medio ambiente.

El segundo punto es el que se relaciona con el derecho de la competencia. Al respecto, es necesario tener en cuenta, como punto de partida, que el derecho de la competencia es una de las áreas medulares del derecho comercial moderno. Lo anterior por cuanto es la competencia en el mercado la que determina, en última instancia, el éxito de cualquier iniciativa comercial. Siendo claro que la actividad comercial tiene como fin esencial el lucro, más lo es que la regulación de las normas que determinan los parámetros de conducta para la obtención de dicho lucro es de vital importancia para la marcha del comercio.

Dicho lo anterior, necesario es decir que, aunque las normas que actualmente regulan la competencia en Colombia no están contenidas directamente en el Código de Comercio<sup>180</sup>, su contenido e interpretación está directamente relacionado con la delimitación que del derecho a la competencia haga la constitución. Dado que, tal como se ha discutido en este capítulo, la jurisprudencia constitucional no ha contribuido en mucho a la claridad del debate, es claro que, para que podamos contar con una regulación que satisfaga las necesidades nacionales en materia de competencia, es urgente buscar una mayor claridad en los pronunciamientos de la Corte Constitucional. Lo anterior permitirá, sin duda, contribuir

---

<sup>180</sup> A pesar de que el Código de Comercio no regula directamente la competencia, necesario es anotar que, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 19 del Código de Comercio, en su numeral 6, una de las obligaciones de los comerciantes es “Abstenerse de ejecutar actos de competencia desleal”.

a afianzar la tantas veces mentada “seguridad jurídica”, requisito indispensable para el crecimiento estable del comercio en Colombia.

## 7. LA PROTECCION DE LA INFORMACIÓN

### 7.1 LA INFORMACIÓN Y EL COMERCIO

El fin último de todo comerciante y, a la vez, la razón de ser del comercio mismo como fenómeno es, en cualquiera de sus múltiples formas, el lucro. De ahí que la actividad concurrencial sea connatural para el comerciante, como se mencionaba en capítulos anteriores, por cuanto es a través de ella que, en última instancia, se decide quién se beneficia en mayor proporción de su propia actividad comercial o, en otras palabras, quién se lucra en mayor medida. Por tanto, siendo la mencionada actividad concurrencial el medio por el cual se llega al lucro, las herramientas con las que cuente el comerciante para afrontar dicha actividad son críticas para el éxito en su enfrentamiento con sus competidores. Es en esta faceta que la información empieza a mostrar su importancia para el comerciante.

“Quien tiene la información tiene el poder”. La famosa frase es especialmente cierta para la guerra y para el comercio (que no deja de ser otra forma de guerra, como repetidamente nos lo muestra la historia). En lo que es relevante para efectos del presente estudio, es claro que la información es una de las herramientas más útiles en la lucha por el éxito comercial. En tanto un comerciante posea información acerca de sus potenciales clientes, el mercado en el que trabaja y –especialmente- de sus competidores, tendrá más posibilidades de triunfo. Por lo mismo, la protección de la información es crítica para los comerciantes, en la medida en que (i) garantiza el mantenimiento de las ventajas que se poseen y (ii) niega a los competidores la obtención de ventajas para sí mismos. Así, la primera faceta en la que la información muestra su importancia es como instrumento de competencia.

Adicionalmente, la información es de particular relevancia para el comerciante en el marco de sus relaciones con las autoridades estatales de la (o las) jurisdicciones en las que ejerce

su actividad mercantil. En efecto, si hay una constante histórica en el ejercicio del comercio es la permanente tensión Estado-comerciante: mientras que el comerciante siempre busca más libertad y más protección a la información que le es vital, el estado siempre tiende a aumentar su poder regulador e inquisidor. Para citar sólo algunos ejemplos, se puede mencionar la intervención de la *Federal Trade Commission* –al inicio del siglo XX- para dividir la *Standard Oil Company* y las sociedades bajo su control, las sanciones impuestas a *Microsoft Corporation* por el Directorio General de Competencia de la Unión Europea o la creciente tendencia hacia la ruptura del denominado *velo corporativo* y el fenómeno del *disregard*. Aunque los ejemplos citados tratan aspectos distintos de la actividad mercantil – desde la competencia hasta el control societario– la constante en todos es el enfrentamiento entre el ímpetu comercial y el afán regulatorio y de intervención del Estado.

Así, la segunda faceta de la información que es de relevancia para el comerciante es la protección de la misma frente a la intervención estatal y, en otra cara de la misma moneda, la delimitación clara de las facultades de inspección del Estado.

## 7.2 LA PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN EN EL DERECHO MERCANTIL VIGENTE

Ambas facetas ((i) la protección de la información del comerciante frente a los competidores y (ii) la protección de la información del comerciante frente al Estado) han sido tratadas por el derecho mercantil. La protección de la información de los comerciantes frente a sus competidores está consagrada de manera específica en las normas relacionadas con la competencia desleal<sup>181</sup> y, de manera más amplia, en los artículos 61 y 62 del Código de Comercio, cuyo texto es del siguiente tenor:

---

<sup>181</sup> Ley 256 de 1996. Artículo 16: “Violación de secretos. Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de algunas de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el artículo 18 de esta ley.

Tendrá así mismo la consideración de desleal, la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan.

*“ARTÍCULO 61.—Los libros y papeles del comerciante no podrán examinarse por personas distintas de sus propietarios o personas autorizadas para ello, sino para los fines indicados en la Constitución Nacional y mediante orden de autoridad competente.*

*Lo dispuesto en este artículo no restringirá el derecho de inspección que confiere la ley a los asociados sobre libros y papeles de las compañías comerciales, ni el que corresponda a quienes cumplan funciones de vigilancia o auditoría en las mismas.*

*ARTÍCULO 62.—El revisor fiscal, el contador o el tenedor de los libros regulados en este título que violen la reserva de los mismos, será sancionado con arreglo al Código Penal en cuanto a la violación de secretos y correspondencia, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias del caso.”*

Más aún, necesario es mencionar que el celo del legislador en la protección de la información del comerciante es de tal intensidad que llega incluso a afectar la órbita interna de la sociedad. Lo anterior se evidencia por el hecho de que el derecho de inspección, privilegio del que gozan los asociados de todas las sociedades en Colombia<sup>182</sup>, ha sido limitado por mandato expreso de la ley: al tenor de lo estipulado por el artículo 48 de la Ley 222 de 1.995, el derecho de inspección “(...) *En ningún caso (...) se extenderá a los documentos que versen sobre secretos industriales o cuando se trate de datos que, de ser divulgados, puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad (...)*”

Por su parte, la protección de la información del comerciante frente a la intervención del Estado, está consagrada, amén de los artículos 61 y 62 del Código de Comercio,

---

Las acciones referentes a la violación de secretos procederán sin que para ello sea preciso que concurren los requisitos a que hace referencia el artículo 2° de esta ley”.

<sup>182</sup> Para REYES VILLAMIZAR, el derecho de inspección es “(...) es una prerrogativa de carácter individual, de un verdadero derecho subjetivo del accionista, no susceptible de ser alterado en sus presupuestos mínimos por determinación colegiada adoptada en los órganos sociales” (Op. Cit. Tomo I, p 367).

anteriormente citados, en los artículos 63 al 67 de dicho cuerpo normativo, como a continuación se transcribe:

*“ARTÍCULO 63.—Los funcionarios de las ramas jurisdiccional y ejecutiva del poder público, solamente podrán ordenar de oficio la presentación o examen de los libros y papeles del comerciante en los casos siguientes:*

- 1. Para la tasación de los impuestos a fin de verificar la exactitud de las declaraciones;*
- 2. Para la vigilancia de los establecimientos de crédito, las sociedades mercantiles y las instituciones de utilidad común;*
- 3. En la investigación de delitos, conforme a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, y*
- 4. En los procesos civiles conforme a las normas del Código de Procedimiento Civil.*

*ARTÍCULO 64.—Los tribunales o jueces civiles podrán ordenar, de oficio o a instancia de parte, la exhibición y examen general de los libros y papeles de un comerciante en los casos de quiebra<sup>183</sup> y de liquidación de sucesiones, comunidades y sociedades.*

*ARTÍCULO 65.—En situaciones distintas de las contempladas en los artículos anteriores, solamente podrán ser examinados los libros y papeles de comercio, mediante exhibición ordenada por los tribunales o jueces, a petición de parte*

---

<sup>183</sup> La institución del juicio de quiebra desapareció del ordenamiento mercantil colombiano, siendo reemplazada por el proceso de liquidación obligatoria consagrado en la Ley 222 de 1.995 (nota fuera del texto original).

*legítima, pero la exhibición y examen se limitarán a los libros y papeles que se relacionen con la controversia.*

*La exhibición de libros podrá solicitarse antes de ser iniciado el juicio, con el fin de preconstituir pruebas, u ordenarse dentro del proceso. El solicitante acreditará la calidad de comerciante de quien haya de exhibirlos.*

*ARTÍCULO 66.—El examen de los libros se practicará en las oficinas o establecimientos del comerciante y en presencia de éste o de la persona que lo represente. El juez o funcionario hará constar los hechos y asientos verificados y, además, del estado general de la contabilidad o de los libros, con el fin de apreciar si se llevan conforme a la ley, y en consecuencia, reconocerles o no el valor probatorio correspondiente.*

*ARTÍCULO 67.—Si el comerciante no presenta los libros y papeles cuya exhibición se decreta, oculta alguno de ellos o impide su examen, se tendrán como probados en su contra los hechos que la otra parte se proponga demostrar, si para esos hechos es admisible la confesión.*

*Quien solicite la exhibición de los libros y papeles de un comerciante, se entiende que pone a disposición del juez los propios.”*

La simple lectura de las anteriores normas permite llegar a una primera conclusión, de gran relevancia para el presente estudio: ya para el momento de entrada en vigencia del estatuto mercantil actualmente vigente, el legislador le daba gran importancia a la protección de la información del comerciante. Aunque con el tiempo dichas formas de protección han ido evolucionando, generando normas más especializadas, el cuerpo y espíritu básico de la regulación consagrada en 1971 se conservan.

### 7.3 LA CONSTITUCIÓN Y LA PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN

La protección constitucional a la información, como ocurre con todas las normas de carácter legal, ha adaptado su forma a las realidades sociales que le corresponde regular. Mientras que, al momento de la expedición de la constitución de 1886, los medios de comunicación en Colombia estaban limitados al correo y a unos tímidos avances en materia de telégrafo, la realidad histórica que rodeó la redacción y promulgación de la Carta de 1991 era mucho más compleja. Para el final del siglo XX, la humanidad contaba con medios de comunicación cada vez más complejos, poniendo al alcance de la mano cantidades de información sin precedentes. Así, la sociedad inalámbrica, en línea y globalizada de nuestros tiempos (aunque para todos aquellos que habitan -¿habitamos?- la periferia, dicha sociedad no sea más que un espejismo) requiere, sin duda alguna, mecanismos de regulación y protección de la información distintos de aquellos que eran suficientes a finales del siglo XIX,

La constitución de 1886, parca en cuanto carta de derechos, no profundizaba especialmente en la protección de la información. La protección constitucional estaba limitada (i) a la inviolabilidad del domicilio y (ii) a la inviolabilidad de la correspondencia y a la reserva de los documentos privados. Dicha protección estaba contenida en los artículos 23 y 38 de la constitución de 1886, éste último modificado por el artículo quinto del Acto Legislativo Número 1 de 1945. El texto de las normas constitucionales en cuestión era el siguiente:

*“ARTÍCULO 23.-Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes.*

*En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas u obligaciones puramente civiles, salvo el arraigo judicial”*

*“ARTÍCULO 38.—La correspondencia confiada a los telégrafos correos es inviolable. Las cartas y papeles privados no podrán ser interceptados ni registrados sino por la autoridad, mediante orden de funcionario competente, en los casos y con las formalidades que establezca la ley y con el único objeto de buscar pruebas judiciales.*

*Para la tasación de los impuestos y para los casos de intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de los libros de contabilidad y demás papeles anexos.*

*Podrá gravarse, pero nunca prohibirse en tiempo de paz, la circulación de impresos por los correos.”*

En tal sentido, es posible afirmar que el texto de los artículos 61 al 67 del Código de Comercio, expedido en 1971, era coherente con la normativa constitucional, adaptando la protección otorgada por el Constituyente a la realidad de los comerciantes.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, la protección de la información cambió y se amplió, para extender la protección constitucional al denominado “Derecho a la Intimidad”. La protección en cuestión está contenida en los artículos 15 y 28 de la Constitución Política, cuyo contenido es el siguiente:

*“ARTÍCULO 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.*

*En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.*

*La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Solo pueden ser interceptados o registrados mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.*

*Para efectos tributarios judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.”*

*“ARTÍCULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.*

*La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.*

*En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.”*

La primera observación que es necesario hacer al respecto es que, como consecuencia de nuestra convulsionada realidad política, los artículos citados fueron modificados por el acto legislativo 2 de 2003, con el fin de posibilitar la interceptación de comunicaciones (artículo 15, inciso 4) y la realización de detenciones, allanamientos y registros domiciliarios (artículo 28, inciso 4) sin previa orden judicial, con el fin de prevenir el terrorismo. Al margen de las consideraciones sobre la conveniencia de dichas modificaciones y aceptando

que implicaban una evidente limitación a las garantías constitucionales contenidas en los artículos modificados, lo cierto es que las mismas, aún afectando indirectamente al comerciante, estaban dirigidas a controlar actividades ajenas al giro ordinario de los negocios del mismo. Sin embargo, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-816 de 2004, declaró inexecutable el acto legislativo en cuestión, por considerar que el trámite del mismo había estado viciado. Así, el texto de la norma constitucional se mantuvo en su forma original, como se ha transcrito.

Hecha la anterior aclaración, pertinente es anotar que, para PEREZ ESCOBAR<sup>184</sup>, el derecho a la intimidad, tal como es regulado por la Carta vigente, comprende tres garantías particulares, a saber:

- a) Inviolabilidad del domicilio
- b) Inviolabilidad de la correspondencia y los documentos privados
- c) Derecho a la intimidad y al buen nombre y *habeas data*.

Aunque la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia y documentos privados ya estaba consagrada en la anterior Carta Política, el derecho a la intimidad y al buen nombre es un aporte del Constituyente de 1991 al catálogo de derechos.

Sobre la inviolabilidad del domicilio, la Corte Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse en sentencia T-511 de 1993, en la que el tribunal constitucional se expresó en los siguientes términos:

*“El artículo 28 de la CP reconoce el derecho a la "libertad de domicilio e inviolabilidad del domicilio", como una de las más genuinas y preciadas manifestaciones específicas de la libertad personal. El normal desenvolvimiento de*

---

<sup>184</sup> Op. cit., p. 339.

*la persona y la necesidad de intimidad y privacidad, llevan al individuo y a la familia a establecer una serie de relaciones más o menos duraderas con ciertos ambientes y lugares físicos que, en su conjunto, por constituir privilegiadas proyecciones espaciales de su personalidad y sede de sus afectos, sentimientos, esfuerzos y actividades, traducen una esfera propia de autonomía personal que debe estar a cubierto de cualquier tipo de intrusión, molestia, interferencia o invasión externa. El objeto del derecho a la inviolabilidad del domicilio es el de proteger los ámbitos en los que se desarrolla la intimidad o privacidad de la persona.”*

Así pues, es claro que, para la Corte Constitucional, la razón de ser de la protección que la Constitución le brinda al domicilio es la protección de la intimidad de la persona. En ese sentido, la inviolabilidad del domicilio es una garantía accesoria, encaminada a la protección de una garantía principal, que es la protección de la intimidad.

En relación con la protección de la correspondencia y los documentos privados, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado el contenido de las normas constitucionales que brindan tal protección en el siguiente sentido:

*“La persona no puede estar sujeta de modo permanente a la observación y a la injerencia de sus congéneres. Inclusive tiene derecho a reclamar de sus propios familiares, aún los más allegados, el respeto a su soledad en ciertos momentos, la inviolabilidad de sus documentos personales y de su correspondencia, así como la mínima consideración respecto de problemas y circunstancias que desea mantener en reserva. Si ello ocurre en el interior de la familia, dentro de la cual se presume que existe la máxima expresión de confianza, tanto más se explica y justifica éste derecho en cuanto alude a personas extrañas a esa unidad aunque sean conocidas o existan respecto de ellas relaciones de amistad, compañerismo, subordinación o superioridad y con mucho mayor fundamento si se trata de conglomerados, aunque*

*sean reducidos (vgr. colegio, universidad, empresa, barrio) y con mayor razón frente a comunidades de grandes dimensiones (vgr. pueblo, departamento, país).*

*La protección constitucional de este derecho, que hoy es expresa en nuestra Carta con toda la amplitud que le corresponde, guarda relación con principios consagrados de tiempo atrás como la inviolabilidad del domicilio (artículo 23 de la Constitución de 1886) y la prohibición de interceptar la correspondencia confiada a los correos y telégrafos salvo mandato judicial con arreglo a la ley (artículo 38 Ibid.). Estas dos formas de garantizar el reducto íntimo de la persona y la familia están consignadas, también como derechos fundamentales, en los artículos 28, inciso 1º, y 15, inciso 3º, de la Carta vigente, aplicables en relación con los más modernos adelantos de las telecomunicaciones.”<sup>185</sup>*

*“El derecho a la intimidad que junto con la libre locomoción y la inviolabilidad del domicilio, integra las garantías básicas reconocidas por la Constitución a la libertad del individuo, tiene una de sus más importantes expresiones en el secreto de la correspondencia y papeles privados.*

(...)

*El secreto de las comunicaciones, garantizado por el precepto constitucional en cita, es considerado por la doctrina como un derecho individual resultado del status libertatis de la persona, que, como ya se dijo, garantiza a ésta un espacio inviolable de libertad y privacidad frente a su familia, a la sociedad y al Estado. La inviolabilidad de la correspondencia es apreciada en cuanto preserva el derecho de la persona al dominio de sus propios asuntos e intereses, aún los intrascendentes, libre de la injerencia de los demás miembros de la colectividad y, especialmente, de quienes ejercen el poder público.”<sup>186</sup>*

---

<sup>185</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-611 de 1992.

<sup>186</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-349 de 1993.

Así, al igual que en el caso de la inviolabilidad del domicilio, la Corte Constitucional concluye que la inviolabilidad de la correspondencia y los documentos privados está destinada a proteger un bien jurídico de mayor entidad, esto es la intimidad.

Vistas las anteriores consideraciones, y dado que la Corte Constitucional ha precisado que tanto la inviolabilidad del domicilio como la inviolabilidad de la correspondencia y los documentos privados son garantías destinadas a proteger la intimidad en sí misma, forzoso es acometer el examen de la jurisprudencia constitucional sobre la materia.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre el derecho a la intimidad. No obstante lo anterior, el planteamiento básico de dicha corporación al respecto, reiterado numerosas veces, es el contenido en las sentencias T-412 y T-414, cuyos apartes más relevantes se citan a continuación:

*“El artículo 15 de la Constitución relativo al derecho a la intimidad, contiene una zona de reserva para la propia persona, de la que quedan excluidos los demás, a menos que la persona protegida decida voluntariamente compartir dicho ámbito.”<sup>187</sup>*

*“...la intimidad se proyecta en dos dimensiones a saber: como secreto de la vida privada y como libertad.*

*Concebida como secreto, atentan contra ella todas aquellas divulgaciones ilegítimas de hechos propios de la vida privada o familiar o las investigaciones también ilegítimas de acontecimientos propios de dicha vida.*

---

<sup>187</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-412 de 1992.

*Concebida como libertad individual, trasciende y se realiza en el derecho de toda persona de tomar por sí sola decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada.*

(...)

*Dentro de este complejo contexto, se protege la intimidad como una forma de asegurar la paz y la tranquilidad que exige el desarrollo físico, intelectual y moral de las personas, vale decir, como un derecho de la personalidad.*

*Esta particular naturaleza suya determina que la intimidad sea también un derecho general, absoluto, extrapatrimonial, inalienable e imprescriptible y que se pueda hacer valer "erga omnes", vale decir, tanto frente al Estado como a los particulares. En consecuencia, toda persona, por el hecho de serlo, es titular a priori de este derecho y el único legitimado para permitir la divulgación de datos concernientes a su vida privada. Su finalidad es la de asegurar la protección de intereses morales; su titular no puede renunciar total o definitivamente a la intimidad pues dicho acto estaría viciado de nulidad absoluta” .*

(...)

*De otra parte, en las nuevas condiciones creadas por la emergencia de sofisticadas tecnologías, la intimidad adquiere más y más objetiva naturaleza política como que apunta a lograr un justo equilibrio en la distribución del poder de la información y no exclusivamente, como en el pasado, a garantizar los apetitos de soledad de una persona.”<sup>188</sup>*

Se observa en los apartes citados que la Corte Constitucional, además de aportar importantes elementos de juicio para la delimitación del alcance de la protección

---

<sup>188</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-414 de 1992.

constitucional a la intimidad, plantea el que será, sin duda, el conflicto más relevante para efectos de la protección a la intimidad: derecho a la información vs. derecho a la intimidad.

El Tribunal Constitucional, consciente de la importancia del mencionado conflicto, se pronunció, en la sentencia T-414, antes citada, en el siguiente sentido:

*“En casos de conflicto insoluble entre ambos, esta Sala no vacila en reconocer que la prevalencia del derecho a la intimidad sobre el derecho a la información, es consecuencia necesaria de la consagración de la dignidad humana como principio fundamental y valor esencial, a la vez, del Estado social de derecho en que se ha transformado hoy Colombia, por virtud de lo dispuesto en el artículo primero de la Carta de 1991.”*

Así pues, es claro que, para la Corte Constitucional, el derecho a la intimidad (i) contiene una “zona de reserva para la persona, de la cual quedan excluidos los demás”, (ii) tiene dos dimensiones, una como secreto y una como libertad y (iii) prima sobre el derecho a la información.

En cuanto hace al *habeas data*, la Corte Constitucional, en sentencia T-110 de 1993, se pronunció en el siguiente sentido:

*“En efecto, según las voces del artículo 15 de la Carta, las personas tienen derecho no solamente a conocer y a rectificar sino a "actualizar" las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas o privadas. Lo primero implica la posibilidad que tiene el concernido de saber en forma inmediata y completa cómo, por qué y dónde aparece su nombre registrado; lo segundo significa que, si la información es errónea o inexacta, el individuo debe poder solicitar, con derecho a respuesta también inmediata, que la entidad responsable del sistema introduzca en él las pertinentes correcciones, aclaraciones*

*o eliminaciones, a fin de preservar su buen nombre; lo tercero implica que el dato debe reflejar la situación presente de aquel a quien alude.”*

Surge con prístina claridad del pronunciamiento citado el que el *habeas data* contiene (i) el derecho a conocer cualquier información que sobre el titular del derecho se guarde en bancos de datos y archivos de cualquier entidad, bien sea pública o privada y (ii) el derecho de actualizar y corregir dichos datos.

#### 7.4 LA PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN DE LOS COMERCIANTES Y LA CONSTITUCIÓN DE 1991

La nueva concepción de la protección de la información contenida en la nueva Carta Política y, en particular, la nueva concepción del derecho a la intimidad, implica, sin duda, una nueva visión de la protección de la información consagrada en el Código de Comercio. Siguiendo el esquema planteado por Alberto Álvarez Jiménez, en su ensayo “Los Comerciantes y la Constitución de 1991: proyecciones sobre la Actividad Mercantil del Derecho a la Intimidad”<sup>189</sup>, es posible decir que los efectos de la nueva normatividad constitucional se concentran en dos aspectos particulares de la actividad mercantil, a saber (i) la protección de la información de los comerciantes frente a la intervención del Estado y (ii) la actividad de los comerciantes frente al *habeas data*.

En lo que hace referencia a la protección de la información de los comerciantes frente a la intervención del Estado, la jurisprudencia de la Corte Constitucional al respecto, citada a continuación, es altamente ilustrativa:

*“La persona tiene derecho a que de ella se conozca sólo lo mínimo para el normal convivir de la sociedad.*

---

<sup>189</sup> ÁLVAREZ JIMÉNEZ, Alberto. Los comerciantes y la Constitución de 1991: proyecciones sobre la actividad mercantil del derecho a la intimidad y del derecho de asociación. Artículo publicado en Revista de Derecho Privado. No. 13. Universidad de los Andes. Bogotá, noviembre de 1993.

*El Estado tiene el derecho a conocer lo máximo necesario para la debida protección de las personas o instituciones”<sup>190</sup>*

Así pues, las órbitas de interés de los particulares y el Estado llegan hasta el punto en el que la intimidad de la persona es debidamente protegida y la necesidad de información del Estado es debidamente satisfecha. Armonizado dicho planteamiento con el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia T-414 de 1992, antes citada, forzosamente habría de concluirse que, si no es posible conciliar tales intereses, debe prevalecer la protección de la intimidad del comerciante.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional, con fundamento en la primacía del interés general sobre el interés particular, ha considerado que, en el caso de la intervención del Estado, los parámetros que gobiernan el conflicto entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información son diferentes, tal como lo evidencian los siguientes apartes de la sentencia T-381 de 1993:

*“Debe tenerse en cuenta que el Estado no puede ser privado de su poder de indagación tributaria ni de su capacidad investigativa, las cuales, por ser de orden público, prevalecen sobre la voluntad de los particulares y se imponen a ellos. Por tanto, las competentes agencias estatales no pueden ser limitadas por la reserva – como lo quiere la sociedad petente- en la búsqueda de pruebas orientadas a definir el monto real de las obligaciones a cargo de los contribuyentes, menos aún si existen indicios acerca de comportamientos evasivos. Restringir estos poderes de tal manera que, en gracia de la reserva se obligue al Estado a tomar por ciertas e incontrovertibles las declaraciones de los contribuyentes, conduciría no sólo a la inaplicabilidad del artículo 15, inciso último, de la Carta, sino que sería un retroceso a la ya superada época del “Estado-gendarme”. ”<sup>191</sup>*

---

<sup>190</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-444 de 1992.

<sup>191</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-381 de 1993.

Así, es posible concluir que, en los casos en los que el *núcleo esencial*<sup>192</sup> de la intimidad de los comerciantes esté involucrado, el Estado sólo podrá intervenir excepcionalmente, en la medida en que demuestre que el acceso a la información protegida por tal derecho es indispensable para la satisfacción del interés público. Llegados a este punto, necesario es hacer una distinción. Si, siguiendo a ALVAREZ JIMENEZ<sup>193</sup>, se acepta que el *núcleo esencial* del derecho a la intimidad de los comerciantes contiene, entre otros, los secretos industriales y los secretos profesionales, forzoso es concluir que, en el caso de los últimos, ni siquiera la demostración de la necesidad de acceso a una información determinada para efectos de la satisfacción del interés público será suficiente para justificar la intervención Estatal, por cuanto, de acuerdo con el artículo 74 de la Constitución Política, “El secreto profesional es inviolable”.

En lo relacionado con el *habeas data*, es necesario abordar dos aspectos cuyas implicaciones son de gran importancia para el derecho mercantil.

El primero de ellos es el buen nombre de los comerciantes. Si se entiende que el *habeas data* protege el acceso a la información que sobre el titular del derecho se tenga en cualquier base de datos, es claro que dicho acceso no es un fin en sí mismo, sino un medio para proteger la intimidad y el buen nombre del titular del derecho. Para los comerciantes, la conservación del buen nombre (o “*good will*”, como algunos lo han denominado) es de vital importancia, por cuanto es éste el que les permitirá seguir ejerciendo su actividad comercial y tener acceso a nuevas áreas de actividad. De hecho, muchos de los comerciantes modernos dependen, más que de la calidad de los productos o servicios con los que comercian, del buen nombre que tienen en el mercado en que éstos son ofrecidos. Así pues, la protección constitucional al buen nombre es una garantía crítica para el

---

<sup>192</sup> Para la Corte Constitucional, el núcleo esencial de un derecho fundamental es “...aquella parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.” (Corte Constitucional. Sentencia T-426 de 1992).

<sup>193</sup> Op. cit.

comerciante. Tanto así que incluso podríamos aventurar que la protección del buen nombre es de más importancia para el comerciante que para el no comerciante.

Por último, y en particular teniendo en cuenta el hecho de que los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el derecho a acceder y actualizar las bases de datos, en desarrollo del *habeas data*, se refieren puntualmente a las bases de datos de riesgo crediticio mantenidas por las entidades bancarias, es necesario coincidir con ALVAREZ JIMENEZ<sup>194</sup> en que la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>195</sup> es más perjudicial que beneficiosa para los comerciantes. Lo anterior por cuanto, a pesar de que podría argumentarse inicialmente que en la medida en que un comerciante esté efectivamente privado de oportunidades de acceso al sistema crediticio se está obstaculizando – de alguna manera- el comercio, lo cierto es que para el comercio en general es mucho más importante la protección de la información.

En efecto, uno de los activos más valiosos de cualquier mercado es la información. De ella dependen, entre otros, el sistema de fijación de precios, la habilidad de productores y consumidores de orientar sus decisiones de la manera más conveniente y la libre competencia. Por lo anterior, se ha entendido en un mercado es más desarrollado en la medida en que es más transparente, permitiendo el acceso de los que de éste participan a toda la información que puedan requerir.

En tal sentido, la información que se guarda en las bases de datos de riesgo crediticio se constituye en un importante elemento de la transparencia del mercado respectivo. En la medida en que los comerciantes tengan acceso a la información sobre el cumplimiento de las obligaciones de los demás participantes del mercado, pueden orientar sus decisiones de manera tal que la posibilidad de sufrir perjuicios por el incumplimiento de obligaciones a su favor. Lo anterior es más claro si se tiene en cuenta que la información que se concentra en las bases de datos en cuestión difícilmente podría ser obtenida por medios distintos, lo que

---

<sup>194</sup> Op. Cit.

<sup>195</sup> Ver, entre otras, la sentencia SU-082 de 1995, emitida por la Corte Constitucional.

las convierte en una herramienta insustituible para efectos de la transparencia de los mercados.

Pero, más aún, en la medida en que las bases de datos de riesgo crediticio permiten a las instituciones financieras –se reitera, una de las más importantes especies de comerciantes– tomar las decisiones correctas en materia de colocación de crédito, se protege un interés colectivo cuya importancia trasciende, en nuestra opinión, la protección del buen nombre, cual es el ahorro del público o, en otras palabras, la protección de los recursos que la sociedad ha confiado al sistema financiero para su guarda y custodia.

## 8. NUEVAS AREAS DE INTERES

El presente estudio ha tratado de hacer una aproximación al impacto que ha tenido la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 en el Código de Comercio. Para tal fin, se han analizado aquellas áreas del derecho mercantil que los autores han considerado como “pilares” del mismo, a la luz de la nueva normatividad constitucional y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Sin embargo, a pesar de que las áreas ya analizadas cubren los aspectos considerados tradicionalmente como de más relevancia para el derecho mercantil, quienes escriben estas líneas consideran que existen nuevas áreas de interés para el derecho comercial que, aun a pesar de no ser tratadas en profundidad por el estatuto mercantil, cobrarán progresivamente un mayor nivel de protagonismo –unas en mayor medida que otras- para efectos de la legislación mercantil. A lo anterior se suma el hecho de que la constitucionalización de ciertos temas como resultado de la entrada en vigencia de la actual Constitución Política hace que, independientemente de la cercanía intrínseca de los mismos con el derecho mercantil, el estudio de los mismos se haga necesario en la práctica.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente capítulo se esbozarán los lineamientos constitucionales de los temas tratados por la Constitución Política de 1991 que –sin pretensión de considerarlos como los únicos temas adicionales en los que la nueva Carta Política tiene efecto sobre el Código de Comercio – hemos considerado como relevantes para el presente y futuro del derecho mercantil colombiano, a saber (i) el ambiente, (ii) la protección del consumidor y (iii) la democratización del crédito.

## 8.1 EL AMBIENTE

Pocas preocupaciones son, a la vez, tan propias de nuestro tiempo y tan universalmente aceptadas como la preocupación por el medio ambiente. Mientras que los temas que la humanidad, a lo largo de la historia, ha considerado como de interés global (la religión en los primeros cinco o seis siglos del segundo milenio, las horribles pestes negra y bubónica en la Edad Media y los siglos siguientes, las libertades del hombre y el conocimiento durante el Renacimiento y la Ilustración, los problemas sociales derivados de la Revolución Industrial, la guerra y sus versiones más apocalípticas en el siglo XX, etc.) son, salvo contadas excepciones, temas que ocupan primordialmente a lo que hoy denominamos el occidente desarrollado, la preocupación por el ambiente es, tal vez, la primera preocupación verdaderamente global.

Dicha preocupación no es gratuita. En la medida en que la población del planeta ha crecido, requiriendo una creciente cantidad de recursos para su manutención, la humanidad ha podido evidenciar la necesidad que tiene de proteger sus recursos naturales, si quiere asegurar su supervivencia. Así, la gran mayoría de los estados del globo, las entidades multilaterales y las recientemente aparecidas Organizaciones No Gubernamentales (ONG), han emprendido esfuerzos –con diversos niveles de seriedad y efectividad- encaminados a proteger el ambiente y los recursos naturales.

Nuestra Constitución Política, expedida en pleno auge de las tendencias globales de protección del ambiente, no podía ser ajena a las mismas. Así, la nueva Carta ha tratado extensamente el tema, a tal punto que la Corte Constitucional ha considerado que, al igual que existe una Constitución Económica y una Constitución Cultural, entre otras, existe una “Constitución Ecológica”<sup>196</sup>.

---

<sup>196</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-411 de 1992.

Para dicha corporación, la mencionada “Constitución Ecológica” está integrada por un extenso catálogo de normas que elevan a nivel constitucional la protección del ambiente, a saber:

*“Preámbulo (vida), 2° (fines esenciales del Estado: proteger la vida), 8° (obligación de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación), 11 (inviolabilidad del derecho a la vida), 44 (derechos fundamentales de los niños), 49 (atención de la salud y del saneamiento ambiental), 58 (función ecológica de la propiedad), 66 (créditos agropecuarios por calamidad ambiental), 67 (la educación para la protección del ambiente), 78 (regulación de la producción y comercialización de bienes y servicios), 79 (derecho a un ambiente sano y participación en las decisiones ambientales), 80 (planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales), 81 (prohibición de armas químicas, biológicas y nucleares), 82 (deber de proteger los recursos culturales y naturales del país), 215 (emergencia por perturbación o amenaza del orden ecológico), 226 (internacionalización de las relaciones ecológicas), 268-7 (fiscalización de los recursos naturales y del ambiente), 277-4 (defensa del ambiente como función del Procurador), 282-5 (el Defensor del Pueblo y las acciones populares como mecanismo de protección del ambiente), 289 (programas de cooperación e integración en zonas fronterizas para la preservación del ambiente), 300-2 (Asambleas Departamentales y medio ambiente), 301 (gestión administrativa y fiscal de los departamentos atendiendo a recursos naturales y a circunstancias ecológicas), 310 (control de densidad en San Andrés y Providencia con el fin de preservar el ambiente y los recursos naturales), 313-9 (Concejos Municipales y patrimonio ecológico), 317 y 294 (contribución de valorización para conservación del ambiente y los recursos naturales), 330-5 (Concejos de los territorios indígenas y preservación de los recursos naturales), 331 (Corporación del Río Grande de la Magdalena y preservación del ambiente), 332 (dominio del Estado sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables), 333 (limitaciones a la libertad económica por razones del medio ambiente), 334 (intervención estatal para la preservación de los recursos naturales y de un*

*ambiente sano), 339 (política ambiental en el plan nacional de desarrollo), 340 (representación de los sectores ecológicos en el Consejo Nacional de Planeación), 366 (solución de necesidades del saneamiento ambiental y de agua potable como finalidad del Estado).”<sup>197</sup>*

Al interior de tal catálogo, sobresaliendo por su impacto directo sobre el ambiente y por su gran relevancia frente a la totalidad del ordenamiento constitucional, la Corte Constitucional menciona, en la citada providencia las siguientes normas:

*“ARTÍCULO 8: Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.*

*ARTÍCULO 58: Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por las leyes posteriores....*

*La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal le es inherente una función ecológica.*

*ARTÍCULO 79: Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.*

*Es deber del estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.*

*ARTÍCULO 95: Son deberes de la persona y del ciudadano:*

---

<sup>197</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-411 de 1992.

(...)

*8- Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano.”*

Pues bien, tras el análisis de las normas en cuestión, en concordancia con el derecho a la vida, consagrado en el artículo 11 de la Carta<sup>198</sup>, concluye la Corte Constitucional que el ambiente es “...un derecho constitucional fundamental para el hombre, pues sin él, la vida misma correría letal peligro.” Tal afirmación, en sí misma, es de trascendental importancia para efectos de determinar el alcance de la protección constitucional al ambiente. El principal efecto de la misma es que, en la medida en que se afecte el derecho a la vida, el ambiente es susceptible de ser protegido a través de la acción de tutela, con todo lo que ello implica, planteamiento desarrollado por la Corte<sup>199</sup> como se cita a continuación:

*“Conforme lo establece el artículo 79 de la Carta Fundamental, todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano, constituyendo un deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de dichos fines.*

*Este derecho se concibe como un conjunto de condiciones básicas que rodean a la persona y le permiten su supervivencia biológica e individual, lo cual garantiza a su vez su desempeño normal y su desarrollo integral en el medio social. En este sentido, el ambiente sano es un derecho fundamental para la supervivencia de la especie humana; sin embargo, la vulneración del mismo conlleva en determinados casos, al quebrantamiento de derechos constitucionales fundamentales como la vida o la salud. Por consiguiente, como lo dispuso el constituyente de 1991, el Estado debe garantizar el derecho a gozar de un ambiente sano y adoptar las medidas encaminadas a obtener el mejoramiento de la calidad de vida de la*

---

<sup>198</sup> Constitución Política. Artículo 11: “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”.

<sup>199</sup> Corte Constitucional. Sentencia Unificadora SU-442 de 1997.

*población y el aseguramiento del bienestar general, a fin de evitar que se causen daños irreparables a la persona, ya que en tales circunstancias, dicho derecho es susceptible de ser protegido, como se ha expuesto, a través del ejercicio de la acción de tutela.”*

Y profundiza la Corte sobre la importancia de la protección del ambiente:

*“Para esta Sala de Revisión, la protección al ambiente no es un "amor platónico hacia la madre naturaleza", sino la respuesta a un problema que de seguirse agravando al ritmo presente, acabaría planteando una auténtica cuestión de vida o muerte: la contaminación de los ríos y mares, la progresiva desaparición de la fauna y la flora, la conversión en irrespirable de la atmósfera de muchas grandes ciudades por la polución, la desaparición de la capa de ozono, el efecto invernadero, el ruido, la deforestación, el aumento de la erosión, el uso de productos químicos, los desechos industriales, la lluvia ácida, los melones nucleares, el empobrecimiento de los bancos genéticos del planeta, etc., son cuestiones tan vitales que merecen una decisión firme y unánime de la población mundial. Al fin y al cabo el patrimonio natural de un país, al igual que ocurre con el histórico - artístico, pertenece a las personas que en él viven, pero también a las generaciones venideras, puesto que estamos en la obligación y el desafío de entregar el legado que hemos recibido en condiciones óptimas a nuestros descendientes”<sup>200</sup>*

Pero la jurisprudencia constitucional no se ha limitado a tal pronunciamiento. De las múltiples ocasiones en las que el Tribunal Constitucional ha tocado el tema del ambiente, pertinente es citar algunos apartes de sentencias que consideramos de particular importancia para el tratamiento constitucional del tema:

---

<sup>200</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-411 de 1992.

*“No en vano el constituyente elevó el interés colectivo por el ambiente sano al rango de derecho constitucional. La conservación de los recursos naturales y de los ecosistemas, es necesaria para garantizar la vida y la salud de todos. Por su naturaleza de derecho colectivo, el ambiente goza de mecanismos constitucionales específicos para su defensa, como son las acciones populares (C.P. ARTÍCULO 88) y los deberes calificados, en cabeza del Estado, para su protección.”*<sup>201</sup>

*“En efecto, la Corte ya había establecido en anteriores decisiones que la protección del medio ambiente ocupa un lugar tan trascendental en el ordenamiento jurídico que la Constitución contiene una "constitución ecológica", conformada por todas aquellas disposiciones que regulan la relación de la sociedad con la naturaleza y que buscan proteger el medio ambiente.*

*Esta Constitución ecológica tiene entonces dentro del ordenamiento colombiano una triple dimensión: de un lado, la protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación (CP art 8). De otro lado, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales (CP art 79)...”*<sup>202</sup>

*“Dentro de este orden de ideas, la diversidad biológica contiene una riqueza estratégica que no sólo puede constituir un importante factor de desarrollo para Colombia, sino que, es en sí mismo un patrimonio de todos los colombianos y un valor que la propia Carta ordena proteger (artículos 8 y 79), es por ello que la protección al medio ambiente ocupa un lugar trascendental en el ordenamiento jurídico constitucional, el cual agrupa lo que la Corte ha dado en denominar una "Constitución Ecológica", conformada por todas aquellas disposiciones que regulan la relación entre la sociedad con la naturaleza, y cuyo propósito esencial,*

---

<sup>201</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-328 de 1995.

<sup>202</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-058 de 1994.

*es la protección del medio ambiente, caracterizado por consagrar una triple dimensión: de un lado, la tutela al medio ambiente, que, en un principio irradia el orden jurídico (artículo 8º C.P.), de otro lado, aparece el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano (artículo 79 C.P.) y, finalmente, de la Carta, se deriva un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades estatales y a los particulares.”*<sup>203</sup>

De la lectura de los anteriores pronunciamientos, además de surgir con claridad la importancia que, en opinión de la Corte Constitucional, le dio la Constitución a la protección del ambiente, se evidencia el hecho de que el ambiente puede ser protegido tanto por medio de la acción de tutela, dado su carácter de derecho fundamental por conexidad, como por medio de las acciones populares, en tanto derecho colectivo. Pero no son éstos los únicos mecanismos constitucionales de protección del ambiente: el artículo 87 de la Constitución consagra la denominada “Acción de Cumplimiento”, por virtud de la cual el ciudadano puede exigir de la administración el cumplimiento de las normas con fuerza material de ley y de los actos administrativos, mientras que el artículo 88 de la Carta Política<sup>204</sup>, amén de consagrar las Acciones Populares, admite también las llamadas “Acciones de Grupo”, tal como lo afirmó la Corte Constitucional en sentencia T-231 de 1993<sup>205</sup>.

¿Cuál es, entonces, la importancia concreta de la protección constitucional al ambiente para el derecho mercantil? Desafortunadamente, la historia nos ha demostrado que son los comerciantes, en particular los comerciantes-industriales, los más reacios a limitar sus

---

<sup>203</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-495 de 1996.

<sup>204</sup> ART. 88.—La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

<sup>205</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-231 de 1993. “ (...) Las acciones de grupo o clase, se encuentran consagradas en el inciso segundo del artículo 88 de la Constitución, que establece (...)”.

actividades en pro de la protección del medio ambiente. Las múltiples actividades productivas de las modernas sociedades industriales generan, sin lugar a dudas, enormes presiones en nuestros recursos naturales y ambiente. En la medida en que la protección del ambiente se torne más y más importante, su impacto sobre los comerciantes será mayor. Aunque, por lo pronto, la normatividad ambiental no ha permeado directamente el ordenamiento mercantil, es claro que la actividad de los comerciantes no puede, a la luz de nuestro actual ordenamiento constitucional, llevarse a cabo sin tener en cuenta las prioridades ambientales colectivas. Y, aunque hoy pueda sonar exótico, no sería del todo descabellado imaginar un numeral séptimo en el artículo 19 del Código de Comercio cuyo texto sea –más o menos- el siguiente:

“7. Abstenerse de realizar actividades nocivas para el ambiente.”

## 8.2 LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

Las sociedades modernas son, por excelencia, sociedades de consumo. Y lo son, en parte, en cuanto todos los individuos que las integran -en la medida en que requieren bienes y servicios no producidos por ellos mismos para su subsistencia- son consumidores. Así, lejos de las comunidades rurales en las que todos los bienes necesarios para la subsistencia de sus miembros son producidos al interior de las mismas, las sociedades modernas se caracterizan porque todos los bienes que sus miembros requieren son producidos por terceras personas, que ponen dichos bienes en un mercado en el que puedan ser adquiridos por quienes los requieran, esto es, los consumidores.

De tal organización social ha surgido uno de los conflictos más frecuentes de la sociedad industrial: el conflicto entre productores y consumidores. Así, los productores, quienes cada vez más adoptan la forma de enormes organizaciones, se enfrentan a los consumidores, que se ven indefensos en su individualidad frente al poder y tamaño de las organizaciones de productores, bien sean estas sociedades, grupos, agremiaciones, confederaciones, cooperativas, o cualquiera otra de las formas en que los productores modernos se agrupan.

El constituyente de 1991, habida cuenta de su heterogénea composición, no fue ajeno a dicha realidad. Así, el artículo 78 de la Carta, estipula lo siguiente:

*“ARTÍCULO 78.—La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.*

*Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.*

*El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen.*

*Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.”*

Es claro entonces, a primera vista, que la Constitución establece varios principios orientados a la protección de los consumidores, a saber (i) la obligación de regular la calidad de los bienes y servicios ofrecidos al mercado y la forma en que los mismos se publicitan, (ii) la responsabilidad de productores y comercializadores por los bienes y servicios ofrecidos y (iii) la participación de las organizaciones de consumidores en la producción de las regulaciones que afecten a sus integrantes.

Tal normativa constitucional ha sido desarrollada por la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la obligación de regular la calidad de los bienes y servicios ofrecidos al mercado y la forma en que los mismos se publicitan, en el siguiente sentido:

*“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 del Estatuto Superior, compete al legislador regular el control de calidad de los bienes y servicios que se ofrezcan y presten a la comunidad, como también la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Son responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de éstos "atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios". El Estado debe garantizar la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen.*

(...)

*Este precepto constitucional guarda íntima relación con los analizados en el punto anterior y tiene como propósito fundamental la defensa o protección del consumidor.*

*(...) el legislador (...) tiene competencia para señalar la información que debe suministrarse al público en la comercialización de los bienes y servicios, dentro de la cual se incluye necesariamente la publicidad o propaganda de tales productos, que se traduce en protección y garantía para los consumidores de los productos o usuarios de los servicios ofrecidos.”<sup>206</sup>*

En lo relacionado con la responsabilidad de productores y distribuidores, se pronunció la Corte Constitucional, en Sentencia C-1141 de 2000, en el siguiente sentido:

*“La garantía mínima presunta relativa a la calidad y características de los bienes y servicios, consagrada en la disposición demandada, a la cual se agregan otras garantías pactadas por encima de los presupuestos básicos de la ley, aunque cronológicamente consagrada con anterioridad a la entrada en vigencia de la constitución Política, corresponde a un imperativo que se inscribe en la órbita de*

---

<sup>206</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-524 de 1995.

*los derechos del consumidor a los que alude la Carta en el artículo 78. "[L]a ley - ordena esta norma - regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización". De otro lado, el concepto de "adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios", relativo a los bienes y servicios, no se limita a su dimensión cuantitativa y temporal; también comprende un mínimo de requerimientos de calidad aplicable a los elementos que componen la oferta.*

*Los derechos del consumidor, no se agotan en la legítima pretensión a obtener en el mercado, de los productores y distribuidores, bienes y servicios que reúnan unos requisitos mínimos de calidad y de aptitud para satisfacer sus necesidades, la cual hace parte del contenido esencial del derecho del consumidor. El derecho del consumidor, cabe advertir, tiene carácter poliédrico. Su objeto, en efecto, incorpora pretensiones, intereses y situaciones de orden sustancial (calidad de bienes y servicios; información); de orden procesal (exigibilidad judicial de garantías; indemnización de perjuicios por productos defectuosos; acciones de clase etc.); de orden participativo (frente a la administración pública y a los órganos reguladores).*

*(...)*

*La protección del consumidor y usuario sería incompleta si ella se limitara a las garantías sobre la calidad de los productos y servicios en función del uso específico y normal al que se destinan y, de otro lado, al complejo de derechos instrumentales - información y participación -, necesarios para intervenir en las distintas esferas de la vida económica y poder ver traducidas sus exigencias legítimas en imperativos del interés público que deben por igual realizar el Estado y la comunidad. Los defectos de los productos y servicios, no son indiferentes para el consumidor y el usuario, pues las lesiones que generan pueden afectar su vida, su integridad física y su salud. De ahí que el derecho del consumidor reconozca como*

*elemento de su esencia el derecho a obtener de los productores y distribuidores profesionales, el resarcimiento de los daños causados por los defectos de los productos o servicios, con el fin de garantizar su uso seguro. El artículo 78 de la C.P., completa el repertorio de mecanismos de defensa del consumidor y usuario, de manera diáfana: "[S]erán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad (...)."*

Así pues, es claro que los consumidores gozan de protección constitucional, por virtud de lo estipulado en el artículo 78 de la Carta. Más aún, en lo que podría considerarse una medida de protección "hecha a la medida", la consagración constitucional de las "Acciones de Grupo" otorga un medio de defensa idóneo a los consumidores, en la medida en que se adecua a las características que habitualmente tienen los enfrentamientos entre consumidores y productores/distribuidores, esto es, la defensa de los intereses de un grupo de personas en cuanto hayan sufrido algún daño común. Y aunque dicha protección no es tan intensa como la brindada a otras áreas de la vida social, como ocurre con el ambiente, es una valiosa herramienta para recuperar -en alguna medida- el equilibrio en las relaciones entre consumidores y productores/distribuidores.

La relación de la protección de los consumidores con el derecho mercantil es evidente. La actividad del comerciante presupone la existencia de consumidores, en la medida en que son éstos los que adquieren los bienes y servicios que son objeto de la actividad de los comerciantes. Por tanto, y en lo que se constituye quizás en el principal efecto de la nueva normativa constitucional, las disposiciones relacionadas con la protección de los consumidores, ya consagradas a nivel legal<sup>207</sup> con anterioridad a 1991, pueden entenderse como una nueva órbita de responsabilidad de nivel constitucional del comerciante, que implica la sujeción de su actividad al bienestar del consumidor, ya no sólo por motivos puramente comerciales, sino por mandato constitucional.

---

<sup>207</sup> Decreto Ley 3466 de 1982.

### 8.3 LA DEMOCRATIZACIÓN DEL CRÉDITO

El comerciante-banquero es, sin duda, uno de los comerciantes más connotados. De hecho, la actividad bancaria es una actividad, como pocas, esencialmente mercantil. Aunque el presente trabajo no aborda el análisis en profundidad de los temas que afectan el comercio bancario, por considerar que los asuntos del comerciante bancario son de tal profundidad que requieren un estudio separado, que desborda los límites del Código de Comercio, necesario es hacer referencia, así sea breve, a uno de los nuevos aportes de la Constitución de 1.991 en la materia: la democratización del crédito.

En efecto, el artículo 335 de la Constitución Política, al referirse a la regulación de las actividades financiera, bursátil y aseguradora, hace también una referencia al tema en cuestión, en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 335.—Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito.”*

Al tenor de la norma en cuestión, al margen de su aporte principal, cual es el tratamiento del manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público como actividades de interés público, sujetas a la autorización del Estado, es claro que, de acuerdo con la Carta Política, la Ley debe promover la democratización del crédito.

Una pregunta surge inmediatamente de la lectura de la norma constitucional bajo estudio, en relación con el sentido del mandato en ella contenido. ¿En qué consiste la democratización del crédito? ¿Cuáles son los mecanismos que permiten llegar a ella? En primera instancia, parece claro que podría entenderse que, en términos simples, la

democratización del crédito implica el acceso de toda la población a los recursos del sistema crediticio del país. Más aún, es en ese sentido que la doctrina ha entendido el mandato constitucional, como lo evidencia la clara explicación dada por Néstor Humberto Martínez Neira, en su obra *Cátedra de Derecho Bancario*<sup>208</sup>:

*“Por esta consideración, las autoridades están llamadas a ordenar una distribución del crédito más conveniente, que abarque también a aquellas capas sociales que demanden recursos de financiamiento para acometer actividades productivas o satisfacer necesidades vitales. Sectores que no suelen ser beneficiarios del mismo, tales como nuevos profesionales, microempresarios, la pequeña y la mediana industria, o ciertos entes del sector solidario de la economía. Pero además se trata por esta vía de disponer las condiciones para que exista una mejor dispersión de riesgos dentro del sector financiero, que evite los efectos negativos derivados de los colapsos que se producen cuando se deterioran los activos bancarios por créditos vinculados a grupos económicos”*

Sin embargo, como lo demuestran los pasos dados por la legislación nacional, que so pretexto de democratizar el crédito ha expedido normas tendientes a evitar la concentración el crédito<sup>209</sup>, no es claro que el mandato contenido en el artículo 335 de la Constitución Política sea entendido de igual manera por todos. Más aún, los pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto son, como en el caso de la ley, igualmente divergentes de tal planteamiento, como lo demuestra el hecho de que, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 5 de la Ley 35 de 1993 (cuyo contenido esencial es la autorización al Gobierno Nacional para establecer cupos individuales de crédito), dicha corporación se manifestó en el siguiente sentido:

*“Según el inciso final del indicado artículo 5º, con el mismo propósito, el Gobierno Nacional podrá definir y prohibir prácticas que constituyan exigencia de*

---

<sup>208</sup> Legis Editores. Bogotá, 2004, Segunda Edición, p. 84.

<sup>209</sup> Ver el artículo 5 de la Ley 35 de 1993 y el artículo 46, literal f) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

*reciprocidades. Tal disposición no tiene otro sentido que el de asegurar a todos los asociados, en igualdad de condiciones, las posibilidades de obtener crédito, evitando, como su mismo texto lo indica, que el acceso al mismo se restrinja o condicione injustificadamente, sobre la base de indebidas ventajas en cuanto a un objeto que -se repite- es de interés público.”*<sup>210</sup>

No obstante lo anterior, años después, la misma corporación, en Sentencia C-383 de 1999, parece inclinarse más hacia la noción propuesta, al considerar:

*“Así mismo, la determinación del valor en pesos de las Unidades de Poder Adquisitivo Constante conforme a la variación de las tasas de interés en la economía a que se ha hecho referencia, pugna de manera directa con la "democratización del crédito" que ordena al Estado el artículo 335 de la Constitución como uno de los postulados básicos en la concepción de éste como "Social de Derecho", pues, precisamente a ello se llega, entre otras cosas cuando el crédito no se concentra solamente en quienes abundan en dinero y en bienes, sino extendiéndolo a la mayor parte posible de los habitantes del país, sin que ello signifique nada distinto de procurar efectivas posibilidades de desarrollo personal y familiar en condiciones cada día más igualitarias.”*

Los planteamientos citados anteriormente, aunque recogen sólo una mínima porción de la doctrina y jurisprudencia nacional, ilustran las dificultades que surgen de la consagración de mandatos generales y poco precisos, especialmente cuando los mandatos son de nivel constitucional. La democratización del crédito, cumplida a cabalidad, tendría grandes implicaciones para la actividad de los comerciantes, en particular para la actividad de los comerciantes bancarios. Sin embargo, tal como la norma constitucional ha sido planteada y, consecuentemente, desarrollada por la ley, las posibilidades de efectividad de la misma son escasas, habida cuenta la dificultad en la concreción de su contenido.

---

<sup>210</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-560 de 1994

Por último, y no obstante lo anterior, necesario es decir que, si de alguna manera se logra cumplir el mandato constitucional de la “democratización del crédito”, las consecuencias podrían ser enormemente beneficiosas para el país y de gran trascendencia para el derecho comercial y para los comerciantes, por cuanto, en primera instancia, se lograría una significativa profundización financiera, beneficiando en gran medida la actividad de los comerciantes bancarios y, en segunda instancia, se garantizaría el acceso al crédito de un enorme número de nuevos comerciantes, dinamizando así el comercio nacional e, inevitablemente, el derecho que lo regula.

## CONCLUSIÓN

Habiendo llegado a su fin esta aproximación a la *constitucionalización* del derecho comercial colombiano como consecuencia de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, si algo ha quedado claro es como a partir de ella y de ahora en adelante será siempre necesario analizar el derecho mercantil mediante una nueva lente que hasta el año de 1991 pocos, por no decir ninguno, habían utilizado.

En efecto, nos damos por bien servidos si el presente estudio logra incubar en el lector la convicción de que hoy en día quien se precie de ser un mercantilista en efecto lo será siempre y cuando, además del manejo del conocimiento que le exige la normatividad mercantil, esté al tanto de las disposiciones constitucionales que pueden verse involucradas en determinado asunto puesto a su consideración, así como de los pronunciamientos que al respecto haya proferido la Corte Constitucional.

Básicamente es por ello que a continuación, y a título de conclusión, el lector encontrará lo que hemos denominado el resumen ejecutivo de la presente obra.

### 1. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA.

Si bien es cierto que el análisis de la normatividad de nivel legal vigente en cualquier sociedad tiene que tener en cuenta la concordancia de ésta con la preceptiva constitucional que le sirve de fundamento, dicha necesidad es aún más relevante en aquellos ordenamientos constitucionales que, como el nuestro, se han estructurado sobre la base de su *eficacia directa*.

En tal sentido, el presente estudio pretende realizar una aproximación al impacto de la Constitución Política de 1991 en el Código de Comercio, en particular teniendo en cuenta

que la posterioridad de su entrada en vigencia, frente a la expedición del estatuto mercantil, genera una serie de interrogantes respecto de la óptica desde la cual deben ser analizadas las disposiciones contenidas en éste último, dado el hecho de que su génesis se dio dentro de un marco constitucional fundamentado en concepciones filosóficas y realidades históricas distintas de aquellas que nutren nuestra actual Carta Política.

Consideraciones que tienen más sentido aún si se tiene en cuenta que la Constitución Política de 1991 dio un salto adelante en relación con el catálogo de derechos constitucionales, y sus mecanismos de protección, y que uno de los criterios orientadores de los constituyentes de 1991, tal como lo anuncia el preámbulo mismo de la Carta, es la primacía de las instituciones destinadas a generar el bienestar común.

## 2. LA JERARQUÍA DE LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO COMERCIAL A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991.

El tema de las fuentes formales del derecho suele ser en la mayoría de los países un tema estático en cuanto a innovaciones se refiere debido, en gran parte, al consenso que se ha consolidado respecto de los procesos que tienen la virtualidad de crear derecho positivo. Pocos acontecimientos son capaces de variar el panorama que determinado país tenga respecto de sus fuentes, pero uno de ellos, en el año de 1991 y bajo el ropaje de una Carta Política, fue capaz de variar la jerarquía del tradicional sistema de fuentes colombiano que venía imperando en el ordenamiento jurídico colombiano desde el año de 1887 y, en consecuencia, alteró la sistematización que al respecto se venía presentando al interior del derecho comercial.

Con anterioridad a 1991 la Carta Política reinante era vista como aquella norma que tenía como objeto la regulación de la producción normativa de la nación, específicamente aquella de las leyes. En consecuencia, los mandatos constitucionales resultaban dirigidos en su mayoría a los legisladores quienes, previa modulación, los retransmitían al resto de sus

ciudadanos por intermedio de mandatos generales de rango legal.. De esta manera la operatividad de la Constitución estaba limitada por la gestión del legislador y, por ello, al anterior sistema se le conoció como el de la *eficacia indirecta* de la Constitución.

Frente a ello, los constituyentes de 1991, movidos por la preocupación de implantar una justicia real, en contraposición a la formal que venía rigiendo, y acogiendo las corrientes constitucionales que ya habían abrazado los españoles en 1978, decidieron concebir la Constitución que se estaba gestando más como una *norma suprema* jerárquicamente hablando, que como una norma encargada de regular el contenido del ordenamiento jurídico. Fruto de lo anterior fue la consagración en el artículo 4º superior de la Constitución como “*norma de normas*”. Lo anterior, más que una mera declaración, tuvo el claro propósito de darle *eficacia directa* a la Carta Política y así evitar, principalmente, que aquellos derechos que el mismo legislador catalogó como fundamentales al ser humano fueran modulados a voluntad del legislador. En palabras del constitucionalista español Ignacio de Otto, “...*si la Constitución tiene eficacia directa no será sólo norma sobre normas, sino norma aplicable, no será sólo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más*”.

En consecuencia, **una sistematización jerárquica del sistema de fuentes del derecho comercial a la luz de la Constitución de 1991 deberá partir inexorablemente de la Constitución**, en especial respecto de aquellas normas constitucionales que sean susceptibles de *aplicación directa* para el ámbito del derecho comercial; en segundo lugar vendrán entonces aquellas que el profesor Madriñan llama *normas imperativas de derecho comercial* (y junto con ellas, las expresamente invocadas en el derecho común que participen de tal carácter); posteriormente, y en el orden en que se enuncian, vendrán las leyes de carácter supletivo, la costumbre, el Código Civil y las leyes de esta índole.

### 3. LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL FRENTE AL DERECHO COMERCIAL.

Desde el punto de vista constitucional, el fin de la Primera Guerra Mundial va a señalar el inicio de lo que hoy en día conocemos como el constitucionalismo moderno. En efecto, es la Constitución de Weimar de 1919, y no la Ley Fundamental de Bonn como a veces se cree, la que marca el punto de partida de la nueva corriente constitucional al introducir, por primera vez en la historia y paralelamente a los derechos liberales, una concepción social del Estado de Derecho que se estaba instaurando.

Formalmente, la incorporación de reglas de carácter social al interior de la Constitución se va a traducir en la existencia de dos partes al interior de la misma: la primera de ellas, va a ser una *parte dogmática* en cuanto contiene el conjunto de normas –principios, valores y derechos fundamentales- que recogen la filosofía política que inspirará el diseño institucional que se ha de desprender del carácter social del Estado de Derecho; la segunda, en consecuencia, será la *parte orgánica* en cuanto recoge el diseño institucional estatal propiamente dicho.

Desde el punto de vista funcional, la coexistencia de dichas partes al interior de la Carta Política en vez de fraccionarla lo que logra es complementarla y reafirmarla en su papel de unidad de regulación en cuanto la parte orgánica no puede ser interpretada desconociendo los postulados recogidos en la parte dogmática de la misma<sup>211</sup>.

El Estado social de derecho como una expresión del tránsito de lo político a lo económico, busca neutralizar las consecuencias del sistema capitalista mediante la penetración e intervención del Estado en la sociedad para garantizar, en últimas, las condiciones mínimas o vitales (educación, salud, empleo, vivienda) que debe tener todo individuo que se encuentre bajo su protección o mandato a partir de la puesta en marcha de una justicia distributiva, teniendo entonces que esta “nueva” concepción hace que Estado y sociedad sean órganos que se complementan entre sí. Para entender las implicaciones que tal

---

<sup>211</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992.

concepción estatal extiende respecto de la actividad mercantil, necesario es tener presente que tal y como lo ha dicho la Corte Constitucional<sup>212</sup> en la práctica el Estado social de derecho se bifurca para, de una parte, exigir de sus órganos del la superación del concepto formal de Estado de derecho y, por la otra, la obligación del pago de tributos por parte de los particulares, así como la de acatar por estos mismos las medidas que las autoridades adopten en búsqueda de alcanzar los objetivos que conlleva la concepción social de un Estado de Derecho.

En la práctica, la Corte Constitucional, so pretexto de proteger la prevalencia del interés general de que trata el artículo 1º de la actual Constitución, declaró exequible la limitación que la ley 510 de 1999 impuso a los corredores de seguros<sup>213</sup> en el sentido de obligarlos a adoptar el modelo societario de las anónimas, bajo el argumento que *“aunque la disposición significa la imposición de una restricción al derecho de libre asociación y a la autonomía de las sociedades intermediarias existentes, pues les obliga a adoptar en un plazo breve una forma societaria distinta de la inicialmente prevista por los socios, ella se justifica de cara a la protección del interés general inherente al Estado Social de Derecho, representado en este caso por el conjunto de los usuarios de los servicios que prestan los corredores de seguros, por lo cual la declarará ajustada a la Constitución”*<sup>214</sup>.

De otro lado, el artículo 9º de la Carta Política de 1991 al incorporar el mandato a la integración latinoamericana<sup>215</sup> permite desarrollar aquella característica tan propia del derecho mercantil cual es su marcada tendencia a la internacionalización. Recordemos que esta tendencia suele presentarse bajo tres aspectos: (i) mediante la adopción de disposiciones que han nacido como leyes tipo en el seno de organizaciones internacionales; (ii) mediante la suscripción de tratados internacionales tanto de integración de mercados

---

<sup>212</sup> En sentencia 1064 de 2001.

<sup>213</sup> Recordemos en este punto que los corredores de seguros, al ser entes autónomos respecto a las compañías aseguradoras en primer lugar no hacen parte del sector asegurador ni mucho menos del financiero o bursátil y, en segundo lugar, tampoco les está permitido captar ahorro del público.

<sup>214</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-384 de 2000.

<sup>215</sup> C.P. Artículo 9º, inc 2º. “La política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe”.

como de homologación legislativa y, (iii) mediante la aplicación de tratados internacionales de comercio no ratificados por Colombia y de costumbres internacionales y extranjeras.

Así las cosas, además de constituir un inmejorable camino para el desarrollo del derecho comercial, la disposición constitucional en cuestión permite concluir que la adopción del proyecto INTAL referente a títulos valores, las disposiciones de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones y de la aplicación de tratados comerciales internacionales no ratificados por Colombia y de la costumbre internacional o extranjera constituyen una manera de llevar a la práctica el querer del constituyente de 1991.

#### 4. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.

Al delimitar la protección de los derechos fundamentales en relación con las personas jurídicas, la Corte Constitucional ha dejado en claro como algunos de ellos pueden o no reputarse como propios de aquellas. En efecto, si bien para el Alto Tribunal no queda duda de la titularidad de derechos tales como a la intimidad, al debido proceso y a asociarse en cabeza de las personas jurídicas, existen otros de ellos como el derecho a la vida o a la intimidad familiar, por ejemplos, que son predicables única y exclusivamente respecto de la persona humana<sup>216</sup>. Teniendo en cuenta lo anterior, objeto del presente acápite es determinar si el reconocimiento a la personalidad jurídica de que trata el artículo 14 de la Constitución es predicable respecto de las personas jurídicas, y dentro de ellas de las sociedades comerciales en particular en cuanto uno de los medios por excelencia para el desarrollo de la actividad mercantil.

Al respecto, la Corte Constitucional ha dejado en claro, previo análisis de los instrumentos internacionales que recogieron por primera vez la protección al reconocimiento de la personalidad jurídica (v.gr. el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), que “de ellos se deduce claramente

---

<sup>216</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-521 de 1993.

*que el derecho al reconocimiento de la personalidad es un derecho inherente a la persona humana y que la labor del Estado es de constatación y no de creación*<sup>217</sup>.

Por lo anterior, es que el artículo 14 superior no debe prestarse a equívocos en el sentido de pretender defender con él, por ejemplo, el levantamiento del velo corporativo que decreta autoridad alguna del poder judicial, por cuanto, se insiste, su campo de acción está circunscrito a la persona humana. Cabe recordar, para otorgar mayor claridad al respecto, que la consagración del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas naturales surgió con el objeto de poner fin al positivismo extremo de Hans Kelsen y Giovanni Gentile, quienes en su momento consideraron que el Estado, como personificación del orden jurídico total (Kelsen) y como todo moral y absoluto (Gentile), es el creador, a través de las leyes, de toda la realidad jurídica de manera tal que si algo no es por él instituido no existe en el mundo jurídico

En consecuencia, a diferencia de lo que al respecto acontece con las personas naturales, los entes morales, para obtener su personalidad jurídica y así ejercer los derechos que les están consagrados a lo largo y ancho del ordenamiento jurídico, han de cumplir los requisitos que exija el Estado con miras a tenerlos como sujetos de derechos y obligaciones. En efecto, sostuvo la Corte Constitucional que *“el derecho a la personalidad jurídica de la persona moral no constituye un derecho constitucional fundamental sino un derecho otorgado por la ley si se cumplen los requisitos exigidos por ésta”*<sup>218</sup>.

## 5. EL DERECHO DE ASOCIACIÓN.

El artículo 38 de la Constitución Política está concebido como una garantía que permita su ejercicio en los distintos espacios o *actividades* de la sociedad sin más limitaciones que aquellas derivadas de la Constitución Política, los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia y la ley, siempre y cuando éstas estén encaminadas a

---

<sup>217</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-476 de 1992.

<sup>218</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-476 de 1992.

salvaguardar (i) la primacía del interés general, (ii) la licitud de las actividades que se buscan desarrollar en conjunto y (iii) los derechos y libertades de los demás<sup>219</sup>.

Lo anterior lleva a afirmar que la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de asociación, es aquella por virtud de la cual se entiende que si bien el legislador puede establecer límites al alcance del derecho en cuestión, los mismos siempre deben corresponder a la necesidad de asegurar el respeto de los derechos ajenos, o de impedir su uso abusivo, o de preservar la moral pública, la seguridad nacional, la seguridad jurídica y el orden público. En consecuencia, toda imposición por parte del legislador de limitaciones que en nada tengan relación con las que hasta aquí se han expuesto han de reputarse como contrarias a la normatividad constitucional, en tanto su imposición desborda el marco constitucional diseñado por el constituyente.

Algunas de las pautas que muestran la manera como el legislador, atendiendo los parámetros establecidos por la Constitución, ha regulado el derecho de asociación en lo que tiene que ver con el aspecto societario del derecho mercantil tiene que ver con (i) el reconocimiento a la libertad de asociarse con que cuentan todos los ciudadanos; (ii) la facultad de escoger el modelo societario que a bien tengan<sup>220</sup>; (iii) la facultad de modificar sus estatutos sociales; (iv) la de percibir utilidades<sup>221</sup> y, (v) la de participar de las decisiones sociales, entre las más importantes.

---

<sup>219</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-003 de 1994. Además de lo anterior, la Corte Constitucional también ha señalado restricciones que tienen origen expreso en el texto de la Constitución, tales como, la prohibición de su uso abusivo y el respeto de los derechos ajenos (art. 95-1). De igual manera, existen otros límites que se originan de la aplicación del denominado bloque de constitucionalidad por vía de interpretación, de conformidad con lo previsto en el numeral 2° del artículo 93 de la Carta Fundamental, según el cual: *“los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”*

<sup>220</sup> Hecha la salvedad contenida en el capítulo 2° de la presente obra, en donde se hizo patente como la concepción social del Estado colombiano se impuso sobre el derecho a escoger el modelo societario, en los términos allí explicados, en especial para las sociedades corredoras de seguros.

<sup>221</sup> La pertenencia del derecho a utilidades como núcleo esencial del derecho de asociación de los comerciantes está reafirmada en el artículo 150 del Código de Comercio, cuyo inciso segundo establece: *“Las cláusulas de un contrato que priven de toda participación en las utilidades a alguno de los socios se tendrán como por no escritas, a pesar de su aceptación por parte de los socios afectados con ellas”*.

Por último, y en relación con el derecho societario, la pregunta que surge en este punto tiene que ver con la posibilidad de defender vía acción de tutela el derecho de asociación vulnerado por una regulación excesiva del legislador. La respuesta sería afirmativa siempre y cuando el afectado demuestre el perjuicio irremediable que se le causaría y que se constituya como el único o último mecanismo jurídico para la defensa de su derecho.

## 6. LA PROPIEDAD.

Pocas instituciones son de tan vital importancia para el derecho mercantil como la propiedad. En efecto, si se tiene en cuenta que la facultad de disponer de los bienes que se poseen es una condición esencial, ya no del derecho mercantil, sino del comercio mismo, es clara la importancia que el régimen de la propiedad tiene para el derecho comercial. Lo anterior es aún más claro en el caso de aquellas sociedades<sup>222</sup> que, como la nuestra, han elevado al nivel constitucional el tratamiento de la propiedad.

El régimen constitucional de la propiedad actualmente vigente es, en sus rasgos más relevantes, igual al régimen contenido en la Constitución Política de 1886. En tal sentido, la característica más sobresaliente de la concepción constitucional de la propiedad contenida en los artículos 58 a 61<sup>223</sup> de la Constitución Política de 1991 es, sin lugar a

---

<sup>222</sup> La propiedad es un asunto de nivel constitucional en los Estados Unidos de América, la Unión Europea, el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, para citar algunos.

<sup>223</sup> Constitución Política. ARTÍCULO 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa - administrativa, incluso respecto del precio.

Artículo 59. En caso de guerra y sólo para atender a sus requerimientos, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por el Gobierno Nacional sin previa indemnización.

En el expresado caso, la propiedad inmueble sólo podrá ser temporalmente ocupada, para atender a las necesidades de la guerra, o para destinar a ella sus productos.

dudas, la *función social*<sup>224</sup> de la misma. Aunque el alcance de tal noción no es aún del todo claro, el desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia permite argumentar que la *función social* (i) es un límite al ejercicio del derecho de propiedad, (ii) que la propiedad debe ser productiva, (iii) que la propiedad no puede producir riqueza para unos a costa de otros, (iv) que el derecho de propiedad no es absoluto, por lo cual es posible que intereses superiores conduzcan a la pérdida del derecho de éste y (v) que la “*función social*” de la propiedad implica que todos los miembros de la sociedad tienen derecho a recibir los frutos de la propiedad. No obstante lo anterior, la “*función social*” de la propiedad – noción ya contenida en el anterior ordenamiento- debe ser entendida en conjunción con la noción del “*Estado social de derecho*”, concepción constitucional de nuevo cuño para nuestro ordenamiento.

Adicionalmente a lo anterior, también es necesario anotar que la Carta Política de 1991 pone en cabeza de la propiedad una *función ecológica*, por virtud de la cual es claro que el ejercicio de los derechos que se derivan de la propiedad no puede ir en detrimento del equilibrio ambiental.

En cuanto hace al carácter que tiene el derecho de propiedad, la jurisprudencia de la Corte Constitucional no ha sido uniforme en sus pronunciamientos al respecto. En efecto, mientras que en algunas providencias dicho tribunal ha considerado el derecho de propiedad como un derecho fundamental en sí mismo<sup>225</sup>, en otras ha manifestado que el derecho de propiedad sólo es fundamental por *conexidad*<sup>226</sup>, esto es, por su vinculación con un derecho fundamental. No obstante lo anterior, preciso es anotar que la jurisprudencia

---

El Estado será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes.

ARTÍCULO 60. El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad.

Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia.

ARTÍCULO 61. El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.

<sup>224</sup> Teoría planteada inicialmente por Leon Duguit como parte del enfoque *solidarista* de la propiedad.

<sup>225</sup> Ver sentencias T-537 de 1992 y T-381 de 1993 de la Corte Constitucional.

<sup>226</sup> Ver, entre otras, las sentencias T-440 de 1995, T-477 de 1996, T-245 de 1997, T-413 de 1997, T-414 de 1997 y T-554 de 1998 de la Corte Constitucional.

constitucional ha sido uniforme en considerar al derecho de propiedad como un derecho desprovisto del carácter de absoluto, esto es, sometido a otros derechos e intereses de mayor jerarquía.

Mención aparte merece el régimen de expropiación. En efecto, el hecho de que, por virtud de lo estipulado en el artículo 34<sup>227</sup> de la Constitución Política, se haya prohibido la pena de confiscación, se convierte en una garantía más para la propiedad privada. Lo anterior no obsta, sin embargo, para que el artículo 58 de la Carta haya reconocido la posibilidad de expropiación, aunque siempre mediante el pago de la respectiva indemnización.

Al contrastar lo anterior con el ordenamiento comercial actualmente vigente en Colombia, es claro que es necesario armonizar el régimen de propiedad mercantil –esto es, lo que el legislador tuvo a bien denominar los “bienes mercantiles”<sup>228</sup>- con el régimen de propiedad constitucional. En efecto, la regulación del régimen del establecimiento de comercio, la propiedad industrial y los títulos valores se ve necesariamente afectada por el nuevo entendimiento, por cuanto, amén de la “*función social y ecológica*” que tiene la propiedad que sobre dichos bienes ejerce el comerciante, el hecho de que el Estado colombiano sea, desde 1991, un “*Estado Social de Derecho*” hace que, sin lugar a dudas, el régimen de la propiedad mercantil deba someterse a consideraciones ajenas al lucro, que es el interés natural del comerciante.

En última instancia, lo anterior plantea el interrogante de las implicaciones concretas que puede tener el nuevo enfoque en el derecho mercantil. Al respecto, es preciso –cuando menos- cuestionarse si la *función social* de la propiedad no implica el hecho de que los bienes mercantiles deban concebirse como una herramienta de progreso y bienestar para la sociedad más que un mecanismo de lucro para el comerciante, con todo lo que ello implica.

---

<sup>227</sup> Constitución Política. ARTÍCULO 34: Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social.

<sup>228</sup> Regulados por el Libro Tercero del Código de Comercio.

## 7. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y DE INICIATIVA PRIVADA

Una de las realidades históricas más claras en relación con el desarrollo del derecho mercantil moderno es que dicho desarrollo ha estado íntimamente ligado con el surgimiento y desarrollo del concepto de empresa. Una vez el derecho mercantil se desprende del comerciante-individuo, la empresa se convierte en el centro de atención principal del ordenamiento mercantil.

Así, para autores como Sánchez Calero, el derecho mercantil puede ser definido como la “...parte del Derecho privado que comprende el conjunto de normas jurídicas relativas a los empresarios y a los actos que surgen en el ejercicio de su actividad económica”<sup>229</sup>. Tal definición, aunque sólo una de las muchas que se han formulado<sup>230</sup>, ilustra con claridad la importancia de la empresa para el derecho mercantil moderno. A pesar de que la doctrina contemporánea –como lo evidencia la definición citada- ha superado la concepción del derecho mercantil como *Derecho de las empresas*, dadas las limitaciones que tal concepción implica para efectos del análisis de las actividades de la empresa que están por fuera de la órbita del derecho mercantil, el estudio de la empresa desde la perspectiva del derecho mercantil sigue siendo de particular importancia.

Para el derecho mercantil colombiano, el concepto de empresa reviste particular importancia, como lo evidencia el hecho de que, en la enumeración –no taxativa- que hace el artículo 20 del Código de Comercio de los actos y operaciones mercantiles, nueve de dieciocho de dichos actos y operaciones son concebidos como empresas<sup>231</sup>.

---

<sup>229</sup> SANCHEZ CALERO, Fernando. Instituciones de Derecho Mercantil. Tomo I, Introducción, Empresa y Sociedades. Décimo Séptima Edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1994, p. 20.

<sup>230</sup> Para citar un ejemplo, Roberto Mantilla Molina, en su obra Derecho Mercantil (México, Editorial Porrúa, 1971, p. 23, citado por MADRIÑÁN, Ob. cit., p. 3), define el derecho mercantil como “...el sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dada a ciertos actos, y regulan estos (sic) y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos”.

<sup>231</sup> El artículo 20 del Código de Comercio, en sus numerales 10 al 18, define actos sujetos a la legislación mercantil con base en la realización de los mismos por empresas, a saber: a) las empresas de seguros y la actividad aseguradora, b) las empresas de transporte de personas o de cosas, a título oneroso, cualesquiera que fueren la vía y el medio utilizados, c) las empresas de fabricación, transformación, manufactura y circulación de bienes, las empresas de depósito de mercaderías, provisiones o suministros, espectáculos públicos y

Adicionalmente, el artículo 21 de dicho código determina que “Se tendrán así mismo como mercantiles todos los actos de los comerciantes relacionados con actividades o empresas de comercio...” (subrayado fuera del texto original). Más aún, el legislador mercantil, consciente de la importancia que le estaba dando a la noción de empresa, dedicó un artículo a la definición de la misma: según el artículo 25 del Código de Comercio “Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.”

Aunque desde una perspectiva distinta a la del derecho comercial, la Constitución Política colombiana también reconoce la importancia de la empresa. Como muestra de tal reconocimiento, el artículo 333<sup>232</sup> de la carta, en su inciso tercero, se refiere a la empresa como “(...) *base del desarrollo (...)*”

Así, es claro que la Constitución Política le reconoce una gran importancia a la empresa, lo cual es claramente entendible si se tiene en cuenta que la empresa es un factor clave en la generación de riqueza de toda sociedad y que, por lo mismo, es un generador de ingentes recursos para el Estado. Adicionalmente la empresa, en su actividad transnacional, es el principal generador de divisas de cualquier nación, convirtiéndose en sustento principal del sistema global de pagos. Por último, la empresa justifica, en gran medida, la existencia de una sistema financiero y crediticio como el que hoy tenemos, por cuanto el mismo no

---

expendio de toda clase de bienes, d) las empresas editoriales, litográficas, fotográficas, informativas o de propaganda y las demás destinadas a la prestación de servicios, e) las empresas de obras o construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones, f) las empresas para el aprovechamiento y explotación mercantil de las fuerzas o recursos de la naturaleza, f) las empresas promotoras de negocios y las de compra, venta, administración, custodia o circulación de toda clase de bienes y g) las empresas de construcción, reparación, compra y venta de vehículos para el transporte por tierra, agua y aire, y sus accesorios

<sup>232</sup> Constitución Política. Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional

tendría el mismo carácter si estuviese concentrado en el individuo. Consideraciones como las anteriores son la justificación principal para que se promulguen normas de protección y recuperación empresarial, como es el caso de la Ley 550<sup>233</sup>, en las que se privilegia con claridad la protección de la empresa sobre los derechos de terceros<sup>234</sup>.

La libertad de empresa consagrada por la Constitución Política comprende la libertad de escoger profesión u oficio y la libertad económica. En cuanto hace a la libertad de escoger profesión u oficio, habida cuenta del carácter esencialmente liberal del comercio, preciso es reconocer que dicha libertad es de vital importancia para el comerciante. La jurisprudencia constitucional al respecto<sup>235</sup> permite alcanzar dos conclusiones principales. La primera de ellas es que la actividad del comerciante, en la óptica de la Corte, constituye un oficio más que una profesión<sup>236</sup> y, por tanto, no está sometida a restricciones en cuanto a su ejercicio, salvo aquellas derivadas de las actividades que puedan implicar un riesgo social. En otras palabras, es posible concluir que, dado que el comercio no es una profesión regulada, su ejercicio no está sometido, salvo algunas excepciones, a requisitos particulares en materia de autorización estatal.

La segunda tiene que ver con el hecho de que la libertad de ejercicio del comercio es, por virtud de lo estipulado por el artículo 26 de la constitución política, parcial. Así, en lo que es tal vez el ejemplo más relevante de actividad mercantil regulada, el ejercicio de la actividad financiera está supeditado a la autorización que el Estado otorgue para tal efecto. El comerciante del sector financiero, a diferencia de sus pares en sectores distintos, necesita obtener de las autoridades estatales – en particular, de la Superintendencia Bancaria – una

---

<sup>233</sup> Ley 550 “Por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley”

<sup>234</sup> Ver, entre otros, el artículo 34 de la citada disposición.

<sup>235</sup> Ver, entre otras, las sentencias T-610 y T-475 de 1992 de la Corte Constitucional.

<sup>236</sup> Al respecto, sin embargo, es pertinente anotar que la visión de la Corte Constitucional parece contradecir la orientación del Código de Comercio, por cuanto dicho estatuto considera que son comerciantes quienes “(...) profesionalmente se ocupan de alguna de las actividades que la ley considera mercantiles (...)” (Código de Comercio, artículo 10. Subrayado fuera del texto original), orientación que ha sido acogida de manera mayoritaria por la doctrina nacional.

autorización de constitución para la sociedad a través de la cual ejercerá la actividad financiera y, adicionalmente, un certificado de autorización para el ejercicio de la actividad en cuestión.

En lo referente a la libertad económica o libertad de empresa propiamente dicha, la Corte Constitucional ha entendido que ésta es “...*la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio.*”<sup>237</sup>. La libertad económica o de empresa está limitada (al igual que en el artículo 32 de la Constitución Política de 1886, modificado por el artículo 6º del Acto Legislativo 1 de 1968) por el bien común, a nivel general. Adicionalmente, la libertad de empresa está limitada por la *función social* de la empresa, por el *interés social*, por el *ambiente* y por el *patrimonio cultural de la Nación*

Por último, la lectura del texto del artículo 333 de la Constitución Política permite concluir que éste contiene dos libertades claramente identificables, a saber, la libertad de empresa propiamente dicha, ya analizada, y la libertad de competencia. Al respecto, es necesario indicar que la jurisprudencia constitucional no ha sido clara en la determinación del alcance de la libertad de competencia, por cuanto la ha tratado en ocasiones como un derecho subjetivo –acepción que implicaría una garantía adicional para el comerciante- y en ocasiones como un derecho colectivo, destinado a proteger la competencia en sí y no al comerciante.

## 8. LA PROTECCION DE LA INFORMACIÓN

El fin último de todo comerciante y, a la vez, la razón de ser del comercio mismo como fenómeno es, en cualquiera de sus múltiples formas, el lucro. De ahí que la actividad del comerciante esté siempre marcada por la competencia, por cuanto es a través de ella que, en última instancia, se decide quién se lucra en mayor proporción de su propia actividad comercial. Así, dada la importancia que tiene para la competencia, es claro que la

---

<sup>237</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-425 de 1992

información –en una primera faceta- es una de las herramientas más útiles en la lucha por el éxito comercial.

Adicionalmente, en el marco de la constante tensión que existe entre el Estado y el comerciante por la libertad que el último desea y que el primero aspira a controlar, la protección de la información frente a la intervención del Estado –en una segunda faceta- es de capital importancia para el comerciante.

Ambas facetas ((i) la protección de la información del comerciante frente a los competidores y (ii) la protección de la información del comerciante frente al Estado) han sido tratadas por el derecho mercantil. La protección de la información de los comerciantes frente a sus competidores está consagrada de manera específica en las normas relacionadas con la competencia desleal y, de manera más amplia, en los artículos 61 y 62 del Código de Comercio.

Por su parte, la protección de la información del comerciante frente a la intervención del Estado, está consagrada, amén de los artículos 61 y 62 del Código de Comercio, en los artículos 63 al 67 de dicho cuerpo normativo.

En materia constitucional, la protección de la información ha sido desarrollada de manera notoria por los artículos 15 y 28 de la Carta, que ha consagrado el denominado “Derecho a la intimidad”, que contiene a su vez (i) la inviolabilidad del domicilio, (ii) la inviolabilidad de la correspondencia y los documentos privados y (iii) el derecho a la intimidad y al buen nombre y el *habeas data*.

Para la Corte Constitucional<sup>238</sup>, la razón de ser de la protección que la Constitución le brinda al domicilio es la protección de la intimidad de la persona. En ese sentido, la inviolabilidad del domicilio es una garantía accesoria, encaminada a la protección de una garantía principal, que es la protección de la intimidad. A la misma conclusión ha llegado el

---

<sup>238</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-511 de 1993.

tribunal constitucional al analizar la inviolabilidad de la correspondencia y los documentos privados<sup>239</sup>.

En lo relacionado con el derecho a la intimidad propiamente dicho la Corte Constitucional ha considerado<sup>240</sup> que el derecho a la intimidad (i) contiene una “*zona de reserva para la persona, de la cual quedan excluidos los demás*”, (ii) tiene dos dimensiones, una como secreto y una como libertad y (iii) prima sobre el derecho a la información.

Sobre el *habeas data*, los planteamientos de la Corte<sup>241</sup> indican que éste contiene (i) el derecho a conocer cualquier información que sobre el titular del derecho se guarde en bancos de datos y archivos de cualquier entidad, bien sea pública o privada y (ii) el derecho de actualizar y corregir dichos datos.

Siguiendo el esquema planteado por Alberto Álvarez Jiménez, en su ensayo “Los Comerciantes y la Constitución de 1991: proyecciones sobre la Actividad Mercantil del Derecho a la Intimidad”<sup>242</sup>, es posible decir que los efectos de la nueva normatividad constitucional se concentran en dos aspectos particulares de la actividad mercantil, a saber (i) la protección de la información de los comerciantes frente a la intervención del Estado y (ii) la actividad de los comerciantes frente al *habeas data*.

En lo relacionado con la facultad de intervención del Estado, del análisis de las providencias de la Corte Constitucional es posible concluir que, en los casos en los que el *núcleo esencial*<sup>243</sup> de la intimidad de los comerciantes esté involucrado, el Estado sólo

---

<sup>239</sup> Corte Constitucional. Sentencias T-611 de 1992 y T-349 de 1993.

<sup>240</sup> Corte Constitucional. Sentencias T-412 y T-414 de 1992.

<sup>241</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-110 de 1993.

<sup>242</sup> ÁLVAREZ JIMÉNEZ, Alberto. Los comerciantes y la Constitución de 1991: proyecciones sobre la actividad mercantil del derecho a la intimidad y del derecho de asociación. Artículo publicado en Revista de Derecho Privado. No. 13. Universidad de los Andes. Bogotá, noviembre de 1993.

<sup>243</sup> Para la Corte Constitucional, el núcleo esencial de un derecho fundamental es “...aquella parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan

podrá intervenir excepcionalmente, en la medida en que demuestre que el acceso a la información protegida por tal derecho es indispensable para la satisfacción del interés público. Llegados a este punto, necesario es hacer una distinción. Si, siguiendo a ALVAREZ JIMENEZ<sup>244</sup>, se acepta que el *núcleo esencial* del derecho a la intimidad de los comerciantes contiene, entre otros, los secretos industriales y los secretos profesionales, forzoso es concluir que, en el caso de los últimos, ni siquiera la demostración de la necesidad de acceso a una información determinada para efectos de la satisfacción del interés público será suficiente para justificar la intervención Estatal, por cuanto, de acuerdo con el artículo 74 de la Constitución Política, “El secreto profesional es inviolable”.

Por último, en lo relacionado con el *habeas data*, es necesario mencionar dos puntos principales. El primero de ellos es que el *habeas data* no es otra cosa que un mecanismo más de protección de la intimidad y, desde otro punto de vista, del buen nombre. Para los comerciantes, lo anterior es de vital importancia, habida cuenta que el buen nombre o *good will* es posiblemente el activo más valioso con el que pueden contar, puesto que es éste el que les permite subsistir en un medio competitivo hostil. La protección constitucional es, entonces crítica para los comerciantes. El segundo tiene que ver con el acceso y la rectificación de la información contenida en bases de datos, en particular en las bases de datos de riesgo crediticio. Aunque en primera instancia podría parecer que redundaría en beneficio de los comerciantes la posibilidad de actualizar la información en dichas bases contenida una vez se satisfagan las deudas contraídas, lo cierto es que nada favorece más al comercio y a los comerciantes como la información transparente, que les permita tomar decisiones correctas al momento de contratar. En el mismo sentido, la permanencia de la información en las bases de datos de riesgo crediticio permite proteger un bien de mayor importancia que el anterior, esto es, el ahorro de aquellos que han confiado sus recursos al sistema financiero.

---

más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.” (Corte Constitucional. Sentencia T-426 de 1992)

<sup>244</sup> Ob. cit.

## 9. NUEVAS AREAS DE INTERES

La entrada en vigencia de la nueva constitución, junto con las tendencias más recientes en materia de derecho mercantil a nivel global, hace necesario el estudio de nuevas áreas, antes inexploradas por dicha ciencia. Así, para el derecho comercial empiezan a ganar relevancia a) el ambiente, b) la protección de los consumidores y c) la democratización del crédito.

En lo que tiene que ver con el ambiente, la Corte Constitucional ha considerado que el mismo es de tal importancia que existe lo que tal tribunal denomina la “Constitución Ecológica”<sup>245</sup>. Tras el análisis de las normas contenidas en ésta, en concordancia con el derecho a la vida, consagrado en el artículo 11 de la Carta<sup>246</sup>, ha concluido la Corte Constitucional que el ambiente es “...un derecho constitucional fundamental para el hombre, pues sin él, la vida misma correría letal peligro.” Tal afirmación, en sí misma, es de trascendental importancia para efectos de determinar el alcance de la protección constitucional al ambiente. El principal efecto de la misma es que, en la medida en que se afecte el derecho a la vida, el ambiente es susceptible de ser protegido a través de la acción de tutela, con todo lo que ello implica.

¿Cuál es, entonces, la importancia concreta de la protección constitucional al ambiente para el derecho mercantil? Las múltiples actividades productivas de las modernas sociedades industriales generan, sin lugar a dudas, enormes presiones en nuestros recursos naturales y ambiente. En la medida en que la protección del ambiente se torne más y más importante, su impacto sobre los comerciantes será mayor. Aunque, por lo pronto, la normatividad ambiental no ha permeado directamente el ordenamiento mercantil, es claro que la actividad de los comerciantes no puede, a la luz de nuestro actual ordenamiento constitucional, llevarse a cabo sin tener en cuenta las prioridades ambientales colectivas.

---

<sup>245</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-411 de 1992

<sup>246</sup> Constitución Política. Artículo 11: “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”

En materia de protección al consumidor, la Constitución Política, en su artículo 78, establece varios principios orientados hacia tal fin, a saber (i) la obligación de regular la calidad de los bienes y servicios ofrecidos al mercado y la forma en que los mismos se publicitan, (ii) la responsabilidad de productores y comercializadores por los bienes y servicios ofrecidos y (iii) la participación de las organizaciones de consumidores en la producción de las regulaciones que afecten a sus integrantes.

Así pues, es claro que los consumidores gozan de protección constitucional, por virtud de lo estipulado en el artículo 78 de la Carta. Más aún, la consagración constitucional de las “Acciones de Grupo” otorga un medio de defensa idóneo a los consumidores, en la medida en que se adecua a las características que habitualmente tienen los enfrentamientos entre consumidores y productores/distribuidores, esto es, la defensa de los intereses de un grupo de personas en cuanto hayan sufrido algún daño común.

La relación de la protección de los consumidores con el derecho mercantil es evidente. La actividad del comerciante presupone la existencia de consumidores, en la medida en que son éstos los que adquieren los bienes y servicios que son objeto de la actividad de los comerciantes. Por tanto, y en lo que se constituye quizás en el principal efecto de la nueva normativa constitucional, las disposiciones relacionadas con la protección de los consumidores, ya consagradas a nivel legal con anterioridad a 1991, pueden entenderse como una nueva órbita de responsabilidad de nivel constitucional del comerciante, que implica la sujeción de su actividad al bienestar del consumidor, ya no sólo por motivos puramente comerciales, sino por mandato constitucional.

Por último, en cuanto hace a la democratización del crédito, elevada al nivel de mandato constitucional por el artículo 335 de la Carta, necesario es señalar que los pasos dados por la legislación nacional, así como por la jurisprudencia constitucional en pro del logro de tal objetivo, no son los más acertados. Lo anterior por cuanto en ambos casos se han

confundido las normas de regulación prudencial<sup>247</sup> – o su análisis jurisprudencial – con aquellas destinadas a la democratización del crédito.

Dicha confusión es particularmente desafortunada, en particular si se tiene en cuenta que la democratización del crédito, cumplida a cabalidad, tendría grandes implicaciones para la actividad de los comerciantes, en particular para la actividad de los comerciantes bancarios. Sin embargo, tal como la norma constitucional ha sido planteada y, consecuentemente, desarrollada por la ley, las posibilidades de efectividad de la misma son escasas, habida cuenta la dificultad en la concreción de su contenido.

Por último, y no obstante lo anterior, necesario es decir que, si de alguna manera se logra cumplir el mandato constitucional de la “democratización del crédito”, las consecuencias podrían ser enormemente beneficiosas para el país y de gran trascendencia para el derecho comercial y para los comerciantes, por cuanto, en primera instancia, se lograría una significativa profundización financiera, beneficiando en gran medida la actividad de los comerciantes bancarios y, en segunda instancia, se garantizaría el acceso al crédito de un enorme número de nuevos comerciantes, dinamizando así el comercio nacional e, inevitablemente, el derecho que lo regula.

---

<sup>247</sup> Ver, entre otros, el artículo 5 de la Ley 35 de 1993, cuyo contenido esencial es la autorización al Gobierno Nacional para establecer cupos individuales de crédito y la sentencia C-560 de 1994 de la Corte Constitucional.

## BIBLIOGRAFÍA

ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernest, DOEHRING, Karl. El Estado social, colección de Derecho Constitucional Alemán. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1986.

AJA, Eliseo. Estudio preliminar de la obra de Ferdinand Lassalle: Qué es una Constitución. Editorial Ariel. Barcelona, 1984.

ÁLVAREZ JIMÉNEZ, Alberto. Los comerciantes y la Constitución de 1991: proyecciones sobre la actividad mercantil del derecho a la intimidad y del derecho de asociación. Artículo publicado en Revista de Derecho Privado. No. 13. Universidad de los Andes. Bogotá, noviembre de 1993

ANGARITA BARON, Ciro. La Libertad Económica en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional: Aproximación Fugaz. Ensayo publicado en Constitución Económica Colombiana. Primera Edición. El Navegante Editores. Bogotá, 1996.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto (et al.).Grandes temas del derecho comercial: su incidencia en la Constitución de 1991. Biblioteca Jurídica Diké; Colegio de Abogados de Medellín; Cámara de Comercio de Medellín. Medellín, 1993.

ASCARELLI, Tulio. Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales. Editorial Bosch. Barcelona, 1970.

BAQUERO RUEDA, Andrea y GUTIÉRREZ GÓMEZ, María Clara. La empresa y el empresario en la nueva Constitución Política y sus implicaciones previstas en el estatuto subjetivo del Código de Comercio. Tesis de Grado. Universidad de los Andes, Bogotá. 1995.

BARRAGÁN D., Rafael A. Las costumbres como fuente del derecho mercantil frente a la nueva constitución. Revista de Derecho Privado No. 12. Bogotá, Mayo de 1993.

BEDOYA GOYES, Jorge David. Una mirada a temas tradicionales del derecho privado desde la jurisprudencia de exequibilidad de la Corte Constitucional colombiana. Revista de Derecho Privado No. 27. Bogotá.

BIELSA, Rafael. Estudios de Derecho Público. IV Derecho Administrativo, Fiscal y Constitucional. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1962.

CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Derecho Constitucional Jurisprudencial: Las Grandes Decisiones de la Corte Constitucional. Legis Editores. Bogotá, 2001.

CHARRY URUEÑA, Juan Manuel. Del Estado social al Estado promotor. Artículo publicado en *Ámbito Jurídico* No. 156. Julio, 2004.

DE LA CALLE LOMBANA, Humberto. Prólogo a la obra Derecho Constitucional Colombiano de Francisco de Paula Pérez. Bogotá D.C., Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Colección Profesores 9. Sexta Edición. Bogotá, 1992.

DE OTTO, Ignacio. Derecho Constitucional: Sistema de fuentes. Cuarta Reimpresión. Editorial. Ariel. Barcelona, 1995.

GALGANO, Francesco. Historia del Derecho Mercantil, versión española de Joaquín Bisbal. Editorial Laia. Barcelona.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. Editorial Porrúa, Buenos Aires, 1968.

LLERAS DE LA FUENTE, Carlos y otros. Interpretación y Génesis de la Constitución de Colombia. Editorial Cámara de Comercio de Bogotá. Bogotá, 1993.

LONDOÑO HOYOS, Fernando. Comentarios al Código de Comercio Volumen II. Colección Pequeño Foro, Medellín, 1979.

MADRIÑÁN DE LA TORRE, Ramón. Principios de Derecho Comercial. Octava Edición. Editorial Temis. Bogotá, 2000.

NAMÉN VERGARA, William. Despersonalización y responsabilidad societaria, en La despersonalización societaria y el régimen de responsabilidad. Pontificia Universidad Javeriana. Primera edición. Bogotá, 2005.

NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Derecho Mercantil Colombiano. Volumen I. Parte General. Novena Edición. Legis Editores. Bogotá, 2002.

PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Quinta Edición. Editorial Temis. Bogotá, 1997.

PINZÓN, José Gabino. Sociedades Comerciales, Teoría general. Temis, 1988.

PINZON, José Gabino. Introducción al Derecho Comercial. Tercera Edición. Editorial Temis. Bogotá, 1985.

PINZÓN, José Gabino. La unificación internacional del derecho comercial. Revista de la Cámara de Comercio de Bogotá. No. 1, Bogotá, 1970.

PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge. El Código de Comercio treinta años después de su expedición: Algunas reflexiones acerca del sentido actual de una codificación en materia mercantil. Revista Universitas No. 104, Bogotá, 2002.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. Tomos I y II. Editorial Temis. Bogotá, 2002.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Malos precedentes de la Corte Constitucional. Artículo publicado en Ámbito Jurídico No. 132. 20 de julio de 2003.

RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ, Claudia Esperanza. Taller sobre fundamentos constitucionales del derecho comercial. Revista de Derecho Privado No. 13. Bogotá, 1993.

ROITMAN, Horacio. El Derecho Comercial al Finalizar el Siglo. Estudio preparado para la Academia Nacional de Derechos y Ciencias Sociales de Córdoba, Septiembre 10 de 1997.

SANCHEZ CALERO, Fernando. Instituciones de Derecho Mercantil. Tomo I, Introducción, Empresa y Sociedades. Décimo Séptima Edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1994.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo. Volumen I. Tercera Edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2000.

VIDAL PERDOMO, Jaime y SÁCHICA, Luis Carlos. Aproximación crítica a la Constitución de 1991. Editorial Cámara de Comercio de Bogotá. Bogotá, 1991.

VARIOS AUTORES. La Despersonalización Societaria y el Régimen de la Responsabilidad. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2005.

ZAFRA ROLDÁN, Gustavo. El Derecho a la Constitución. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Colección Profesores No. 25. Primera Edición. Bogotá. 1998.

## ANEXO 1.

### RELACION DE JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA CITADA

#### 1. CORTE CONSTITUCIONAL

1992

Constitucionalidad: C-479

Tutela: T-406, T-411, T-412, T-414, T-425, T-426, T-444, T-475, T-476,  
T-506, T-537, T-610, T-611

1993

Constitucionalidad: C-006, C-104, C-131, C-486

Tutela: T-110, T-231, T-251, T-349, T-381, T-396, T-511, T- 521

1994

Constitucionalidad: C-058, C-153, C-265, C-428, C-074, C-560

Tutela: T-003, T-284, T-291, T-431

1995

Constitucionalidad: C-083, C-167 C-328, C-524

Tutela: T-310, T-440

Unificación: SU-082

1996

Constitucionalidad: C-037, C-276, C-435, C-450, C-485, C-495, C-510, C-512

Tutela: T-477

1997

Constitucionalidad: C-180, C-510, C-535

Tutela: T-245, T-413, T-414

Unificación: SU-442

1998

Constitucionalidad: C-256, C-624

Tutela: T-554

1999

Constitucionalidad: C-383, C-595, C-747 (salvamento de voto de los magistrados Vladimiro Naranjo Mesa y Eduardo Cifuentes Muñoz)

Tutela: T-014

Unificación: SU-047

2000

Constitucionalidad: C-037, C-210, C-384, C-529, C-1141

2001

Constitucionalidad: C-836 (sentencia y aclaración de voto de los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra), C-1064, C-1300

Tutela: T-1319

Unificación: SU-1023

2003

Unificación: SU-636

2004

Constitucionalidad: C-816, C-865

## 2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Constitucional Sentencia del 6 de marzo de 1962

Sala Constitucional Sentencia del 19 de mayo de 1988

Sala de Casación Civil Sentencia de Casación Civil del 11 de agosto de 1988. Expediente 086.

## 3. CONSEJO DE ESTADO

Sala de Consulta y Servicio Civil Concepto 1346 de mayo 17 de 2001