

**EL ABUSO DEL DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE  
SUPREMA DE JUSTICIA. 1935- 2009.**

**HÉCTOR ELÍAS HERNÁNDEZ VELASCO**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER  
FACULTAD DE HUMANIDADES  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA  
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO  
BUCARAMANGA  
2009**

**EL ABUSO DEL DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE  
SUPREMA DE JUSTICIA. 1935 – 2009.**

**HÉCTOR ELÍAS HERNÁNDEZ VELASCO**

**Trabajo De Grado Para Obtener El Título De Magister En Hermenéutica  
Jurídica Y Derecho.**

**DIRECTORA.  
MÓNICA CORTES FALLA**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER  
FACULTAD DE HUMANIDADES  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA  
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO  
BUCARAMANGA  
2009**

## TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
1. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO.	12
1.1. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO Y EL FORMALISMO JURÍDICO.	16
1.1.1. El Enriquecimiento Sin Justa Causa.	33
1.1.2. Teoría De La Imprevisión	41
1.1.3. Buena Fe	46
1.1.4. Error Común	50
2. LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.	57
2.1. LOS DERECHOS SUBJETIVOS	60
2.2. EL PAPEL DEL JUEZ EN LA CONFIGURACIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO.	69
2.3. CRITERIOS ESTABLECIDOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA PARA LA CONFIGURACIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO.	72
2.3.1. Los Cuatro Criterios De La Corte.	79
2.3.1.1. Criterio Intencional	81
2.3.1.2. Criterio Técnico. La Culpa En La Ejecución.	84
2.3.1.3. Falta De Interés Legítimo. Criterio Económico	89
2.3.1.4. Desviación Del Derecho De Su Función Social (Criterio Funcional O Finalista)	92
2.4. EL ABUSO DEL DERECHO DESPÚES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991.	98
2.4.1. Corte Constitucional.	101
2.5. LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO.	105

2.5.1. El Derecho De Litigar	106
2.5.2. Exceso En Los Embargos Y Secuestros	114
2.5.3. El Abuso Del Derecho De Denunciar	120
2.5.4. Otras Situaciones De Configuración Del Abuso Del Derecho	127
2.5.4.1. Acto Jurídico	127
2.5.4.2. Abuso Del Derecho Por Los Entes Del Estado	129
2.5.4.3. Abuso Del Derecho En El Ejercicio De La Tutela	131
2.5.4.4. la invocación de la propia culpa	132
2.5.4.5. Estados De Excepción	132
2.5.4.6. Privación Consumo De Aguas.	133
2.5.4.7. Libertad De Cultos	134
2.5.4.8. Demanda De Inconstitucionalidad	136
3. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA.	137
3.1. ABUSO DEL DERECHO DE ACCIÓN	137
3.2. ABUSO DEL DERECHO DE DENUNCIAR.	140
3.3. ABUSO DEL DERECHO DE LITIGAR.	143
CONCLUSIÓN	145
BIBLIOGRAFIA	150
ANEXOS	170

## LISTA DE ANEXOS

	<b>Pág.</b>
ANEXO A. ORIGENES DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION	171
ANEXO B. A PROPÓSITO DE UN CENTENARIO.	177
ANEXO C. PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO	184

## RESUMEN

**TÍTULO:** EL ABUSO DEL DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. 1935- 2009.\*

**AUTOR:** HECTOR ELIAS HERNANDEZ VELASCO\*\*.

**PALABRAS CLAVES:** Derechos subjetivos, Abuso del Derecho, Principio General de Derecho, Enriquecimiento sin justa causa, Buena Fe, Imprevisión de los contratos. Embargos y Secuestros.

**DESCRIPCIÓN:** El interés del presente trabajo es establecer el desarrollo jurisprudencial que ha registrado el Principio General de Derecho denominado “Abuso del Derecho” a partir de los primeros fallos de la Corte Suprema en el año de 1935 hasta los actuales del año 2009, ello con el objetivo de establecer cuáles han sido los criterios que la Corte utilizó para determinar su configuración, para de esa manera destacar en qué eventos primordiales se ha utilizado dicha doctrina por parte de la Corte Suprema y Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil del año 2005 a 2008, especialmente en materia de embargos, secuestro, y en el Abuso en el Derecho de acción, y en lo concerniente a la vulneración de los derechos fundamentales.

Es preciso aclarar que el contenido del presente trabajo hace un seguimiento casi exclusivo de la jurisprudencia de la Corte Suprema que abordó el estudio de la doctrina del Abuso del Derecho. Para ello se recurrió a la utilización de fuentes primarias provenientes de la jurisprudencia nacional y del Tribunal de Distrito Judicial de Bucaramanga, fuentes que permitieron la reconstrucción judicial de esa institución que modernamente ha cobrado una importancia especial por la actual organización política que ha asumido nuestro Estado, al dejar de ser un Estado de Derecho y constituirse en un Estado Social de Derecho.

El trabajo se estructura a partir de la elaboración de tres capítulos, en los cuales se da cuenta del apareamiento, configuración y utilización de la Teoría del Abuso del Derecho.

---

\* Tesis de Grado

\*\* Facultad De Ciencias Humanas, Escuela De Derecho, Directora: Mónica Cortes Falla

## ABSTRACT

**TITLE:** THE ABUSE OF THE LAW IN THE CASE LAW OF THE SUPREME COURT. 1935 TO 2009 .

**AUTHOR:** HERNANDEZ HECTOR ELIAS VELASCO\*\* .

**KEY WORDS:** Subjective Rights, Abuse of the law, general principles of law, enrichment without cause, Buena Fe, unpredictability of contracts. Seizure and impoundment.

**DESCRIPTION:** Therefore, this work is to establish the jurisprudential development that has registered the general principle of law called "Abuse of Law" from the first decisions of the Supreme Court in 1935 to the current year of 2009 with the objective to establish what were the criteria that the Court used to determine its configuration, thus to highlight how key events that doctrine has been used by the Supreme Court and High Court of Bucaramanga, Civil Division in 2005 and 2008, especially in terms of seizure, attachment, and Abuse in the Law of action and wing regarding infringement of fundamental rights.

Clarity that the contents of this paper follows up almost exclusively of the jurisprudence of the Supreme Court took up the study of the doctrine of abuse of law. It resorted to the use of primary sources from the national court and the Judicial District Court of Bucaramanga, sources that allowed the reconstruction of the judicial institution that has become a modern special about the current political organization that has made our state, ceasing to be a rule of law and become a social rule of de law.

The paper proceeds from the production of three chapters, which accounts for the appearance, configuration and use of the Theory of Abuse of Law.

---

\* Thesis of Grade

\*\* Facultad De Ciencias Humanas, Escuela De Derecho, Directora: Mónica Cortes Falla

## INTRODUCCIÓN

La Teoría del Abuso del derecho surge como creación jurisprudencial y doctrinal a partir del siglo XIX e inicios del XX, especialmente en Francia, de donde se difunde o generaliza, con o sin expresión legislativa por los diversos sistemas jurídicos de base continental<sup>1</sup>. Desde esos albores, la Teoría del Abuso del Derecho, ha sido entendida como un Principio, que constituye la fuente última a que debe acudir el juzgador cuando requiera colmar vacíos o deficiencias legales, es decir cuando las demás fuentes formales, como la Ley y la Costumbre, no le permiten satisfactoriamente resolver una situación litigiosa. En esa medida, según este Principio, los derechos de los individuos no son absolutos sino relativos, y no puede hacerse uso de ellos sino con motivo legítimo y noble y sin apartarse del espíritu que los inspira, como diría Josserand uno de sus defensores más connotados. De ello se desprende que una persona en el ejercicio de sus derechos subjetivos no puede quebrantar o vulnerar un interés ajeno so pena de verse en la obligación de indemnizar los perjuicios que con su actuación cause. Según el criterio asumido por la Jurisprudencia Nacional, para que se configure el Abuso del Derecho, se deben reunir básicamente las siguientes condiciones:

1. Que se carezca de un interés legítimo y serio, o lo que es lo mismo, que no pueda existir un fin útil.
2. Que al ejercerse el derecho haya intención de dañar, o se falte al cuidado o diligencia.
3. Que los derechos subjetivos se ejerzan contrariando sus fines o espíritu.

El ejercicio de los derechos subjetivos, debe circunscribirse a los fines que el legislador ha dispuesto o reconocido, ello con el fin último de evitar el rompimiento

---

<sup>1</sup> ATIENZA, Manuel. RUIZ, Manero, Juan. Ilícitos Atípicos. Madrid. Trotta, 2000. Pàg.34.

del equilibrio que debe reinar entre los miembros del cuerpo social, porque es comprensible que quien ejerce un derecho no puede cometer culpa ni comprometer su responsabilidad. Cualquier desviación de la destinación de la finalidad de un derecho subjetivo puede quebrantar o perjudicar a otra persona. La Corte de oro de 1935, estableció al respecto:

“...si el derecho es una función que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social y sobre bases de estricta justicia, o sea sin traspasar los límites de la moral...”, éste no se conforma “... con el ejercicio de las facultades que con arreglo a las normas nos corresponden, sino que exige que las mismas sean ejercidas no sólo sin perjuicio de los demás, del todo social, sino también con la intención de no dañar con un fin lícito y moral simultáneo”.<sup>2</sup>

La Teoría del Abuso del Derecho en nuestro país, desde el siglo XIX ha sido una figura que no ha pasado desapercibida para la Jurisprudencia Nacional, siendo una doctrina que ha permitido desde esos albores hasta hoy en día, encontrar un mecanismo para restablecer el equilibrio de las relaciones sociales, toda vez que éstas resulten vulneradas en el ejercicio de un derecho subjetivo, como en el que puede resultar del derecho de acción, de denunciar, en los actos jurídicos: contratos con cláusulas exorbitantes, contratos adhesivos, en el mandato, en el derecho de propiedad, y hasta en el ejercicio de los derechos fundamentales, etc.; es decir que esta doctrina se puede aplicar en cualquier área del derecho.

Estos eventos de aplicación de la doctrina a los que se refiere la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se presentan cuando a través de una conducta el ejercicio del derecho subjetivo se realiza en forma abusiva, esto es en exceso al contrariarse su fin, su espíritu, con falta de diligencia e incluso con intención

---

<sup>2</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Negocios Generales, (En adelante G.J.C.S.J). Sentencia de 6 de Septiembre de 1935.

dañosa. Siendo necesario destacar que todo derecho lleva consigo contraprestaciones y cargas que le quitan su carácter absoluto, tal como se desprende de la Constitución Política de 1991, según la cual el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en ella implica responsabilidades, siendo el primer deber de toda persona respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios. Por su parte la Corte Constitucional, siguiendo el criterio que se impuso desde el siglo pasado en nuestra jurisprudencia<sup>3</sup> ha dicho lo siguiente:

Si bien para la jurisprudencia y la doctrina constitucional no existen derechos absolutos, lo cual implica que el legislador puede reglamentar el ejercicio de los derechos por razones de interés general o para proteger otros derechos o libertades de igual o superior entidad constitucional, esas regulaciones no pueden llegar hasta el punto de hacer desaparecer el derecho<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Si el sistema constitucional estuviese compuesto por derechos ilimitados sería necesario admitir que se trata de derechos que no se oponen entre sí, pues de otra manera sería imposible predicar que todos ellos gozan de jerarquía superior o de supremacía en relación con los otros; que todos los poderes del Estado, deben garantizar el alcance pleno de cada uno de los derechos, en cuyo caso, lo único que podría hacer el poder legislativo, sería reproducir en una norma legal la disposición constitucional que consagra el derecho fundamental, para insertarlo de manera explícita en el sistema de derecho legislado. En efecto, de ser los derechos “absolutos”, el legislador no estaría autorizado para restringirlos o regularlos en nombre de otros bienes, derechos o intereses constitucionalmente protegidos. Para que esta última consecuencia pueda cumplirse se requeriría, necesariamente, que las disposiciones normativas que consagran los “derechos absolutos” tuviesen un alcance y significado claro y unívoco, de manera tal que constituyeran la premisa mayor del silogismo lógico deductivo que habría de formular el operador del derecho. como la concepción “absolutista” de los derechos en conflicto puede conducir a resultados lógicos y conceptualmente inaceptables, la Carta opta por preferir que los derechos sean garantizados en la mayor medida posible, para lo cual deben sujetarse a restricciones adecuadas, necesarias y proporcionales que aseguren su coexistencia armónica. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (En adelante C.C.C.) Sentencia C-475 de 1997. Referencia: Expediente D-1630. Actores: Roberto Lobelo Villamizar y Manuel Fernando Moya Vargas. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 139 (parcial), 321 (parcial) y 324 (parcial) del Decreto 2700 de 1991, "Por el cual se expiden las normas de procedimiento penal". Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Santa Fe de Bogotá, D.C., septiembre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y siete (1997).

<sup>4</sup> C.C.C. Sentencia C-355 de 1994. Demanda de Inconstitucionalidad contra los artículos 50 y 51 (parciales) de la Ley 35 de 1989, "sobre la ética del odontólogo colombiano". MP: Antonio Barrera Carbonell. Actor: Ester Elena Mercado. Bogotá, once (11) de agosto de 1994.

Cuando se ejerce un derecho subjetivo en forma injustificada, necesariamente se produce la afectación de los intereses de terceras personas, naciendo en esa medida un derecho de acción tendente al restablecimiento del desequilibrio ocasionado por la actividad maliciosa de quién es titular del derecho, siendo precisamente el fin último de este Principio alcanzar en justicia lo que las reglas tradicionales como la ley no alcanzan a regular.

Esos supuestos permiten entender el porqué la doctrina del abuso del derecho ha sido estudiada por diversos autores y escuelas, presentada desde sus albores como creación jurisprudencial en la Francia decimonónica, como ya se advertía, desde donde se propagó por diversos sistemas como el colombiano. En nuestro medio por primera vez a finales del siglo XIX se tuvo noticia de tal doctrina, siendo adoptada definitivamente en la década treinta del siglo pasado por la Corte Suprema de Justicia.

En torno al tratamiento dado a la teoría del abuso del derecho en la jurisprudencia nacional, los principales fallos registrados se remontan a la llamada corte de oro en el gobierno liberal de Alfonso López Pumarejo a partir del año 1935, Corte, que de igual forma reconoció la existencia de otros Principios de Derecho, como el enriquecimiento ilícito, el error común, imprevisión de los contratos, buena fe, así como profirió importantes fallos en materia de derecho privado, que aun hoy en día se mantienen.

La discusión teórica que se dio en torno a la figura en estudio desde esos albores jurisprudenciales, se centró en primera medida en dictaminar si los derechos subjetivos que una persona tiene son o no absolutos. El absolutismo o la relatividad de los derechos subjetivos se debatió arduamente en nuestra jurisprudencia a lo largo del siglo XX, hasta llegar finalmente a consolidarse la

---

máxima que en un Estado Social de derecho como el postulado en la Constitución de 1991, la persona debe gozar de una mínima garantía, ofrecida por el Estado y por el ordenamiento jurídico, de que mientras ajuste su conducta a las normas en vigor, la Constitución como norma de normas, pero también las impuestas por la ley en tanto no sean incompatibles con la Constitución y no abuse de sus derechos, no se verá sometida a la imposición de sanciones ni le será deducida responsabilidad alguna. Ello es consecuencia necesaria de los principios básicos del Estado de Derecho y excluye, por tanto, la arbitrariedad del juez, quien únicamente podrá decidir en contra del particular fundado en la convicción real de que éste ha transgredido o desbordado las reglas de convivencia que el sistema jurídico establece<sup>5</sup>.

Otro de los puntos de discrepancia doctrinal, se dio en torno a si era necesario para la configuración del abuso del derecho la “dañada intención” o no, del titular de un derecho al ejercitar innecesariamente, o excesiva o inoportunamente y aun desviarlo de su finalidad efectiva, así como si con esa actuación se producía una afectación del interés social o no. Frente a ello, dejó sentado la Corte:

En todos esos casos se yergue para darle una voz de alto a ese abuso en guarda de sí misma y, por ende, del interés social, ya que el establecimiento de los derechos, los individuales inclusive, y su respaldo por el Estado, no pueden descuidar ni dejar de tener presente a todo momento el bien de la sociedad, a la que no puede ser indiferente el que el individuo la dañe y la que no puede ejercer su propia misión de garantía en forma de emplear sus fuerzas en dañarse a sí misma, como lo haría sino limitara o

---

<sup>5</sup> C.C.C. Sentencia No. T-199. 1995. MP. José Gregorio Hernández Galindo. Ref.: Expediente T-55739. Acción de tutela instaurada por "Interamericana de Inversiones. Contra "Centralum y Datacredito". Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los nueve (9) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

vedara el mal que en cualquiera de las formas aludidas cause alguien tan sólo porque lo causa ejerciendo un derecho, sin que se pudiera, por esto sólo, inquirir y discriminar si lo está ejerciendo legítima y normalmente<sup>6</sup>.

La doctrina extranjera, que ha tenido eco en la nacional, deja ver que algunos autores no admiten la noción de abuso, no ya rigiéndose por el criterio subjetivo y la calidad de absoluto del derecho, sino porque atienden ante todo a las limitaciones establecidas en razón de los derechos ajenos que también deben respetarse y que con aquel pueden ser cercenados o invadidos. De ahí que propongan como preferible la expresión conflictos de derecho. Aquella de abuso del derecho es según algunos autores contradictoria, como lo planteó, Planiol, quién llegó a calificarla de logomaquia<sup>7</sup>.

Para, Colin y Capitant, el abuso del derecho “Es una regla consagrada, no por la ley escrita, sino por la costumbre, la cual tiene fuerza de ley en cuanto controla y regula la aplicación de los textos positivos, que los derechos pertenecientes a los particulares deben ejercerse sin exceso, según su destinatario natural y de una manera normal, habida consideración del estado general de las costumbres y de las relaciones sociales”. Por su parte, Josserand estudiando los transportes, estableció que: “Los derechos son prerrogativas causadas en su origen y por consiguiente limitadas en su existencia; no podrían ejercerse con fin distinto de aquel para el cual los ha reconocido el legislador”, la confirmó y amplió más tarde a propósito del subarriendo, diciendo: “El derecho debe ser ejercido socialmente en consonancia con su finalidad<sup>8</sup>”.

Desde otro punto de vista M Ripert, reconoce la existencia del abuso del derecho, pero con la salvedad, que algunos derechos no son susceptibles de esa tacha o

---

<sup>6</sup> G.J.C.S.J. Bogotá, 1939, Diciembre. Número, 1946, Tomo XLVII, P: 822 – 824.

<sup>7</sup> PLANIOL, Marcel. Ripert, Georges. Las Obligaciones Civiles. Bogotá, Leyer. 2005,

<sup>8</sup> G.J.C.S.J. Bogotá, 1939, Diciembre. Número, 1946, Tomo XLVII, P: 822 – 824.

no pueden dar lugar a esa noción de abuso, como el de pedir en cualquier momento un comunero la división de la comunidad o solicitarse el corte de los árboles del vecino por exceder de tal o cual colocación o altura, en su caso, aunque el colindante que lo pidió no tenga actual interés y aunque esa mayor altura no lo perjudique ni moleste; no sin dejar de advertir tampoco que los derechos individuales se ejercitan por su titular en busca de su propio bien, sin que pueda exigírsele que sea en el ajeno ni censurársele el egoísmo con que en ese ejercicio busque su personal utilidad<sup>9</sup>.

La doctrina nacional no ha sido ajena al tratamiento de esta doctrina, Ernesto Rengifo, en su obra “Del abuso del derecho al Abuso de la Posición Dominante”, arroja un referente muy importante para ser tenido en cuenta, toda vez que aborda en forma conceptual el estudio de la figura del abuso del derecho, desde el tratamiento doctrinal, hasta su desarrollo jurisprudencial y su aplicación. Se destaca el trabajo, por su reconstrucción histórica, que permite apreciar cómo instituciones jurídicas clásicas y tradicionales vuelven con el paso del tiempo a adquirir significado, vigencia y actualidad. El libro abunda en referencias jurisprudenciales, complementadas con desarrollos doctrinales, que permiten tener una visión, no solo de la figura del Abuso, sino de otros tópicos concomitantes con la institución, como es el de la responsabilidad civil.

En el trabajo de Jorge Santos Ballesteros, titulado “Instituciones de responsabilidad civil<sup>10</sup>”, el autor inicia la consideración acerca del fundamento de la responsabilidad civil, a partir de la antijuricidad, bajo esa óptica, desarrolla los conflictos que surgen del Abuso del Derecho, de la responsabilidad por abstención, y de la responsabilidad de las sociedades comerciales. En lo concerniente al Abuso del Derecho, el estudio trata acerca de los fundamentos de

---

<sup>9</sup> JOSSERAND, Louis. Teoría de las Obligaciones. Bogotá, Leyer. Ver también: Gaceta Judicial. Bogotá, Tomo XLVI, Junio de 1939, Número 1939.

<sup>10</sup> SANTOS, Ballesteros. Jorge. Instituciones de Responsabilidad Civil. Bogotá, Pontificia universidad Javeriana, 2006.

tal teoría, de los criterios constitutivos, de las implicaciones que la culpa tiene en el entendido de esa materia.

De la misma manera, Alberto Tamayo Lombana, en su obra: “La responsabilidad civil extracontractual y la contractual”<sup>11</sup>, asume una posición doctrinal al ubicar la teoría del Abuso del Derecho dentro del tipo de responsabilidad por el hecho propio, por cuanto en la medida en que se da un ejercicio abusivo de un derecho, necesariamente según el autor, se configura una responsabilidad que quedaría comprendida dentro de ese mismo tipo de responsabilidad civil. Adicionalmente, también se destaca el estudio del profesor Tamayo, al abordar las diversas controversias en la doctrina sobre la materia, y su aplicación en diversos casos, que en este terreno ha llevado a la jurisprudencia a deducir Abuso del Derecho, merecedores de condena en responsabilidad civil, como son los de propiedad y los relacionados con la materia contractual.

Como complemento a la referencia de los anteriores doctrinantes, es necesario tener en cuenta los diversos manuales del régimen general de las obligaciones, ello debido a que este tipo de material bibliográfico aporta una importante guía estructural de la importancia de las fuentes de las obligaciones, el derecho de acción y el resarcimiento de los perjuicios, y donde el abuso del derecho es presentado como un acto de fuerza para obligar, es decir como generador de obligaciones. En esa medida como se comenta en el texto del profesor Jorge Cubides Camacho<sup>12</sup>, las obligaciones son la esencia del derecho porque el orden social en que éste consiste se resuelve siempre en el cumplimiento cabal de los deberes y el ejercicio legítimo de las atribuciones. Otro de los manuales, y por ser uno de los grandes doctrinantes colombianos, Guillermo Ospina Fernández<sup>13</sup>, hace que sea de obligatoria referencia, ello debido a sus posturas definidas en

---

<sup>11</sup> TAMAYO, Lombana. Alberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual y la Contractual. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2005.

<sup>12</sup> CUBIDES, Camacho. Jorge. Obligaciones. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

<sup>13</sup> OSPINA, Fernández. Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Bogotá, Temis, 2008.

torno a muchas instituciones del régimen de las obligaciones, y a la comparación legislativa, desarrollo jurisprudencial y el amplio tratamiento doctrinal. En igual sentido, se ubica el trabajo del ya referenciado profesor, Alberto Tamayo Lombana, en su manual de Obligaciones<sup>14</sup>.

En torno a los doctrinantes extranjeros, bien se destaca el trabajo de los profesores españoles Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, titulado "Ilícitos Atípicos"<sup>15</sup>, trabajo de especial importancia, por el desarrollo y postura doctrinal que asumen los autores. En el primer capítulo los autores presentan su teoría de los ilícitos atípicos y señalan que ésta no ha sido descubierta por la teoría del Derecho y ello se explicaría en cierta forma al entender al Derecho y a la norma jurídica sólo como reglas y no también como principios.

El Abuso del Derecho, según Atienza y Ruíz Manero es una respuesta al formalismo legal y al absolutismo de los derechos. Los autores relacionan la teoría del abuso del Derecho con el derecho de propiedad. Pero tal vez el aspecto más interesante, del trabajo consiste en dar las razones justificativas de la propiedad y el Abuso del Derecho. En tal sentido señalan que en la calificación del abuso se encuentran "razones de principio y no simplemente razones de directriz". El Abuso del Derecho se diferenciaría de la colisión de derechos en que en ésta exige como prerequisite la existencia de derechos, en cambio el Abuso del Derecho exige la colisión con un principio de Derecho. El libro continúa con un estudio del abuso del Derecho y la laguna axiológica en el nivel de reglas. Los autores señalan que la laguna axiológica no sólo puede suponer una crítica externa a un sistema jurídico (ya que el sistema jurídico estaría desconociendo o ignorando un principio) sino también un conflicto entre aplicación de regla y principio. De esta forma, si una regla excluye dentro de los supuestos relevantes del caso concreto

---

<sup>14</sup> TAMAYO, Lombana, Alberto. Manual de Obligaciones. Bogotá, Doctrina y Ley. 2008.

<sup>15</sup> ATIENZA, Manuel. RUÍZ, Manero, Juan. Ilícitos Atípicos. Madrid, Trotta, 2000.

una cierta propiedad que permite aplicar a éste una hipótesis que contempla un Principio de Derecho, se produciría una laguna axiológica.

Finalmente después de este balance global, puede plantearse que el interés del presente trabajo es establecer el desarrollo jurisprudencial que ha registrado el Abuso del Derecho a partir de los primeros fallos de la Corte Suprema en el año de 1935 hasta los actuales del año 2009, ello con el objetivo de establecer cuáles han sido los criterios que la Corte utilizó para determinar su configuración, para de esa manera destacar en qué eventos primordiales se ha utilizado dicha doctrina por parte de la Corte Suprema y Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Civil del año 2005 a 2008.

Es preciso aclarar que el contenido del presente trabajo hace un seguimiento casi exclusivo de la jurisprudencia de la Corte Suprema que abordó el estudio de la doctrina del Abuso del Derecho. Para ello se recurrió a la utilización de fuentes primarias provenientes de la jurisprudencia nacional y del Tribunal de Distrito Judicial de Bucaramanga, fuentes que permitieron la reconstrucción judicial de esa institución que modernamente ha cobrado una importancia especial por la actual organización política que ha asumido nuestro Estado, al dejar de ser un Estado de Derecho y constituirse en un Estado Social de Derecho.

El trabajo se estructura a partir de la elaboración de tres capítulos, en los cuales se da cuenta del apareamiento, configuración y utilización de la Teoría del Abuso del Derecho. El primer capítulo aborda el estudio de los Principios Generales del Derecho, destacando el concepto que de él ha tenido la jurisprudencia colombiana, sus características, y destacando de forma global los diversos principios como el Enriquecimiento Sin Justa Causa, Error Común, Imprevisión de Contratos, Buena Fe.

El segundo capítulo aborda el estudio de la Teoría del Abuso del Derecho, desde su apareamiento en la doctrina de la Corte Suprema de mediados de la década del treinta del siglo pasado hasta los últimos fallos de la Corte de octubre de 2009, destacando los criterios que la Corte ha tenido para establecer su configuración, y analizando la aplicación de la doctrina en diversas temáticas como los embargos excesivos, el abuso en el derecho de litigar, en la Tutela, etc.

Finalmente el tercer capítulo se ocupa de describir la aplicación de la doctrina del Abuso en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, 2005-2008.

## 1. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO.

***Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento. (Siete Partidas, Ley XII)***

En sentencia de seis de diciembre de 1899, la Corte Suprema de Justicia declaró que no había lugar a infirmar la sentencia del Tribunal Superior de Cundinamarca de tres de mayo de 1899, dictada en el juicio civil ordinario promovido por Ricardo Ochoa González contra la sociedad Muñoz Hermanos, por incumplimiento de un contrato e indemnización de perjuicios. El proceso se había iniciado en primera instancia el cuatro de noviembre de mil ochocientos noventa y cinco, cuando Ochoa González instauró demanda civil ordinaria contra la Sociedad Comercial Colectiva Muñoz Hermanos con domicilio en Bogotá, para que esta sociedad Comercial le indemnizara los perjuicios actuales y futuros que se le habían irrogado como consecuencia de la terminación unilateral del contrato celebrado el once de agosto de mil ochocientos noventa y cuatro, en el cual el abogado Ochoa se había comprometido a administrar dos fincas de propiedad de la sociedad comercial.

El Juez 5.º del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia con sentencia de veintinueve de octubre de ochocientos noventa y ocho, resolviendo negativamente las pretensiones del actor Ochoa González y declarando procedente la pretensión de la demanda de reconvenición, que había sido interpuesta por la parte pasiva, de declarar que el contrato suscrito entre la Sociedad y el administrador Ochoa

González era de mandato y no de sociedad o de arrendamiento de servicios como lo pretendía el demandante, sin otro tipo de declaraciones.

En virtud de la apelación interpuesta por ambas partes contra el fallo de primera instancia, el recurso fue conocido y resuelto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Respecto a la demanda principal, se declaró que la Sociedad Comercial no cumplió el contrato celebrado el once de agosto de 1894, en cuanto separaron a Ochoa González de la administración de las fincas antes de la fecha de terminación estipulada. En tal medida se declaró la resolución del mentado contrato y se condenó a la sociedad a pagar el valor de administración de los nueve meses que faltaban para la terminación del contrato más los intereses. En cuanto a la demanda de reconvencción, se confirmó que el contrato era de mandato y no de la forma como lo pretendía el accionante. Ante el fallo del Tribunal las partes interpusieron el recurso de casación.

En la providencia de casación la Corte abordó el estudio del contrato de mandato, estableciendo sus clases, obligaciones de los contratantes y en resumidas cuentas destacó el fin que el legislador colombiano trazó al regular este tipo de fuente de obligación. Dispuso la Corte Suprema que no es aceptable que el mandato civil sea una figura jurídica irrevocable como lo entiende el accionante, ello toda vez que la naturaleza de este tipo de contrato, como expresamente lo reconocen los artículos 2189, 2190 y 2191 del Código Civil, puede siempre revocarse por el mandante, ya que no es posible admitir que la ley hubiera querido impedir al mandante que amparase sus intereses contra el abandono culpable, la ignorancia o la mala fe del mandatario. La revocación del mandato en esas condiciones es considerada como un derecho que interesa a la sociedad, por ser de utilidad pública el poder prevenir el dolo y es por eso por lo que la condonación del dolo

futuro no vale y si siendo así, según ese criterio jurisprudencial no podrá renunciarse ese derecho por convenios particulares<sup>16</sup>.

Con este fallo pronunciado hace más de un siglo, se abrió el camino decisivo para la consagración como norma jurídica vinculante a los Principios Generales del Derecho y con especial énfasis el Abuso del Derecho. La Corte Suprema en este fallo, sin utilizar el nombre como posteriormente se le conocería a esta doctrina, realizó algunas consideraciones sobre el fin que los derechos deben cumplir en la sociedad. En la parte considerativa de la providencia la Corte interpretando lo relativo al contrato de mandato y específicamente lo concerniente a la facultad de revocación del mandante estableció claramente que:

1. El derecho de revocación no es absoluto sino relativo, limitado por el mismo interés social que lo justifica y por el derecho ajeno.
2. Ese derecho de revocación debe ejercitarse por motivo legítimo para amparar los intereses del mandante contra la mala fe, o la negligencia o la ineptitud del mandatario.

La jurisprudencial de la Corte Suprema partir de este fallo dejó establecido que la terminación unilateral del contrato de mandato de forma abusiva, esto es sin que medie justa causa, otorga derecho a reclamar indemnización de perjuicios al mandatario que ha incumplido sus obligaciones. Del anterior criterio jurisprudencial es de donde precisamente por primera vez en la historia jurisprudencial colombiana se reconoció que en un Estado de Derecho como el colombiano:

No hay derechos absolutos, que el ejercicio de todo derecho tiene por límite el derecho ajeno, y que si la revocación del mandato causa perjuicios al mandatario que ha cumplido sus obligaciones

---

<sup>16</sup> G. J. C.S.J. Bogotá 20 de mayo de 1901. Año XV. Números 733 y 734, Pág. 3.

con honradez é inteligencia, el mandante está obligado a indemnizar esos perjuicios al mandatario<sup>17</sup>

La alusión esbozada en este primer fallo a los principios, y especialmente al Abuso del Derecho, puso de presente la necesidad de reformular la tradición jurídica formalista que hasta ese momento había caracterizado al ordenamiento jurídico colombiano. Pero claro está que este fue apenas un primer esfuerzo encomiable de la Corte de darle existencia jurídica a este tipo de normas que no habían hecho parte de la tradición jurídica nacional. Se tendría que esperar hasta la década del treinta del siglo XX para que con una nueva Corte Suprema de Justicia, históricamente conocida como la “Corte de Oro”, y con nuevo proyecto político de corte liberal como el iniciado en 1930, para que un nuevo fallo reviviera e incorporara como norma jurídica vinculante los Principios Generales del Derecho.

Precisamente fueron los fallos de casación proferidos por la Corte Suprema a partir de 1935, los que abrieron el camino al estudio de los principios como norma de interpretación a la cual se podía recurrir toda vez que no existiera regla aplicable a una situación litigiosa concreta. Desde ese primer fallo y con el desarrollo jurisprudencial posterior a esa fecha, al menos transitoriamente, quedó claramente establecido en nuestro ordenamiento jurídico, que el derecho sólo puede existir para satisfacer necesidades justas, legítimas, racionales, y teniendo en cuenta que nadie puede tener una facultad emanada de la norma del derecho objetivo cuya finalidad no sólo sea estéril para el bien propio, sino dañosa para los demás o para el fin social<sup>18</sup>.

Estos postulados dejaron claramente sentado el criterio jurisprudencial que las fuentes formales de Derecho como la ley, no pueden consagrar todos los supuestos de hecho que surgen de las cambiante y compleja realidad social, para

---

<sup>17</sup> Ibíd. Pág. 8. También ver: G.J.C.S.J. No. 2155. Mayo – Junio de 1955. Tomo. LXXX. Pág. 647.

<sup>18</sup> G.J.C.S.J. Abril de 1944. Tomo. LVII. No. 2006 – 2009, Pág. 76.

ello la Corte en ese momento develó el camino a seguir para que progresivamente a través de sus fallos jurisprudenciales se fueran sentando nuevos criterios que permitieran dar respuesta a todos aquellos casos singulares que la rigidez de los supuestos de la ley no podía resolver, premisas con las que se buscaba un mayor acercamiento a la justicia material, y a su vez como se insiste, se podía dar mayor y mejor respuesta a las variantes transformaciones sociales. Presupuestos que de ser admisibles le darían a los administradores de justicia una posición dinámica, debido a las nuevas herramientas normativas con las que contaría para la resolución de los conflictos puestos a su conocimiento, disposiciones con las que de contera se pone de presente que el Derecho está compuesto por reglas y principios, donde los principios serán entendidos como normas con efectos vinculantes, los cuales no tienen la tradicional estructura de las reglas.

En adelante el objetivo central del presente capítulo es establecer los aspectos conceptuales en torno a los Principios Generales del Derecho, destacando cuáles fueron los Principios más importantes que se reconocieron por la Corte de Oro, rescatando sus características relevantes, y poniendo especial atención al Abuso del Derecho y su desarrollo jurisprudencial.

### **1.1. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO Y EL FORMALISMO JURÍDICO.**

En el ordenamiento jurídico colombiano solo a mediados de los años treinta del siglo pasado, se empezó a reconocer de forma directa, a pesar de su consagración expresa desde el año de 1887 en la Ley 153, artículo 8º, la existencia de ciertas normas, comúnmente llamadas Principios, a los cuales los administradores de justicia podían recurrir toda vez que no existiera norma aplicable al caso.

Este tipo de normas, como lo ha establecido la jurisprudencia y la doctrina desde ese momento hasta nuestros días, se caracterizan por un alto grado de abstracción, debido a que no evidencian de manera explícita un supuesto fáctico o lo presentan de manera fragmentaria, de modo que no es posible determinar con antelación los casos en los que serán aplicados. Por esta razón suelen calificarse de normas abiertas, para distinguirlas de las reglas legales llamadas cerradas, en las que sí es posible fijar directamente los supuestos de hecho<sup>19</sup>. Para un sector de la doctrina, los principios presentan un alto grado de indefinición en la consecuencia jurídica, motivo por el cual se les conoce como “mandatos de optimización”, en la medida en que pueden ser cabalmente cumplidos en diferente grado, dependiendo de las condiciones reales o jurídicas en las que se encuentre el agente<sup>20</sup>. Para Josep Aguiló Regla, la mejor manera de caracterizar los principios jurídicos es, “mostrando de forma clara su diferencia con las reglas, que consiste en afirmar que son un tipo de pauta de conducta en la que no se define caso, que no cuentan con supuesto de hecho”<sup>21</sup>. Sobre este particular la Corte Suprema de Justicia estableció el criterio jurisprudencial bajo el supuesto que:

El ordenamiento jurídico no está constituido por una suma mecánica de textos legales. No es, como pudieran creerlo, una masa amorfa de leyes. Todo orden jurídico está integrado por ciertos principios generales, muchos de ellos no enunciados

---

<sup>19</sup> C.S.J. Magistrado Ponente. Edgardo Villamil Portilla. Bogotá D. C., doce de enero de dos mil cinco. Ref. Exp. No. 21031. Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga Sala Civil Familia, decisión epílogo del proceso promovido por Carlos Enrique Gamarra Murillo, Elberto Gamarra Murillo, Pedro Nel Gamarra Murillo y María Emilse Gutiérrez de Gamarra contra el Banco Nacional del Comercio – antes Banco de Caldas -.

<sup>20</sup> C.C.C. Sentencia C - 83 de 1995. MP: Carlos Gaviria Díaz. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 8° de la ley 153 de 1887.

<sup>21</sup> AGUILÓ, Regla. Josep. Teoría General de las Fuentes del Derecho. Barcelona, Ariel, 2000, Pág. 136.

concretamente por el Código Civil, pero de los cuales, sin duda, se han hecho aplicaciones concretas a casos singulares<sup>22</sup>.

La consagración de este tipo de normas, puso de presente que cuando una persona recurre a la administración de justicia para resolver una situación litigiosa su pretensión no puede quedar en la indeterminación debido a la oscuridad o falta de una norma expresa aplicable al caso. En estas situaciones el juez no puede representar simplemente una boca muda que pronuncia las palabras de la ley, según célebre definición de Montesquieu<sup>23</sup>, por el contrario el administrador de justicia debe encontrar como máxima la norma que le permita resolver la situación litigiosa, como lo establece el artículo 8º de la ley 153 de 1887, según el cual “si no hay una 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 del derecho”. Ésta disposición a todas luces señala las pautas para que frente a una situación concreta y objetiva y ante la ausencia de la norma exacta aplicable, se pueda acudir a otras

---

<sup>22</sup> G.J.C.S.J. Sentencia de 23 de junio de 1.958: Tomo. LXXXVIII, Pág. 232. Ver también: DUEÑAS Rivas. Oscar José. *Hermenéutica Jurídica*, 2ª. Edición. Bogotá, Facultad Jurisprudencia Universidad del Rosario, Pág.119.

<sup>23</sup> JIMENÉZ. Cano. Roberto Marino. *Los Principios Generales del Derecho. Especial Consideración en el Derecho Español*: Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 3, 1999 de 2000, Pág. 1-18.

disposiciones que regulen materias semejantes, es decir a la analogía<sup>24</sup>, y a falta de ellas a las reglas generales del derecho<sup>25</sup>.

Con la disposición planteada en el artículo 8° de la ley 153 de 1887<sup>26</sup>, y con el desarrollo dado por la Corte de Oro, claramente quedó establecido que las normas que conforman el sistema jurídico colombiano deben ser congruentes, o como algunos autores de la moderna Teoría del Derecho lo llaman “coherente”<sup>27</sup>, o lo

---

<sup>24</sup> La analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la *ratio juris* o razón de ser de la norma. La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general. La analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley. En: C.C.C. Sentencia. C – 830 de 1995. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 8° de la ley 153 de 1887. Demandante: Pablo Antonio Bustos Sánchez. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

<sup>25</sup> G.J.C.S.J. Casación, 25 de mayo de 1963, Vol. XXXVIII. Números 223-223-, Pág. 55. También ver: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Magistrada ponente: Isaura Vargas Díaz. Radicación No. 32.988. 26 agosto de 2008.

<sup>26</sup> Diego López, en la Teoría impura del derecho manifiesta que: “El artículo 8°, es la norma de clausura o integración adoptada positivamente para todo el sistema jurídico nacional. Su importancia estructural es, en consecuencia, enorme. Se trata, quizá de la regla positiva más importante en la definición de lo que esta cultura entiende por derecho. Muchas batallas iusteóricas se han dado tratando de capturar el significado de esta norma del derecho positivo. De hecho, cada generación parece tener una interpretación de la misma en la que plasma su particular comprensión iusteórica. Cada facción en la liza comprende que la captura del artículo 8° es esencial para adquirir hegemonía teórica. En consecuencia, la iusteoría local ha discutido enormemente sobre el significado de su texto. El hecho de que el antiformalismo se hubiese fundamentado en el artículo 8° prueba, más allá de cualquier duda, que el legocentrismo es todavía absolutamente fundamental en nuestras concepciones del derecho[...] cada generación tuvo una interpretación predominante de la misma, con frecuencia en marcado contraste con la de generaciones anteriores. Podríamos perfectamente hacer un repaso de los hitos fundamentales de nuestra iusteoría local si reconstruyéramos, para cada etapa, el significado atribuido a la norma de integración contenida en el texto del artículo 8° de la Ley 153 de 1887». En: López Medina, Diego Eduardo. Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica Latinoamericana. Bogotá, Legis, 2002Pág.301- 302.

<sup>27</sup> La coherencia es una forma de justificar nuestros juicios sobre el derecho en función de sus relaciones de apoyo con el resto de elementos del orden jurídico. Ahora bien, si la coherencia pone su mirada en las relaciones de ordenación y estructura del conjunto de normas jurídicas, ésta

que para Carlos Cossio es la “plenitud hermética del derecho<sup>28</sup>”, debido a que el ordenamiento jurídico nacional es un sistema material y formalmente jerárquico de normas, con lo cual se pone de presente que no pueden existir lagunas o antinomias en el derecho, pues entre las fuentes formales principales - la ley en sentido material- y las fuentes formales auxiliares, como nos dice textualmente la Corte Constitucional, debe existir plena armonía que permita dar respuesta a todas las situaciones jurídicas previstas por el sistema que integra el ordenamiento jurídico, y donde el juez está llamado a aplicar e interpretar las normas para evitar la denegación de justicia<sup>29</sup>.

Los jueces en esa medida representan el monopolio del Estado en la administración de justicia, máxima del Estado moderno, con lo que se impide que las personas se hagan justicia por su propia mano, o que recurran a la venganza privada, o lo que en términos de la teoría contractualista sería el evitar el retorno al estado de naturaleza. El juez bajo ese supuesto debe recurrir a otros criterios auxiliares o fuentes de derecho, como los principios para cumplir el papel que el ordenamiento jurídico del Estado le ha impuesto<sup>30</sup>. En sentencia de la Corte Suprema de Justicia del año 1942 precisamente se ponía de presente que:

---

implica un punto de vista particular o una concepción específica del sistema jurídico. Ver: PÉREZ, Bermejo. Juan Manuel. Coherencia y Sistema Jurídico. Madrid, Editorial Marcial Pons, 2006.

<sup>28</sup> C.C.C. Sentencia No. C-104 de 1993. Actora: Rocío Mercedes Araujo Oñate. Magistrado Sustanciador: Alejandro Martínez Caballero. Santa Fe de Bogotá, D.C., marzo once (11) de mil novecientos noventa y tres (1993).

<sup>29</sup> El artículo 48 de la ley 153 de 1887 prohibió a los administradores de justicia abstenerse de fallar, aduciendo insuficiencia o inexistencia de ley aplicable al caso, cuando señaló que “los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia”.

<sup>30</sup> La tarea del legislador y la del juez son complementarias. El Congreso dicta normas de carácter general y abstracto, orientadas hacia la consecución de ciertos fines. Estas normas, por bien elaboradas que sean, no pueden en ningún momento incorporar en su texto los más distintos elementos que se conjugan en la vida práctica, para configurar los litigios concretos. Por eso, el juez está llamado a afinar la aplicación de la norma legal a la situación bajo examen, con el objeto de lograr que el espíritu de la ley, que el propósito del legislador, no se desvirtúe en el momento de la aplicación, por causa de las particularidades propias de cada caso. C.C.C. Sentencia C-1547 de 2000. Referencia: expediente D-3007. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 38

En toda sociedad civilizada el derecho a la fuerza, está atribuido a los jueces dar a cada uno lo que le corresponde, según las normas legales y las diferencias entre los particulares se someten a la decisión de la autoridad competente, por cuanto es la diversidad de conceptos, los diferentes aspectos de una cuestión, las diferentes pruebas, las que suscitan la controversia entre los particulares, que no pudiendo resolver éstos hace menester el imperio de la decisión judicial, toda vez que una de las partes no puede erigirse en juzgadora de la contraria<sup>31</sup>.

Al juez en esas condiciones, en un Estado de derecho como el colombiano, se le impone el mandato constitucional y legal de tener que proferir decisiones de los asuntos que llegan a su conocimiento, con fundamento en el sistema normativo vigente, como son las reglas y principios<sup>32</sup>. Cuando hay norma aplicable al caso, el

---

numeral 1 del Código de Procedimiento Civil. Actor: Eduardo Henao Hoyos. Magistrada Ponente (e): Cristina Pardo Schlesinger. Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil (2000).

<sup>31</sup> G.J.C.S.J. No. 1976, Tomo, LI, Año, 1942, Pág. 922. Ver también: G.J.C.S.J. Tomo, LI, No. 1971 Y 1972, Mayo 19 de 1941.

<sup>32</sup> La distinción entre reglas y principios daría el fundamento para que los teóricos del derecho, Hart – Dworkin, desataran una de las más arduas discusiones jurídicas durante el siglo XX.” En Hart, las reglas operan dentro de un esquema de “todo o nada”: si se dan los hechos estipulados por una regla, o bien ésta es válida y, por tanto, el resultado que prevé debe ser alcanzado en el caso concreto, es decir en primera medida cuando un juez va a resolver un caso parte de la regla existente, y si se dan los supuestos conforme a ellos debe fallar, lo que en términos de este autor serían casos fáciles, el problema central estaría en los llamados casos difíciles en los cuales existe más de una interpretación razonable, ello según Hart, se da debido a la vaguedad, que es una característica inherente al lenguaje jurídico. Así cuando un caso de estos llega a conocimiento en un estrado judicial, los jueces tienen discrecionalidad para escoger la interpretación que consideren más apropiada. Cuando la regla aplicable es imprecisa, el juez no tiene otra salida que escoger prudentemente la opción que estime adecuada.

En torno a este planteamiento considerado como el segundo pilar positivista, es según Dworkin falso, ello debido a que los jueces, en los casos difíciles, no tienen discrecionalidad para crear derecho; por el contrario, deben aplicar los principios vigentes en el sistema jurídico. Desde esa óptica no es posible demostrar como el juez debe inclinarse por una interpretación entre varias igualmente razonables. Ante la falta de un criterio externo para probar las interpretaciones alternativas, no es factible eliminar ese espacio de discrecionalidad judicial. Bajo esos supuestos Dworkinianos, los principios, en cambio, a diferencia de las reglas, no siguen una lógica de todo o nada. En: La decisión Judicial. El debate Hart – Dworkin. Bogotá siglo Hombre editores.

juez debe atenerse a ello, como se ha insistido, pero en aquellos eventos donde se carece de supuesto fáctico específico, el ordenamiento lo autoriza para la concreción material, a recurrir, como lo intentó la Corte Suprema de los años treinta del siglo XX y como plenamente se alcanzaría a partir de la Constitución de 1991, a contenidos que no están reconocidos en la norma positiva<sup>33</sup>, lo que para la Corte Constitucional serían los contenidos extrasistémicos, a los que el propio sistema refiere formalmente, como son los "Principios Generales del Derecho"<sup>34</sup>. Joaquín Arce y Flórez-Valdés, al respecto consagra que:

"...los principios generales del derecho equivalen a los principios que informan el Derecho positivo y le sirven de fundamento. Estos principios se inducen, por vía de abstracción o de sucesivas generalizaciones, del propio Derecho positivo, de sus reglas particulares, ya que son aquéllos los que, anteriormente, han

---

Universidad Andes, 2008, p, 2, 22. Estudio Preliminar César Rodríguez. También ver: H.LA. HART. El Concepto de Derecho. Capítulo VI. Los Fundamentos de un Sistema Jurídico.

<sup>33</sup> En nuestro ordenamiento jurídico se autoriza a los administradores de justicia recurrir a contenidos extrasistemáticos, a los que el propio sistema refiere formalmente V.gr.: el derecho natural, la equidad, los "principios generales del derecho", expresiones todas que claman por una concreción material que sólo el juez puede y debe llevar a término. Se trata entonces de principios que no satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no hacen parte del ordenamiento pues no son materialmente reductibles a la Constitución. C.C.C. Sentencia C-1547 de 2000. Referencia: expediente D-3007. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 38 numeral 1 del Código de Procedimiento Civil. Actor: Eduardo Henao Hoyos. Magistrada Ponente (e): Dra. Cristina Pardo Schlesinger. Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil (2000).

<sup>34</sup> En la sentencia C- 083 de 1995, Corte Constitucional manifestó: De antaño entendió esta Corporación que el juez, antes que ciego y sumiso servidor de la ley era un adalid del Derecho y, desde luego, de la justicia, razón por la cual no vaciló en echar mano de aquellos principios que lo informan y nutren, con miras a captar el Derecho en el más humano y social de sus aspectos y hacer de la justicia algo realmente tangible y evidente. Gracias a esa labor "pretoriana" de la Corte, múltiples instituciones jurídicas se vivificaron o adquirieron un nuevo y trascendental sentido. Surgieron así, reglas sobre el abuso del derecho, las actividades peligrosas, la posesión material, la imprevisión, la buena fe, el error común, la corrección monetaria, entre muchas otras, que evidencian con claridad un indeclinable compromiso de esta Sala con los fines esenciales del ordenamiento jurídico.

servido al legislador como criterio para establecer aquel Derecho<sup>35</sup>. “

En esa medida, bien puede recapitularse que hasta la década de los treinta del siglo pasado, el sistema jurídico vigente no había permitido ningún tipo de activismo judicial, el imperio de la ley había alcanzado su máxima expresión, y donde los códigos<sup>36</sup> fueron vistos como una obra acabada, hermética y autosuficiente. La razón de ser de ese hermetismo jurídico, obedecía a que el objetivo político era lograr la supremacía de la ley como forma de coordinación del comportamiento social, con lo que se generaba presumiblemente estabilidad y previsibilidad jurídica, así como respeto estricto a la fuente legítima del derecho<sup>37</sup>. Era entendible en esos primeros momentos de vida independiente de la dominación española, que signó a que, a falta del monarca que le daba legitimidad al orden existente como ocurría en tiempos de los Borbones, se tuviera que encontrar en el imperio de la ley ese supuesto al cual todos debían obedecer por ser la manifestación de una voluntad soberana que emanaba de toda la colectividad a través de sus órganos legítimamente constituidos como el Congreso de la República, y donde a los jueces no les era permitido ningún tipo de activismo judicial, siendo sólo aplicadores irrestrictos de la ley. De ese momento histórico nos dice el Magistrado Ciro Angarita:

---

<sup>35</sup> Los principios generales del Derecho y la formulación constitucional, Editorial Civitas, 1990. Citado por: Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C- 083 de 1995. MP: Carlos Gaviria Díaz.

<sup>36</sup> En Colombia básicamente la expedición de la codificación civil, parte de la época de la Federación, cuando fue adoptado primero por el Estado Soberano de Cundinamarca en el año de 1859, extendiéndose luego a otros estados y por último a la Nación misma, que lo adoptó en el año de 1873 en cuanto a las materias de competencia del Gobierno general.

<sup>37</sup> LÓPEZ, Medina. Diego Eduardo. La Letra y el Espíritu de la Ley. Bogotá, Ediciones Uniandes, Temis, 2008, Pág. 2. En otro aparte y en relación con el mismo tema, López Medina, muestra como “El papel del juez, profundamente enraizado en las creencias básicas del liberalismo de la segunda mitad del siglo XVIII, el juez se debe contentar con ser la “boca de la ley”, el vocero impersonal del orden jurídico que, si pretende la legitimidad democrática, tiene que ser la expresión de un cuerpo legislativo que representa la voluntad general. En: *Ibíd.*, pág. 28.

El sistema jurídico creado por el Estado liberal tenía su centro de gravedad en el concepto de ley, de código. La norma legal, en consecuencia, tenía una enorme importancia formal y material, como principal referente de la validez y como depositaria de la justicia y de la legitimidad del sistema<sup>38</sup>.

Bajo esos supuestos, para que existiera una perfecta armonía en las normas que conforman el orden interno, y se pudiera coherentemente administrar justicia, se debía dar paso al reconocimiento de los Principios Generales del Derecho como fuente inescindible que coadyuva en la creación judicial. Hecho que ha obedecido en nuestra historia judicial, según el decir de la Corte Constitucional colombiana, al aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo, lo cual como puede ser comprensible, ha traído como efecto directo un agotamiento de la capacidad reguladora de las reglas tradicionales, debido al gran dinamismo de las relaciones sociales.

En estas circunstancias la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional. Esta redistribución se explica ante todo por razones funcionales, no pudiendo el derecho, prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales, necesita de criterios finalistas (principios) y de instrumentos de solución concreta (juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad<sup>39</sup>.

La incorporación de los Principios por parte de la Corte Suprema, marcó al menos transitoriamente, una ruptura con el exacerbado formalismo que había

---

<sup>38</sup> C.C.C. Sentencia T- 406 de 1992. MP: Ciro Angarita Barón. Accionante: José Manuel Rodríguez.

<sup>39</sup> C.C.C. Sentencia C-1547 de 21 de noviembre de 2000. Referencia: expediente D-3007. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 38 numeral 1 del Código de Procedimiento Civil. Actor: Eduardo Henao Hoyos. Magistrada Ponente (e): Cristina Pardo Schlesinger.

caracterizado al sistema jurídico colombiano durante el siglo XIX y las dos primeras décadas del siglo XX<sup>40</sup>. Los cambios que se gestaron en la Jurisprudencia nacional en ese periodo se realizaron con fundamento en el pensamiento de juristas europeos, especialmente franceses: Géný, Josserand, Planiol y Ripert, Mazeud, León Duguít, Bonnecase, Capitant etc<sup>41</sup>, pensadores con los que se marcó una nueva forma de entender los procesos de creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

La importancia de la incorporación de los principios generales que se puede derivar para el ordenamiento jurídico nacional, radica fundamentalmente en el reconocimiento explícito de que un sistema jurídico está compuesto por diversas fuentes a las cuales puede recurrir el juez a la hora de administrar justicia, no siendo solo las reglas, la ley, la única fuente con la cual cuenta el operador jurídico en su actividad.

Éste presupuesto trajo consigo que el juez abandonara el papel de ser un mero instrumento en la aplicación de la ley. La nueva postura asumida, por la jurisprudencia colombiana de esa época, significó que los jueces contarían con nuevos elementos para la interpretación judicial, lo que les permitió, y aún hoy les permite, la aplicación de este tipo de normas en la resolución de los conflictos jurídicos en ausencia de reglas legales o consuetudinarias específicas, con lo que se posibilita sobreponerse a los problemas de indeterminación que aquéllas

---

<sup>40</sup> “El siglo XIX dejó así su legado complejo y profundo en la cultura jurídica: de un lado produjo el conjunto de ideas y conceptos al que denominamos “legalismo” en el que se minimiza o incluso se niega el papel de la interpretación en el derecho. No existe necesidad, según esta posición de emprender el descubrimiento poslegislativo del significado de enunciados normativos que se presumían claros y transparentes”. En: LÓPEZ, Medina. Diego Eduardo. La letra y el espíritu de la ley. Bogotá, Universidad de los Andes, 2008, p. 3.

<sup>41</sup> Para conocer la recepción de los postulados Anti- formalistas en nuestro medio ver: LÓPEZ, Medina. Diego Eduardo. Teoría Impura del Derecho. La Transformación de la Realidad Jurídica Latinoamericana. Bogotá, Universidad de los Andes, Legis, 2008, Capítulo IV.

acusen o que entran en contradicción con los principios que las inspiran o con otros de justicia material que informan el ordenamiento<sup>42</sup>.

En forma general, se puede establecer que la incorporación de los Principios Generales del derecho se constituyó e incluso hoy día se constituye en una búsqueda incesante por adecuar la generalidad de las normas jurídicas a las particularidades de la realidad, introduciendo en ellas matices y excepciones para integrar ciertas consideraciones de equidad<sup>43</sup> y justicia. Dentro de esos principios se destacan el Abuso del Derecho, Enriquecimiento sin Justa Causa, la Teoría de la Imprevisión, Error Común, y la Buena Fe, etc. Principios que como ya se anotaba, habían sido enunciados en el artículo 8º, de la Ley 153 de 1887, pero sin que se hubiera hecho el menor esfuerzo por desarrollarlos en la legislación o en la Jurisprudencia de la Corte. Ello obedeció al tipo de régimen político que se había instaurado en el país en 1886, cuando se expidió una nueva Carta Política que abrogó la Constitución liberal de 1863, y abrió el camino a un proyecto que tenía como una de sus máximas buscar la unidad Nacional, la moralización de las costumbres, y en sí gestar una nueva estructura del aparato de Estado. De ese periodo da cuenta la casación de octubre de 2009:

Entre los propósitos de Caro, estaba el de restaurar la tradición jurídica española que se había implantado en América a partir de la Conquista, manteniendo la tesis autoritaria y confesional del Estado y el fundamento divino de la ley humana, que se refleja en la tesis de que “la ley escrita, es, por sí sola, ineficaz; solo es poderosa y santa cuando su origen es respetable y respetado,

---

<sup>42</sup> C.C.C. Sentencia. C – 083 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 8º de la ley 153 de 1887. Ver también: C.C.C. Sentencia No. C-104 de 1993. Actora: Rocío Mercedes Araujo Oñate. Magistrado Sustanciador: Alejandro Martínez Caballero. Santa Fe de Bogotá, D.C., marzo once (11) de mil novecientos noventa y tres (1993).

<sup>43</sup> *Ibid.*

cuando en los grandes acontecimientos de la historia se reconoce la acción de un poder divino, que adoctrina, castiga y premia a las naciones, y les concede situaciones extraordinarias para constituirse y engrandecerse. Entonces el orden legal es sólido, porque se apoya en el orden moral y en la fe religiosa de la sociedad”<sup>44</sup>.

Con un proyecto radical de tendencia conservadora como el planteado por los regeneradores, era apenas presumible que no se acogiera ningún tipo de activismo judicial, la máxima del imperio de la ley encontró su máxima expresión en este periodo<sup>45</sup>, ello a pesar de haber sido creada una Corte Suprema de Justicia, cuya función primordial era la de establecer la unificación de la jurisprudencia nacional.

Se necesitó una larga hegemonía conservadora, 1886- 1930, para que el partido liberal ascendiera nuevamente a la presidencia de la República e iniciara un proceso de reformas en todos los órdenes: políticos, económicos, y sociales. Las reformas más profundas se desarrollaron durante el gobierno de Alfonso López Pumarejo, 1934–1938, proyecto que dio en llamarse “Revolución en Marcha”<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Caro, Miguel Antonio, Esquema de la historia constitucional colombiana. En Estudios constitucionales, Biblioteca Popular de la Cultura Colombiana, Bogotá, 1951, P pág. 40. Citado en: C.S.J. MP. Edgardo Villamil Portilla, Octubre de 2009. Op. Cit. VER .Anexo3.

<sup>45</sup> Era tan claro la función que les podía representar el aparato judicial al proyecto de la Regeneración, que el propio Miguel Antonio Caro en las discusiones para la expedición de la Constitución de 1886, llegó a plantear que el Ejecutivo debía ser la cabeza del aparato judicial y la Administración Pública eran apenas dos maneras especiales de cumplir y aplicar las leyes y constituían por lo mismo una subdivisión del poder ejecutivo. En: HERNÁNDEZ, Velasco. Héctor Elías. La Pena de Muerte en Colombia. 1821- 1886. Bucaramanga, SIC editores, 2008, Pág.53.

<sup>46</sup> Entre las principales reformas en el gobierno de López Pumarejo en su revolución en Marcha se destacan: NACIONALIDAD: Asimiló a colombianos de nacimiento a los hijos de padre o madre colombianos que hubieran nacido en el exterior y luego se domiciliaren en la república. IGUALDAD JURÍDICA: Dispuso que los extranjeros disfrutaran de los mismos derechos que los Colombianos, salvo los derechos políticos. PROPIEDAD: Garantiza la propiedad privada como una función social que implica obligaciones. INTERVENCIÓN DEL ESTADO: Dispuso que este pudiera intervenir por medio de leyes en la explotación de las industrias y empresas públicas, con el fin de

Entre las principales reformas que se gestaron se cuentan la reforma constitucional, Acto Legislativo No. 1º, de 1936, entre las que se destacan el reconocimiento de libertades que hasta esa fecha habían tenido una fuerte restricción o en el peor de los casos no existían, como la libertad de conciencia, libertad de enseñanza y la libertad religiosa<sup>47</sup>. Igualmente se incorporó la función social de la propiedad<sup>48</sup>, y se dio apertura en muchos sectores de la economía y la

---

racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho. LIBERTAD DE CONCIENCIA: Garantizó la libertad de culto y derogó todas las disposiciones de la Constitución de 1886 referentes a las relaciones entre Iglesia y Estado para remitir esta materia a los convenios que se celebraban con la Santa Sede. INSTRUCCIÓN PÚBLICA: Se garantizó la libertad de enseñanza, aunque bajo la inspección del Estado, y se hizo la instrucción primaria obligatoria en el grado que determinara la ley. LEGISLACIÓN SOCIAL: Se dispuso que la asistencia pública fuera función del Estado para prestarla a quienes estén físicamente incapacitados para trabajar; que el trabajo era una obligación Social y gozaría de especial protección del Estado; que se garantizaba el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos y que las leyes podrían establecer el patrimonio familiar inalienable e inembargable. EN: ARDILA, Duarte. Benjamín. Alfonso López Pumarejo, y la Revolución en Marcha. Revista Credencial Historia. Bogotá. Diciembre de 2005, Edición 192.

<sup>47</sup> Hay que tener en cuenta que en el año 1887 Colombia suscribió Concordato con el Vaticano, en el cual se reconoció la religión católica como la de todos los colombianos, de donde quedó establecida la obligación de los poderes públicos del Estado de reconocer a la religión Católica como elemento esencial del orden social, y a protegerla y hacerla respetar. En otras de las disposiciones consagradas, artículo 12, se estableció que la educación e instrucción pública en universidades, colegios y escuelas debía organizarse y dirigirse en conformidad con los dogmas y la moral de la religión católica. En materia matrimonial, se estableció lo relativo a los efectos civiles del matrimonio católico, de acuerdo con el Concilio de Trento, el cual produce efectos civiles, y se establecen las causas matrimoniales que afecten el vínculo matrimonial, la cohabitación de los cónyuges y la validez de los esponsales, los cuales eran competencia exclusiva de las autoridades eclesiásticas. GONZÁLEZ. Fernán. El Concordato de 1887. Los Antecedentes, las negociaciones y el contenido del Tratado con la Santa Sede. En: Revista Credencial Historia. Bogotá. Número 41, mayo de 1993.

<sup>48</sup> El establecimiento de la función social de la propiedad significó:

1. La garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles.
2. Primacía del interés general sobre el particular.
3. La propiedad es una función social que implica obligaciones.
4. Por motivos de utilidad pública o de interés general social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa.
5. Con todo, el legislador, por razones 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.
- 6.

industria<sup>49</sup>, hecho que trajo hondas incidencias en materia de derecho laboral, donde fue consagrado la función social del trabajo y el derecho a la huelga.

En ese contexto de cambio político se circunscriben las nuevas posturas de la Corte Suprema, que permitió desarrollar y darle un nuevo alcance a la ley 153 de 1887, artículo 8º, ley que como se sabe se constituyó en norma de clausura o integración adoptada positivamente para todo el sistema jurídico nacional<sup>50</sup>. De esa forma en términos concretos con la ley 153 de 1887<sup>51</sup>, y con las demás disposiciones consagradas en el Código Civil, se pudo abonar el camino para que la Corte de Oro de forma decidida reconociera la existencia de los llamados Principios Generales del Derecho, y marcara en otras materias jurídicas cambios profundos, que reevaluarían y le darían un nuevo papel a la jurisprudencia nacional. Frente a ello el Tribunal de Bucaramanga en un homenaje a Don Andrés Bello en 1966, afirmaba:

Virtud inmensa del Código de Bello es su capacidad de adaptación a los impulsos vivificantes y renovadores de la jurisprudencia, que busca siempre acomodar la interpretación de las leyes a la

---

<sup>49</sup> Se dispuso en la reforma de López Pumarejo, que el Estado podía intervenir por medio de leyes en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tenga derecho.

<sup>50</sup> LÓPEZ, Medina. Diego Eduardo. Teoría Impura del Derecho. Op. Cit. Pág. 301.

<sup>51</sup> El antecedente histórico de los Principios como los consagrados en la ley 153 de 1887, pueden encontrarse en las consideraciones de Don Andrés Bello. “ Andrés Bello, -autor del proyecto de la Ley Chilena de 12 de septiembre de 1851- al exponer ante el Senado los argumentos para su aprobación, dijo en sesión de 31 de julio de 1850 que “por esta enmienda no se hace más que agregar una regla con la que siempre se conforman los tribunales al sentenciar las causas, porque es sabido que todo juzgamiento se decide primero por las leyes vigentes del país; y que, si se presenta algún caso sobre el cual no haya alguna disposición expresa, se recurre entonces a la costumbre, que, por tener todos los requisitos necesarios, haya adquirido fuerza de ley. Pero puede ofrecerse otro caso, más raro aún que aquél en que falte ley expresa, a saber, uno en que no haya tampoco esa costumbre con fuerza de ley. En tal caso, no habría más arbitrio que fallar según los principios de la razón natural. En el proyecto original, se dice que debe resolverse según una disposición legal; pero, como ésta puede faltar en muchos casos, he creído necesario hacer esta agregación para determinar la regla a que deben sujetarse los tribunales en sus procedimientos”. Obras completas de Andrés Bello, Tomo XX, Labor en el Senado de Chile, XLVI, 18447-1850. pág.536. En: C.S.J. Casación octubre de 2009. MP. Edgardo Villamil Portilla. Op.cit.

evolución de las costumbres y al ordenamiento progresivo de cada pueblo. Sin necesidad de modificar el sistema del Código Civil, pudo la Corte Suprema de Justicia de 1936 coordinar sus normas al ritmo de la jurisprudencia predominante entonces en el derecho francés, en aplicaciones doctrinarias tan importantes como la buena fe creadora del derecho, la teoría de la apariencia, la simulación de los actos jurídicos, la responsabilidad civil y la culpa aquiliana, el enriquecimiento sin causa y el abuso del derecho. Los preceptos en que se albergan tan célebres construcciones de la jurisprudencia estaban ahí en el código como letra inerte y bastó solamente el impulso de una Corte admirable para vivificar su contenido<sup>52</sup>.

Las nuevas tendencias jurisprudenciales llevaron a la Corte a adelantar un proceso de transformación de su órgano de divulgación, Gaceta Judicial, ello con el fin de poder dar divulgación a los nuevos criterios jurisprudenciales que progresivamente se iban adoptando, pues el fin era que la Jurisprudencia no fuera un mero criterio indicativo de la actividad judicial, la visión era poder alcanzar un sistema donde la jurisprudencia tuviera fuerza vinculante o lo que en otros términos sería un sistema fuerte de jurisprudencia y no un criterio meramente indicativo, como el postulado en la ley 169 de 1896.

Concomitante con los avances jurisprudenciales nacionales y, como forma de dar cuenta de los adelantos doctrinales y jurisprudenciales foráneos especialmente franceses, se publicaron en ese periodo sentencias hito de tribunales franceses<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> Revista Tribunal Superior de Bucaramanga. Bucaramanga, Mayo de 1966, Número 1726. Homenaje a Don Andrés Bello y el Código Civil. Para ver el texto completo del Homenaje a Bello, ver: Anexo.

<sup>53</sup> En el año de 1938, la Gaceta publicó una sentencia de la Corte de Apelaciones de Aix, de Responsabilidad, concubinato, Ausencia de culpa, acción in rem verso. G.J.C.S.J. Febrero 15 de 1938. Tomo XLII.

que daban cuenta de los adelantos jurisprudenciales en diversas materia, así como se referenciaban trabajos doctrinales de diversas temáticas del derecho público y privado de especial interés y que eran muy pertinentes con las transformaciones jurisprudenciales que se venían adelantando en nuestro medio, entre ellos se destacan los trabajos de Lorenzo de la Maza Rivadeneira, sobre la Teoría de la Imprevisión<sup>54</sup>, y de Julián Trujillo Arroyo sobre la Casación en materia criminal<sup>55</sup>, entre muchos otros. Estos trabajos de recopilación estuvieron a cargo del relator de la Corte Julián Motta Salas, quién seguía la orientación de publicaciones similares de países europeos. De esas nuevas orientaciones se decía en la Gaceta Judicial:

Huelga decir que la Gaceta Judicial será de hoy en adelante una antena que recoja las ondas del pensamiento jurídico del mundo civilizado, para lo cual habrá de cambiarse en órganos similares de todas las naciones cultas”<sup>56</sup>.

Con ese supuesto la Corte marcaba el inicio de una nueva época que pretendía dejar atrás el rígido formalismo jurídico que hasta ese momento había caracterizado nuestro ordenamiento jurídico, y pretendía abrir el camino para que los jueces tuvieran una mayor y activa participación en la creación de Derecho, sin invadir los terrenos propios del legislador tradicional.

La Corte de ese momento se quiso poner a tono con las nuevas posturas doctrinales y jurisprudenciales que en Europa se estaban imponiendo,

---

<sup>54</sup> G.J.C.S.J. Tomo. XLVII, Septiembre de 1938, Número 1940. VER: Gaceta Judicial. 19 de septiembre de 1936, XLIV, Pág. 435.

<sup>55</sup> G.J.C.S.J. Tomo XLII, Bogotá, marzo 10 de 1936, Número 1899, Pág. 249.

<sup>56</sup> G.J.C.S.J. Julio 15 de 1935. Pág. 1.

especialmente en Francia, y a su vez pretendió ser coherente con todas las transformaciones políticas y sociales que en el país se venían dando. Desde la década del veinte en el país se había dado un gran dinamismo social, con la irrupción de nuevos actores políticos y sociales que de forma directa gestaron el derrumbe de la hegemonía conservadora en 1930. Entre los nuevos líderes se destacaron caudillos como Jorge Eliecer Gaitán, y toda una pléyade de líderes socialistas como Tomás Uribe Márquez, Raúl Eduardo Mahecha, María Cano y liberales como Alfonso López Pumarejo, Enrique Olaya Herrera, y Eduardo Santos, etc., líderes que de forma directa permitieron a través de su activismo político y su presencia en el manejo del poder, el diseño de una nueva realidad política que tuvo injerencia en todos los órdenes de la vida nacional.

Contexto en el cual se dio cabida a los llamados Principios Generales de Derecho, y por ende se permitió una nueva posición de los jueces, tendiente a suplir a través de la interpretación y aplicación de los Principios todos aquellos supuestos de hecho que la regla positiva tradicional no alcanza a regular en una cambiante y convulsionada realidad como la que se vivía en el territorio nacional.

Con la utilización de los Principios, en el sentido que lo entendió la llamada Corte de Oro, el operador jurídico no estaba haciendo sino materializar el fin último del derecho que es la Justicia y la Equidad<sup>57</sup>. De ello la jurisprudencia nacional tiene sentado:

---

<sup>57</sup> La equidad le permite al operador jurídico evaluar la razonabilidad de las categorías generales de hechos formuladas por el legislador, a partir de las situaciones particulares y concretas de cada caso. En este sentido, la equidad se introduce como un elemento que hace posible cuestionar e ir más allá de la igualdad de hecho que el legislador presupone. La equidad permite al operador jurídico reconocer un conjunto más amplio de circunstancias en un caso determinado. Dentro de dichas circunstancias, el operador escoge no sólo aquellos hechos establecidos explícitamente en la ley como premisas, sino que, además, puede incorporar algunos que, en ciertos casos "límites", resulten pertinentes y ponderables, y permitan racionalizar la igualdad que la ley presupone. C.C.C. Sentencia C-083 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Partiendo de la falibilidad del legislador, las reglas jurídicas, aun cuando estén impecablemente diseñadas desde el punto de vista técnico, no pueden llegar a contemplar todas aquellas hipótesis de hecho que hacen parte del acontecer social. En efecto, el derecho, como fenómeno de institucionalización y sistematización de cierto tipo de reglas, principios y valores, es un proceso social que se construye históricamente<sup>58</sup>.

Enseguida pasaremos a establecer las características de algunos principios que nacieron a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema, sin pretender hacer un estudio exhaustivo, porque ello escaparía a los objetivos del presente trabajo, el cual como se ha establecido hará énfasis en la Teoría del Abuso del Derecho.

### **1.1.1. El Enriquecimiento Sin Justa Causa.**

En cuanto al enriquecimiento sin justa causa, la doctrina y jurisprudencia han consagrado que tiene lugar cuando independientemente de toda causa jurídica se presenta el desplazamiento o disminución de un patrimonio a expensas de otro<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> C.C.C. Sentencia C-1547 de 2000. Referencia: expediente D-3007. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 38 numeral 1 del Código de Procedimiento Civil. Actor: Eduardo Henao Hoyos. Magistrada Ponente (e). Cristina Pardo Schlesinger. Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil (2000).

<sup>59</sup> También ha dicho “en cuanto al enriquecimiento injusto, fuente que es, como bien se sabe, de obligaciones, y que tiene lugar cuando independientemente de toda causa jurídica se presenta el desplazamiento o disminución de un patrimonio a expensas de otro, de largo tiempo atrás doctrina y jurisprudencia han determinado sus elementos integrantes, cuales son el aumento de un patrimonio y un empobrecimiento correlativo, amén de la carencia de causa o fundamento jurídico que justifique tal desplazamiento patrimonial, factores estos entre los cuales- y asunto es por cierto que salta a la vista-, es el último de los enunciados el que informa la figura y recoge el principio general de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de los demás, a lo que ha de agregarse que para estos efectos debe entenderse por causa, no aquella a que se refiere el artículo 1524 del código civil, sino la preexistencia de una relación o vínculo jurídico entre el enriquecedor y el empobrecido que justifique el movimiento patrimonial. (Cas. 27 de marzo de 1939, XLVIII; 9 de junio de 1971; 26 de marzo de 1958).EN: C.S.J. MP. Edgardo Villamil Portilla. Octubre de 2009. Op.cit.

Se entiende desde los primeros fallos de la corte Suprema en esta materia, que para que proceda judicialmente cualquier reclamación de este tipo, deben darse concretamente unos requisitos para que se permita ejercer la acción, que los romanos llamaron *in rem verso*<sup>60</sup>. Propiamente la jurisprudencia colombiana, en su profundo estudio de la figura, desde las primeras décadas del siglo XX<sup>61</sup>, y concretamente en fallos como el pronunciado por la Corte Suprema en el año de 1918<sup>62</sup>, en el cual se consagró que «...carece igualmente de la acción el

---

<sup>60</sup> El estudio de la jurisprudencia colombiana en torno al origen del enriquecimiento sin causa, partía del derecho romano, de ello se afirmaba y afirma actualmente: “La *actio in rem verso*” se tiene como el sinónimo jurídico de la pretensión de reparación por un enriquecimiento injustificado, en el derecho romano existieron múltiples posibilidades para restablecer el equilibrio patrimonial roto injustificadamente, que aunque no tuvieron el mismo impacto en la tradición jurídica, como lo tuvo la *actio in rem verso*, comparten el mismo sentido de justicia y equilibrio que inspiran al “enriquecimiento sin causa”. Tales posibilidades eran las siguientes:

1. “*Condictio ob causam datorum*” ó “*condictio causa data causa no secuta*”: Ante la imposibilidad de ejecutar forzosamente los contratos celebrados para liberar esclavos, emancipar hijos o desistir de demandas; en Roma se otorgaba el derecho a la persona que había pagado para alcanzar tales fines, a que se le reintegrara lo pagado, en el evento de un incumplimiento. En este mismo género estaba la *Condictio ob turpem causam*, establecida para negocios realizados sobre condiciones inmorales que no podían ser ejecutadas (e.j. pago de rescates por personas secuestradas).

2. “*Condictio indebiti*”: Instituida para el que pagaba por error una deuda inexistente.

3. “*Condictio ob injustam causam*”: Creada para cuando la entrega de una cosa atendía fines contrarios al derecho, como el reintegro de intereses pagados por encima del tope de usura.

4. “*Actio negotiorum gestorum*”: Creada para que el gestor de negocios tuviera derecho por los gastos efectuados y los servicios prestados.

5. “*Actio de in rem verso*”: Creada para que los pater familias respondieran, bajo ciertas condiciones, por las obligaciones contraídas por incapaces que se encontraban bajo su tutela (hijos, esclavos, etc). En: CONSEJO ESTADO.( En adelante, C.E.) Sala de lo Contencioso. Sección Tercera. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de dos mil seis (2006). Radicación: 25000232600019990196801. Demandante: Internacional de Administración y Aseo Ltda. Interased. Demandada: Caja de Previsión Social de Comunicaciones – Caprecom. Acción de Reparación Directa. Ver también: G.J.C.S.J. Cas. 27 de marzo de 1939, XLVIII; 9 de junio de 1971; 26 de marzo de 1958. También ver: C.S.J. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Manuel Ardila\_Velásquez. Bogotá D. C., veintiuno (21) de mayo de dos mil dos (2002). Ref: Expediente\_No. 7061. casación formulado por Jorge Luis Benedetti Gómez contra la sentencia de 21 de agosto de 1997, proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el proceso ordinario del Banco Central Hipotecario contra la Organización Benedetti Tovar y Cía Ltda.

<sup>61</sup> G.J.C.S.J. Casación 19 de noviembre de 1930. Tomo XLIV, Pág. 474. Casación del 6 de septiembre de 1935, Tomo XLII, Pág. 605. Casación 19 de septiembre de 1936, Tomo XLIV, Pág. 435.

<sup>62</sup> G.J.C.S.J. Casación de 1º de Noviembre de 1918. Citado por: C.S.J. MP. Edgardo Villami Portilla. Bogotá. Siete de Octubre de 2009. Ref: Exp. No 05360-31-03-001-2003-00164-01.

demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho». A partir de ese criterio jurisprudencia se han establecido como requisitos para la procedencia de la acción:

1. Enriquecimiento injusto por parte del demandado por razón de que mediante los hechos verificados por el demandante entró al patrimonio de aquel algún provecho que se haya comprobado.
2. Que a este enriquecimiento o patrimonio no haya tenido ningún derecho el demandado y que sea consecuencia directa de cualquier empobrecimiento del demandante.
3. Que este demandante sufra daño si no se le reembolsa lo gastado o el valor de los servicios prestados. El valor del provecho reportado por el patrimonio del demandado debe aparecer comprobado debidamente<sup>63</sup>.

Estos requisitos han sido precisados actualmente por nuestros altos tribunales de justicia, quedando compendiados en tres requisitos esenciales:

1. Un aumento patrimonial a favor de una persona;
2. Una disminución patrimonial en contra de otra persona, la cual es inversamente proporcional al incremento patrimonial del primero;
3. La ausencia de una causa que justifique las dos primeras situaciones<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> G.J.C.S.J. Sentencia Casación 6 de septiembre de 1935, Tomo. XLII, Pág. 605.

<sup>64</sup> C.E. Sala de lo Contencioso. Sección Tercera. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de dos mil seis (2006). Radicación: 25000232600019990196801. Demandante: Internacional de Administración y Aseo.

Este principio, que por demás se consagró como fuente de obligación civil, y que hoy en día es permisible su aplicación en otras áreas del Derecho, tiene supeditada su procedencia a la circunstancia de que el empobrecido no haya contado con un medio diferente para restablecer el equilibrio roto por el desplazamiento patrimonial<sup>65</sup>. La acción *in rem verso* que es en último término la que permite recurrir al aparato jurisdiccional de Estado, se basa en un principio de equidad, en el cual es indispensable la demostración del incremento patrimonial a expensas de otro sin que medie causa alguna<sup>66</sup>. En sentencia de casación de 1935 la Corte Suprema estableció:

Ningún texto de la ley positiva consagra expresamente la regla de equidad de que nadie puede enriquecerse sin derecho en perjuicio de otro; sin embargo, se la puede considerar, como la ha aceptado jurisprudencia universal, como si estuviera en vigor esa ley, puesto que inspira muchas de las construcciones jurídicas imperantes en la legislación civil. De aquí que la acción de *in rem verso*, que se encamina a impedir todo enriquecimiento injusto, si no consagrada en la ley, se produce como consecuencia de la doctrina que hoy se aplica por analogía a todos los casos en que el principio de justicia lo aconseja y las leyes no ofrecen un remedio jurídico especial<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> Carece de la acción de *in rem verso* "el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. El debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia". (Cas. 19 de noviembre de 1930, XLIV, 474). CS.J. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Manuel Ardila\_Velásquez. Bogotá D. C., veintiuno (21) de mayo de dos mil dos (2002). Ref: Expediente\_No. 7061. casación formulado por Jorge Luis Benedetti Gómez contra la sentencia de 21 de agosto de 1997, proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el proceso ordinario del Banco Central Hipotecario contra la Organización Benedetti Tovar y Cía Ltda.

<sup>66</sup> G.J.C.S.J. Mayo de 1935, NO. 1901- 1902. Tomo. XLII. P, 604, Septiembre 6 de 1935, XLII, Pág. 605.

<sup>67</sup> *Ibid.* Pág. 607.

De este principio se puede concluir que al no haber legislación expresa que la consagre o aun existiendo, como ocurre en materia comercial en el artículo 882 o en algunas disposiciones del Código Civil, por ser un Principio General de Derecho, debe aceptarse, como lo han sostenido la jurisprudencia y la doctrina nacional desde su reconocimiento, en atención a lo previsto por el artículo, 8º de la Ley 153 de 1887. En esencia el fin de este principio es el de impedir que en justicia no se incremente el patrimonio de una persona con perjuicio económico de otra, ello toda vez que no exista norma aplicable al caso, dado su carácter netamente subsidiario, pues es preciso que no se haya contado con otro medio para obtener la satisfacción por la lesión injusta que la ha ocasionado, ya que ello se traduce en que su efectivo ejercicio requiere que el demandante no haya tenido a su alcance, como se insiste, otros instrumentos legales para evitar o contrarrestar el desequilibrio económico que denuncia<sup>68</sup>, para ello el accionante contará con libertad probatoria para llegar al convencimiento del fallador. En Casación de octubre de 2009, reiteró la Corte Suprema:

.... conclusión de que en esta especial acción es de la incumbencia del actor demostrar que el patrimonio del demandado obtuvo «algo», y que esa obtención de la ventaja ha costado «algo» en el patrimonio suyo, de modo -que ha- de establecerse una conexión indubitable entre el enriquecimiento y el empobrecimiento correlativos. Más elípticamente, probar que la ventaja del demandado derivó de la desventaja del actor” (Sent. Cas. Civ. de 25 de octubre de 2000, Exp. No. 5744)<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> C.S.J. Magistrado. Ponente: Arturo Solarte Rodríguez. Bogotá, D. C., veintitrés (23) de julio de dos mil ocho (2008).Ref: 41001-3103-004-2003-00063-01.Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la sociedad Inversiones la Espiga Limitada, respecto de la sentencia proferida el 7 de noviembre de 2006, por la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

<sup>69</sup> C.S.J. MP. Edgardo Villami Portilla. Bogotá. Siete de Octubre de 2009. Ref: Exp. No 05360-31-03-001-2003-00164-01.

Esta figura del enriquecimiento sin justa causa, terminó convirtiéndose en el medio idóneo para el restablecimiento de cualquier incremento patrimonial en el cual no obre justa causa. Sólo para ilustrar tal afirmación, se puede ver cómo la moderna legislación comercial en aras de evitar cualquier vulneración del espíritu que guía este principio, le permite al portador de una letra, cheque, pagaré o demás títulos valores de contenido crediticio, que ha dejado caducar o prescribir el instrumento, que recurra a la acción *in rem verso*, como lo dispone el artículo 882 del Código de Comercio<sup>70</sup>. Para ello, el accionante deberá demostrar y anexar, además del título valor que ha prescrito, los demás requisitos que configuran el principio en estudio. Frente a ello la jurisprudencia de la Corte Suprema establece:

“(...) la acción *‘in rem verso’* en ninguna de sus modalidades puede convertirse en una fuente de provecho injustificado para el actor ni tampoco en motivo legítimo de pérdida para el demandado, y es por eso que se dice que aquél monto no puede exceder el enriquecimiento ni superar el empobrecimiento, luego si no llegaren a coincidir ambos extremos en un caso determinado, el límite del reembolso vendrá impuesto por el menor de esos valores que, por lo tanto, en el supuesto contemplado en el inciso final del artículo 882 del Código de Comercio tantas veces citado a lo largo de esta providencia, no puede tenerse por probado a cabalidad apelando exclusivamente a la literalidad del título y de las declaraciones en él incorporadas, haciendo de contera recaer sobre la parte demandada la carga (...) por demás compleja (...)

---

<sup>70</sup> “La entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, valdrá como pago de ésta si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera (...) cumplida la condición resolutoria, el acreedor podrá hacer efectivo el pago de la obligación originaria o fundamental, devolviendo el instrumento o dando caución, a satisfacción del juez, de indemnizar al deudor los perjuicios que pueda causarle la no devolución del mismo (...) si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá así mismo; no obstante tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año”.

de remontarse al (...) negocio genitivo de la emisión y reconstruir todo el itinerario negocial para desvirtuar esos factores de linaje cartular que en su contra y a pesar de haber caducado o prescrito el instrumento, continúan operando como si nada hubiera pasado (...)”<sup>71</sup>.

En esa medida, la persona que esté frente a una situación como la consagrada en el artículo 882 del Código de Comercio<sup>72</sup>, tendrá libertad probatoria para la acreditación de los presupuestos de la *actio in rem verso*<sup>73</sup>, pero hay que destacar que la jurisprudencia en esta materia ha sido enfática en subrayar que la carga probatoria no se satisface con la mera exhibición del instrumento impagado, de modo que frente al contenido indeterminado de la pretensión, corresponderá al

---

<sup>71</sup> C.S.J. Casación 6 de diciembre de 1993, expediente 4064.

<sup>72</sup> Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C – 471 de 2006. En esta sentencia la Corte expuso: “Ahora bien es claro que el fundamento de la acción a que alude el tercer inciso del artículo 882 del Código de Comercio es diferente del que tiene la acción destinada al cobro del título valor que se deja caducar o prescribir (...) Al respecto la Corte debe precisar que las acciones a las que se refieren respectivamente los artículos 780 a 793 y 882-inciso 3° del Código de Comercio, tienen un alcance diferente y se formulan en momentos procesales igualmente diferentes, a saber, i) en el caso de la acción cambiaria que se tramita mediante un proceso de condena (art. 793 C. Co.) es claro que ésta tiene como fundamento la existencia de un instrumento crediticio, esto es, el derecho literal y autónomo en él contenido y hace relación con la preservación de la seguridad en el tráfico jurídico; y ii) la acción de enriquecimiento sin justa causa (art. 882-inciso 3° C. Co.), cuya procedencia es subsidiaria y se tramita mediante un proceso declarativo, tiene como fundamento no la exigibilidad de un título valor sino el empobrecimiento que se produce sin justa causa en el patrimonio del acreedor por el hecho de la extinción de la obligación civil originaria al dejarse prescribir o caducar el título valor con el que se pretendió efectuar, sin que resultara eficaz, el pago de la misma (...) cabe precisar que para interponer la acción de enriquecimiento sin causa, el acreedor deberá probar la configuración de los elementos propios de dicha figura jurídica, y no bastará con el simple hecho de que el título valor se halle caducado o prescrito, dado que ésta es una de las condiciones exigidas por la Ley pero no es la única que determina la procedencia de la acción aludida”.

<sup>73</sup> La acción in rem verso no puede prosperar ni tiene cabida con el solo hecho de haya enriquecimiento de un lado, sino que necesita que haya empobrecimiento del otro, y no basta la existencia de estos dos factores, sino que se requiere su conjunción, más todavía, aun mediando ambos y relacionándose entre sí puede no producirse, ya porque haya que le confiera acciones distintas, que naturalmente subsidiaria, o autorice el enriquecimiento en referencia, como sucedió, v. gr, con la prescripción, con la prohibición de repetir lo dado por causa ilícita. G. J.C.S.J. Casación septiembre 19 de 1936. Tomo XLV. No. 1918 y 1919.

interesado, conforme a la regla pregonada por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, probar fehacientemente que de manera cierta y real, que no simplemente conjetural o eventual, hubo un desplazamiento económico, pues, como es sabido, el perjuicio no se presume más que en los casos expresamente indicados en la ley<sup>74</sup>.

En resumidas cuentas la figura del “enriquecimiento sin causa” según el criterio jurisprudencial y doctrinal es un elemento corrector de posibles situaciones injustas en los eventos de desequilibrios patrimoniales, y cuya prevención y remedio ha escapado de las previsiones jurídicas, siendo en esa medida, como se ha intentado mostrar, un elemento supletorio de las disposiciones normativas. Figura que conserva intactos sus ingredientes desde los primeros fallos a principios del siglo XX hasta nuestros días<sup>75</sup>. Hecho que se ratifica, con los fallos

---

<sup>74</sup> C.S.J. Magistrada Ponente Ruth Marina Díaz Rueda .Bogotá, D. C., veintiséis (26) de junio de dos mil siete (2007). Ref: Exp. No. 20001-31-03-002-2002-00046-01. Casación interpuesto por la parte demandante frente a la sentencia de 6 de abril de 2006, proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar dentro del proceso ordinario promovido por José Elías Rochell Jalilie contra el municipio de Astrea, Cesar. Frente al mismo punto la Corte estableció:

“ Abroquelarse exclusivamente en el título valor, sería permitirle al demandante que alargase la vida de la acción cambiaria y que hábilmente transborde la carga de probar en su adversario (...) ha de entenderse entonces que es al actor a quien le compete restablecer la existencia de esta obligación, carga que lejos de poderse reputar satisfecha mediante la exhibición del título del que es tenedor, lo constriñe a justificar probatoriamente, con la precisión adecuada, la concreta procedencia de la acción de enriquecimiento en relación con las particularidades que ofrezca el respectivo desequilibrio patrimonial .C.S.J. Casación. Sentencia de. 6 de diciembre de 1993, recaída en el ordinario del Banco Cafetero contra Lorenzo Pascua García.

<sup>75</sup> La Corte en relación con este tema, en Casación de octubre de 2009, ratifica el criterio jurisprudencial que ha prevalecido en la jurisprudencia colombiana. ..” ha dicho de tiempo atrás que «para que sea legitimada en la causa la acción in rem verso, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien, carezca de cualquier otra acción originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito, o las que brotan de los derechos absolutos», y que «...es preciso que el enriquecimiento no haya tenido ningún otro medio para obtener satisfacción, puesto que la acción de in rem verso tiene un carácter esencialmente subsidiario». (G.J. Tomo XLIV, pág. 474, XLV, pág. 29 y Sent.053 de 22 de febrero de 1991). En el mismo sentido se pronunció la Corte en sentencia 124 de 10 de diciembre de 1999” (Sent. Cas. Civ. de 28 de agosto de 2001, Exp. No. 6673).

de casación de 2005 y el último proferido en la materia en octubre de 2009 con ponencia del Magistrado Edgardo Villamil Portilla:

“desde el año 1935 esta Corporación en forma coincidente ha dicho que los requisitos estructurales de la actio in rem verso son acumulativos, debiendo concurrir todos para el éxito de la acción y dentro de las exigencias está la de que el envilecimiento patrimonial del demandante, nacido del enriquecimiento del demandado sea injustificado, es decir, que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no tenga una causa jurídica y, además, que el demandante para recuperar su bien carezca de cualquier otra acción originada por las fuentes legales” (Sent. de Cas. de 18 de julio de 2005, Exp. No. 1999-0335-01)<sup>76</sup>.

### **1.1.2. Teoría De La Imprevisión**

En septiembre de 1938 en la Gaceta Judicial, órgano de la Corte Suprema de Justicia, fue publicado un estudio con autoría de Lorenzo de la Maza Rivadeneira, sobre la Teoría de la Imprevisión. El trabajo abordó los antecedentes históricos de la Teoría, partiendo del tratamiento dado a la figura en el antiguo derecho romano, pasando por el derecho canónico, a la luz de los glosadores y pos glosadores, y contrastando el tratamiento dado a la figura en los siglos XVI al XIX. En la síntesis del trabajo, el autor reafirma el interés que para el Derecho tiene el estudio de este principio, ello toda vez, nos relata, “que nos permite ver lo antiguo (sic) que es la teoría de la imprevisión, comprobar que sus primeras manifestaciones aparecen junto al derecho romano, o sea, junto a la primera

---

<sup>76</sup> C.S.J. MP. Edgardo Villami Portilla. Bogotá. Siete de Octubre de 2009. Ref: Exp. No 05360-31-03-001-2003-00164-01.

legislación completa que conocemos”. Según su postura, la Imprevisión, corresponde a necesidades sociales que existen en todas las épocas, a una noción moral tan antigua como el mundo, a ideas de colaboración, de solidaridad y de amor tan viejas como el cristianismo<sup>77</sup>.

El estudio de estos principios en su contexto histórico<sup>78</sup>, era la forma como la Corte le daba fundamento teórico a aquellos casos en los que la regla positiva no preveía una situación determinada, como el del rompimiento del equilibrio contractual. Frente a esa falta de regulación positiva, es por lo que la Corte de ese momento optó por reconocer y desarrollar los elementos constitutivos del principio de la imprevisión, teoría ajena a nuestro abigarrado legalismo jurídico, donde operaba desde el momento de la codificación, el principio de la autonomía de la voluntad, consagrado en el artículo 1602 del C.C.

En sentencia de Casación de 1936, se describe cómo esta figura nació en el derecho Canónico durante la Edad Media, en los tribunales eclesiásticos en materia de contratos, con el objetivo de evitar el enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro, hecho que era contrario a la moral cristiana arraigada durante ese periodo<sup>79</sup>. La discusión sobre el origen, significado y

---

<sup>77</sup> G.J.C.S.J. Tomo. XLVII, septiembre de 1938, Número 1940.) VER: Gaceta Judicial. 19 de septiembre de 1936, XLIV, Pág. 435. El texto completo de los orígenes de la Imprevisión, puede leerse en los anexo número dos.

<sup>78</sup> La teoría de la Imprevisión inicialmente incorporada por la jurisprudencia administrativa francesa tiene hoy inmensa acogida dentro de diversos Estados, tanto en la jurisprudencia como en el derecho legislado. Del mismo modo, otras figuras como la lesión enorme, el abuso del derecho y las obligaciones naturales, cuyo origen se halla en las convicciones sociales respecto de "lo que es equitativo", hoy día han sido realmente institucionalizadas dentro de diversos ordenamientos jurídicos. C.C.C. Sentencia C-1547 de 2000. Referencia: expediente D-3007. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 38 numeral 1 del Código de Procedimiento Civil. Actor: Eduardo Henao Hoyos. Magistrada Ponente (e): Cristina Pardo Schlesinger. Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil (2000).

<sup>79</sup> G.J.C.S.J. Casación 29 de mayo de 1936. Tomo XLIV, Pág. 457. También ver: Casación 23 de mayo de 1938. Tomo XLIV, Pág. 544. ORTEGA, Torres. Jorge. Código Civil. Bogotá, Editorial Temis, 1973. Pág. 36,37. En tono a su origen la Corte en 1936, complementa su estudio y sostiene: "En Francia, la jurisprudencia de los tribunales civiles durante el siglo pasado(XIX)

aplicación de este principio general del derecho, fue tema central de la jurisprudencia colombiana en los fallos de la mentada Corte de Oro, con el fin de preservar el equilibrio contractual. Así puede verse cómo desde ese periodo el mentado principio se constituyó en fuente de derecho por el cual se podía y se puede hoy día recurrir al aparato de Estado para que el juez en una causa de esa naturaleza proceda a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y de darse los supuestos ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez deberá decretar la terminación del contrato.

El fundamento positivo a partir del cual se reconoce esta teoría se dio, como tantas veces se ha insistido, con el 8º de la ley 153 de 1887, presupuesto que conceptualmente se cimenta en el viejo aforismo de los glosadores del derecho romano, *rebús sic stantibus*, o en términos concretos, este aforismo hace alusión a que hay que suponer que las partes han entendido mantener el contrato si las circunstancias en que se celebró no cambian<sup>80</sup>.

Desde ese tiempo hasta hoy en día la jurisprudencia nacional ha determinado que se configura dicha teoría, cuando en los contratos que impliquen prestaciones periódicas de bienes, y frente a una situación imprevista, imprevisible e irresistible<sup>81</sup>, que conlleve un cambio drástico en las cargas económicas que deba

---

rehusó aplicar la teoría, porque le daban primacía al principio de la autonomía de la voluntad. Solamente en los años posteriores a la guerra 1914-1918, los grandes tratadistas, merced al abandono de la interpretación exegética de los textos, tratan de incrustarla dentro de la doctrina de los códigos de tradición napoleónica.

<sup>80</sup> G.J.C.S.J. Casación. MP: Liborio Escañón. Tomo XLIV. Números 1918 y 1919. Septiembre de 1936. Pág. 457 y 458. En desarrollo de este principio sentencia también del año 1936, expresaba la Corte: “La teoría no puede aplicarse sino a los contratos en ejecución, pero no a los ya cumplidos, porque entonces el acto jurídico ya no existe, de suerte que por más que pudiera ampliarse no se podría llegar a la revisión del contrato por ministerio de la justicia, puesto que la teoría solo se inspira en la idea del equilibrio contractual. G.J.C.S.J. Casación. 29 de octubre de 1936. Tomo XLIV, Pág. 457.

<sup>81</sup> La teoría de la imprevisión, expone la Corte Suprema en sentencia del año de 1936, se distingue de la noción de error y de fuerza mayor, tiene por base la imprevisión, es decir, que se trata de

soportar una de las partes al cumplir sus obligaciones, esta parte afectada tiene derecho a que se restablezca el equilibrio económico en el contrato<sup>82</sup>. Es decir cuando en la ejecución del contrato afloran circunstancias extraordinarias, registrándose casi siempre fenómenos económicos que producen alteraciones significativas a los precios o dificultades graves en la importancia o suministro de productos y bienes que hacen que uno de los contratistas no pueda cumplir con su obligación o incluso los dos contratistas, lo cual se traduce en que el equilibrio del contrato se afecta de manera ostensible, a tal punto que la norma prevé que, si es posible, el juez ordene los reajustes para equilibrar el contrato conforme a la equidad y si no disponga la terminación del contrato<sup>83</sup>. En relación con estos aspectos ha dicho la Corte constitucional colombiana:

Si el cambio fuere tan grande, y ocasionado, además, por circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, que la obligación a cargo de una de las partes resulte excesivamente onerosa, es claro que ésta podrá invocar la teoría de la imprevisión<sup>84</sup>.

---

hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificultan en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad. No se trata en suma de una imposibilidad absoluta de cumplir, lo que constituye ya la fuerza mayor, sino de una imposibilidad relativa, como la proveniente de una crisis económica, de una guerra, etc. G.J.C.S.J. Sentencia Casación 29 de octubre de 1936. Tomo XLV, Pág. 457. ORTEGA Torres, Jorge. Op. Cit. P, 36.

<sup>82</sup> Ibid.

<sup>83</sup> C.E. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: César Hoyos Salazar. Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de agosto de mil novecientos noventa y siete (1997). Radicación número: 1011. Actor: Director Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

<sup>84</sup> C.C.C. Sentencia C – 252 DE 1998. Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2229 (parcial) del Código Civil. Actor: Alonso Valencia Salazar. Magistrada Ponente (e): Carmenza Isaza de Gómez.

En forma general puede establecerse, que cuando quiera que sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica posterior a la celebración de un acto jurídico, que no sean imputable a una de las partes, se abre el camino para que se pueda acudir a la teoría de la imprevisión<sup>85</sup>, para que se revise cualquier tipo de contrato, civil, comercial, en las convenciones colectiva de trabajo<sup>86</sup>, contratos administrativos e incluso en el derecho internacional<sup>87</sup>, ello con el fin de ajustar el acuerdo de voluntades a la nueva realidad social, económica y jurídica. De esa forma bien puede concluirse, que la teoría en mención plenamente es aplicable en las diferentes ramas del derecho, en todos aquellos contratos que por la naturaleza misma de éste puedan regir o que por expresa disposición legal no esté prohibido<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> La doctrina ha fijado tres requisitos para que exista la imprevisión en los contratos sinalagmáticos:

a) que se trate de ejecución sucesiva, ejecución continuada a término; b) que con posterioridad a la celebración del contrato se realice un acontecimiento imprevisto, es decir, que racionalmente no lo hayan previsto los contratantes; y ello porque otra cosa sucede cuando las prestaciones carecen de equivalencia en el momento del contrato y las partes han previsto acontecimientos por los cuales una de las prestaciones puede resultar excesivamente onerosa, por ejemplo, en la constitución de un usufructo vitalicio o de una renta vitalicia, los años que sobreviva el usufructuario o el acreedor de la renta. Por lo tanto, no puede hablarse de imprevisión cuando el acontecimiento del cual depende la excesiva onerosidad "entra del área normal del contrato". c) que el acontecimiento imprevisto produzca un notable desequilibrio entre las prestaciones, de manera que el contrato que fue previsto sinalagmático, cese de serlo". Como se advierte, la teoría de la imprevisión no encuentra aplicación en el caso de los contratos aleatorios, por la naturaleza misma de estos, en donde el carácter de imprevisibilidad marca la prestación de una de las partes y se constituye en elemento distintivo del contrato. En: CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: César Hoyos Salazar. Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de agosto de mil novecientos noventa y siete (1997). Radicación número: 1011. Actor: Director Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

<sup>86</sup> En nuestro medio es comprensible que en el derecho colectivo del trabajo, tiene plena aplicación la teoría de la imprevisión en la norma del artículo 480 del C.S.T.

<sup>87</sup> C.C.C. Sentencia No. C-009 de 94. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Norma Acusada, Artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo. Actor. Jorge Luis Pabón. Santafé de Bogotá, D.C. 20 de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

<sup>88</sup> Al contrato de seguro no le es aplicable el inciso segundo del numeral 1º del artículo 5º de la ley 80 de 1993, en lo que se refiere al reconocimiento del equilibrio de la ecuación económica del contrato por la ocurrencia de situaciones imprevistas no imputables al contratista. Ello por cuanto la teoría de la imprevisión no rige para los contratos aleatorios, como lo es el de seguro, por la naturaleza misma de éste y por expresa disposición del último inciso del artículo 868 del Código de

### 1.1.3. Buena Fe

Como principio general del derecho la Buena Fe, ha sido reconocido por la jurisprudencia colombiana especialmente desde 1935<sup>89</sup>, con fundamento en la jurisprudencia y doctrina francesa y especialmente en la consagración que hace el artículo 1603 del Código Civil Colombiano: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”. Norma que tiene su correspondencia en numerosos artículos del Código Civil<sup>90</sup> y que en la década del treinta, como bien se ha insistido, también tendrá en Colombia importante tratamiento doctrinal: “De ahí que se hable de la buena fe como de un criterio primordial en la interpretación de las convenciones, gracias al cual el juez puede sacar triunfante la equidad<sup>91</sup> sobre los rigores del formalismo<sup>92</sup>”.

---

Comercio. En: C. E.. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: César Hoyos Salazar. Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de agosto de mil novecientos noventa y siete (1997). Radicación número: 1011. Actor: Director Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

<sup>89</sup> Ver Sentencias de la C.S.J. Sentencia 20 de mayo de 1936, G.J. No. 1904, p. 444 y ss.; 20 de octubre de 1937, G. J. 1928. y, la Corte Suprema Colombiana hizo el análisis de la presencia de la buena fe en la jurisprudencia francesa desde un fallo de la Corte de Casación de dicho país el 3 de agosto de 1815 y uno famoso del 20 de junio de 1910. Ver también G. J. 1943, Pág.466.

<sup>90</sup> Por ejemplo, artículos 768, 515, 716, 728, 732, 737, 764, 768, 769, 916, 963, 964, 966, 967, 983, 1033, 1324, 1512, 1633, 1877, 1974, 2804, Código Civil, entre otros.

<sup>91</sup> Modernamente, nuestra jurisdicción constitucional no ha sido ajena a la necesidad de integrar ciertas pautas de equidad en sus decisiones. Esta Corporación ha afirmado que, cuando por las particularidades de un caso, la aplicación de las normas jurídicas relevantes resulta contraria a la voluntad del legislador, la equidad constituye un principio que el juez está obligado a tener en cuenta, en la medida en que ella también gobierna la actividad judicial. En: Sentencia T-518 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). C.C.C.. Sentencia C-1547/00. Referencia: expediente D-3007. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 38 numeral 1 del Código de Procedimiento Civil. Actor: Eduardo Henao Hoyos. Magistrada Ponente. Cristina Pardo Schlesinger. Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil (2000).

<sup>92</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T- 295 de 1999. MP: Alejandro Martínez Caballero. Accionante: Alberto Rebollo Bravo.

La buena fe como principio general del derecho, informa la totalidad del ordenamiento jurídico. Las complejas características de la vida moderna, exigen que este principio no sea simplemente un criterio de interpretación y una limitante en el ejercicio de los derechos<sup>93</sup>.

En esa medida puede ser entendida la buena fe como uno de los principios que más ha trascendido en la legislación nacional, en su jurisprudencia y en la doctrina nacional. Al igual que los otros principios referenciados, durante la década de los treinta del siglo XX, la Corte Suprema y Tribunales de Distrito Judicial, asumieron el estudio de esta norma en su contexto histórico, partiendo desde los albores del derecho romano, con su reconocida “bona fides”, pasando por los canonistas, los cuales apelaron a la “fides católica” para resolver los conflictos que siempre han surgido entre la ética y la legalidad. Siendo igualmente tratada por las codificaciones decimonónicas, al ser consagrada en numerosos preceptos; y actualmente ha sido objeto de copiosa literatura, empeñada en precisar su inteligencia y en fijar su alcance<sup>94</sup>.

El desarrollo jurisprudencial dado a la Buena Fe a partir de la Corte de Oro y la elevación a rango constitucional en 1991<sup>95</sup>, artículo 83<sup>96</sup>, ha significado el

---

<sup>93</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia. T-427 de 1992. Magistrado Ponente Doctor Alejandro Martínez Caballero.

<sup>94</sup> Tribunal Superior de Bogotá. Ponente: Alejandro Vanegas Gil. Noviembre 26 de 1941. En Revista JUSTICIA. Tomo 10. No. 100 a 105. Enero a Junio 1942. Bogotá, Imprenta Departamental. MCM XLII. Pág.98. Algunos trabajos que se han ocupado del tema se encuentran: BUITRAGO, Flórez. Diego. Buena fe exenta de Culpa, error communis facit jus; en derecho civil y títulos valores, célebres sentencias en materia civil, novedosa doctrina en materia cambiaria. Bogotá, Ediciones Jurídica Radar, 1963. JIMENEZ, Gil. William. Línea Jurisprudencial Respeto al Principio de la Buena Fe. En: [www.docentesunal.edu.co/wjimenezg/do](http://www.docentesunal.edu.co/wjimenezg/do). GARCÍA, Manotas. Alberto. La Buena Fe en el Derecho. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1962.

<sup>95</sup> La Constitución de 1991, cuyo artículo 83, de manera expresa elevó la buena fe a norma constitucional, como deber jurídico al cual habrán de “ceñirse” las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas y que, además, se presume en las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

enraizamiento de este principio en el ordenamiento jurídico colombiano, ello porque con anterioridad a la expedición de la Constitución de 1991, la buena fe solamente tuvo en el derecho colombiano el carácter de principio jurídico que informa la normatividad, y al que se le dio aplicación como “regla general de derecho”, por la jurisprudencia nacional, con fundamento en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887. De esa postura tiene dicho la Corte Constitucional:

La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma. En general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionada por éste. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otra, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe<sup>97</sup>.

El alcance que se la ha dado al desarrollo jurisprudencial de este principio, puede ser visto desde diversas perspectivas<sup>98</sup>:

---

<sup>96</sup> En sentencia C-575 de 1992, se dijo por la Corte que “El artículo 83 de la Constitución Política, consagra el principio general de la buena fe, el cual pretende simultáneamente proteger un derecho y trazar una directiva para toda la gestión institucional. El destinatario de lo primero es la persona y el de lo segundo el Estado. El derecho que se busca garantizar con la presunción de la buena fe es el derecho de las personas a que los demás crean en su palabra, lo cual se inscribe en la dignidad humana, al tenor del artículo 1º de la Carta. Ello es esencial para la protección de la confianza tanto en la ética como en materia de seguridad del tráfico jurídico”.

<sup>97</sup> CC.C. sentencia. C-544 de 1º de diciembre de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía.

<sup>98</sup> Según William Jiménez, del Art. 83 de la Carta política, se pueden deducir dos (2) líneas Jurisprudenciales claramente estructuradas:

1. La que mira las esferas íntimas de la persona, para tomar en consideración la convicción con la que ésta actúa en determinadas situaciones<sup>99</sup>.
2. La exigencia de comportarse en el tráfico jurídico con rectitud y lealtad, semblante que la erige en un verdadero hontanar de normas de corrección contractual.
3. Como criterio de interpretación de los negocios jurídicos.<sup>100</sup>

Frente a la aplicabilidad de la Buena Fe, en 1936 Francisco Tafur Morales consideró que ésta tiene una función creadora que consiste en hacer surgir el derecho del hecho y una función adaptadora que modela el derecho sobre el

---

1. Una primera que hace referencia al deber ser de las autoridades administrativas de obrar con lealtad y sinceridad y ajustados a una conciencia recta, en la realización de todas y cada una de las actuaciones de la administración, actuación que encuentra su justa contrapartida en la obligación de los particulares de ajustar su comportamiento frente a la administración en los mismos términos. La obligación de la administración de aplicar en forma estricta el principio de la buena fe en los eventos de convocatorias públicas, concursos de méritos para llenar vacantes de carrera administrativa y en general en los procedimientos de selección de personal, principio que se traduce en el hecho concreto de respetar el orden fijado en la lista de elegibles así como cumplir los procedimientos de selección a través de exámenes y procedimientos de selección públicos y transparentes.

2. Una segunda línea, que predica el deber y la obligación del Estado y de los particulares de obrar con lealtad y sinceridad y ajustados a una conciencia recta, en la realización de todas y cada una de las actuaciones que se originan en la celebración de contratos, una faceta de la actividad del Estado y de los particulares, que propugna por una especial modalidad de participación o colaboración, que se sustenta en la confianza mutua y en la credibilidad en la palabra del otro. En: JIMENEZ, Gíl. William. Línea Jurisprudencial Respecto al Principio de la Buena Fe. (Art. 83 de la C. P.). En: [WWW.docentes.unal.co/wjimenezg./do](http://WWW.docentes.unal.co/wjimenezg./do)

<sup>99</sup> En Código Civil, bien pueden encontrarse disposiciones que aluden directamente a lo referenciado: Pueden citarse como ejemplo de la primera, cuya principal virtud es la de generar derechos, lo prescrito en el artículo 768 del Código Civil, conforme al cual la 'buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de todo vicio; o las disposiciones contenidas en los artículos 964, 1634, etc., en los que el ordenamiento privilegia cierto estado subjetivo o espiritual de la persona que se caracteriza porque ésta abraza la creencia razonada, sensata y ajena de culpa, de estar obrando en conforme a Derecho. (Casación de 2 de febrero de 2005).

<sup>100</sup> C.S.J. Casación 2 de febrero de 2005. C.S.J. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente. Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil siete (2007). Ref.: Casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 9 de junio de 2004, por la Sala Civil – Familia y Agraria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, dentro del proceso ordinario promovido por Trinidad Valero y Otros.

hecho. En su función creadora la buena fe da valor a los actos ejecutados por razón de apariencias engañosas<sup>101</sup>. Es pertinente reiterar, y siguiendo el pensamiento de Tafur y del amplio desarrollo jurisprudencial de la Corte que la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud, de manera honesta, en contraposición con el obrar de mala fe; y se entiende que actúa de mala fe "quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud<sup>102</sup>".

#### **1.1.4. Error Común**

*Error Facit ius. D.33.103.5. Paulo.*

La Corte Suprema de Justicia retomando los planteamientos teóricos que en la materia realizaron los Mazeaud, estableció el criterio jurisprudencial según el cual el "error communis" permite proteger contra la ley misma al que no ha cometido ninguna culpa. El error en que éste ha caído debe engendrar todos los efectos jurídicos que se le quisieron atribuir, porque tal error fue inevitable. La apariencia invencible se coloca en el mismo pie de igualdad que la realidad, de estos presupuestos se desprende el criterio jurisprudencial según el cual, "error communis" aparece como una regla de orden público protector del interés social que lucha victoriosamente contra el principio de la autoridad de la ley. Siendo una de las manifestaciones de ese movimiento poderoso que "sacrifica el interés

---

<sup>101</sup> Tafur Morales Francisco, La Nueva Jurisprudencia de la Corte, Editorial Optima, Bogotá. Citado en la sentencia: corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-031/00, T-427 de 1992, M.P. Ponente Doctor Alejandro Martínez Caballero.

<sup>102</sup> Gaceta Judicial, Tomo LXXXVIII, pág. 223. Sala Civil. Sentencia de 23 de junio de 1958. C.S.J. Sala de Casación Laboral. Magistrado Ponente: Carlos Isaac Nader. Radicación No. 30195. Bogotá D.C., Veintisiete (27) de febrero de dos mil siete (2007).

individual al interés social y que le da al interés público un puesto cada vez más preponderante”<sup>103</sup>.

El origen de esta teoría al igual como aconteció con los demás principios, fue abordado por la Corte Suprema en un contexto histórico amplio, partiendo desde la antigüedad hasta el siglo XIX, con ello la Corte pretendía demostrar que estos principios no eran obra del azar ni obedecían a la arbitrariedad judicial, y mucho menos era clara muestra de la usurpación de funciones propias del legislativo, por el contrario lo que se puede ver de esos fallos, es que los Principios emanaban o eran consustanciales a cualquier orden jurídico indistinto de su tiempo, incluso hoy día los altos tribunales siguen fundamentado sus decisiones en fallos de esa primera Corte de Oro, o en fallos de otras realidades como la francesa, de la cual en último término nuestros juristas se nutrieron.

---

<sup>103</sup> *Ibíd*, pág. 99. Este mismo fallo, fue reproducido en sentencia del año 2007, con ponencia del Magistrado: Pedro Octavio Munar, en él se destacaba: “... ‘el adagio error communis, tal como es aplicado por nuestros tribunales, les permite proteger contra la ley misma al que no ha cometido ninguna culpa. El error en que éste ha caído debe engendrar todos los efectos jurídicos que se le quisieron atribuir, porque tal error fue inevitable. La apariencia invencible se coloca en el mismo pie de igualdad de la realidad. La máxima error communis aparece, pues, como una regla de orden público, protectora del interés social, que lucha victoriosamente contra el principio de la autoridad de la ley. Es una de las manifestaciones de ese movimiento tan poderoso que sacrifica el interés individual al interés social y que le da al interés público un puesto cada vez más preponderante. No hay que perder de vista, en efecto, que la aplicación de la máxima conduce siempre a sacrificar a los que lógicamente deberían triunfar porque invocan en apoyo de su protección la verdad contra el error. Hay ahí un conflicto de intereses fácilmente solucionable cuando el que se ampara con la ley pretende solamente sacar provecho del error en que incurrió su contraparte; pero el conflicto llega a ser particularmente inquietante cuando cada una de las partes es de buena fe y no ha incurrido en culpa alguna. Es el caso de los actos ejecutados por el propietario aparente o por el mandatario aparente. Pueden invocarse consideraciones de equidad en favor del propietario verdadero más bien que a favor del tercero que ha tratado con el propietario aparente o en favor del mandante aparente más bien que a favor de quien ha tratado con el mandatario aparente. Ya veremos que, sin embargo, en esos casos nuestra jurisprudencia hace triunfar la apariencia invencible” (G.J. XLIII, pág. 44). C.S.J. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente. Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil siete (2007). Ref.: Casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 9 de junio de 2004, por la Sala Civil – Familia y Agraria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, dentro del proceso ordinario promovido por Trinidad Valeroy otros.

En fallo de 1995 de la Corte Constitucional, por ejemplo se puede leer, haciendo alusión a un caso del Consejo de Estado napoleónico de 1807, en el cual se planteaba la regla del error común:

Considerando que, en todos los tiempos y en todas las legislaciones, el error común y la buena fe han sido suficientes para subsanar los actos, e incluso en los fallos, las irregularidades que las partes no hubieran podido prever ni impedir". Se trataba de una dificultad nacida con ocasión del libramiento de copias auténticas de las partidas del registro civil; durante la Revolución, los secretarios de los municipios habían tenido competencia para librar copias; el Código civil confió esa función exclusivamente a los depositarios de los registros, es decir, a los secretarios y a los oficiales del registro civil (alcaldes, adjuntos de alcalde, concejales); pues bien, pese al Código, los secretarios de municipio continuaron librando copias. El Consejo de Estado las consideró como válidas en razón del error invencible cometido por las personas que habían recibido esos extractos, aun cuando el texto fuera perfectamente claro.<sup>104</sup>

La Corte Suprema de Justicia, en su notable fallo de casación de 23 de junio de 1939<sup>105</sup> concretó en forma detallada la doctrina expuesta de la Imprevisión, indicando los elementos que la configuran. Las partes centrales de esa sentencia establecen:

---

<sup>104</sup> MAUZEAUD. "Derecho Civil", Parte primera, Vol. I. Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959. Corte Constitucional. Sentencia No. T-090 de 1995. Ref.: Expediente No. T-49449. Acción de tutela en contra del Registrador Municipal de Buenavista- Córdoba, por su negativa a expedir un certificado válido del registro civil de la accionante. Actor: Enadis Estela Espinosa Casarrubia.

<sup>105</sup> G.J.C.S.J. Casación de 1939, Número 1948.

1. En el caso de aplicar la máxima “error communis facit jus” cuando los sistemas jurídicos de publicidad en el derecho positivo del país no le permiten al tercero de buena fe por prudente y diligente que se muestre, conocer oportunamente el hecho jurídico cuya ignorancia lo indujo a error<sup>106</sup>.
2. Están conformes los tratadistas en que para la aplicación de la máxima protectora del error común creador de derecho, lo mismo significa que se esté en presencia de un error de hecho que en uno de derecho, puesto que la buena fe es un fenómeno moral que ni está subordinada exclusivamente al error de hecho ni queda destruido por el de derecho. No interesa, por lo tanto, su origen, y debe atenderse únicamente a su excusabilidad; porque en este orden de ideas y en el terreno de la apariencia, tan excusable puede ser el uno como el otro.
3. Para que dicha máxima tenga su aplicación y establezca una restricción o limitación al principio latino:
  - a. Que se trate de un error generalizado y por lo tanto común y colectivo para el medio social en que se actúa.
  - b. Que tal error haya sido invencible, en términos que el hombre más prudente, avisando y diligente lo hubiera cometido<sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> La noción de error común, ha dicho la Corte, es una noción que está íntimamente relacionada en los sistemas jurídicos de publicidad establecidos en determinados país. Tomando como base tales sistemas de publicidad, así como las demás circunstancias susceptibles de ser apreciadas desde el punto de vista de excusabilidad del error, se llega a constatar la inculpabilidad de éste, es decir, el hecho de que un hombre diligente y avisado, colocado en las mismas circunstancias externas, sin faltar a sus obligaciones de prudencia, habría incurrido en el mismo error, y de ahí infiere el carácter común o colectivo de ese error. Tribunal Superior de Bogotá. Ponente: Alejandro Vanegas Gil. Noviembre 26 de 1941. En Revista JUSTICIA. Tomo 10. No. 100 a 105. Enero a Junio 1942. Bogotá, Imprenta Departamental. MCM XLII. Pág.98.

<sup>107</sup> Tribunal Superior de Bogotá. Ponente: Alejandro Vanegas Gil. Noviembre 26 de 1941. En Revista JUSTICIA. Tomo 10. No. 100 a 105. Enero a Junio 1942. Bogotá, Imprenta Departamental. MCM XLII. Pág.100. Este punto fue ratificado por la Corte Constitucional colombiana en fallo de Tutela del año 1995, cuando expresó: “La jurisprudencia ha delimitado el alcance de este principio exigiendo, para su aplicabilidad, que el error sea “invencible”, queriendo significar con ello que, además de ser común a muchos, hasta el más prudente de los hombres habría podido cometerlo. Corte Constitucional. Sentencia No. T-090 de 1995. Ref.: Expediente No. T-49449. Acción de tutela

En resumidas cuentas, la cabal aplicación de esta máxima requiere, como en esa misma providencia lo subrayara la Corte, fundamento reproducido en Casación del año 2007, de un lado, que se trate de un error generalizado, es decir, “de un error no universal pero sí colectivo”, y, de otro, que ese error haya sido invencible, moralmente inevitable, vale decir, de tal hondura que la más prudente y avisada de las personas igualmente lo habría cometido<sup>108</sup>. En esos términos este tipo de principio por carecer de supuesto fáctico explícito, hace que solamente adquieran preeminencia operativa cuando se aplica en cada situación concreta.

En reciente fallo de la Corte Constitucional, con lo cual se reafirma la continuidad del planteamiento jurisprudencial adoptado desde la década de los treinta con la Corte de Oro, se manifiesta:

El principio general según el cual el error común e invencible crea derecho, constituye uno de los casos, excepcionales dentro de nuestro ordenamiento, en los que se admite que de la creencia errónea y de buena fe sobre la legalidad de un acto, se puedan derivar consecuencias jurídicas avaladas por el propio ordenamiento. La ficción de que nadie ignora la ley, no tiene alcance absoluto, ni siquiera en derecho privado. Si en ocasiones se le reconoce relevancia a una situación que en apariencia armoniza con el derecho aunque en realidad lo contraviene, derivada de un error particular (como en el caso del matrimonio putativo), el error colectivo o común genera efectos aún más

---

en contra del Registrador Municipal de Buenavista- Córdoba, por su negativa a expedir un certificado válido del registro civil de la accionante. Actor: Enadis Estela Espinosa Casarrubia.

<sup>108</sup> C.S.J. Sala de Casación Civil. M. P. Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil siete (2007). Ref.: Casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 9 de junio de 2004, por la Sala Civil – Familia y Agraria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, dentro del proceso ordinario promovido por Trinidad Valero.

significativos, pues puede convalidar situaciones generales que en principio son contrarias al ordenamiento<sup>109</sup>.

Finalmente es preciso destacar que desde esos primeros fallos de casación de 1939, la Corte Suprema precisó que este principio no es inusitado ni revolucionario, por el contrario afirmaba que es un principio consustancial al derecho, es decir en justicia y equidad, y ha sido tan evidente que fue consagrado en textos positivos de las codificaciones modernas como la colombiana. Algunas de esas referencias positivas incorporadas en el Código Civil se encuentran en los artículos: 149<sup>110</sup>, 150, 947<sup>111</sup>, 1548<sup>112</sup>, 1939, 1940, 1944, 2140 y 2199, C.C. De En esta consagración en el mentado fallo de 1939, la Corte estableció que el legislador colombiano, en los casos allí contemplados, y para proteger a terceros de buena fe, le reconoce efectos jurídicos trascendentales a una apariencia de

---

<sup>109</sup> C.C. Sentencia No. T-090 de 1995. Ref.: Expediente No. T-49449. Acción de tutela en contra del Registrador Municipal de Buenavista- Córdoba, por su negativa a expedir un certificado válido del registro civil de la accionante.

<sup>110</sup> En los artículos 149 y 150, que reglamentan los efectos del matrimonio putativo, y conforme a los cuales son legítimos los hijos procreados en un matrimonio nulo y no se anulan ni se revocan ni se resuelven las donaciones y promesas que, por causa del matrimonio, se hayan hecho por el otro cónyuge al que casó de buena fe, se consagra no solamente una medida de protección a los hijos sino también una aplicación del efecto creador de la buena fe... G.J.C.S.J. Casación 20 de mayo de 1936, XLIII, Pág. 49. En: ORTEGA, Torres, Jorge. Op.cit. Pág. 112.

<sup>111</sup> El inciso 2º. Del artículo 947 es una aplicación de la regla *error communis facit*, en él a la apariencia razonable de derecho se le hace producir, a favor del tercero de buena fe, el mismo efecto que al derecho mismo, basta que la cosa haya sido comprada en feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase, para que – como consecuencia de la buena fe que esa circunstancia hace presumir en quien le ha comprado la cosa al que no era dueño de ella- no pueda el verdadero propietario obtener la restitución si no reembolsa lo que el tercero de buena fe haya dado por ella y lo que se haya gastado en repararla o mejorarla. El tercero de buena fe ha tratado con quien presentaba todas las apariencias de tener derecho, y como consecuencia de ello la ley lo protege contra el verdadero titular de ese derecho. G.J.C.S.J. Casación 20 mayo de 1936. Ibid.

<sup>112</sup> Los artículos 1547, 1548 y 1933, son aplicación de la regla *error communis facit jus*, en ellos el legislador limitó, a favor de los terceros de buena fe, las consecuencias lógicas de las condiciones suspensivas y resolutorias. La aplicación rigurosa de la antigua máxima *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* conduciría a sacrificar al tercero que ha comprado la cosa que se debe bajo condición o ha obtenido a su favor una hipoteca sobre tal cosa. Pero hasta que la condición no conste en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública, para que – sobre la presunción de buena fe que de allí resulta a favor del tercero- quede este al abrigo de las consecuencias de la resolución. G.J.C.S.J. Mayo 20 de 1936. Pág. 49 Ibid.

derecho de la cual se ha derivado un error invencible, y ha hecho ceder ante ella la realidad jurídica. En otros términos: cada uno de esos textos consagra una medida de protección a favor del tercero de buena fe que incurrió en un error invencible, y que, como consecuencia de éste, se veía expuesto a que se alegaran contra él las deducciones lógicas implacables de la verdad jurídica que ignoró, si la ley no le hubiera atribuido en todos esos casos a la buena fe exenta de culpa una función creadora de derecho<sup>113</sup>.

---

<sup>113</sup> Ibíd., Pág. 99. En idéntica consideración la Corte Suprema en el año de 2007 se pronunció sobre el mismo punto :” Resta por preguntarse si a pesar de la innegable generalidad de la máxima *error communis facit jus*, que fue demostrada por esta Corporación en la pluricitada sentencia, en la que, luego de reparar en los artículos 149, 150, 947, 1547, 1548, 1634. 1766, 1933, 1940, 1944, 2140 y 2199 del Código Civil y de concluir que esas disposiciones encaminadas a la protección de terceros de buena fe reconocen efectos jurídicos trascendentales a una apariencia de la cual se ha derivado un error invencible y ante la cual se hace ceder la realidad jurídica, esta Sala puntualizó que esas no son normas de carácter excepcional que deban, por ende, ser interpretadas y aplicadas con un criterio rígidamente restrictivo, sino que son consecuencias previstas por el propio legislador para aquellas hipótesis que pudo prever y resolver concretamente; no obstante tratarse de un principio general, se decía, cabe interrogarse si su aplicación encuentra coto en aquellos casos de enajenación de bienes hereditarios por los herederos aparentes, como aquí acontece, por existir reglas específicas que gobiernan la materia (v. gr., los artículos 1325 y 1401 del Código Civil)”. C.S.J. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente. Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil siete (2007). Ref.: Casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 9 de junio de 2004, por la Sala Civil – Familia y Agraria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, dentro del proceso ordinario promovido por Trinidad Valero y otros.

## **2. LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**

A partir del año de 1935 la Corte Suprema de Justicia, de forma decidida abocó el estudio de los Principios Generales de Derecho, y específicamente para los intereses de este trabajo del Abuso del Derecho, con ello, la Corte retomó el camino que en el año de 1899 la jurisprudencia de esta Corporación había enunciado, pero sin que se hubiera establecido con precisión sus elementos configurativos. En esa célebre sentencia como se recordará, la Corte Suprema sin nombrar la figura del Abuso del Derecho, la presintió para nuestra jurisprudencia e indicó su adecuación dentro de nuestro sistema legal, declarando desde entonces que el “derecho sólo puede existir para satisfacer necesidades justas, legítimas y racionales, teniendo en cuenta que nadie puede tener una facultad emanada de la norma del derecho objetivo cuya finalidad no sólo sea estéril para el bien propio, sino dañosa para los demás o para el fin social<sup>114</sup>”. Con esta sentencia se abrió el camino para lo que sería el criterio jurisprudencial dominante a partir de la llamada Corte de Oro, la cual impuso un criterio uniforme y reiterado que se prolongaría casi invariablemente hasta la actualidad<sup>115</sup>, y cuyo fin radicó en servir de norma jurídica aplicable a todos aquellos eventos en los cuales la norma de derecho positivo no había previsto un supuesto de hecho que permitiera la resolución de un

---

<sup>114</sup> G.J.C.S.J. Tomo LVII, 1947, No. 2015. Pág. 895.

<sup>115</sup> Entre los fallos más destacados que dan cabal cuenta del apareamiento, caracterización y consolidación de esta norma jurídica se encuentran los fallos: de 19 de agosto de 1935 (Gaceta Judicial, tomo XLII, páginas 455 y siguientes), la de 30 de octubre de ese año (tomo XLIII, páginas 310 y siguientes), la del 21 de febrero de 1938 (tomo XLVI páginas 56 y siguientes), la de 24 de marzo de 1939 (tomo XLVII, páginas 712 y siguientes), la de 5 de octubre de ese años (tomo XLVIII, páginas 712 y siguientes) , la de 4 de abril de 1940 (tomo XLIX, páginas 209 y siguientes), la de 19 de mayo de 1941 (tomo LI, páginas 286 y siguientes), la de 25 de marzo de 1942 (tomo LIII, páginas 275 y siguientes), la de 23 de octubre de 1942 (tomo LIV bis, páginas 203 y siguientes).

caso concreto, en los eventos en que una persona en ejercicio de un derecho subjetivo hubiese causado un daño, y en tal medida pudiera imputársele responsabilidad civil, para que resarciera el perjuicio.

El formalismo jurídico reinante en el país durante el siglo XIX y las dos primeras décadas del siglo XX, como se ha esbozado, había cerrado cualquier posibilidad de activismo judicial, y de paso había impedido que otras fuentes de derecho a pesar de su consagración positiva como el artículo 8º de la ley 153 de 1887, tuvieran aplicación práctica.

A la luz del formalismo jurídico imperante en ese periodo, se había hecho inimaginable que pudiera recurrirse a los Principios como fuente para resolver en Derecho una gran cantidad de situaciones litigiosas, que frente a las reglas positivas no encontraban consagración expresa. Apenas para citar algunos ejemplos, podemos encontrar que hasta antes del año 1935, una persona no hubiese podido suponer que en algún momento un juez con fundamento en unas normas que no estaban expresamente consagradas en el texto escrito, pudiera reconocerle a una apariencia, como una inscripción en un registro elaborado por un funcionario no competente efectos jurídicos, o que de hechos imprevistos en la celebración de un contrato pudiera invocar esa imprevisión como medio de defensa y como medio para morigerar el absolutismo de la autonomía de la voluntad privada, o que en un enriquecimiento sin que mediera justa causa, pudiera dar acción, como ocurrió con la acción in rem verso, igualmente no era comprensible que una persona permaneciendo dentro del marco del ejercicio de una norma, pudiera ocasionar un perjuicio a un tercero al cual debía indemnizar, por haber embargado bienes en exceso de su deudor, o por haber ejercido su derecho de acción sin interés serio, o ya por realizar obras en su predios sin utilidad para él, pero con perjuicios para sus vecinos, etc.

Precisamente los Principios Generales del Derecho, a partir de su reconocimiento en la jurisprudencia nacional, marcaron para nuestro ordenamiento jurídico la primera ruptura con el exacerbado formalismo dominante en el país, porque solo hasta 1991 se volvería a presentar una ruptura de tal dimensión. Pero en el entendido que los nuevos Principios desbordaron los ya consagrados en materia de derecho privado, y fueron llevados en algunos casos al nivel de principios constitucionales, como ocurrió con la Buena Fe, que hasta el año de 1991 tuvo en el derecho colombiano el carácter de principio jurídico que informaba la normatividad, y al que se le dio aplicación como "regla general de derecho", por la jurisprudencia nacional.

La situación varió con la Constitución de 1991, cuyo artículo 83, de manera expresa elevó la Buena Fe a norma constitucional, como deber jurídico al cual habrán de "ceñirse" las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas y que, además, se presume en las gestiones que aquellos adelanten ante éstas<sup>116</sup>. Cosa semejante ocurrió con el Abuso del Derecho, desarrollado en el derecho privado y acogido jurisprudencialmente en Colombia, e incorporado al plano constitucional en el artículo 95 de la Constitución, de donde "subyace un principio fundamental del ordenamiento jurídico que hace imperioso el ejercicio razonable de los derechos constitucionales"<sup>117</sup>.

En adelante el interés del presente capítulo es abordar el estudio del Principio del Abuso del Derecho, a partir del año de 1935 por la Corte Suprema. Para ello se tendrá en cuenta cuál fue el concepto jurisprudencial asumido en torno a los derechos subjetivos, así como se pretende determinar cuáles fueron los criterios que le permitieron a los jueces configurar la figura del Abuso, ello con el objetivo

---

<sup>116</sup> C.C.C. Sentencia C-068 de 1999. MP: Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>117</sup> C.C.C. Sentencia No. T-511 de 1993.

central de determinar cuál fue el criterio que terminó primando en nuestra jurisprudencia hasta la actualidad, destacando a su vez cuáles son los eventos en los que tiene cabida tal teoría, y como ha sido su tratamiento a partir de la expedición de la nueva Carta Política de 1991, donde una nueva forma de ver los principios es dispuesta, al dársele a algunos de ellos consagración expresa y donde otros principios encuentra pleno desarrollo y amparo Constitucional.

## **2.1. LOS DERECHOS SUBJETIVOS**

El reconocimiento del Abuso del Derecho como principio y por ende como fuente generadora de acción para hacer exigible el resarcimiento de perjuicios, desde el memorable fallo de casación de 1899, fehacientemente dejó establecido que los derechos consagrados en las reglas, no pueden ser ejercidos ilimitadamente, ya sea en su goce, uso, o en su disposición, porque quienes abusen de ellos en detrimento de los intereses de los demás deben responder por su conducta bien sea procesal, civil, penal o administrativamente. Con ese postulado se marcó una ruptura frente a la rigidez de las reglas y la aplicación mecánica del derecho, y de contera representó la adaptación de los principios a las exigencias económicas y sociales que se venían dando en Europa y especialmente en el país<sup>118</sup>. La visión tradicional es decir absolutista de los derechos era comprendida de la siguiente manera:

Los derechos eran armas con que los poderes públicos habían investido a los particulares para que las usaran en cualquier momento, con cualquier fin, sin que su responsabilidad se encontrara comprometida; tanto peor para los que se interpusieran en su camino y fueran arrollados, ninguna reparación les era

---

<sup>118</sup> Revista Justicia. Tribunal Superior de Bogotá. Tomo 16. No. 163. Junio a Diciembre de 1952. Pág. 156.

concedida; el autor del daño podía decir, *feci sed jure feci*, he causado un mal pero tenía derecho, *nerninen ledit qui jure suo utitur*; no se compromete la responsabilidad cuando se ejerce un derecho, pues si así no fuera no valdría la pena de tener derechos. La víctima del perjuicio causado por el ejercicio de un derecho se veía así atacada en su vida, en su fortuna o en su honor, en conformidad con las reglas del juego<sup>119</sup>.

La nueva concepción adoptada por la Jurisprudencia colombiana, estableció que un derecho subjetivo le da al titular un poder de actuación para la satisfacción de sus intereses, o lo que es mejor lo autoriza a que se ejercite de forma que esté en consonancia con su finalidad y con un propósito legítimo que así se lo permita. Esto significa que en un Estado de Derecho como el colombiano, los derechos no son absolutos sino que encuentran límites y restricciones en los derechos de los demás. Pero es preciso tener en cuenta que esta máxima esbozada, solo encontró asidero directo a partir de los fallos de Casación de 1935, ello a pesar de la existencia de criterios jurisprudenciales en fallos anteriores donde se ya se daba cuenta de la necesidad y existencia en el ordenamiento jurídico de posturas que pululaban por una relativización de los derechos<sup>120</sup>. Gracias a esa nuevas

---

<sup>119</sup> Revista Justicia. Tribunal Superior de Bogotá. Julio y Agosto de 1938. Números. 61,62, 63. Tomo VI.

<sup>120</sup> "La propiedad, como todo derecho, se entiende dada y reconocida por la ley con el fin de hacer posible la convivencia social, no para imposibilitarla. No se puede, pues, admitir que nadie pueda hacer uso del propio derecho de propiedad hasta el punto de hacer imposible el coetáneo ejercicio del mismo derecho para el vecino. Y si la ley no preveía ni prohibía algunos de los modos de ejercer la propiedad incompatibles con las fundamentales exigencias sociales, no por esto pueden estimarse lícitos. Muy al contrario, deben considerarse ilícitos, en virtud de la esencia misma de la propiedad y de todo derecho que, según se ha dicho, es medio y condición, no obstáculo, para la convivencia pacífica de los hombres. Las limitaciones al libre uso de la propiedad, reconocidas por la ley, más que para rechazar, deben servir para afirmar todas las que puedan fundamentalmente justificarse del mismo modo" (Sentencia 6 de mayo de 1927 T. 34 Pág. 264). Ver: C.S.J. Sala Plena. Sentencia número 86. Referencia: Expediente número 1823. Acción de inexequibilidad contra el artículo 669 del Código Civil. Ley 57 de 1887. El dominio o propiedad. Actor: Ernesto Rey Cantor. Magistrado ponente: doctor Jairo E. Duque Pérez. Bogotá, D. E., agosto once (11) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

posturas doctrinales asumidas por la Corte de ese entonces, se pudo dar una nueva interpretación más acorde con la cambiante realidad social, como tantas veces se ha insistido al artículo 8° de la ley 153 de 1887, criterio que terminó arraigándose en la jurisprudencia nacional. Basta leer un aparte de una sentencia del año 2000:

En las páginas de la historia, como vívido testimonio de una etapa superada, ha quedado tatuado el concepto meramente individualista del ejercicio de los derechos, hoy cobijados por un criterio más acorde con las exigencias del tráfico societario, muy ajenas a ese empleo - en veces - desafiante de marras, fundado privativamente en consideraciones más egoístas, propias de la interiorización de los derechos, sin contextualizarlos con los radicados en cabeza de los demás (colectividad), no por ajenos condenados a la degradación o el atropello, pues *in abstracto*, están situados en pie de igualdad (simetría jerárquica)<sup>121</sup>.

---

<sup>121</sup> C.S.J. Sala de Casación Civil y Agraria. MP: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Veintitrés (23) de junio de dos mil (2000). Referencia: Expediente No. 5464. Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por Marley Moreno. Contra la sentencia proferida el 21 de febrero de 1995 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar.

A partir de los nuevos criterios jurisprudenciales el absolutismo de los derechos<sup>122</sup>, o el ejercicio arbitrario, sin un interés o fin legítimo, marcaron el paso de la ancestral concepción individualista de los derechos subjetivos a tesis solidaristas<sup>123</sup>, como ocurrió por ejemplo con el derecho de propiedad, o a las tesis funcionalistas como las postuladas por Josserand<sup>124</sup>, y recogidas abiertamente por la Jurisprudencia de la Corte Suprema<sup>125</sup>. Estos nuevos criterios interpretativos

---

<sup>122</sup> Cuanto al abuso, se niegan a aceptarlo los que sostienen que el derecho es absoluto: El concepto contrario prevalece con más fuerza cada día. En el mismo derecho romano, por ejemplo, las potestades patrias y maritales, omnímodas y absolutas originariamente; se vieron limitadas. Cada *día* se ha ido hallando más claramente que con dañada intención o sin ella el titular de un derecho puede ejercitarlo innecesaria, o excesiva o inoportunamente y aún desviarlo de su finalidad efectiva. En todos estos casos esta se yergue para darle una voz de alto a ese abuso en guarda de sí misma y, por ende, del interés social, ya que el establecimiento de los derechos, los individuales inclusive, y su respaldo por el Estado no pueden descuidar ni dejar de tener presente a todo momento el bien de la sociedad, a la que no puede ser indiferente el que el individuo la dañe y la que no puede ejercer su propia misión de garantía en forma de emplear sus fuerzas en dañarse a sí misma, como lo haría si no limitara o vedara el mal que en cualquiera de las formas aludidas cause alguien tan solo porque lo causa ejerciendo un derecho, sin que se pudiera, por esto solo, inquirir y discriminar si lo está ejerciendo legítima y normalmente. G.J.C.S. Casación, 24 marzo, 1939. N° 1945, Pág. 743.

<sup>123</sup> De la concepción individualista como derecho subjetivo, la propiedad ha pasado a ser, en la tesis social o solidarista que inspiró la Constitución del Reich alemán de 1919 (Constitución de Weimar) que en su artículo 153 consagró la propiedad tanto como derecho como obligación para que el dueño usara de sus bienes como "un servicio para el beneficio general". Nuestros constituyentes del 36, se inspiraron también en esta concepción y sin ambages acicalaron el concepto de que ese derecho subjetivo crea obligaciones y su ejercicio debe apuntar no sólo a la utilidad del propietario sino también a la utilidad general, mereciendo protección sólo en la medida en que cumpla esta finalidad. En: C.S.J. Sala Plena. Sentencia número 86. Referencia: Expediente número 1823. Acción de inexequibilidad contra el artículo 669 del Código Civil. Ley 57 de 1887. El dominio o propiedad. Actor: Ernesto Rey Cantor. Magistrado ponente: doctor Jairo E. Duque Pérez. Bogotá, D. E., agosto once (11) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

<sup>124</sup> La corriente moderna a favor del abuso del derecho se inicia en Francia en el año de 1901, en un estudio de Porcherot. Poco después Josserand publica su famosa obra sobre "El espíritu de los derechos y su relatividad" (1905). Por el mismo tiempo (1904) Buttin había escrito otra obra sobre el mismo tema, "El uso abusivo de un derecho". Siguen luego la obra de César- Bru y Morín, La Responsabilidad, la falta de riesgo y el abuso del derecho (Aix, 1906), y los ensayos de Charmont y Dessertaux (Rev. Trim, 1906, p. 119: Abus des droits et conflits de droits). En: PÉREZ. Vives. Alvaro. Teoría General de las Obligaciones. Volumen II. Parte Primera. Bogotá, Temis, 1968. Pág. 86.

<sup>125</sup> El sentido netamente individualista de la propiedad, heredado del derecho romano, que la concibió como concentración de poderes o atribuciones del dueño sobre sus bienes en cuya virtud

consolidaron el fundamento que los derechos individuales, no son absolutos sino relativos, porque dentro de un marco social se les exige a todos los sujetos responsabilidad en el ejercicio de sus derechos, toda vez que las decisiones humanas no repercuten exclusivamente en la órbita personal del individuo sino que afectan, de manera directa o indirecta, el espectro jurídico de los demás<sup>126</sup>. En ese entendido podemos encontrar cuatro modalidades, que según la reiterada jurisprudencia de la Corte, es susceptible el ejercicio de un derecho, a saber:

- a. El disfrute de hecho de su contenido.
- b. El hacerlo valer frente a los demás.
- c. El de disponer de él.
- d. El de hacerlo efectivo por medio de la acción procesal<sup>127</sup>.

El desbordamiento o el ejercicio abusivo de un derecho, en el marco de las cuatro modalidades anteriormente enunciadas, representó precisamente el campo en el cual la Corte Suprema, enmarcó los eventos en los cuales podía configurarse la Teoría del Abuso del Derecho. Frente a ello, el Tribunal Superior de Bogotá en el

---

éstos quedan sometidos directa y totalmente a su señorío con el fin de satisfacer únicamente sus egoístas intereses, ha venido cediendo el paso a una concepción marcadamente solidarista o funcionalista que, sin desconocerle al titular la facultad de utilizar, usufructuar y disponer libremente de los bienes en su provecho, le impone el deber de enrumbar el ejercicio de ese derecho por los cauces del bien común para que las ventajas que de él fluyan, se extiendan a la comunidad, en cuya representación actúa el propietario en función social. En: C.S.J. Sentencia número 86. Referencia: Expediente número 1823. Acción de inexequibilidad contra el artículo 669 del Código Civil. Ley 57 de 1887. El dominio o propiedad. Actor: Ernesto Rey Cantor. Magistrado ponente: doctor Jairo E. Duque Pérez. Bogotá, D. E., agosto once (11) de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

<sup>126</sup> C.C.C. Sentencia C-491 de 2002. Referencia: expediente D-3847. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 217 Numeral 1º del Decreto 1355 de 1970. Actores: Ana María Ocampo Correa y otros. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. veintiséis (26) de junio de dos mil dos (2002).

<sup>127</sup> G.J.C.S.J. Número. 1950, Septiembre /Octubre de 1939. Tomo. XLVIII. MP: Juan Francisco Mújica. Pág. 722.

año de 1938, siguiendo el criterio jurisprudencial que ya la Corte había establecido, manifestó:

A esta concepción implacable, frenética, de los derechos individuales, se opone la teoría de la relatividad que conduce a admitir abusos posibles de los derechos, aún de los más sagrados. En esta teoría, los derechos, productos sociales, como el derecho objetivo mismo, toman su origen en la comunidad de la cual derivan su espíritu y su finalidad; es por ella y para ella que existen, cada uno tiene su razón de ser, su misión que cumplir, cada uno de ellos está dirigido hacia un fin del cual no puede desviarlo su titular; todos se han hecho para la sociedad, y no la sociedad para ellos, su finalidad está fuera y por encima de ellos mismos; por eso no son absolutos sino relativos, y deben ser ejercidos en el plano de la institución, conforme a su espíritu, sin lo cual siguen una falsa dirección y su titular, que en tal caso no habría usado sino abusado, vería su responsabilidad comprometida para con la víctima de esa desviación culpable, sin que pudiera objetar que ha utilizado un derecho, porque cometió una falta en el ejercicio de ese derecho, y esa falta, precisamente, es lo que se llama abuso del derecho<sup>128</sup>.

El criterio Jurisprudencial sentado en los primeros fallos, terminaron consolidándose durante todo el siglo pasado<sup>129</sup>, en el cual diáfananamente se

---

<sup>128</sup> Revista Justicia. Tribunal Superior de Bogotá. Junio, Julio, Agosto 1938 Números 61, 62, 63. Pág. 298.

<sup>129</sup> La teoría del abuso del derecho ha sido admitida y sostenida por la Corte de manera uniforme en reiterados fallos de casación al punto de constituir doctrina incorporada definitivamente en la jurisprudencia nacional (agosto 19 de 1935, XLII, 452 y 459; octubre 30 de 1935, XLIII, 313 y 314; febrero 21 de 1938, XLVI, 58-61; agosto 24 de 1938, XLVII, 56 y 57; marzo 24 de 1939, XLVII, 743; octubre 5 de 1939, XLVIII, 722; abril 4 de 1940, XLIX, 214 y 215; mayo 19 de 1941, LI, 286-288; marzo 25 de 1942, LIII, 278 y 279; octubre 23 de 1942, LIV bis, 207-209; marzo 7 de 1944, LVII,

establecía que los derechos subjetivos no podían continuar siendo entendidos de la forma tradicional como hasta el momento había sido la dinámica, concepción que en esencia ponía de presente la rigidez o absolutismo de los derechos subjetivos<sup>130</sup>. La nueva postura sentó el criterio de la relatividad de los derechos, doctrina que conduce a admitir el posible abuso de los mismos, aún de los más sagrados<sup>131</sup>. De ello postuló la Corte:

Así se preludiaba lo que han expuesto uniforme y reiteradamente las sentencias de esta Sala relacionadas con esa tesis, a partir de 1935. Según ella, el derecho reconocido o conferido por las leyes al individuo, mira ante todo al bien social al interés público; de suerte que al ejercitarlo el individuo en forma reñida con ese interés público, con ese bien social, ya por llevarlo en su ejercicio más allá de lo señalado por su propia seguridad y conveniencia, ya al desviarlo de su finalidad estricta y efectiva, no puede ampararse con la máxima *nemo laedit*, porque con ese exceso o desvío, sí lesiona, sí perjudica, sí daña<sup>132</sup>.

---

76-88; agosto 31 de 1954, LXXVIII, 427). G.J.C.S.J. No. 2155. Mayo – Junio 1955 TOMO: LXXX. Pág. 654.

<sup>130</sup> "Los redactores del Código (el Código Civil Francés) cometieron, dice un esclarecido expositor, una inconsecuencia, considerando el individuo fuera del medio social para dictar a esa entidad abstracta y absoluta, los preceptos de una reglamentación social; todo lo cual se agravó por, una interpretación de los textos legales estrictamente lógica y literal. Ello obligó más tarde a la jurisprudencia francesa a realizar una verdadera obra de reajuste, interpretando la ley con espíritu social, ya que lógicamente no podía sustraerse a las realidades de la vida. Por eso, los tribunales proclamaron muchas veces que los derechos subjetivos habían sido conferidos a los individuos con un fin determinado y que éstos no podían utilizarlos con otro fin distinto sin comprometer su responsabilidad por los perjuicios causados a terceros". (Markovitch M. *La Théorie de l'abus des droits en droits comparé*, tesis, París, 1936). Jurisprudencia Tribunal Superior de Bogotá. Tomo. 16 No. 163. Junio a Diciembre 1952, Pág.152.

<sup>131</sup> G.J.C.S.J. No. 2155. Mayo – Junio 1955. Tomo.: LXXX. Pág. 654.

<sup>132</sup> G.J.C.C-S-J.Casación-7 de marzo de 1944. N° 2006. Pág.76.

Fue tan importante el papel jugado por la Corte de Oro, que su jurisprudencia terminó por perpetuarse casi al pie de la letra en nuestro ordenamiento jurídico, al punto que los fallos de casación hoy día siguen invariablemente reproduciendo la misma *ratio decidendi* que aquella Corte estableció en sus primeros fallos. En Casación del año de 1995, bien puede leerse textualmente:

A partir de la moderna concepción del Derecho, conforme a la cual cada uno de los derechos subjetivos de que se encuentra investida una persona tiene una misión social y económica que cumplir y una finalidad que le es propia, cuya utilización en contrario implica un abuso que genera la obligación de indemnizar los perjuicios que por ello se causen, la jurisprudencia nacional, con apoyo en el artículo 8o. de la Ley 153 de 1887, dio cabida a este principio general, por encontrar que él es un regla imprescindible para regular la pacífica convivencia entre los asociados, que se encuentra inmersa en el espíritu general de la legislación<sup>133</sup>.

En esa medida hoy en día, la Corte ya después de setenta años tiene establecido que todas aquellas actividades protegidas por el derecho que se ejecuten anómala o disfuncionalmente, motivadas por intereses inconfesables, ilegítimos o injustos que se aparten de los fines económicos-sociales que les son propios, deben considerarse como abusivas y, subsecuentemente, generadoras de la obligación indemnizatoria, como igualmente lo son aquellas que comportan el ejercicio malintencionado e inútil del derecho subjetivo<sup>134</sup>.

---

<sup>133</sup> C. S. J. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Pedro Lafont Pianetta. Santafé de Bogotá, D.C. treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995). Referencia: Expediente No. 4701 . Casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín -Sala Civil-, el 30 de agosto de 1993, en el proceso ordinario iniciado por la Sociedad Distrimora Ltda. Contra la empresa Shell Colombia S.A.

<sup>134</sup> C.S.J Sala Casación Civil y Agraria. MP. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. Nueve (9) de agosto de dos mil (2000). Ref. Expediente 5372. Despacha la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 15 de junio de 1994, proferida por la Sala

En resumidas cuentas, bien puede afirmarse que desde los memorables fallos de la década de los treinta del siglo pasado hasta hoy día, invariablemente se ha mantenido y reproducido el mismo criterio que consagra la relatividad de los derechos, y el abandono del individualismo del ejercicio de éstos. En esa medida es lapidario el postulado de la relatividad de los derechos subjetivos, porque como nos dice la Corte en un fallo del año 2000 que “no es posible dejar que los derechos subjetivos se desentiendan de la justicia o se desvíen del fin para el cual han sido consagrados, y se utilicen en cambio como armas de agresión para so juzgar y explotar a los demás. De ahí que el titular de los derechos, no debe salirse de madre; no se la debe considerar como un fin absoluto al que sea menester sacrificar incluso al hombre mismo. Si es legítimo el ejercicio de los derechos, no puede tolerarse su abuso<sup>135</sup>.” De igual forma en sentencia de la Corte Constitucional del año 1996, exactamente se recoge el uniforme criterio de la Corte Suprema desde sus primeros fallos:

En su reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional, siendo consonante con la postura establecida de vieja data por la Corte Suprema, desde su primer fallo de 1899 en esta materia, ha dejado establecido que no hay derechos ni libertades absolutos. La razón de ello estriba en la necesaria limitación de los derechos y las libertades dentro de la convivencia pacífica; si el derecho de una persona fuese absoluto, podría pasar por encima de los derechos de los demás, con lo cual el pluralismo, la coexistencia y la igualdad serían inoperantes. En el consenso racional y jurídico cada uno de los asociados, al cooperar con los fines sociales,

---

Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario adelantado por Condominio la Aldea del Sol. Ltda. Contra Banco Central Hipotecario.

<sup>135</sup> C.S.J. Sala de Casación Civil y Agraria. M.P: Carlos Ignacio Jaramillo. Veintitrés (23) de junio de dos mil (2000). Referencia: Expediente No. 5464. Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por Marley Yolanda Moreno Gutiérrez contra la sentencia proferida el 21 de febrero de 1995 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar.

admite que sus pretensiones no pueden ser ilimitadas, sino que deben ajustarse al orden público y jamás podrán sobrepasar la esfera donde comienzan los derechos y libertades de los demás<sup>136</sup>.

## **2.2. EL PAPEL DEL JUEZ EN LA CONFIGURACIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO.**

Visto de esa forma la concepción de los derechos subjetivos, y superado el escollo doctrinal que se le presentó a la Corte de Oro, para fundamentar y romper la vieja concepción individualista de los derechos, debió la Corte ocuparse seguidamente de superar así mismo, el papel que el juez podía jugar en la concreción del principio del Abuso. Ya era claro que una persona no podía abusar de sus derechos, pero el problema subsecuente era enfrentar el exacerbado formalismo que hasta ese momento había caracterizado el ordenamiento jurídico, y donde el papel del juez, como se recordará, era meramente “la boca de la ley”. Ahora el esfuerzo jurisprudencial era concederle un papel dinámico, creativo, es decir era darle fuerza vinculante a las decisiones judiciales, porque no de otra forma podía ser entendido el hecho de que se reconociera que nadie podía abusar de sus derechos subjetivos y pudiera reclamar indemnizaciones, sin que existiera una norma que así le diera fundamento a sus pretensiones. En esa medida, el Abuso del Derecho, era una cuestión de hecho que le correspondía al Juez deducir en cada caso, determinando los elementos objetivos demostrados en el proceso, a partir de la libertad probatoria con la que cuenta el accionante, por medio de los cuales el juez puede llegar al pleno conocimiento de los objetivos que le asistieran al

---

<sup>136</sup> C.C.C. Sentencia C- 045 de 1996. MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

demandante para la configuración de tal teoría<sup>137</sup>, pues los criterios para su determinación en un caso concreto no están definidos por la ley.

Desde esta óptica, el fundamento legal que permitió dotar al juez de ese gran criterio configurativo de la teoría del abuso, lo constituía, la disposición constitucional, que establecía el papel que la Corte juega en el proceso de unificación de la jurisprudencia, así como la reinterpretación que se hizo al artículo 8º de la ley 153 de 1887, al disponer que se puede recurrir a los principios toda vez que no existiera norma aplicable al caso. El artículo 8º, de la mentada ley, incluso hoy día sigue teniendo vigencia, después del control constitucional que fuera objeto en el año 1995, cuando la Corte Constitucional declaró su exequibilidad.

En ese entendido, el juez, so pena de denegación de justicia, tenía como hoy día tiene, el deber, de conocer y decidir en todos aquellos eventos en los cuales se configurara el Abuso del Derecho. Para ello, tiene como fundamento la jurisprudencia que la Corte Suprema empezó a desarrollar a partir de 1935 y que hoy en día tiene exactamente los mismos elementos configurativos. No hay que perder de vista, que la configuración de este tipo de principio parte de la casuística que en la materia se va presentando en el gran espectro del goce de los derechos subjetivos que en un Estado de Derecho se puede dar, y que en último término, como se verá progresivamente en el desarrollo del trabajo, puede abarcar una variedad de situaciones, como la del ejercicio del derecho de propiedad, acción, de denuncia, de embargo sobre bienes del deudor, de tutela, etc.

---

<sup>137</sup> G.J.C.S.J, Septiembre de 1938. No. 1940, Tomo XLVII, P, 56- 57. Ver: G.J.C.S.J. No. 1976, Tomo, LI, Año, 1942, PS: 922) Ver también: G.J.C.S.J. LI, No. 1971 Y 1972, Mayo 19 de 1941. G.J.C.S.J. Tomo. XLIII, Agosto de 1936, Número. 1907 y 1908. Pág.: 315. MP: Antonio Rocha.

En resumidas cuentas, siguiendo una sentencia de la Corte Suprema del año de 1948, se establece:

En la legislación colombiana no está consagrada en fórmulas positivas la teoría del abuso del derecho. Lo que hasta hoy existe en esta materia en el derecho nacional es producto de la estructuración jurisprudencial de la teoría jurídica sobre principios generales consignados en el código civil y que imponen la obligación de reparar todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia, es decir, la aplicación al ejercicio del derecho, como a cualquiera otra clase de actividades, de las nociones técnicas de la culpa en que está cimentado el régimen legal de la responsabilidad civil. La expresión abuso del derecho”, de términos antagónicos inconciliables en conceptos de algunos expositores, cifra cabalmente los dos extremos de ilicitud e ilicitud en que se puede mover la conducta culposa, la noción honesta del ejercicio del derecho y la necesidad ética de no ser indiferentes a las consecuencias dañinas de su ejercicio abusivo o excesivo. Siendo indispensable la adopción de un criterio técnico en la calificación de los hechos para saber si pueden o no considerarse como constitutivo de un error de conducta, corresponde necesariamente al arbitrio judicial indagar, averiguar a través de todas las pruebas la intención y los móviles para poder deducir si el uso de un derecho objetivamente legal es acto lícito por moverse dentro de la órbita jurídica normal, o ilícito, capaz de ser fuente de responsabilidad, por desviarse de sus fines honestos y serios en forma inmoral o antisocial<sup>138</sup>.

---

<sup>138</sup> G.J.C.S.J. Enero de 1948.Tomo LIV- BIS. Pág. 449.MP: Hernán Salamanca.

### **2.3. CRITERIOS ESTABLECIDOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA PARA LA CONFIGURACIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO.**

La aplicación de la teoría del abuso del derecho por la jurisprudencia nacional ha establecido unas guías o pautas para su aplicación, dejándosele al recto y sano criterio del fallador la configuración en un determinado caso de conductas que puedan ser calificadas de abusivas. Los Criterios para la determinación del abuso del derecho en un caso concreto no han sido definidos por la legislación civil, muy recientemente en el Código de Comercio colombiano, Decreto 410 de 1971, vigente desde el 1º de enero de 1972, apenas se consagró expresamente pero de manera escueta la regla que “el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”, artículo 830<sup>139</sup>, o la disposición constitucional de 1991, que dispone en su artículo 95, numeral 1º, que hay “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”. Normas generales, que por sí mismas no permiten su aplicación directa, por lo que se debe recurrir al criterio jurisprudencial que en la materia tiene ya establecido la Corte.

Puede entenderse que el ejercicio de los derechos se debe hacer de forma relativa, sin ningún viso de absolutismo, y que es deber del juez reconocer y decidir todos aquellos eventos en los cuales pueda surgir la configuración de tal principio, pero ello en el entendido que se requiere demanda de parte, puesto que las reglas adjetivas así lo disponen, con lo cual se pone de presente que es imprescindible establecer los criterios que la Corte Suprema a partir de sus fallos de 1935 reconoció para la configuración del principio en estudio.

Desde ya es necesario advertir que la adopción de la Teoría del Abuso del Derecho por parte de la Corte Suprema, estuvo matizada por el estudio serio que

---

<sup>139</sup> C.S.J. Sala de Casación Civil. MP: Jorge Santos Ballesteros. Bogotá, primero (1º.) de abril de dos mil tres (2003).Ref.: Exp No. 6499.)

sus magistrados hicieron de la jurisprudencia francesa y de los doctrinantes que en la materia más descollaban en Europa, como Josserand, Geny, Planiol y Ripert, Mazeau, etc. Pensadores que en sus planteamientos, según las consideraciones de la Corte, y a partir del análisis de sus posturas doctrinales, no muestran un criterio uniforme, al punto que en casos como el de Planiol le restó exactitud y eficacia jurídica a la teoría del abuso.

La Corte colombiana no fue ajena al debate doctrinal que desde Europa se venía realizando por parte de la doctrina y la jurisprudencia sobre el reconocimiento o negación de la Teoría del Abuso. En sus acuciosos estudios la Corte en la parte considerativa de sus providencias en casación, contrastaba los planteamientos que sobre la materia existían en la jurisprudencia foránea e indicaba la aceptación que tal teoría ya había recibido por la legislación de diversos países, para ilustrar basta ver uno de los *obiter dictum* consagrados en una de las sentencias de la época:

En algunas legislaciones este principio se convirtió “en conceptos operantes en la legislación positiva de muchos países, en una evolución ascendente, que principiando por el Código Civil germánico de 1896, que la consagró expresamente-desde entonces, ha ido incorporándose luego a la legislación de otras naciones, entre las cuales se distinguen Suiza, Brasil, Austria, Rusia, Turquía, México, China, la República Libanesa, Polonia y el Perú, que la adoptó en 1936<sup>140</sup>.

En el estudio doctrinal y legislativo de carácter comparativo realizado por la Corte, tendente a definir los criterios en que se podía basar un juez para su reconocimiento, se destaca el tratamiento dado a la teoría de Planiol, el cual como

---

<sup>140</sup> Revista Justicia. Tribunal Superior de Bogotá. Tomo 16. No. 163. Junio a Diciembre de 1952. Pág. 158.

ya se anotaba, rechazaba el abuso del derecho con fundamento en que: “La fórmula de esta doctrina es una logomaquia”, porque si yo uso de mi derecho mi acto es lícito, y cuando él sea ilícito es que yo he traspasado mi derecho, injuria, como dice la ley Aquilia. Puede haber abuso en la conducta de los hombres; mas esto no ocurre cuando ellos ejercen sus derechos, sino cuando los traspasan. El uso cesa cuando el abuso comienza, y un mismo acto no puede ser a la vez acto conforme y acto contrario al derecho<sup>141</sup>”. Puede, por consiguiente, según Planiol<sup>142</sup> existir abuso en la conducta de los hombres, pero no cuando ellos ejercen sus derechos, sino cuando los traspasan. El hombre abusa de las cosas, mas no abusa de los derechos<sup>143</sup>”. En 1939 la Corte afirmaba:

Aquella de abuso del derecho algunos la tachan de absurda y contradictoria y, como es bien sabido, Planiol llegó a calificarla de logomaquia. Atendiendo al modo de producirse y a sus consecuencias, se impone reconocer que el abuso del derecho implica o significa culpa en su ejercicio y que en rigor de verdad en esto consiste. Si se opta por el criterio de subjetividad, es en la intención de dañar en donde puede encontrarse; si se da prevalencia al criterio, es la anormalidad de ese ejercicio lo que lo determina. Autores hay como Beudant que, aun permaneciendo en un terreno puramente subjetivo, encuentran sin embargo abuso no sólo cuando se ejercita un derecho únicamente con intención de dañar, sino también cuando en su ejercicio se causa un daño porque se incurre en negligencia o imprudencia que un hombre

---

<sup>141</sup> G.J.C.S.J. Número 1903. Tomo, XLII. Diciembre de 1936. Pág. 602

<sup>142</sup> “Según Pérez Vives, se pronunciaron contra la teoría, arguyendo que “el derecho cesa donde el abuso comienza”, “no puede haber uso abusivo de un derecho por la razón irrefutable de que un solo y mismo acto no puede ser a la vez conforme al derecho y contrario al derecho” tesis esta que fue aceptada por nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia hasta hace apenas unos treinta años.” Op. Cit.

<sup>143</sup> Revista Justicia. Tribunal Superior de Bogotá. Tomo 16. No. 163. Junio a Diciembre de 1952. Pág. 158.

diligente colocado en las mismas condiciones no habría cometido<sup>144</sup>.

A partir del primer fallo de Agosto de 1935, la doctrina se fue perfeccionando y adquiriendo contornos cada vez más definidos y precisos en la jurisprudencia nacional, y precisamente esos debates doctrinales le fueron dando a la Corte los elementos teóricos necesarios para la toma de partido, y por ende para la fundamentación de sus decisiones. Paralelamente con el estudio de la tesis de autores como Planiol, otro punto de especial importancia para la Corte fue la comparación y establecimiento de la diferencia que se podía establecer entre el abuso del derecho y el fraude a la ley<sup>145</sup>, así como la referencias históricas acerca del nacimiento del Abuso del Derecho<sup>146</sup> en sus fallos en casación y que daba

---

<sup>144</sup> G.J.C.S.J. Marzo de 1939.Tomo. XLVII No. 1945, Pág. 823.

<sup>145</sup> El abuso del derecho y el fraude a la ley tienen muchos puntos de contacto y tal afinidad que autores hay que se preguntan si no son uno mismo, y diferentes sólo los puntos de vista desde los cuales se les considera, pues en todo abuso del derecho hay un fraude a la ley que lo establece y garantiza y en toda violación indirecta de ésta hay un abuso del derecho respectivo. Cuanto al abuso, se niegan a aceptarlo los que sostienen que el derecho es absoluto: quisuo jure utitur neminem laedit. El concepto contrario prevalece con más fuerza cada día. En el mismo derecho romano, por ejemplo las potestades patria y marital omnímodas y absolutas originariamente, se vieron limitadas. Cada día se ha ido hallando más claramente que con dañada intención o sin ella el titular de un derecho puede ejercitarlo innecesaria, o excesiva o inoportunamente y aun desviarlo de su finalidad efectiva. En todo esos casos se yergue para darle una voz de alto a ese abuso en guarda de sí misma y, por ende, del interés social, ya que el establecimiento de los derechos, los individuales inclusive, y su respaldo por el Estado, no pueden descuidar ni dejar de tener presente a todo momento el bien de la sociedad, a la que no puede ser indiferente el que el individuo la dañe y la que no puede ejercer su propia misión de garantía en forma de emplear sus fuerzas en dañarse a sí misma, como lo haría si no limitara o vedara el mal que en cualquiera de las formas aludidas cause alguien tan sólo porque lo causa ejerciendo un derecho, sin que se pudiera, por esto solo, inquirir y discriminar si lo está ejerciendo legítima y normalmente. G.J.C.S.J. Tomo. XLII. NO. 1946. Dic.1939. Pág. 822.

<sup>146</sup> Bajo la influencia del derecho canónico creció amparado por el principio de la bona fides denominándose así a los actos caracterizados "actos emulativos" o "ad emulationem" en el siglo pasado. Desde 1890 los fallos en Francia se suceden frecuentemente animados por el espíritu de impedir que los derechos se ejercitaran con mira de perjudicar a los demás.De ahí en adelante la teoría es sustentada por los grandes expositores de derecho en Francia y Bélgica, siendo campeones de la teoría Larombière, Sauzet y otros hasta llegar a Capitant y Josserand, de los cuales los dos últimos en 1928 publicaron el uno la crítica favorable del libro del otro "De l'esprit des droits". En la legislación contemporánea varios países europeos y en América la han acogido francamente en sus códigos, como el suizo, el austríaco, el alemán, el brasileño, el mexicano, el montenegrino, el ruso de los soviets; en el proyecto de Código Franco-Italiano de las obligaciones,

cuenta de lo antiquísimo de la figura, al circunscribirla al antiguo derecho romano. En una de las sentencias de la época se argumentaba:

La doctrina del abuso del derecho no es nueva, sino que se encuentra fluctuante a lo largo de la historia de las ideas jurídicas. Presente ya en el Derecho Romano prolonga su huella en las instituciones jurídicas de Europa hasta la Revolución Francesa, que al consagrar en las relaciones privadas la omnipotencia de los derechos subjetivos, la eclipsó totalmente al influjo del axioma "quijure suo utitur noeminen laedit". Pero a partir de la segunda mitad del siglo XIX reaparece en toda su plenitud enriquecida con los aportes científicos que le han proporcionado en gran parte los juristas y tribunales franceses<sup>147</sup>.

De la forma profunda como la Corte abocó el estudio del contexto, fundamentos y origen del Principio del Abuso, se desprende que el Alto Tribunal no hacía otra cosa sino allanar el camino para la configuración de esa doctrina y su inminente adecuación y reconocimiento en la jurisprudencia nacional. Era claro que se hacía necesario una fundamentación teórica muy profunda desde sus diversas posiciones, y un estudio histórico<sup>148</sup>, semejante al que con otros principios con

---

se le consagra expresamente. En el montenegrino ha llamado la atención la fórmula "Tú puedes tener un derecho; tú no puedes servirte de él con el único fin de causar molestia o perjuicio a otro". En: REVISTA JUSTICIA. Tomos 1940. Junio. No. 79, 80, 81, 82.

<sup>147</sup> Jurisprudencia Civil. Gaceta Judicial. Universidad Externado de Colombia. Extracto Jurisprudencial, 1964.

<sup>148</sup> Al historiar este fenómeno del abuso del derecho y rastrear sus orígenes, se le halla en el mismo derecho romano, lo que hace ver que no se trata de creación de última hora, sí es de reconocerse el desarrollo y avance contemporáneo en su estudio penetrante y, sobre todo, la generalización y acogida de su doctrina como guía jurisprudencial y aun su consagración en textos legales. El Código Civil suizo establece que hay lugar a reparación en caso de abuso manifiesto de un derecho y que el abuso manifiesto de un derecho no es protegido por la ley. El Código alemán dispone que el ejercicio de un derecho no está permitido cuando no puede tener otro fin que el de, causar perjuicio a otro. El de los soviets dice: Los derechos civiles son protegidos por la ley, salvo en los casos en que se ejercen en sentido contrario a su destinación económica y social. El proyecto de Código de las obligaciones franco-italianas dice: Debe reparación el que perjudica a

ahínco se había hecho, porque lo que pretendían más que un interés académico o pedagógico era demostrar que este tipo de normas no era obra del azar ni de la arbitrariedad judicial. Revisado el conjunto de providencias a la conclusión que se puede llegar es que la Corte vio la necesidad de recurrir a los principios como forma de dar pronta y efectiva solución a muchísimos eventos litigiosos que no encontraban en la norma positiva el fundamento legal para la toma de decisiones justas.

Vistas las cosas así, resultaba muy evidente que al no ser este tipo de principio una invención o una figura sin fundamento, se dejaba claro que ella surgía del propio ordenamiento jurídico existente. Fue tan explícita la posición asumida para la Corte, que en fallo de 1939, ya mostraba categóricamente que esta figura, era una entidad plausiblemente delineada y sólidamente establecida y aceptada como guía en la jurisprudencia Nacional. Se la estudia, nos decía la Corte, en sus diversos aspectos, fuentes y manera de producirse, tanto en las relaciones entre particulares por estado civil, sucesiones y bienes en lo general, etc., como en lo administrativo, en lo fiscal, en lo penal<sup>149</sup>. En Casación del año 2000, se reiterarían estos criterios que se venían consolidados desde la década del treinta, hecho con el que se muestra lo contundente y trascendental de la postura esgrimida por la Corte de Oro:

Gracias a encomiables esfuerzos impulsados por necesidades de la vida práctica que se hicieron sentir en el mundo occidental a partir de la segunda mitad del siglo pasado y debido, así mismo, a una saludable tendencia ideológica de humanización del derecho privado en todas sus manifestaciones que por la misma época tuvo expresivos desarrollos en la jurisprudencia francesa, hoy en día se

---

otro excediendo en el ejercicio de su derecho los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual este derecho se le ha conferido. G.J.C.S.J. Marzo de 1939. Tomo. XLVII No. 1945.

<sup>149</sup> G.J.C.S.J. Tomo. XLVII. No. 1946. Dic. 1939.

tiene por sabido que, por obra de la llamada teoría del 'abuso del derecho', a propósito del ejercicio de cualquier facultad encajada en una situación jurídica individual activa y de contenido patrimonial, preciso es de distinguir entre el 'uso' y el 'abuso' en dicho ejercicio, puesto que aún cuando '...procede a afirmar con fuerza los derechos subjetivos porque de su reconocimiento depende la dignidad de la existencia humana, vivida en la plenitud de su dimensión personal'<sup>150</sup>.

Con la reseña de los referentes históricos y la doctrina expuesta por Planiol, especialmente como abanderado de la tesis que le desconocía efectos a la figura del Abuso, la Corte se ocupó seguidamente, ya bajo unos parámetros definidos, del estudio de los diversos planteamientos doctrinales de aquellos autores que desde Europa, especialmente Francia, habían logrado una gran penetración en la jurisprudencia francesa y en algunas legislaciones de diversos países. En nuestra jurisprudencia, se le dio mayor importancia al estudio de los planteamientos de Josserand, Geny, León Duguit, Ripert<sup>151</sup>, los hermanos Mazeau, Saleilles, como también aunque en menor medida a los de Beudant<sup>152</sup>. Las teorías de estos autores fueron debatidos ampliamente en el corto periodo de la

---

<sup>150</sup> C.S.J. Sala de Casación Civil y Agraria. M.P: Carlos Ignacio Jaramillo. Veintitrés (23) de junio de dos mil (2000). Referencia: Expediente No. 5464. Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por Marley Yolanda Moreno Gutiérrez contra la sentencia proferida el 21 de febrero de 1995 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar.

<sup>151</sup> Ripert en su atrayente tratado sobre "La Regla Moral de las Obligaciones Civiles" estudia en varios capítulos esta interesante cuestión del abuso de los derechos y acepta que "lo que es evidente es que podemos considerar como culpable no sólo al que hace el mal voluntariamente, sino también al que lo hace inconscientemente, por debilidad o por ligereza, y que, declarar culpable al que peque por omisión como al que peque por comisión, es también una idea moral". G.J.C.S.J. Marzo – Abril de 1956. Tomo. LXXXII No. 2165 Y 2166. Pág.532.

<sup>152</sup> Autores hay como Beudant que, aun permaneciendo en un terreno puramente subjetivo, encuentran sin embargo abuso no sólo cuando se ejercita un derecho únicamente con intención de dañar, sino también cuando en su ejercicio se causa un daño porque se incurre en negligencia o imprudencia que un hombre diligente colocado en las mismas condiciones no habría cometido. G.J.C.S.J. Casación 24 de marzo de 1939. G.J. No. 1945. Pág. 743.

Corte de Oro, hasta que se logró configurar y delimitar los elementos constitutivos de la figura, criterios que en último término estructuraban el referente con el que contarían los jueces y los usuarios del sistema judicial, en todos aquellos eventos en los que se reclamaran el ejercicio abusivo de un derecho, como fuente para el resarcimiento de perjuicios.

### **2.3.1. Los Cuatro Criterios De La Corte.**

La Corte Suprema, desde sus primeros fallos, y después de su profundo estudio, a nivel comparativo de la doctrina, de las legislaciones que la adoptaron, y de la fundamentación histórica esbozada, finalmente terminó aceptando que en el ejercicio de un derecho subjetivo, se pueden establecer cuatro criterios para buscar los elementos constitutivos del abuso del derecho<sup>153</sup>, categorías que analizado el desarrollo jurisprudencial asumido por la Corte Suprema desde agosto de 1935, fueron las que lograron consolidarse en nuestro medio<sup>154</sup>. Básicamente los criterios que se establecieron a partir de la Corte de Oro fueron:

---

<sup>153</sup> La teoría del abuso del derecho o, más ceñidamente, la posibilidad de que su uso por excesivo o desviado justifique demanda de indemnización de los perjuicios consiguientes a ese exceso o desvío, está admitida y sostenida por esta Sala uniformemente en repetidas sentencias, al punto de constituir doctrina jurisprudencial: la de 19 de agosto de 1935 (*Gaceta Judicial*, tomo XLII, páginas 455 y siguientes), la de 30 de octubre de ese año (tomo XLIII, páginas 310 y siguientes), la de 21 de febrero de 1938 (tomo XLVI, páginas 56 y siguientes), la de 24 de agosto del mismo año (tomo XLVII, páginas 54 y siguientes), la de 24 de marzo de 1939 (tomo XLVII, páginas 703 y siguientes), la de 5 de octubre de ese año (tomo XLVIII, páginas 712 y siguientes), la de 4 de abril de 1940 (tomo XLIX, páginas 209 y siguientes), la de 19 de mayo de 1941 (tomo LI, páginas 286 y siguientes), la de 25 de marzo de 1942 (tomo LIII, páginas 275 y siguientes), la de 23 de octubre de 1942 (tomo LIV bis, páginas 203 y siguientes).

<sup>154</sup> Para Álvaro Pérez Vives, los Criterios para configurar la existencia del Abuso del Derecho, pueden sintetizarse así:

1. Tradicional: Imperante en Roma, en gran parte de los autores del antiguo derecho francés y en los primeros comentarios del Código; se caracteriza por la intención de perjudicar (criterio intencional); modernamente ha sido acogido por Ripert, Código alemán y por el Chino.

1. El Intencional, de Ripert<sup>155</sup>, o sea cuando se ejercita un derecho con intención de perjudicar a otro.
2. El Técnico, que patrocinan los hermanos Mazeaud, que acusa falta en la ejecución o ejercicio del derecho.
3. El Económico o sea la ausencia del interés legítimo y serio.
4. El Social, Funcional o Finalista, de Josserand, o sea desviación del derecho de su función social<sup>156</sup>.

---

2. Falta de interés Legítimo. Antiguo derecho francés, sostenido por Saleilles.

3. Criterio Funcional. Josserand y Gény, consagrado en el artículo 11 del proyecto colombiano; se caracteriza por la utilización de los derechos contrariamente a su destinación económica y social.

4. Hermanos Mazeaud, que pretende aplicar la noción de delito y de culpa. Para los hermanos Mazeau, la teoría del abuso del derecho nada nuevo ha traído, que no estuviera ya consagrado en el Código francés. Según estos autores, la teoría en referencia se concreta, en última instancia, a una simple aplicación de las reglas de la culpa. PÉREZ, Vives. Álvaro. Teoría General de las Obligaciones. Volumen II. Parte Primera. Bogotá. Temis. 1968.

<sup>155</sup> En los avances de la teoría se ha llegado a encontrar abuso en la abstención de contratar, estimando culposa la conducta del que se niega a hacerlo con persona que tiene interés en contratar con él, como puede ser el caso en el enganche de trabajadores u obreros. El llegarse a tanto lo encuentra exagerado M. Ripert en sus recientes conferencias (1938), en las que reconoce la existencia del abuso del derecho, no sin advertir, como es lo general, entre los doctrinantes, que algunos derechos no son susceptibles de esa tacha o no pueden dar lugar a esa noción de abuso, como el de pedir en cualquier momento un comunero la división de la comunidad o solicitarse el corte de los árboles del vecino por exceder de tal o cual colocación o altura, en su caso, aunque el colindante lo pide no tenga actual interés y aunque esa mayor altura no lo perjudique ni moleste; ni sin dejar de advertir tampoco que los derechos individuales se ejercitan por su titular en busca de su propio bien, sin que pueda exigírsele que sea en el ajeno ni censurable el egoísmo con que en ese ejercicio busque su personal utilidad. G.J.C.S.J. Marzo de 1939. Tomo. XLVII. No. 1945. Reproducida en: G.J.C.S.J. No. 1946. Dic.1939.Tomo. XLVII. Pág. 824.

<sup>156</sup> En casación del año 1953, se reiteraban estos criterios: “Por ello, distintos fundamentos le han dado los tratadistas a la teoría: unos, guiándose por un criterio eminentemente subjetivo, buscan ante todo el móvil del recurso ante la justicia; si el móvil es torcido, malévolo o nocivo, habrá abuso del derecho en estudio, aunque aparezca que tan sólo se está usando de una facultad reconocida por la Ley. Otros, inspirados en un criterio objetivo, se atienen exclusivamente al fin social del derecho, y encuentran el abuso del derecho a las vías legales cuando al ejercitarlo hay apartamiento del fin social y económico del mismo por falta de interés serio y legítimo, con el consecuencial resultado de causar daño a terceros. Otros, en fin, ven en el aludido fenómeno una culpa cometida en el ejercicio del derecho, que puede ser intencional o simplemente cuasi-delictuosa, sin pararse a indagar el fin social del derecho en ejercicio. Los hermanos Mazeaud, que pertenecen a este último grupo, dicen que quienes propugnan su tesis “nada han creado que no estuviera ya contenido en el Código (Civil); pero han descubierto la riqueza de ese contenido”. G.J.C.S.J. Agosto de 1953. Tomo: LXXV. Pág. 410.

Frente a esos lineamientos ya en Casación de la Corte Suprema del año 1938, se tenía claridad sobre la existencia de los criterios con los cuales contaba el fallador para la resolución de todos aquellos casos en los que no había regla positiva aplicable, en tal sentencia se aludía:

De consiguiente es incompleto el criterio rígidamente intelectual, inspirador de la sentencia acusada, y que no es siquiera el preconizado científicamente por Ripert para quien la intención dañosa de perjudicar se manifiesta por la falta de un interés serio y legítimo en el ejercicio por su titular de tal o cual derecho. Además, del criterio del móvil dañado, expuesto en la teoría de Ripert, la ciencia señala otros criterios, destinados a auxiliar al juzgador en cada caso: el técnico (falta en la ejecución o ejercicio del derecho); el económico (ausencia de interés legítimo); y el funcional o finalista (desviación del derecho de su función social)<sup>157</sup>.

**2.3.1.1. Criterio Intencional.** Este criterio, desde los fallos de 1935 hizo parte de los primeros problemas jurídicos que surgieron en el proceso de consolidación de este principio. Donde la intención nociva vista en el contexto doctrinal en el cual surgió la figura, fue presentada como uno de los primeros criterios en los cuales se podía circunscribir la configuración del abuso del derecho. Para la Corte la intención de causar mal, ocupa puesto muy importante en la teoría del abuso como elemento constitutivo de este concepto, pues incluye toda intención malévolamente, maliciosa o delictuosa, y extiende su radio de acción al dolo y al

---

<sup>157</sup> G.J.C.S.J. Casación, febrero 21 de 1938, XLVI; Pág.60. Criterios reproducidos en sentencia: G.J.C.S.J. No. 2155. Mayo – Junio de 1955 Tomo: LXXX. Pág. 655.

fraude<sup>158</sup>. El Tribunal de Bogotá en el año 1952, hizo un planteamiento conclusivo de lo que hasta esa fecha había sido ese criterio:

Entre el fin esencial y constantemente antisocial están los tendientes a causar la desgracia, el infortunio, el empobrecimiento de nuestro prójimo. Los derechos, prerrogativas sociales, que se han establecido para mantener la paz social y para asegurar un justo equilibrio de intereses encontrados, no pueden ponerse al servicio de la malicia, de la maldad y de la malevolencia porque su origen, su esencia, su finalidad se oponen irremediabilmente a jugar este papel. El acto cumplido bajo la voluntad de causar mal no puede gozar de la protección legal aunque se presente hipócritamente bajo el aspecto del ejercicio de una facultad legal<sup>159</sup>.

Bajo esos supuestos se entiende, que éste criterio se basa en la apreciación de la intención de perjudicar al ejercerse el derecho. Los defensores de este aspecto de la doctrina se colocan en un plano puramente subjetivo, juzgando abusivo el ejercicio del derecho cuando el móvil del agente se reduce a la intención de hacer daño<sup>160</sup>, debiendo el juez en cada circunstancia estudiar si se configura o no este criterio. Es decir, si una persona en el ejercicio de un derecho causa daño a otro, y ello es imputable a dolo o negligencia de su parte, está obligada a reparar las consecuencias de su error de conducta. La Corte, para llegar a esta conclusión se

---

<sup>158</sup> El Tribunal de Bogotá en torno a ese punto manifestó: La jurisprudencia universal se inclina en este sentido y los Tribunales consideran que abusa de su derecho quien teniendo varias maneras de ejercitarlo, escoge aquella que causa un perjuicio a otro. Revista Justicia. Tribunal Superior de Bogotá. Tomo 16. No. 163. Junio a Diciembre de 1952. Pág. 303.

<sup>159</sup> Revista Justicia. Tribunal Superior de Bogotá. Tomo 16. No. 163. Junio a Diciembre de 1952. Pág. 300.

<sup>160</sup> G.J.C.S.J. Número 1903, Tomo XLII, Diciembre de 1936, Pág.: 642. Igualmente ver: G.J.C.S.J., Número 1903, 1897- 1903. Tomo, XLII, 601. G.J.C.S.J. Septiembre de 1938. No. 1940, Tomo XLVII, P, 57.

basó en los trabajos de Josserand, y especialmente en su libro del Abuso del Derecho, en el cual se puntualiza:

Primigeniamente fue concebido como aquel acto que se ejerce con la intención de perjudicar a otro, pero sin salirse de los límites y condiciones del derecho que la persona ejerce; de manera que el titular de la prerrogativa jurídica, conforme a esta teoría, es quien ejerce ese derecho subjetivo, sin salirse de sus límites y condiciones pero con la intención de perjudicar a otro, y está obligada a la reparación del daño<sup>161</sup>.

En términos concretos este criterio es esencialmente subjetivo, toda vez que el juzgador deberá determinar esa intención por parte del agente a quien se le imputa haber abusado de sus derechos subjetivos, hecho que en materia procesal representa para el accionante un gran esfuerzo probatorio, porque no basta enunciar el Abuso del Derecho, sino que deberá probarse su configuración por el criterio que se invoque, así como deberá desmostarse los perjuicios que se hayan irrogado.

---

<sup>161</sup> CONDORELLI, Epifanio. El Abuso del Derecho. Buenos Aires, Editora Platense, 1971, Pág. 19.

**2.3.1.2. Criterio Técnico. La Culpa En La Ejecución.** De los diferentes criterios a que ha recurrido la doctrina en diversos países y en las legislaciones más modernas, según el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema colombiana, para saber si en un caso concreto se abusa o no del derecho, se ha contemplado ante todo el criterio Técnico, con base en la noción de culpa que va desde la mera imprudencia o descuido hasta el dolo. Y con este compás ha juzgado crecido número de casos de abuso del derecho sin circunscribir su criterio a la culpa grave únicamente<sup>162</sup>. En los primeros fallos de 1935, se sentó el criterio que:

La culpa es el elemento determinante de esta teoría y en que incurre el demandante por intención dañada de perjudicar o por no ser su interés serio y legítimo, esto es, por error de conducta. En ese error hacen consistir los hermanos Mazeaud la noción de culpa y por eso definen éste así: “Es un error de conducta, tal como no lo habría cometido una persona avisada, situada en las mismas circunstancias externas que el autor del daño.”<sup>163</sup>

Es entendido que el ejercicio de un derecho, como ya quedó visto, puede revestir un carácter abusivo a pesar de no existir *animus nocendi* en su titular, en palabras de Colin y Capitant. Es decir que no basta que este ejercicio tenga lugar de buena fe, sino que es preciso que se realice correctamente. Frente a ese punto la jurisprudencia nacional, citando al autor Larombiere, dejó establecido los criterios en los que adicionalmente con el criterio de la intención de dañar, puede llegar a configurarse a su vez el abuso, cuando la persona no actúa diligente y cuidadosamente, es decir con culpa:

---

<sup>162</sup> Ver: G.J.C.S.J. Sentencias de octubre 30 de 1935, XLIII, 1907-1908, 313; agosto 5 de 1937, XLV, 1927, 421; febrero 21 de 1938, XLVI, 1932, 58; abril 9 de 1942, LIII, 1984-1985, 303; octubre 23 de 1942, LIV Bis. 207). Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Universidad externado de Colombia. Extracto Jurisprudencia. 1964.

<sup>163</sup> G.J.C.S.J. No. 1976, Tomo, LI, Año, 1942, PS: 922/ Pág. 287. G.J.C.S.J. Fallo 30 de de octubre de 1935, Tomo. XLIII, No. 1907-1908. G.J.C.S.J. No. 1976, Tomo, LI, Año, 1942, Pág. 288

"Para que una perfecta irresponsabilidad garantice el ejercicio de un derecho, es preciso que el que lo ejerce lo use prudentemente, con las precauciones ordinarias, sin abusar y sin exceder los justos límites. Si es cierto que los derechos benefician a los diligentes y vigilantes, es indispensable añadir que no pueden, asegurar una protección eficaz y merecida- sino para aquéllos que los usan de una manera correcta: su empleo no puede efectuarse sino conforme a la técnica social, de la cual no puede uno separarse sin correr el riesgo de comprometer su responsabilidad aún por imprudencia, negligencia o culpa no intencional<sup>164</sup>.

En este criterio la Corte dejó sentado desde 1935, que basta con que pueda encontrarse en la conducta del agente la falta de precauciones que la prudencia de un hombre atento y diligente le hubiere inspirado, hecho que visto el artículo 63 del Código Civil Colombiano, ponen de presente que cada persona en las relaciones jurídicas que a diario establece debe comportarse en forma diligente y cuidadosa, es decir como una persona tipo, de mediana inteligencia<sup>165</sup>. Se pone de forma ilustrativa por parte de la Corte el ejemplo del empleo de procedimientos ejecutivos especialmente rigurosos por un acreedor contra su deudor, cuando estas medidas estén en manifiesta desproporción con el fin que se busca. Aquí ya no hay habría la intención perversa de arruinar al deudor, sino de precauciones en

---

<sup>164</sup> Revista Justicia. Tribunal Superior de Bogotá. Tomo 16. No. 163. Junio a Diciembre de 1952. Pág. 303.

<sup>165</sup> En casación del año de 1955, se mantendrá igual criterio: "Para que haya abuso del derecho – dicen los citados Colin y Capitant– no es indispensable que el autor del daño causado a otro tenga la intención de dañar, el animus nocendi. Basta con que pueda encontrarse en su conducta la falta de precauciones que la prudencia de un hombre atento y diligente le hubiera inspirado". Y ponen como ejemplo entre otros, el empleo de procedimientos ejecutivos especialmente rigurosos por un acreedor contra su deudor, cuando estas medidas estén en manifiesta desproporción con el fin que se busca. Aquí ya no habría la intención perversa de arruinar al deudor, sino la falta de precauciones en no causar más daño que el indispensable dentro de los justos límites del cobro coactivo del crédito. G.J.C.S.J. No. 2155. Mayo – Junio de 1955 Tomo: LXXX. Pág. 655.

no causar daño que el indispensable dentro de los justos límites del cobro coactivo del crédito<sup>166</sup>.

El abuso del derecho, según esta postura doctrinal se constituyó, según la doctrina sentada por la Corte como una especie particular de la culpa aquiliana, en la cual se puede ir desde la culpa más grave, equivalente al dolo, en que el agente procede movido por la intención de causar daño, *animus nocendi*, hasta el daño ocasionado por simple negligencia o imprudencia no intencionada, como ya se advirtió<sup>167</sup>. Ese supuesto doctrinal recogido no en forma muy pacífica por la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia desde sus primeros fallos, obedeció a la dificultad para precisar el propio concepto, pues no se había estructurado una definición concreta de la culpa<sup>168</sup>. Este hecho resultaba apenas comprensible, porque dentro de la noción de culpa cabe, según el concepto más antiguo, una gama infinita de actos, desde el inspirado en la malevolencia, guiado

---

<sup>166</sup> G.J.C.S.J. Casación, 21 febrero 1938, N° 1.932. Pág. 60.

<sup>167</sup> “Comprendido así, el abuso del derecho constituye una especie particular de la culpa aquilina, por ende en el abuso puede irse desde la culpa más grave, equivalente al dolo, en que el agente procede movido por la intención de causar daño, *animus nocendi*, hasta el daño ocasionado por simple negligencia o imprudencia no intencionada. Estará en el primer caso por ejemplo el propietario que ejecuta excavaciones en su predio con la mira exclusiva de sacar una fuente o manantial de su vecino; o el acreedor que por su espíritu de persecución contra su deudor honorable, intempestivamente lo ejecuta haciéndole un embargo excesivo de bienes en relación con el crédito que cobra, para empujarlo así aún hasta la ruina; o el litigante que confiando su causa, menos en el examen cauteloso de su derecho que en el albur de todo pleito, promueve temeraria controversia judicial, y después de someter al adversario a larga, costosa y reñida lucha, inesperadamente desiste de ella atento a eludir inminente fallo adverso, que le diese a la contraparte la victoria judicial. Y encontrase en el segundo caso el que pone un denuncia criminal contra otra persona, formulándolo a la ligera o imputándole perentoriamente, sin base seria, la comisión de un hecho criminal. (Caso resuelto por esta misma Corte en sentencia de fecha 5 de agosto de 1937, No. 1927, páginas 419 a 422. G.C.S.J. No. 2155. Mayo – Junio 1955 Tomo.: LXXX. Pág. 655. Ver también: G.J.C.S.J. No. 2133. AGOSTO 1953. Tomo: LXXVI . Pág. 407.

<sup>168</sup> Cada vez que un hombre engaña la confianza legítima que los demás deben tener en él, es responsable, comete una falta. Los hombres son solidarios entre sí; para poder vivir en sociedad deben inspirarse confianza recíproca; a falta consiste en engañar esta confianza especial”. Esta es en realidad la misma idea clásica de imprudencia y de negligencia, aunque en otras palabras. Háblase de la obligación general en que cada cual está de ser muy cuidadoso, muy diligente, también de la obligación de no engañar en manera alguna la confianza que los demás ponen en cada cual, se llega exactamente al mismo punto”: G.J.C.S.J. No. 1945, marzo de 1939, tomo, XLVII, Pág. 746.

por el solo y exclusivo propósito de inferir daño a otro, equivalente al dolo, el acto más reprobable de la culpa intencional, hasta el que es producto de móviles inocentes pero violatorio de las normas de previsión y de prudencia que todo hombre está obligado a observar en el trato con sus semejantes para evitar la ocasión de un perjuicio<sup>169</sup>. De ello sentó la Corte el criterio que:

Uno de los primeros criterios que se empezaron a tener en cuenta para el establecimiento de la culpa, se encuentran desde la clásica fórmula del hombre diligente, según el cual cuando se está en presencia de un hecho nocivo para otro, hay que meditar al fijar la responsabilidad si el autor de ese hecho se ha portado como lo hubiera hecho un hombre diligente; el criterio de la confianza legítima engañada, en que todo hombre tiene el deber de ajustar su conducta de tal modo que los terceros no se encuentren engañados en la confianza que necesitan tener en él. Otro criterio es el de los hechos ilícitos, es decir, prohibidos por la ley; y el criterio que acude a la teoría de las obligaciones preexistentes: una persona no puede incurrir en culpa, sino no estaba obligada a nada antes del acto que se le reprocha<sup>170</sup>.

En sentido general, la Corte Suprema tiene determinado que la falta no intencional se toma en consideración en la medida que ella muestra la desviación de un derecho con relación a su finalidad, en cuanto se confunde con el motivo ilegítimo y sin tener en cuenta su gravedad intrínseca, pues no es suficiente ejercer nuestros derechos conforme a la buena fe, es preciso realizarlos correctamente, prudentemente, dentro del plan de la institución. No sólo debe considerarse la buena voluntad sino también la forma, pues tanto la intención como la técnica, o

---

<sup>169</sup> G.J.C.S.J. Casación 5 de agosto de 1937. No. 1927, pág. 419 a 422. También en: G.J.C.S.J. Número 1939, Junio de 1939, Tomo XLVI, Pág. 797. G.J.C.S.J. Casación 21 febrero de 1938. Tomo. XLVI . No. Pág.61.

<sup>170</sup> *Ibíd.*

medios de ejecución, son susceptibles de ejercer su influencia y de determinar esa reacción jurídica que se denomina el abuso del derecho. En unas de las repetidas sentencias de Casación donde se esbozan los criterios aludidos se establece:

“ .. Pero el uso anormal, mal intencionado, imprudente, inconducente o excesivo en relación con la finalidad que legalmente ofrecen esas leyes rituarías para el reconocimiento, efectividad o defensa de un derecho, degenera en abuso del derecho de litigar y en cada caso particular el juez puede juzgar que constituyen un caso de culpa civil. En muchos casos, las mismas leyes de procedimiento erigen algunas actuaciones en culpas, y las sancionan con multas dentro del mismo proceso. El código judicial al no autorizar el embargo y secuestro de bienes sino en la cantidad suficiente para seguridad del pago (art: 274, inc1o.); al permitir la reducción del secuestro en el exceso que se compruebe (art: 283, inc3o.), para asegurar al verdadero dueño de los bienes el reembolso y los posibles perjuicios y ya no solamente las costas, y al sancionar la temeridad del embargo y del secuestro con una multa de diez mil pesos. En todos esos casos el código muestra claramente su intención de castigar el dolo y la culpa lata equiparada a él, lo cual no es otra cosa que la sanción del abuso del derecho de litigar, caracterizada en aquellos concretos ejemplos con el propósito de perjudicar a otro privando al propietario por el tiempo indeterminado del ejercicio y goce de sus derechos de administrar, gozar y enajenar sus bienes, sin que con las referidas medidas judiciales haya utilidad para el ejecutante, porque no resulta ser de su deudor los bienes no

conseguirá reducir los dineros mediante el remate, que es la finalidad del juicio ejecutivo<sup>171</sup>”.

En torno a este punto bien puede concluirse que este Criterio Técnico, terminó siendo muy recurrente en los distintos fallos de casación fundamentados de acuerdo con la doctrina jurisprudencial aceptada por la Corte, en la cual fehacientemente se dejó establecido que hay abuso del derecho cuando su titular lo ejerza dolosa o culposamente, o sea, cuando en el ejercicio de un derecho se causa un perjuicio a otro, bien con intención de dañar, o bien sin la diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actos y negocios. En casación de 1955, se recogió este planteamiento que venía siendo reiterativo desde el año de 1935<sup>172</sup>.

**2.3.1.3. Falta De Interés Legítimo. Criterio Económico.** Este criterio se configura cuando el titular de un derecho lo ejerce sin un interés serio y legítimo, es decir con “apartamiento del fin económico y social en un ejercicio anormal del derecho”, o lo que es mejor, consideran que para que exista abuso del derecho es preciso que exista la intención de dañar y la falta de un fin útil<sup>173</sup>. De este criterio es necesario precisar de antemano que ha sido uno de los que más recurrentemente se ha utilizado por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Sus principales exponentes según el decir de la Corte fueron Geny, Pardessus, Saleilles, Charmont Brethe<sup>174</sup>; El Tribunal Superior de Bogotá, siguiendo la jurisprudencia que ya para el año 1938 se había consolidado, mostraba:

---

<sup>171</sup> G.J.C.S.J. No. 1976, Tomo. LI, AÑO, 1942, Pág. 922, ver también: Pág. 288- 289.

<sup>172</sup> G.J.C.S.J. Mayo – Junio de 1955. Tomo. LXXXPS. Pág. 646-647.

<sup>173</sup> G.J.C.S.J. Número. 1903, Tomo XLII, Diciembre de 1936. Pág. 642. Ver: G.J.C.S.J. Número. 1903. 1897- 1903. Tomo, XLII, 601.

<sup>174</sup> Hace mucho tiempo que Pardessus establecía como regla general que no es permitido "usar de su derecho sin utilidad para sí y de una manera perjudicial para otro", y Sourdat se coloca en el

Se le puede caracterizar diciendo que se inspira en la definición famosa que Ihering ha dado de los derechos como "intereses jurídicamente protegidos". Las facultades subjetivas han sido conferidas al hombre por los poderes públicos para la satisfacción de sus intereses, pero no de intereses de cualquier clase, sino de intereses legítimos. Desde que las utiliza en vista y en función de ese fin, tiene segura la protección legal aun cuando cause perjuicio a otro, pues sus actos son lícitos y no puede comprometer su responsabilidad. Solamente si el titular ejerce su prerrogativa fuera de todo interés o aún para satisfacción de un interés ilegítimo, emplea mal su derecho, abusa, y por tanto, no puede pretender la protección de la ley, pues el interés legítimo es el fundamento y la medida del ejercicio de los derechos y de la protección que les ha sido conferida por los poderes públicos; así como "sin interés no hay acción", lo mismo y como conclusión lógica, "sin interés no hay protección jurídica"<sup>175</sup>.

---

mismo punto de vista cuando considera que la responsabilidad del agente está comprometida a causa del perjuicio que resulta "de un modo particular de ejercitar un derecho que no tiene utilidad para su autor o que podría ser evitado"; Saleilles, cuyas ideas, a decir verdad, fueron indecisas al respecto, consideraba que el abuso del derecho reside "en el ejercicio anormal del derecho, ejercicio contrario a la destinación económica y social del derecho subjetivo, ejercicio reprobado por la conciencia pública y que, por tanto, sobrepasa el criterio del derecho, puesto que todo derecho, bajo el punto de vista social, es relativo"; y Charmont ligándose a esta fórmula, reconoce que "la determinación del fin económico y social del derecho ejercido, puede ser un mejor criterio" que la intención de causar mal. Geny estima que no se descubre "la medida justa y verdadera de los derechos individuales sino escrutando su fin económico y social y comparando su importancia con la de los intereses que contraría". Bartin adopta posición análoga, cuando dice que "el ejercicio de un derecho puede convertirse en ilegítimo cuando no responde al interés que la ley ha tenido en mira para reconocerlo, cualquiera que sea, por otra parte, el móvil, malicioso o no, que lo explica". Brethe, ha desarrollado y adoptado las mismas ideas en una larga nota de jurisprudencia consagrada a la teoría del abuso, y se puede considerar: que Demogue hace otro tanto cuando escribe que ".desde que un acto objetivamente aparece que presenta para su autor un interés serio y lícito, ese acto no es un abuso del derecho, a menos que se pruebe» una acción cumplida únicamente con el fin de causar mal". Revista Justicia. Tribunal Superior de Bogotá. Junio, Julio, Agosto 1938. Números 61, 62, 63. Pág. 307.

<sup>175</sup> *Ibíd.*

A la égida de este criterio, es claro establecer que como la expresión misma lo indica, el abuso del derecho significa ni más ni menos la existencia de un derecho de que es titular la persona que lo ejercita, es decir la persona actúa dentro del marco de la potestad que la norma le permite, o en términos concretos sería el uso de un derecho dentro de su normalidad objetiva<sup>176</sup>. Así el abuso consiste en que el ejercicio del derecho subjetivo se exceda o se desvíe de las finalidades que económica y socialmente le corresponden<sup>177</sup> y por ende perjudique el fin perseguido, sin siquiera obtener las más de las veces provecho para sí<sup>178</sup>. De estos planteamientos tiene dicho la Corte Suprema en fallo de 1956:

Dicen los tratadistas mencionados (Henri y León Mazeaud) que la jurisprudencia ha aplicado sin cesar nuevas hipótesis al principio tan amplio de que quien, al abusar de su derecho, causa perjuicio a otro, tiene que repararlo. La jurisprudencia declara todos los derechos susceptibles de abuso, y llega hasta estimar que hay abuso no solamente en el hecho de ejercitar su propio derecho para perjudicar a otro, sino también en el hecho de servirse de su propio derecho, sin tener para ello un interés serio y legítimo<sup>179</sup>.

---

<sup>176</sup> G.J.C.S.J. Casación 6 de septiembre de 1935, Tomo XLII, Pág. 601.

<sup>177</sup> Como es de público conocimiento, el principio de la autonomía de la voluntad que inspiró la legislación de derecho privado en el siglo XIX como reflejo fiel del individualismo dominante entonces, hubo de ceder frente a las nuevas circunstancias económico- sociales y políticas, en virtud de las cuales se abrió paso el intervencionismo estatal "en beneficio de los intereses generales". G.J.C.S.J. sentencia de 26 de septiembre de 1945.Tomo. LIX, Pág. 317.

<sup>178</sup> G.J.C.S.J. Número. 1993 a 1995. Enero- marzo 1943, Pág.318.

<sup>179</sup> G.J.C.S.J. Marzo – Abril de 1956.Tomo. LXXXII No. 2165 Y 2166.Pág.530.

**2.3.1.4. Desviación Del Derecho De Su Función Social (Criterio Funcional O Finalista).** Este criterio, cuyo máximo exponente fue Josserand<sup>180</sup>, tiene por fundamento la consideración de que el derecho tiene una función precisa que cumplir, porque no es comprensible que puedan existir potestades en cabeza de una persona, que esta pueda ejercer sin que tenga en sí mismo un fin, sobre bases de estricta justicia, o sea, sin traspasar los límites de la moral<sup>181</sup>; “no se conforma el derecho con el ejercicio de las facultades que con arreglo a las normas nos corresponden; exige que las mismas sean ejercidas, no sólo sin perjuicio de los demás, del todo social, sino también con la intención de no dañar, con un fin lícito, justo y moral simultáneamente<sup>182</sup>”. Frente a este criterio, en sentencia del año 1938, se puede leer:

Todas las prerrogativas, todos los poderes jurídicos son sociales en su origen, en su esencia, y hasta en la misión que están destinados a llenar. Y no podría ser de otra manera, puesto que el derecho objetivo, tomado en su conjunto, no es otra cosa que la regla social obligatoria. La parte no puede ser de distinta naturaleza que el todo; el elemento participa de la esencia misma del organismo a cuyo funcionamiento aporte su parte contributiva; y esta reflexión es exacta no solamente para las prerrogativas de carácter altruista, tales como las potestades familiares y los poderes de administración, sino también, y a pesar de las apariencias, para las facultades más egoístas, como el derecho de

---

<sup>180</sup> En forma general puede establecerse que este criterio, como la expone el Profesor Louis Josserand; fue consagrado en Colombia por la Corte Suprema de Justicia en los siguientes fallos: de 30 de octubre de 1935 (Gaceta Judicial, números 1907 y 1908, página 310); de 23 de noviembre de 1936 (Gaceta Judicial, número 1918, página 481); de 5 de agosto de 1937 (Gaceta Judicial, número 1927, página 418), y de 21 de febrero del corriente año (Gaceta Judicial, número 1932, página 50).

<sup>181</sup> G.J.C.S.J. Número. 1903, 189. Tomo, XLII, Pág. 601. G.J.C.S.J. Sentencia 6 de Septiembre de 1935. Tomo XLII, No. 1901-2. Pág. 601.

<sup>182</sup> G.J.C.S. Número. 1903. Tomo. XLII, Diciembre de 1936, Pág. 642.

propiedad o el derecho para el acreedor de asegurar por los medios legales el pago de lo que se le debe<sup>183</sup>.

Siguiendo fielmente el criterio jurisprudencial sentado por la Corte, se destacan las sentencias del año 1938<sup>184</sup>, armónicas con las pronunciadas a partir de 1935, en las que de forma clara dejaron sentado lo que sería la esencia de este criterio funcional, el cual visto a la luz de la teoría del abuso de los derechos, entiende que cada derecho tiene su razón de ser, y su misión que cumplir, resaltando que cada uno de ellos persigue un fin del cual no es dable desviarse a su titular<sup>185</sup>. “Los derechos son dados para la sociedad, a la cual sirven, más que al individuo, por lo tanto no son absolutos sino relativos, deben pues ejercitarse dentro del plano de la respectiva institución, conforme al espíritu que los inspira, no siendo lícito imprimirles una falsa dirección sin abusar de ellos, con lo cual el titular

---

<sup>183</sup> Revista Justicia. Tribunal Superior de Bogotá. Junio, Julio, Agosto 1938, Números 61, 62, 63. Pág. 308. En torno al mismo punto en la misma sentencia se afirmaba: “Si la sociedad reconoce tales prerrogativas al propietario y al acreedor no es, en fin de cuentas, por complacencia, sino para asegurar su propia conservación. Como la naturaleza misma, y siguiendo la observación profunda de Ihering, ella reúne así su propio fin con el interés de otro y hace que cada uno trabaje para su propio interés naturalmente y para el beneficio de la colectividad, poniendo así los egoísmos individuales al servicio de la comunidad; por lo cual resulta cierto el aforismo de que el egoísmo, que no mira sino a sí mismo, que nada quiere sino para sí, llega a construir el mundo. Tal cosa sucede tanto en el mundo jurídico como en el mundo físico y, puesto que cada egoísmo concurre a un punto final, resulta evidentemente que cada uno de nuestros derechos subjetivos debe ser orientado y tender hacia ese fin. Cada uno tiene su misión propia que cumplir, lo que vale decir que cada uno de ellos debe realizarse conforme al espíritu de la institución.

<sup>184</sup> Es importante traer a colación que el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia del año 1938, comentaba, que este criterio Funcional fue utilizado por El Juez Gabriel Rodríguez Ramírez, en sentencia que dictó en el año de 1924, como Juez Segundo del Circuito de Bogotá, aplicó esta teoría para definir el juicio sobre servidumbres que fue adelantado por la señora Rosa Pérez de Triana contra la Compañía de Hilados y Tejidos La Magdalena. Comentario que es de suma importancia toda vez, que representaría un gran adelanto en la aceptación de esta Teoría, muy anterior a la llamada Corte de Oro. Revista Justicia. Tribunal Superior de Bogotá. Junio, Julio, Agosto 1938 Números 61, 62, 63. Pág. 308.

<sup>185</sup> En realidad, en una sociedad organizada, los pretendidos derechos subjetivos son derechos-función; deben permanecer en el plano de la función a la cual corresponden; de lo contrario su titular se hace responsable de una desviación, de un abuso del derecho. El acto abusivo es el acto contrario al fin de la institución, a su espíritu y a su finalidad. Revista Justicia. Tribunal Superior de Bogotá. Junio, Julio, Agosto 1938 Números 61, 62, 63. Pág. 309.

compromete su responsabilidad hacia la víctima de esa desviación". Es decir el acto cumplido, como postulaba Josserand<sup>186</sup>, conforme a derecho subjetivo, pero que está en conflicto con el derecho o derecho objetivo, con lo que él y otros autores llaman juricidad, o conjunto de la regla social<sup>187</sup>, siendo precisamente en estos planteamientos finalistas<sup>188</sup>, de donde la Corte deja sentado la utilidad que puede representar este aspecto en aras de la estructuración de los supuestos que permitieran la configuración del abuso. Es tan importante la presentación que de éste criterio hace la Corte Suprema, que es tenido como un criterio a la vez teleológico y social porque implícitamente engloba todos los criterios precedentes, tomados de la intención de causar mal, de la culpa, o de la falta de interés. Debe destacarse como la doctrina de Josserand terminó consolidándose en la Jurisprudencia colombiana, tanto que incluso en los fallos actuales se siguen

---

<sup>186</sup> Josserand en una admirable conferencia dictada el año pasado decía: "Para los romanos el acto abusivo era únicamente aquel que había sido cumplido con intención de daño. El derecho moderno, y especialmente el derecho actual hace del abuso una idea mucho más comprensiva; es abusivo todo acto que, por sus móviles y por su fin, es opuesto a la destinación, a la función del derecho en ejercicio; al criterio puramente intencional tiende a sustituir un criterio funcional, deducido del espíritu del derecho, de la ' función que la ha sido asignada. Cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad; quien quiera que pretenda desviarlo de su misión social, comete una culpa, delictual o cuasi delictual, un abuso del derecho, susceptible de comprometer con este motivo su responsabilidad." (*Evolutions et Actualités. — Conférences de Droit Civil. — Paris, 1936*). G.J.C.S.J. Casación, 21 febrero 1938, N° 1.932. Pág. 60.

<sup>187</sup> G.J.C.S.J.. Sala de Casación Civil. Bogotá, 21 de febrero 1938. MP: Arturo Tapias Pilonieta.

<sup>188</sup> La fórmula finalista que expresó Josserand estudiando los trasportes: "Los derechos son prerrogativas causadas en su origen y por consiguiente limitadas en su existencia; no podrían ejercerse con fin distinto de aquel para el cual los ha reconocido el legislador", la confirmó y amplió más tarde a propósito del subarriendo, diciendo: "El derecho debe ser ejercido socialmente, en consonancia con su finalidad". Conocido es también el principio sentado por Colín y Capitant: "Es una regla consagrada, no por la ley escrita, sino por la costumbre, la cual tiene fuerza de ley en cuanto controla y regula la aplicación de los textos positivos, que los derechos pertenecientes a los particulares deben ejercerse sin exceso, según su destinación natural y de una manera normal, habida consideración del estado general de las costumbres y de las relaciones sociales". G.J.C.S.J. Diciembre de 1939. Tomo XLVII. Pág.: 822.

reproduciendo estas posturas doctrinales<sup>189</sup>. A partir de las sentencias del año de 1935, se dejará claramente sentado este supuesto, siendo reproducido y reconocido como bien puede verse en una casación del año 1942, que esboza el criterio sentado en septiembre de 1935.

La teoría del abuso del derecho tiene por base la consideración de que el derecho es una función social que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social y sobre bases de justicia, o sea, sin traspasar los límites de la moral. Cuando el estado crea los organismos adecuados para la administración de justicia parte del principio de que cuando ésta se demanda es porque quien la impetra está asistido por una intención sana y un interés serio o legítimo. Sobre estos conceptos ha planteado teóricamente apenas si el uso de un derecho dentro de la normalidad objetiva pero sin fin lícito o con malicioso, podrá y deberá ser protegido por el derecho objetivo, problema que se trata de resolver con la doctrina mencionada, cuya causa determinante se ha pretendido

---

<sup>189</sup> Abuso que “comprendido así -dijo la corte citando a Josserand- ‘constituye una especie particular de culpa aquiliana’ en la que puede incurrirse ‘desde la culpa más grave, equivalente al dolo, en que el agente procede movido por la intención de causar daño, animus nocendi, hasta el daño ocasionado por simple negligencia o imprudencia no intencionada’, nociones éstas a las que dio amplia acogida en el derecho colombiano la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación civil de 21 de febrero de 1938... la legislación procesal civil patria, ni antes ni ahora, restringió en manera alguna el derecho del perjudicado con medidas ejecutivas practicadas en proceso adelantado en su contra y terminado por resultar victorioso en las excepciones propuestas, a reclamar luego, en proceso ordinario, que su pretendido acreedor fuese condenado al pago de tales perjuicios, que encuentran su fuente en la responsabilidad aquiliana derivada del abuso del derecho a litigar” . C.S.J. Sentencia. Casación Civil 2 de diciembre de 1993. C.S.J. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente. Edgardo Villamil Potilla. Bogotá D. C., catorce de febrero de dos mil cinco. Ref. Exp. No. 12073. Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 21 de octubre de 1999, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, como epílogo del proceso ordinario promovido por Juvenal Cifuentes Peñalosa contra la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero.

fijar con dos criterios: el primero, que la basa sobre la apreciación de la intención de perjudicar al ejercer el derecho<sup>190</sup>.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones que la Corte realizó a partir de ese primer fallo, tantas veces citado, se encuentra que este criterio permite establecer que el acto abusivo no encierra en sí culpa ni negligencia en el significado clásico de estos términos, es decir en los datos del hombre diligente y cuidadoso consagrados en el artículo 63 del Código Civil; según la postura de Josserand, lo único que ello implica es un impulso poco moral<sup>191</sup> en el obrar del actuante, que se puede estimar como un derecho que quiere salirse de su órbita, o mejor, como un derecho aparente, puesto que es natural que no deba existir derecho en oposición a la moral social y sin causa legítima. Pero si el fin que persigue el actuante es sólo el de perjudicar a otro o dañar un interés, no ejercita el fin legítimo para el cual el derecho subjetivo existe.

El derecho sólo puede existir para satisfacer necesidades justas, legítimas y racionales. Por esto, hay que aceptar que nadie puede tener una facultad emanada de la norma, del derecho objetivo, cuya finalidad no sólo sea estéril para el bien propio, sino dañoso para los demás o para el fin social, como lo expresa textualmente Josserand en su Teoría del Abuso del Derecho; por lo tanto si alguno obrase de esta manera, tendría que considerarse su conducta como señaladamente abusiva, y, en consecuencia, en ese caso habría que admitir los principios en que descansa la teoría del abuso del derecho, no con base en el

---

<sup>190</sup> G.J.C.S.J. No. 1976, Tomo. LI, Año, 1942, Págs.: 921-922. Ver también: G.J.C.S.J. Sentencia 6 de Septiembre de 1935. Tomo XLII, No. 1901-2. Pág. 601. G.J.C.S.J. Número. 1903, Tomo. XLII, Diciembre de 1936, PA: 642.

<sup>191</sup> Gracias a esa teoría — dice Josserand — el derecho se realiza moralmente; cumple su misión que es asegurar el reinado de la justicia, no el de la injusticia y la inmoralidad". Es decir, según el pensamiento del autor, cuando la facultad legal se emplea para conseguir un fin socialmente inmoral y por ende condenable, contra un tercero, hay un abuso del derecho representado en aquella facultad. G.J.C.S.J. Casación 12 agosto 1943.. Nº 2.001. Pág. 502.

precepto legal copiado, sino en principios de equidad, porque sería un absurdo jurídico autorizar el abuso y exceso en el ejercicio del derecho cuando no favorece al sujeto de él y perjudica a los demás o al fin social<sup>192</sup>.

En resumidas cuentas, toda vez que se quiera consagrar la existencia del Abuso del Derecho a partir de este criterio Funcional, corresponderá al juez en cada caso deducir los elementos objetivos demostrados en el proceso, por medio de los cuales se llegue al pleno conocimiento de los objetivos que asistieron al accionante a recurrir al aparato jurisdiccional del Estado, en procura que con fundamento en esta teoría se tutelen sus derechos, presumiblemente vulnerados<sup>193</sup>. En esa medida la carga de la prueba corresponde al actor; pero, en la práctica esta carga es sensiblemente aliviada ante la dificultad de probar directamente el móvil ilegítimo, que en ocasiones se confunde con la intención de causar mal. “Por eso el legislador, en muchos casos, y la jurisprudencia como se ha insistido, deben salir en auxilio de la víctima del abuso y le confieren el beneficio de una presunción basada en la conciencia del perjuicio causado. De un hecho conocido y fácil de establecer: el conocimiento o la conciencia en el agente del perjuicio causado, el Juez deduce que existe en tal agente la intención de

---

<sup>192</sup> G.J.C.S.J. Número. 1903. Tomo XLII. Diciembre de 1936. Págs. 602, 642. G.J.C.S.J. Número. 1901- 1902. Mayo de 1936. Tomo. XLII, Pág. 600.

<sup>193</sup> Apreciando los sucesos con justicia abstracta, y bajo la guía del punto de vista del criterio funcional, sería clara la responsabilidad civil por abuso del derecho, de la entidad que ejerciendo una perfecta prerrogativa conferida en beneficio social, redemanda seriamente la expropiación de un predio, somete al propietario a todas las peripecias, gastos e incomodidades del proceso, y luego, antes de sobrevenir el fallo definitivo del negocio, sin motivo ninguno serio, o excusa justificada, resuelve, usando de una expresión corriente en el argot del juego, convertir en tablas todo lo hecho, recurriendo al procedimiento expedito y fácil de desistir del juicio. Con tal procedimiento el propietario ve así burlado el derecho que había adquirido a que se definiera el negocio y se le pagase la justa indemnización en caso de ser viable para la justicia la pretensión del expropiante. El acto del desistimiento es irreprochable desde el punto de vista de la facultad legal, pero viciado de ligereza, inconsiderado y censurable si se atiende al espíritu egoísta que lo inspira, contrario al objeto y fin de la institución del juicio de expropiación. En tal caso la prerrogativa legal, representada objetivamente en toda la actuación judicial, incluyendo el desistimiento, sufre una notoria desviación de sus verdaderos fines, y para amparar en cambio la caprichosa voluntad y el egoísmo del demandante; el juicio de expropiación dejaría de inspirarse en el interés social descendiendo así del plano que le corresponde en la estructura institucional de la nación. G.J.C.S.J. 21 de Febrero de 1938. Tomo. XLVI . No. 1932.p. 62.

causar mal. Es ésta una presunción de hombre de las que, al tenor del artículo 664 del Código Judicial, reviste caracteres de gravedad y precisión suficientes para que el Juez forme convencimiento<sup>194</sup>”.

#### **2.4. EL ABUSO DEL DERECHO DESPÚES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991.**

La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde la década del treinta y cuarenta del siglo XX, como se dejó establecido, ha mantenido invariablemente el manejo de los criterios que permiten su configuración, de donde claramente puede concluirse que los cuatro criterios que la Corte utilizó a partir de la concepción de Ripert, Duguie, y principalmente de Josserand, se perpetuaron en la Jurisprudencia Nacional, prácticamente sin ningún tipo de modificación sustancial en su primigenia configuración. En sentencia del año 1995, con Ponencia del Magistrado Pedro Lafont Piantta<sup>195</sup>, se deja perfectamente establecido, tal y cual ha sido el criterio dominante, que si bien la Teoría del Abuso del Derecho no tiene consagración legislativa en el derecho civil, con la muy contada alusión que se hizo en la ley 200 de Tierras y en el Código de Comercio vigente desde el año 1971, decreto 410, artículo 830, que "el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause", esta consagración en una norma positiva no desnaturaliza este principio, es decir a pesar de su consagración en dichas disposiciones legislativas, no le quita al Abuso su condición de principio, y su carácter subsidiario, al cual el juez únicamente puede recurrir en ausencia de norma aplicable al caso.

---

<sup>194</sup> Revista Justicia. Tribunal Superior de Bogotá. Junio, Julio, Agosto 1938. Números 61, 62, 63. Pág. 310.

<sup>195</sup> C.S.J. M.P. Pedro Lafont Piantta. Santafé de Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995). Referencia: Expediente No. 4701

El criterio que la Corte suprema ha mantenido es que los derechos subjetivos son relativos y, que estos derechos de los cuales se encuentra investida una persona tienen una misión social y económica que cumplir, y una finalidad que le es propia, cuya utilización en contrario implica un abuso que genera responsabilidad civil o el deber de resarcir los perjuicios que con dicha actuación se causen. Estos criterios como se decía, fueron reiterados en jurisprudencia de 1995, siguiendo los lineamientos que la Corte a partir de 1935 estableció. Frente a ello, la Corte en 1995, concomitante con muchos fallos de esa década, tomando como referente de autoridad la sentencia de 21 de febrero de 1938, determinó que los derechos subjetivos tienen:

1. Función social que les compete y sin que puedan atentar contra la justicia que debe presidir las relaciones sociales,
2. Cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad, quien quiera que pretenda desviarlo de su misión social, comete una culpa, delictual o cuasi delictual, un abuso del derecho, susceptible de comprometer con este motivo su responsabilidad.
3. Ello significa, entonces, que para que pueda incurrirse en abuso del derecho, se hace indispensable que aquél de quien éste se predica incurra en culpa, es decir, en una conducta en la que no habría incurrido otra persona de recto proceder puesta en sus mismas circunstancias, ya por acción deliberada y a propósito, ya por negligencia o imprudencia<sup>196</sup>.

Estos criterios nuevamente abordados en la resolución de las casaciones que por Abuso llegaron a la Corte en el año 2000, 2003<sup>197</sup>, y 2006<sup>198</sup>, nuevamente se deja

---

<sup>196</sup> *Ibíd.*

<sup>197</sup> Se ha señalado que tanto el dolo o deseo de causar daño, como la culpa, los límites objetivos del derecho del que se pregona su abuso, el fin económico y social de la norma que consagra el derecho, y hasta la moral social contemporánea han sido puestas como guías o pautas para aplicar la teoría del abuso de los derechos, sobre la base de la relatividad de los mismos. Corte Suprema de Justicia. Casación Civil. MP: Jorge Santos Ballesteros. Bogotá, primero (1º.) de abril de dos mil tres (2003). Ref Expediente. No. 6499.

sentado que los derechos deben ejercerse de conformidad con los fines que les son propios, los cuales como ya es de sobra conocido, están definidos por la función específica que les corresponde y en razón de los cuales son tutelados por el derecho objetivo<sup>199</sup>, y donde el Abuso, según Casación del año 2009 puede manifestarse de manera subjetiva -cuando existe en el agente la definida intención de agraviar un interés ajeno, o no le asiste un fin serio y legítimo en su proceder- o bajo forma objetiva cuando la lesión proviene del exceso o anormalidad en el ejercicio de determinada facultad, vista la finalidad para la cual fue esta última incorporada y reconocida en el ordenamiento positivo<sup>200</sup>. Es decir, que:

“...aquellas actividades protegidas por el derecho que se ejecuten anómala o disfuncionalmente, motivadas por intereses inconfesables, ilegítimos o injustos que se aparten de los fines económico-sociales que les son propios, deben considerarse como abusivas y, subsecuentemente, generadoras de la obligación

---

<sup>198</sup> C.S.J. Magistrado Ponente. Edgardo Villamil Portilla. Bogotá D. C. Catorce (14) de marzo de dos mil seis (2006).Ref. Exp. No. 76001-3103-006-1996-13977-01.

<sup>199</sup> En los anteriores términos ha venido razonando la Corte Suprema de Justicia, desde 1935. El fenómeno jurídico del abuso del derecho, ha dicho, tiene ocurrencia en dos eventos distintos: cuando se ejerce con la única intención de causar un daño o sin motivo legítimo, esto es, correctamente en el sentido de la legalidad, pero injustamente, lo que sucede en los actos propiamente abusivos, y cuando se ejerce de una manera mal dirigida, es decir, distinta de su propia y natural destinación o por fuera de sus límites adecuados, casos estos en que la intención maliciosa cede su lugar preferentemente a la desviación en el ejercicio del derecho como elemento estructural de la culpa, siendo estos "los llamados actos abusivos". En ambos casos, ha agregado la Corte, "la actividad es eminentemente contraria al derecho, ilícita, constitutiva de culpa. C.S.J. Sentencia de Casación de 11 de octubre de 1977. Sentencia de 13 de octubre de 1988, 23 de junio de 2000.

<sup>200</sup> C.S.J. Sentencia 19 de octubre de 1994, Exp. No. 3972).C.S.J. Magistrado Ponente. Edgardo Villamil Portilla. Bogotá, D.C., veintidós de abril de dos mil nueve(*Discutido y aprobado en sesión de 25 de agosto de 2008*).Ref.: Exp. No. 11001-31-03-026-2000-00624-01.Se decide el recurso de casación interpuesto por Mirtha Fabiola Céspedes Espitia y Luz Marina Roa de Romero contra la sentencia proferida el 12 de enero de 2007 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, que puso fin a la acción de grupo promovida por las recurrentes contra el Banco Santander S.A.

indemnizatoria, como igualmente lo son aquellas que comportan el ejercicio malintencionado e inútil del derecho subjetivo<sup>201</sup>”.

#### **2.4.1. Corte Constitucional.**

La Constitución de 1991, marca un nuevo paradigma en el reconocimiento, al menos en teoría, de un nuevo tipo de Estado<sup>202</sup> que propende como una de sus máximas reconocer al individuo como el centro o razón de ser de todo el ordenamiento del Estado. Para ello, a la luz de la nueva Constitución se reconoció como nunca antes había ocurrido en el Constitucionalismo colombiano, una serie de derechos individuales y colectivos encaminados a rescatar toda la complejidad del ser humano en su diferencia, pero claro, ello en el entendido que no solo se consagran solamente derechos en cabeza de las personas sino también deberes y obligaciones, exigencia que se constituye en una máxima que permite o hace posible la convivencia social dentro de un marco de reconocimiento del otro, como se decía, en su plena diversidad.

---

<sup>201</sup> C.S.J. Casación del 9 de agosto de 2000. Magistrado Ponente: Jorge Castillo Rúgeles. Bogotá Distrito Capital, primero (1) de agosto de dos mil uno (2001). Rad. Expediente 5875. Recurso extraordinario de casación que la parte demandada interpusiera contra la sentencia proferida el 30 de junio de 1995, por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, dentro del proceso ordinario adelantado por César Enrique Durango Galeano, y Otros.

<sup>202</sup> La acepción Estado de derecho se refiere a que la actividad del Estado está regida por las normas jurídicas, es decir que se ciñe al derecho. La norma jurídica fundamental es la Constitución, lo cual implica que toda la actividad del Estado debe realizarse dentro del marco de la última. En esta situación se habla entonces de Estado constitucional de derecho.

Con el término social se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarles a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales. C.C.C. Sentencia: SU-747 de 1998.

El anterior postulado vino a plasmarse en el artículo 95 de la Constitución<sup>203</sup>, el cual en su numeral 1º estableció el deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, precepto que a todas luces ubica al Abuso del Derecho en un rango de carácter constitucional, pues ampliamente se establece que en el marco constitucional colombiano no es comprensible el ejercicio abusivo de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico del Estado, aunque el derecho ejercido se halle amparado formalmente en una norma jurídica, ese hecho como ya es sabido por la reiteración de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a la cual remite la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, no legitima la conducta de quien actúa en perjuicio de la colectividad o afectando derechos ajenos<sup>204</sup>. Para la Corte Constitucional se abusa de un derecho constitucional propio cuando su titular hace de él un uso inapropiado e irrazonable a la luz de su contenido esencial y de sus fines. “El abuso es patente cuando injustificadamente afecta otros derechos y, también, cuando su utilización desborda los límites materiales que el ordenamiento impone a la expansión natural del derecho, independientemente de que se produzca en este caso un daño a terceros<sup>205</sup>”.

---

<sup>203</sup> Insiste la Corte en que el respeto al orden instituido debe estar acompañado del razonable uso de los derechos que se tienen a la luz del sistema jurídico. El abuso del derecho, aunque éste se halle amparado formalmente en una norma jurídica, no legitima la conducta de quien actúa en perjuicio de la colectividad o afectando los derechos ajenos. De allí que el artículo 95 de la Constitución establezca, como primer deber de la persona y del ciudadano, el de respetar los derechos. Cabe recordar, que los derechos fundamentales están específicamente ligados con la dignidad y la esencia de las personas. En consecuencia, difícilmente pueden reconocerse unos y sacrificarse otros, salvo en aquellos casos específicos en que los intereses resulten irreconciliables y en consecuencia el juez se vea “precisado a escoger la prevalencia del más próximo a la dignidad de la persona”<sup>203</sup>.

<sup>204</sup> C.C. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-017 del 30 de enero de 1995.

<sup>205</sup> C.C. Constitucional. Sentencia. Número T- 511 de 1993.

Es claro que el criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana, al no admitir el ejercicio abusivo de los derechos reconocidos en la Carta<sup>206</sup>, ni en la ley, desde el mismo preámbulo, como en reiteradas sentencias lo tiene dicho esta Alta corporación, se establece una gran variedad de principios<sup>207</sup>, que rompen el excesivo formalismo que desde el siglo XIX ha caracterizado el ordenamiento jurídico nacional casi ininterrumpidamente, que propenden por garantizar a todos los asociados la convivencia, la igualdad, libertad dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, social y económico justo, hecho que precisamente se logra cuando las personas actúan dentro del marco de la norma, pero en el entendido de no abusar de los derechos de los cuales se es titular.

La Corte Constitucional, siguiendo fielmente la doctrina establecida invariablemente por la Corte Suprema, no hizo sino ratificar el criterio que la jurisprudencia nacional había iniciado en la década del treinta del siglo XX, con el objetivo de romper con la desgastada concepción decimonónica de tendencia individualista en el ejercicio de los derechos subjetivos. La nueva postura propende por establecer, como lo hizo la llamada Corte de Oro, un ejercicio de

---

<sup>206</sup> La jurisprudencia constitucional, ha reconocido que no se conciben la libertad y la autonomía de la voluntad como derechos de carácter absoluto, pues ello es el producto de una filosofía individualista que imperó en los siglos XVIII y XIX, pero que ha sido superada por la concepción moderna del Estado Social de Derecho que inspira la Carta de 1991 (Sentencia C-641 de 2000). En efecto, su carácter relativo, nace de la necesidad de otorgar un tratamiento jurídico a otros derechos amparados en principios que también gozan de amparo constitucional, por lo que, surge la necesidad de ponderar principios y derechos en orden a establecer en un contexto determinado a cuales se otorga primacía en cuanto valores fundamentales del Estado Social de Derecho (Preámbulo y artículos 1° y 2° de la Constitución Política). CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO. C-4155.

<sup>207</sup> En Colombia, por ejemplo, se habla de la existencia de un “nuevo constitucionalismo” tras la entrada en vigencia de la Constitución de 1991. Dos características fundamentales del nuevo constitucionalismo tienen que ver directamente con la discusión Hart- Dworkin: por una parte, su aval al poder interpretativo y creativo del juez y, por otra, su inspiración teórica en la doctrina y la práctica constitucionales anglosajonas. La distinción dworkiniana entre reglas y principios, por ejemplo, fue recogida expresamente por el nuevo constitucionalismo. HART-DWORKIN. La Decisión Judicial. El debate Hart – Dworkin. Studio Preliminar César Rodríguez. Bogotá, Siglo Hombre Editores, 2008, universidad de los Andes, Pág.17.

las potestades individuales de forma solidarista y con miras a fortalecer la prevalencia del interés general como valores esenciales del Estado Social de Derecho, estableciendo en esa medida, como consecuencia obligada, el deber de toda persona respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios<sup>208</sup>. De ello, tiene dicho la Corte Constitucional:

En una perspectiva dinámica, el ejercicio de los derechos constitucionales debe ser compatible con el respeto de los derechos ajenos. Se abusa de un derecho constitucional propio cuando su titular hace de él un uso inapropiado e irrazonable a la luz de su contenido esencial y de sus fines. En este orden de ideas, el abuso es patente cuando injustificadamente afecta otros derechos y, también, cuando su utilización desborda los límites materiales que el ordenamiento impone a la expansión natural del derecho, independientemente de que se produzca en este caso un daño a terceros<sup>209</sup>.

El criterio jurisprudencial sentado por la Corte Constitucional en esa forma, puso de presente que los principios abandonan su papel de ser meros criterios orientadores o subsidiarios de la actividad judicial, para ser ahora normas o fuentes de derecho con los que cuentan los operadores jurídicos en su actividad judicial de aplicación directa. Es decir, que a pesar de no ser reglas tradicionales con un supuesto y una consecuencia, los principios y para el caso el Abuso del Derecho, son una norma que bien puede invocarse toda vez que un derecho subjetivo sea ejercido en forma contraria a su finalidad o sin un

---

<sup>208</sup> C.S.J. Sala de Casación Civil y Agraria. MP: Carlos Ignacio Jaramillo. Veintitrés (23) de junio de dos mil (2000). Referencia: Expediente No. 5464. Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por Marley Moreno. Contra la sentencia proferida el 21 de febrero de 1995 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar.

<sup>209</sup> C.C.C. Sentencia. T- 511 de 1993.

propósito legítimo que lo autorice. Con estos planteamientos, la Corte Constitucional ratificó el criterio jurisprudencial que de vieja data había asumido en torno a la relatividad de los derechos, pero es preciso tener en cuenta que bajo la nueva postura constitucional los principios adquieren rango superior, es decir de jerarquía normativa, en el sistema de fuentes, con lo cual se le da especial protección al respeto de los derechos individuales<sup>210</sup>, y de paso se garantiza la prevalencia de un orden justo, al ponerse de presente que “todo derecho lleva consigo contraprestaciones y cargas que le quitan su carácter absoluto, tal como se desprende de la Constitución Política, según la cual el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en ella implica responsabilidades, siendo claro que el primer deber de toda persona consiste en “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios<sup>211</sup>”.

## **2.5. LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO.**

En sistemas como el colombiano donde no se cuenta con una definición legal del “abuso del derecho”, y donde lo que existe se debe a los encomiables esfuerzos de la Corte Suprema a través de su jurisprudencia para darle valor de norma con efectos vinculantes a este Principio, es necesario que en cada situación que se vaya presentando, el juez deba apreciar y establecer los eventos en los cuales se configura tal doctrina, conforme al criterio que por décadas se ha mantenido en el ordenamiento jurídico nacional, ello en función de los objetivos de la regla de

---

<sup>210</sup> C.C.Cl. Sentencia. T- 630 de 1997. Ver también: Corte Constitucional. Sentencia T-017 del 30 de enero de 1995. Sentencia. No. T-199 de 1995. MP: José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>211</sup> C.C.C. Sentencia. T- 713 DE 1996. Referencia: Expediente T-107269. Acción de tutela instaurada por Abelardo Antonio Porras contra el Delegado para la Protección y Vigilancia del Medio Ambiente y el Espacio Público de Palmira y algunos particulares. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

derecho frente a la cual esa figura adquiere relevancia<sup>212</sup>. Con la salvedad, que para que el Juez conozca como ya está establecido, se requiere demanda de parte.

En adelante, este trabajo presenta como modelo, algunos eventos en los cuales se ha estudiado en casación la viabilidad de la configuración y aplicación del Abuso del Derecho, casos que tratan principalmente el Derecho de Litigar, la solicitud de embargos en exceso y situaciones que se relacionan con el abuso en el ejercicio de la Tutela y de los Derechos Fundamentales.

### **2.5.1. El Derecho De Litigar**

Conforme lo tiene establecido la jurisprudencia y la doctrina colombiana, siguiendo los lineamientos principalmente de juristas franceses, el ejercicio abusivo del derecho a litigar es un fenómeno que puede configurar la responsabilidad civil extracontractual de quien acude a la jurisdicción de manera negligente, temeraria o maliciosa para obtener una tutela jurídica inmerecida, y más cuando ese proceder se hace acompañar de la práctica de medidas cautelares que afectan el patrimonio de quien es llamado a un juicio<sup>213</sup>. Es decir que toda vez que se carezca de derecho legítimo y serio, para coercitivamente demandar el cumplimiento de una obligación, se deberá resarcir los perjuicios que se ocasionen. Frente a ello ha dicho la Corte siguiendo el pensamiento de Josserand<sup>214</sup>.

---

<sup>212</sup> C.S.J. Sentencia del 19 de octubre de 1994, Expediente 3972.M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

<sup>213</sup> C.S.J. Sentencia de Casación Civil, 2 de diciembre de 1993.

<sup>214</sup> En Francia, como en Bélgica, Italia, Suiza o Alemania, —declara Josserand—, nunca se ha dudado de este principio; los tribunales franceses han admitido la posibilidad del abuso de los pro-

Entre las aplicaciones de la teoría del abuso del derecho, ocupa lugar destacado la relativa al derecho de litigar, o sea a lo que Josserand llama con más propiedad, el derecho a recurrir a los procedimientos o vías legales, frase con la cual el insigne jurista designa los diferentes medios que la ley pone a disposición de los particulares y de las personas morales para asegurar e imponer la realización y el triunfo de sus derechos<sup>215</sup>.

De esa forma puede afirmarse categóricamente, que todo derecho subjetivo da una acción para hacer exigible el cumplimiento de una obligación, ya sea de dar, hacer o no hacer. En esa medida, no es procedente ampararse en el derecho subjetivo que tiene toda persona para recurrir al aparato jurisdiccional del Estado, a exigir el cumplimiento de una obligación que no existe, porque nadie puede derivar provecho alguno de un hecho jurídico Inexistente. Sí al accionante no le asiste ningún derecho para demandar, pero lo hace buscando obtener un lucro ilegítimo, debe reparar el daño que cause.

El abuso en este tipo de supuestos configura los lineamientos perfectos, clásicos de la Teoría en estudio<sup>216</sup>. Por lo tanto la responsabilidad civil impone la

---

cedimientos legales; han reconocido que el derecho de litigar o de recurrir a las vías de ejecución, implica, al lado de las limitaciones impersonales y objetivas establecidas por las reglas procesales, restricciones de orden personal y subjetivo, derivadas de la mentalidad del litigante o actor, quienes no pueden contrariar los fines de la institución, principalmente poniendo las vías de derecho impunemente al servicio de una voluntad basada en la malicia, maldad, rencor o persecución, cometiendo -así una especie de profanación jurídica que ningún legislador o tribunal pueden tolerar". Revista Justicia. Tribunal Superior de Bogotá. Tomo 16. No. 163. Junio a Diciembre de 1952. Pág. 159. G.J.C.S.J. Junio de 1939, Número. 1939, TOMO XLVIP, 793.

<sup>215</sup> Revista Justicia. Tribunal Superior de Bogotá. Tomo 16. No. 163. Junio a Diciembre de 1952. Pág. 159.

<sup>216</sup> La Corte ha aceptado en numerosos fallos que puede haber abuso en el derecho de litigar y, por lo mismo, responsabilidad de parte del agente que le acarrea la obligación de indemnizar los perjuicios causados, con apoyo en las normas del Título 34 del Libro 4º del Código Civil, haciendo

reparación de perjuicios al titular de aquel falso derecho, del cual hizo uso ilegítimo empleando forzada y temerariamente la acción ejecutiva. En casos de esta naturaleza, el aparato jurisdiccional del Estado deberá restaurar la ética en los negocios y procurar por su equilibrio<sup>217</sup>, porque como dice la Corte en Casación del año 1943, perjudicar a un tercero no puede ser fin legítimo, es contrario al Derecho por su carácter antisocial<sup>218</sup>. Este criterio jurisprudencial venía siendo desarrollado por la Corte desde el año 1935:

El uso anormal, mal intencionado, imprudente, inconducente o excesivo en relación con la finalidad que legítimamente ofrecen las leyes rituarías para el reconocimiento, efectividad o defensa de un derecho, degenera en abuso del derecho de litigar y en cada caso particular el juez puede juzgar que constituye un caso de culpa civil<sup>219</sup>.

---

la diferencia entre el acto intencional que sólo persigue causar un perjuicio y el simplemente culposo, que se debe a error de conducta, por imprudencia y negligencia del agente, pero que de todas maneras es necesario hacer el estudio de los factores subjetivos que la hicieron posible, ya que la teoría del riesgo creado no tiene aplicación en este campo. G.J.C.S.J. Sentencias del 30 de octubre de 1935, 19 de mayo de 1941 y 22 de mayo de 1956.

<sup>217</sup> Por varias sentencias la Corte ha reiterado la anterior doctrina. Véanse las publicadas en las Gacetas Judiciales números 1904, página 29; 1917, página 418; 1927, página 418 a 422; 1930, página 55; 1945, página 742. REVISTA JUSTICIA. Tomos. Febrero. 1940. Junio. No. 79, 80, 81, 82.

<sup>218</sup> G.J.C.S.J. Casación, 22 junio de 1943. N° 1998. Pág. 550.

<sup>219</sup> G.J.C.S.J. Tomo. XLIII, Agosto de 1936, Número 1907 Y 1908. Pág. 310 MP: Antonio Rocha. Ver, igual criterio jurisprudencial en: G.J.C.S.J. Sala Civil, Fallo del 30 de octubre de 1935, Tomo XLIII, Gaceta Judicial números 1907-8, citada en el Fallo de mayo 19 de 1941, Tomo LI-2, Gaceta Judicial, p. 287, jurisprudencia seleccionada en: Antología Jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia 1886-2006. Viendo el texto citado en un sentido más amplio, y en jurisprudencia del año 1935 se estableció: “La existencia de un Código de Procedimiento Civil para regular el modo como deben ventilarse y resolverse las transgresiones del derecho entre los particulares —ha dicho la Corte— significa que éstos pueden recurrir lícitamente a ese medio con que la sociedad ha querido sustituir el derecho a la fuerza. El mismo Código al regular el ejercicio judicial de los derechos, ya determinando la extensión que puede hacerse de las acciones tendientes a perseguir o defender un derecho. Y mientras el que recurre a él se mantenga dentro de los límites útiles y conducentes, hace uso de su derecho y a nadie daña. Pero el uso anormal, mal intencionado, imprudente, inconducente o excesivo en relación con la finalidad que legítimamente ofrecen esas leyes rituarías

Es necesario precisar que el derecho de acudir a la justicia, tal y como lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corte, y en general la doctrina<sup>220</sup>, en sí mismo su ejercicio no conlleva ningún tipo de responsabilidad<sup>221</sup>, aunque la pretensión fuese rechazada y el proceso causare molestias o daños a la otra parte<sup>222</sup>. Pero el

---

para el reconocimiento, efectividad ó defensa de un derecho, degenera en abuso del derecho de litigar, y en cada caso particular el Juez puede juzgar que constituye un caso de culpa civil. En muchos casos, las mismas leyes de procedimiento erigen algunas actuaciones en culpas, y las sanciona con multas dentro del mismo proceso, como se verá en seguida". (Casación, 30 de octubre de 1935). Revista Justicia. Tribunal Superior de Bogotá. Tomo 16. No. 163. Junio a Diciembre de 1952. Pág. 159. Ver también el mismo criterio en sentencia: G.J.C.S.J. No. 1976, Tomo, LI, Año, 1942, Pág. 922/ Páginas.: 288- 289.

<sup>220</sup> Compendio de derecho procesal. Teoría General del Proceso. Tomo I. Decimocuarta edición 1996. Editorial ABC, en el mismo sentido puede consultarse la excelente obra de L. Josserand "El espíritu de los derechos y su relatividad". Citado por: Corte Constitucional Colombiana, Sentencia: T- 1011 de 2000. El abuso del derecho de litigar no existe, siempre que se pierda el pleito, porque podía haber causa seria para incoarlo, se requiere el uso anormal, malintencionado, imprudente, inconducente o excesivo en relación con la finalidad que legítimamente ofrecen las leyes rituales para el reconocimiento y la efectividad o la defensa de los derechos"/ T- 1011 de 2000. MP: Fabio Morón Díaz. Referencia: expediente T-241100. Acción de tutela instaurada por Adalberto Gutiérrez Sepúlveda contra el Juzgado Penal del Circuito de Fresno - Tolima. Bogotá, D.C., agosto ocho (8) de dos mil (2000)

<sup>221</sup> En el "Curso de Derecho Civil" de Alexandri Rodríguez y Somarriva hablando del derecho de recurrir a los Tribunales de Justicia exponen: "El principio en esta materia es el siguiente: El ejercicio de las acciones judiciales o de los recursos que la ley franquea a los litigantes, no constituye abuso por sí solo aunque los Tribunales los rechacen. El hecho de que el Tribunal rechace una acción o una excepción no constituye por ese solo hecho, un ejercicio abusivo del derecho de que se trata; así lo declara al respecto en uno de sus considerandos una sentencia de la Corte de apelación de Santiago; el ejercicio de las acciones judiciales y de los recursos legales es abusivo cuando se hace con culpa o dolo, cuando el litigante acude ante los Tribunales de Justicia por espíritu de venganza, para molestar por rencor, o cuando un litigante, con una temeridad y un espíritu tinterillesco extraordinarios, hace uso de todos los recursos para retardar la marcha del asunto". G.J.C.S.J. Marzo- Abril de 1956. Tomo. LXXXII No. 2165 Y 2166.p.533.

<sup>222</sup> Refiriéndose a este tópico, Colombo en su obra sobre Culpa Aquiliana expresa estos conceptos: "...Ante todo es indispensable tener en cuenta que cualquier habitante del país puede acudir a los estrados judiciales para hacer valer sus derechos, pero que esa atribución encuentra su justo límite (como no podía ser de otro modo), en la licitud y en la procedencia de las demandas. Todos tienen abiertas las puertas de los Tribunales y poco importa que sus reclamaciones sean la exteriorización de sus pasiones o la manifestación certera de la verdad; los Magistrados deben recibir y estudiar las peticiones interpuestas, para aceptarlas o rechazarlas en el instante procesalmente oportuno. Pero si cada uno –dice Acuña Anzoreña–, fuera libre de recurrir a las vías legales de utilizar a su favor el arsenal formidable del procedimiento sin preocuparse antes de hacerlo, de calcular la legitimidad de sus pretensiones y la honestidad de sus propósitos, indudablemente que se alteraría con ello el orden social, tanto más, sin duda que si se permitiera a cada uno hacerse justicia por su mano, porque bajo la forma disimulan (sic) de una garantía legal,

ejercicio de este derecho de manera abusiva, o sea, con mala fe o con desviación de su finalidad, o sin motivo serio y legítimo, o simplemente con culpa o negligencia, hace al titular responsable de las lesiones al interés ajeno, como sanción a la intención deshonesto o a la conducta negligente<sup>223</sup>. En sentencia de 1953, claramente puede verse el criterio que en esta materia estableció la jurisprudencia nacional:

Con la teoría del abuso del derecho de litigar, consagrada por nuestra jurisprudencia antes que el legislador la incorporara a nuestro Derecho positivo en la Ley 200 de 1936, se persigue la sanción de quien pretendiendo tener el derecho de acudir a la justicia para solucionar sus problemas civiles, o desvía ese derecho de su verdadera finalidad, o lo ejercita con el primordial propósito de causar daño a un tercero, o simplemente sin el cuidado y prudencia que ordinariamente emplea en sus negocios una persona avisada<sup>224</sup>.

Desde ya es preciso concluir que estos criterios se consolidaron en la Jurisprudencia nacional, al punto que hoy día se sigue manteniendo idéntica postura, reafirmado con el criterio de que el aparato de Estado debe velar por la protección de los derechos de los asociados, pero con el énfasis que éste debe estar vigilante para que nadie desborde el ejercicio de sus derechos subjetivos. En materia del abuso del derecho de litigar, lo tiene dicho la Corte, ha de mantenerse “para no deducir reproche contra quien concurre al estrado judicial en demanda de protección de sus derechos, salvo, claro está, para aquellos casos de carencia absoluta de fundamento

---

podrían ocultarse las intenciones más aviesas o inconfesables” G.J.C.S.J. Marzo – Abril de 1956.Tomo. LXXXII No. 2165 y 2166.Pág. 533.

<sup>223</sup> Revista Justicia. Tribunal Superior de Bogotá. Tomo 16. No. 163. Junio a Diciembre de 1952.Pág. 168.

<sup>224</sup> G.J.C.S.J. No. 2133. Agosto de 1953. Tomo: LXXVI . Pág. 410.

plausible, los cuales, por ser rayanos en la mala fe, merecen el castigo para no dejar a nadie expuesto al abuso del derecho de los demás”<sup>225</sup>.

La restricción del ejercicio de los derechos subjetivos en forma absoluta en esos supuestos, y siguiendo el criterio mantenido por la Corte, no se extingue en el solo derecho de litigar sin causa, incluso asistiéndole derecho de acción a un litigante, este puede verse envuelto en una responsabilidad civil por abuso del derecho, por haber iniciado acción, y en forma injustificada desistir de su pretensión<sup>226</sup>, ello debido a que cuando se desiste se sufre una notoria desviación del espíritu del derecho de acción, como diría Josserand, pues los fines del derecho de acción, precisamente no llevan implícito una caprichosa voluntad, ni mucho menos pueden tutelar el egoísmo del demandante, como el que bien puede verse en un caso de expropiación conocida por la Corte en el año de 1938, donde sentó el criterio que

---

<sup>225</sup> CS.J. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente. Edgardo Villamil Portilla. Bogotá D. C., catorce de febrero de dos mil cinco. Ref. Exp. No. 12073. Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 21 de octubre de 1999, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, como epílogo del proceso ordinario promovido por Juvenal Cifuentes Peñalosa contra la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero. Ver otros fallos que actualmente abordan la aplicación de la Teoría del Abuso del Derecho de Litigar: C.S.J. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Silvio Fernando Trejos. Bogotá, D. C., tres (3) de junio de dos mil cinco (2005). Referencia: Expediente No.00040-01. Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 29 de julio de 2002, proferida por la Sala Civil-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán dentro del proceso ordinario promovido por Álvaro de Jesús Urbano Rojas contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. C.S.J. Sentencia de Casación de 25 de febrero de 2002. Expediente Número 5925.

<sup>226</sup> EL acreedor que por su espíritu de persecución contra su deudor honorable, intempestivamente lo ejecuta haciéndole un embargo excesivo de bienes en relación con el crédito que cobra, para empujarlo así aun hasta la ruina; o el litigante que confiando su causa, menos en el examen cauteloso de su derecho que en el albur de todo pleito, promueve temeraria controversia judicial, y después de someter al adversario a larga, costosa y reñida lucha, inesperadamente desiste de ella atento a eludir inminente fallo adverso, que le diese a la contraparte la victoria judicial. Y encontrárase en el segundo caso el que pone un denuncia criminal contra otra persona, formulándole a la ligera o imputándole perentoriamente, sin base seria, la comisión de un hecho criminal. Caso resuelto por la Corte Suprema en sentencia de fecha 5 de agosto de 1937. — Gaceta Judicial, N° 1.927. Págs. 419 a 422.

aún hoy se sigue fielmente utilizando:

... bien claro es el criterio jurisprudencial según el cual de la entidad que ejerciendo una perfecta prerrogativa conferida en beneficio social, demanda seriamente la expropiación de un predio, somete al propietario a todas las peripecias, gastos e incomodidades del proceso y luego, antes de sobrevenir el fallo definitivo del negocio, sin motivo ninguno serio, o excusa justificada, resuelve, usando de una expresión corriente en el argot del juego, convertir en tablas todo lo hecho, recurriendo al procedimiento expedito y fácil de desistir del juicio. Con tal procedimiento el propietario ve así burlado el derecho que había adquirido a que se definiera el negocio y se le pagase la justa indemnización en caso de ser viable para la justicia la pretensión del expropiante. El acto del desistimiento es irreprochable desde el punto de vista de la facultad legal, pero viciado de ligereza, inconsiderado y censurable si se atiende al espíritu egoísta que lo inspira, contrario al objeto y fin de la institución del juicio de expropiación<sup>227</sup>.

Resulta entonces claro, que todo aquel que pretenda el resarcimiento de perjuicios con fundamento en la Teoría del Abuso del Abuso del Derecho<sup>228</sup>, deberá

---

<sup>227</sup> G.J.C.S.J. Casación, 21 febrero 1938. Nº 1.932. Pág. 62.

<sup>228</sup> La teoría del abuso del derecho estudia la responsabilidad civil desde un punto de vista diferente. El acto abusivo es irreprochable respecto de la norma legal; está ajustado al precepto o regla de derecho objetivo que lo, rige, pero lleva en su móvil o intención ingredientes que hacen civilmente responsable al agente, de modo que si ha irrogado un perjuicio está obligado a repararlo. En otros términos: el sujeto ejercita un derecho concedido por la ley dentro de los límites y condiciones fijados por ella, lo que hace que su conducta sea objetivamente lícita, pero su

demostrar los hechos que fundamentan su pretensión, para que en esa medida el juzgador<sup>229</sup> pueda realizar el estudio de la situación planteada para determinar si esta queda subsumida en los elementos de la concepción Clásica o Intencional, como la presentada por Ripert, o la concepción funcional, proclamada en la doctrina de Josserand<sup>230</sup>. Es decir que el actor que aduzca como fuente de indemnización el abuso del derecho de litigar o el desistimiento de la acción, debe probarla plenamente<sup>231</sup>.

---

rectitud externa se encuentra viciada por una impureza subjetiva que hace inmoral o antisocial el seto realizado con daños de algún interés individual o social. Revista Justicia. Tribunal Superior de Bogotá. Tomo 16. No. 163. Junio a Diciembre de 1952. Pág. 157.

<sup>229</sup>Tratándose de responsabilidad aquiliana derivada de abuso de los derechos, especial atención merece la existencia de una conducta culposa constitutiva de ejercicio abusivo de un derecho, por cuanto al no consagrarse en nuestro derecho positivo una definición legal de lo que debe entenderse por abuso, "(...)su existencia debe ser apreciada por los jueces en cada caso, en función de los objetivos de la regla de derecho frente a la cual esta figura adquiere relevancia. Por eso, con evidente acierto expresaba en 1.926 H. Capitant en un escrito dedicado al tema (Sur l'Abus des Droits, Revista Trimestral de Derecho Civil, Paris) que con el rigor exigido en un comienzo por las distintas corrientes de pensamiento, es imposible en verdad diseñar una fórmula única aplicable a cualquier clase de derechos que permita definir el "abuso" en su ejercicio, toda vez que en algunas situaciones que por lo común corresponden al campo de la responsabilidad civil extracontractual se requerirá en el autor la intención de perjudicar o bastará la culpa más o menos grave y aún la simple ausencia de un interés o utilidad, mientras que ante situaciones de otra naturaleza habrá por necesidad que acudir (...) a la finalidad de la institución del derecho de cuyo ejercicio se trata, e incluso, las buenas costumbres reinantes en la correspondiente actividad; en suma, nada hay de insensato en entender, guardando consonancia con estas directrices básicas, que los tribunales sabrán en cada caso hacer uso del saludable poder moderador que consigo lleva la sanción de los actos abusivos. TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL. Bogotá D.C., trece (13) de septiembre de dos mil siete (2007).MP: Ricardo Zopó Méndez. Radicación 0239. Ordinario. Demandante. Esperanza Silva Acosta. Demandado. Banco Colpatria.

<sup>230</sup> G.J.C.S.J. Tomo. XLIII, Agosto de 1936, Número. 1907 Y 1908 MP: Antonio Rocha. P: 310.

<sup>231</sup> C.S.J. Sala de Casación Civil. –Bogotá, septiembre veintiocho de mil novecientos cincuenta y tres. Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Márquez Páez. G.J.C.S.J. No. 2133. Agosto de 1953. Tomo: LXXVI.

## 2.5.2. Exceso En Los Embargos Y Secuestros

Como lo establece nuestro Código Civil, en su artículo 2488, toda obligación civil da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor<sup>232</sup>. Hecho que significa ni más ni menos que el patrimonio del deudor es la prenda del acreedor, con lo cual éste puede recurrir al aparato jurisdiccional del Estado con el objetivo que se constriña al deudor, que voluntariamente no lo haya hecho, al cumplimiento de la obligación en los términos pactados, procurando la satisfacción al acreedor, y de contera se evita que las personas recurran a vías de hecho, dándose con ello primacía al reconocimiento del goce y ejercicio de los derechos subjetivos que nacen de este tipo de obligaciones civiles. Como ya es plenamente comprensible, las potestades reconocidas al acreedor, mientras se mantengan dentro de los límites útiles y conducentes del fin que el derecho consagra, y a nadie dañen, no pueden ser configurativos de ningún tipo de responsabilidad civil o de otra naturaleza.

Pero hay que tener en cuenta que el uso anormal, mal intencionado, imprudente, inconducente o excesivo en relación con la finalidad que legítimamente ofrecen las leyes adjetivas<sup>233</sup> para el cumplimiento de la obligación, degenera en abuso del

---

<sup>232</sup> De modo que perseguir bienes cuyo valor excede los límites establecidos por la propia ley, sin que concurra alguna de las circunstancias de excepción que ella misma indica, torna abusivo el ejercicio del derecho subjetivo establecido por el art. 2488 del C. Civil, y como se dijo, compromete la responsabilidad de quien así actúa, si con tal proceder causa un perjuicio y se le puede imputar un comportamiento temerario o de mala fe, pues al fin de cuentas el abuso se da en el empleo de las vías de derecho, es decir, en la actuación procesal, donde no basta para dar por descontado el elemento subjetivo de la responsabilidad personal, la culpa sin calificación alguna, sino una que haya sido fruto de la temeridad o la mala fe. C.S.J. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Manuel Ardilla\_Velásquez. Bogotá, veintitrés (23) de mayo de dos mil dos (2002). Impugnación formulada por Jorge Alberto Giraldo Gaviria, Martha María Pedraza Isaacs y Gaviria & Cia. Ltda. contra el fallo de 10 de abril de 2002, proferido por el tribunal superior del distrito judicial de Bogotá —sala civil—, en el trámite de tutela promovida por tales personas contra el juzgado 8º civil del circuito de la misma ciudad.

<sup>233</sup> El artículo 513, inciso 8 del Código de Procedimiento Civil, faculta al juez para que, al decretar medidas precautorias las limite "a lo necesario", de tal manera que ellas no excedan el "doble del crédito cobrado, sus intereses y las costas prudencialmente calculadas", salvo, claro está, que se trate de un solo bien gravado con hipoteca o prenda, o cuando por su división se "disminuya su valor o su

derecho, y en cada caso particular el juez debe juzgar los eventos en que pueda surgir la configuración de la doctrina del abuso y un caso de culpa civil<sup>234</sup>, es decir el derecho que reconoce el artículo 2488 en su condición de subjetivo es esencialmente relativo, o sea que la persecución no puede ir más allá de lo que razonable y objetivamente resulte necesario<sup>235</sup>, conforme a mensura de razonabilidad que la propia ley se encarga de determinar<sup>236</sup>. En sentencia de octubre de 1935, cabalmente se dejó establecida la configuración del abuso, por los hechos comentados:

---

venalidad". De allí que tenga sentado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de vieja data, Corte de "Oro" de 1935, que cuando el actor, "pudiendo, no destraba los bienes que ninguna garantía prestan para la efectividad de la obligación perseguida", incurre en un abuso del derecho, generador de una responsabilidad civil y, por consiguiente, en tal caso habrá de indemnizar al deudor así perjudicado, Indemnización que se fundamenta, en los Actos Jurídicos, que modernamente se les ha dado el alcance o la fuerza para obligar, como el que surge del abuso del derecho a litigar." C.S.J. Magistrado Ponente: Pedro Lafont Pianetta. Santafé de Bogotá D.C., agosto dos (2) de mil novecientos noventa y cinco (1995). Referencia: Expediente No. 4159. Sentencia de 2 de diciembre de 1993, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga -Sala Civil-, el 28 de agosto de 1992, de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo dictado el 2 de marzo de 1992 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Zapatoca (Santander), en el proceso ordinario promovido por Carlomack. Ltda. Contra el Banco Popular.

<sup>234</sup> G.J.C.S.J. Casación 30 de Octubre de 1935. Número 1907. Pág. 313.

<sup>235</sup> "Como bien lo ha predicado la Corte, el acreedor con fundamento en el art. 2488 del C. Civil, puede perseguir en los bienes embargables del deudor la satisfacción de su crédito. Con todo, este derecho, titulado como "*Prenda general del acreedor*", no es absoluto, pues el Código Civil lo relativiza, cuando en el art. 2492 establece como límite de la persecución lo indispensable para el cubrimiento del crédito, incluso los intereses y los costos de cobranza. Norma con la que guardan correspondencia los arts. 513 inc. 8º. y 517 del C. de P. Civil, que con el fin de evitar embargos excesivos o que afecten bienes que ninguna garantía prestan para la satisfacción del crédito, en su orden consagran la facultad que tiene el juez para limitarlos "*a lo necesario*", teniendo en cuenta que "*el valor de los bienes no podrá exceder del doble del crédito cobrado, sus intereses y las costas prudencialmente calculadas*"; la reducción de los embargos pedida por el ejecutante, luego del avalúo y antes de ordenarse el remate, y la orden de "*desembargo parcial*" como deber del juez, cuando del avalúo "*aparece que alguno o algunos de los bienes son suficientes para el pago del crédito y las costas...*" C.S.J.. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Manuel Ardila Velásquez. Bogotá, veintitrés (23) de mayo de dos mil dos (2002). Impugnación formulada por Jorge Alberto Giraldo Gaviria, Martha María Pedraza Isaacs y Gaviria & Cia. Ltda. contra el fallo de 10 de abril de 2002, proferido por el tribunal superior del distrito judicial de Bogotá —sala civil—, en el trámite de tutela promovida por tales personas contra el juzgado 8º civil del circuito de la misma ciudad.

<sup>236</sup> C.S.J. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Manuel Ardila\_Velásquez. Bogotá, veintitrés (23) de mayo de dos mil dos (2002). Impugnación formulada por Jorge Alberto Giraldo Gaviria, Martha María Pedraza Isaacs y Gaviria & Cia. Ltda. contra el fallo de 10 de abril de 2002, proferido por el tribunal superior del distrito judicial de Bogotá —sala civil—, en el trámite de tutela promovida por tales personas contra el juzgado 8º civil del circuito de la misma ciudad.

.. en todos esos casos el código muestra claramente su intención de castigar el dolo y la culpa lata equiparada a él, lo cual no es otra cosa que la sanción del abuso del derecho de litigar, caracterizado, en aquellos concretos ejemplos, con el propósito de perjudicar a otro privando al propietario por tiempo indeterminado del ejercicio y goce legítimos de sus derechos de administrar, gozar y enajenar sus bienes, sin que con las referidas medidas judiciales haya utilidad para el ejecutante, porque, no resultando ser de su deudor los bienes, no conseguirá reducirlos a dinero mediante el remate, que es la finalidad del juicio ejecutivo, y excediendo evidentemente la cuantía de los bienes embargados y secuestrados a la proporción del crédito que persigue, ese exceso, de cuya disponibilidad se priva al deudor, no es un medio necesario sino inútil para la satisfacción del derecho del acreedor<sup>237</sup>.

En esos términos bien puede establecerse que cuando el acreedor, como se tiene establecido en la Jurisprudencia nacional desde el año 1935, ratificada progresivamente en fallos hitos como el de mayo de 1941<sup>238</sup>, abril de 1942<sup>239</sup>, la de 11 de octubre de 1973, 12 de julio de 1993<sup>240</sup>, 2 de agosto de 1995, noviembre

---

<sup>237</sup> Ibid. Ver en el mismo sentido: G.J.C.S.J. Casación Agosto de 1936. Tomo XLIII. Número. 1907 y 1908. Pág. 313. MP: Antonio Rocha.Sentencia de 11 de octubre de 1973, G.J. CXLVII- 81 y 82. Sentencia de 27 de mayo de 1964, G.J. CVII- 234 y 235. Sentencia de 12 de julio de 1993, G.J. CCXXV-97-98. Sentencia de 2 de diciembre de 1993. G.J. CCXXV- 728.

<sup>238</sup> G.J.C.S.J. Casación, 19 mayo 1941. N° 1971, Pág. 248.

<sup>239</sup> G.J.C.S.J. Casación, 9 abril .1942. Pág. 302.

<sup>240</sup> C.S.J. Sentencia de 12 de julio de 1993, G.J. CCXXV-97-98.

de 1998<sup>241</sup>, y confirmado en fallos del año 2002<sup>242</sup>, enero de 2005<sup>243</sup>, y 2007, embarga en exceso bienes del deudor, desborda, pues, el límite del derecho, porque quien conociendo lo que se le adeuda por capital e intereses y pudiendo calcular los costos de la cobranza, para garantizar el pago de estas sumas embarga bienes de su deudor en cuantía superior, es abusivo el ejercicio de esa facultad<sup>244</sup>. En sentencia del Tribunal Superior de Bogotá del 13 de septiembre de 2007, se establecía:

Vistas así las cosas, es evidente la conducta culposa por parte de la entidad bancaria ejecutante, quien con total “ausencia de

---

<sup>241</sup> De modo que perseguir bienes cuyo valor excede los límites establecidos por la propia ley, sin que concurra alguna de las circunstancias de excepción que ella misma indica, torna abusivo el ejercicio del derecho subjetivo establecido por el art. 2488 del C. Civil, y como se dijo, compromete la responsabilidad de quien así actúa, si con tal proceder causa un perjuicio y se le puede imputar un comportamiento temerario o de mala fe, pues al fin de cuentas el abuso se da en el empleo de las vías de derecho, es decir, en la actuación procesal, donde no basta para dar por descontado el elemento subjetivo de la responsabilidad personal, la culpa sin calificación alguna, sino una que haya sido fruto de la temeridad o la mala fe. C.S.J. Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998). Referencia: Expediente No. 4909. Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 30 de noviembre de 1993 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá en este proceso ordinario de responsabilidad civil extracontractual.

<sup>242</sup> Desde luego que la doctrina expuesta cobra mayor vigor si al consultar el sistema procesal, instituido para la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial, se localizan preceptos como los que antes se mencionaron, destinados a salvaguardar la proporción entre el quantum del crédito reclamado y el valor de los bienes perseguidos para su pago, porque no otro es el objetivo de los arts. 513 inc. 8º. y 517 inc. 1º. y 2º. del C. de P. Civil, frente a los cuales por encima de la facultad y el deber que con tal finalidad se consagran con respecto al juez, prevalece la obligación que el ejecutante tiene, sabiendo el valor de su crédito, incluidos los intereses y las costas procesales, de denunciar para los efectos de las medidas cautelares, bienes cuyo valor “no podrá exceder del doble del crédito cobrado, sus intereses y las costas prudencialmente calculadas, salvo que se trate de un solo bien o de bienes afectados por hipoteca o prenda que garantizan aquel crédito, o cuando la división disminuya su valor o venalidad” (art. 513 inc. 8º.). CS.J. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Manuel Ardila Velásquez. Bogotá, veintitrés (23) de mayo de dos mil dos (2002). Impugnación formulada por Jorge Alberto Giraldo Gaviria, Martha María Pedraza Isaacs y Gaviria & Cia. Ltda. contra el fallo de 10 de abril de 2002, proferido por el tribunal superior del distrito judicial de Bogotá —sala civil—, en el trámite de tutela promovida por tales personas contra el juzgado 8º civil del circuito de la misma ciudad.

<sup>243</sup> C.S.J. Casación de 24 de enero de 2005. Sentencia 012. MP: Jaime Alberto Arrubla Paucar. Sentencia de 11 de octubre de 1973, G.J., t. CXLVII, pág. 81 y 82. atrás referenciada.

<sup>244</sup> C.S.J. Sentencia 11 de octubre 1973. Casación 2 de agosto de 1995.

interés”, como lo califica la sentencia antes citada, omitió dar noticia oportuna al juzgado donde se adelantaba la ejecución del pago a su favor efectuado, y que en tal medida, al extinguirse totalmente la obligación debía dar lugar a la terminación del proceso ejecutivo y, por consiguiente, al levantamiento de cautelares practicadas, omisión tal que ciertamente constituye una conducta abusiva del derecho a demandar y a cautelar bienes, al mantener vigente un proceso y un embargo y secuestro sin que mediara obligación alguna a recaudar; sin que válidamente pueda afirmarse, como lo sostiene la entidad crediticia demandada, que era a los ejecutados a quienes les correspondía hacer la manifestación de pago y solicitar la terminación del proceso y el levantamiento de las medidas ejecutivas, pues además de imponerle tal carga el artículo 537 del Código de Procedimiento Civil al ejecutante, al disponer que la solicitud elevada en tal sentido debe presentarse en “escrito auténtico proveniente del ejecutante o de su apoderado con facultad para recibir”, es apenas obvio que así sea, en cuanto mal podía darle el juez término al proceso con la simple manifestación y petición del deudor ejecutado<sup>245</sup>.

En esa medida, sea que se considere la Teoría del Abuso del Derecho a la luz de la concepción clásica e intencional, según sostiene Ripper, sea por el aspecto de la concepción funcional proclamada por Josserand, o también por el aspecto de la anormalidad o el exceso en el ejercicio de una vía legal, con fundamento en la teoría que se estudia, necesariamente como se

---

<sup>245</sup> TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL. Bogotá D.C., trece (13) de septiembre de dos mil siete (2007).M. Ricardo Cardozo Zopó Méndez. Rad. 0239. Ordinario. Demandante: Esperanza Silva Acosta. Demandado: Banco Colpatría.

puede ver, surge la responsabilidad civil por el embargo de bienes en exceso. En tales eventos, al demandante le corresponde demostrar el daño causado, la culpa del demandado y la relación de causalidad entre ésta y aquél. Sobre el particular la jurisprudencia ha precisado que el “empleo abusivo de las vías de derecho, sólo puede ser fuente de indemnización, cuando, simultáneamente con la demostración de la temeridad o mala fe con que actúa quien se vale de su ejercicio, el demandante acredita plenamente el daño que ha sufrido<sup>246</sup> y su relación causal con aquellas<sup>247</sup>”.

Preliminarmente y a manera de conclusión de este punto, se puede establecer que la potestad de recurrir al aparato jurisdiccional del Estado para que se constriña al deudor que no ha cumplido su obligación total o parcial o en forma imperfecta consiguiendo que se embarguen sus bienes como forma de hacer efectivo el cumplimiento de la obligación, puede generar la configuración de la teoría del abuso. Se pueden presentar

---

<sup>246</sup> Ahora bien, los perjuicios que puedan ocasionarse con este tipo de medidas cautelares y que, desde luego, deben ser objeto de indemnización, son aquellos que de manera real, directa y cierta constituyen el daño emergente, como cuando en virtud o con ocasión de tales medidas perece total o parcialmente el derecho o bien que fuera objeto de la correspondiente medida de embargo y secuestro contraria a derecho por haber prosperado la excepción de mérito; y el lucro cesante, como cuando por causa o por ocasión de la citada medida cautelar que, después hubo de levantarse por ese motivo (Art. 510, numeral 2º, literal d), C.P.C.), se dejen de percibir o reportar ganancias o provechos económicos (Art. 1614, C.C.). Este lucro cesante puede, según el caso, encontrarse representado en la pérdida de beneficios efectiva y realmente dejados de obtener por habersele impedido con dicha medida una determinada y especial explotación o rentabilidad del bien objeto de la misma, que, de acuerdo con la actividad ordinaria y la destinación del bien, se hubiese injustificadamente frustrado; o bien puede estimarse representado en la rentabilidad que deja de percibirse por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación dineraria debida, que, tratándose de responsabilidad civil extracontractual, dicha rentabilidad frustrada es, de acuerdo a la regla general (Art. 1617, C.C.) y por no tratarse de un negocio mercantil, del 6% anual (Sentencia 042 del 15 de febrero de 1991). C.S.J. Sentencia 2 de diciembre de 1993. C.S.J.SALA DE CASACION CIVIL. Magistrado Ponente: Jorge Castillo Rúgeles. Bogotá Distrito Capital, primero (1) de agosto de dos mil junio (2001

<sup>247</sup> C.S.J. sentencia de 12 de julio de 1993, CCXXV-97-98. En esta sentencia definitivamente se deja planteado la consolidación de la teoría del abuso por esta razón.

cuatro eventos tratados en la jurisprudencia nacional desde el año de 1935, en los cuales se configura la doctrina en estudio:

1. Cuando el acreedor realiza embargos que excedan los límites legales<sup>248</sup>.
2. Cuando se embargan bienes de terceros<sup>249</sup>.
3. Mantenimiento de medidas cautelares que ninguna garantía prestan para la efectividad de la obligación perseguida<sup>250</sup>.
4. Cuando no se destraban bienes del deudor ya habiéndose pagado o cumplido la obligación.

### **2.5.3. El Abuso Del Derecho De Denunciar**

El derecho de denunciar, es básicamente la potestad que tiene toda persona de recurrir al aparato jurisdiccional del Estado, para que éste en ejercicio del *ius puniendi*, conozca de la comisión de un supuesto o virtual hecho punible<sup>251</sup>. De

---

<sup>248</sup> C.S.J. Casación de 2 de diciembre de 1993.

<sup>249</sup> C.S.J. Casación de 27 mayo de 1964.

<sup>250</sup> C.S.J. Casación de octubre 23 de 1973.

<sup>251</sup> En sentencia de 13 de octubre de 1988, se estableció "que, en principio, la formulación de una denuncia por hechos presuntamente delictuosos, traduce el cumplimiento de un deber 'público y social, universal y legislativamente aceptado, de notificar al Estado de tales hechos para que promueva, desarrolle y concluya la investigación y proceso penal correspondiente, para establecerlos e imponer a los responsables las sanciones pertinentes (con la reparación de los perjuicios del caso), razón por la cual su ejercicio se considera responsable y lícito, y no deja de serlo por la abstención de la apertura o conclusión del proceso por el sobreseimiento o absolución de la persona denunciada, quien, por consiguiente, carece de derecho a reclamar resarcimiento de los perjuicios sufridos' a menos, claro está, que la persona vinculada en forma arbitraria e injusta a un proceso penal como consecuencia de una noticia criminal o de una denuncia temeraria, demuestre 'plenamente los elementos de la responsabilidad civil del acto o actos abusivos imputables al denunciante, los daños ocasionados al denunciado y la relación de causalidad directa entre ellos, so pena, en caso contrario, de quedar el denunciante como arriba se dijo, amparado por la ley y exonerado de toda responsabilidad civil". C.S.J. Magistrado Ponente. José Fernando Ramírez Gómez. Bogotá, D. C., siete (7) de noviembre de dos mil (2000). Referencia: Expediente No. 5476. Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante Edmundo Castro Escamilla. Contra la sentencia de 15 de febrero de 1995, pronunciada por la Sala Civil del

vieja data, como es sabido desde esos primeros fallos en la década del treinta del siglo pasado hasta hoy en día, se entiende que el derecho de denunciar como derecho subjetivo, correlativamente impone al beneficiado un deber legal de dar noticia de cualquier atentado contra los bienes jurídicamente tutelados. En ese contexto, lo que la ley colombiana ha exigido al denunciar es que la persona que legalmente ejerce su derecho subjetivo no falte a la verdad en su relato y que dé, sobre las culpas y delitos que denuncie, todas las noticias que tenga y que puedan servir para comprobar el hecho y descubrir los delincuentes y culpables<sup>252</sup>. Pero ello en el entendido que quien corre con la carga de la prueba es el propio Estado, quien a través de sus órganos competentes será quien debe asumir las labores de instrucción y juzgamiento<sup>253</sup>. En sentencia del año 1942, dejó dicho la Corte, criterio ratificado en 1948:

Es necesario en esta ocurrencia producir la prueba plena de las circunstancias constitutivas de la culpa. Quien con incuestionable buena fe lleva a conocimiento de la justicia ciertos hechos sospechosos y adecuados para base de investigación, y mejor que sean en propia defensa porque así el conocimiento es más completo, no compromete su responsabilidad aunque la investigación criminal no concluya en la de ningún delito, si los hechos son ciertos y en su denuncia no se procedió

---

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso Ordinario promovido por el recurrente contra el Banco Ganadero.

<sup>252</sup> G.J.C.S.J. Tomo XLII, Pág. 460. Ver también: G.J.C.S.J. Tomo. LIV- BIS. Enero de 1948. Pág. 208. MP: Hernán Salamanca.

<sup>253</sup> El denunciante, a diferencia del acusador particular, no se compromete a probar nada. Su intervención se reduce al cumplimiento de la obligación legal general de ofrecer datos y noticias utilizables por la justicia para acreditar la comisión de hechos punibles y el descubrimiento de los responsables, y mientras esto se cumpla dentro de la normalidad legal y jurídica no tiene porqué comprometer la responsabilidad civil de quien lo haga. G.J.C.S.J. Casación, 19 agosto 1938.Nº 1940, Pág. 58 y s. G.J.C.S.J. Casación. No. 2133. Agosto de 1953. Tomo: LXXVI.

temerariamente o con torcidos fines. Mientras el denunciante proceda de buena fe y sobre hechos evidentes que por su naturaleza puedan dar base a investigaciones legales, debe ser inmune a la responsabilidad civil, porque de otra manera se esterilizaría la necesaria iniciativa particular, que también es deber legal, en el campo de las investigaciones penales<sup>254</sup>.

De esa forma la persona que en ejercicio de tal derecho subjetivo, recurre ante las autoridades a poner en conocimiento la comisión del supuesto punible, para con ello derivar responsabilidad civil, o sin ningún ánimo, frente a quien ha denunciado, no basta la declaratoria de improcedibilidad de la acción penal o la terminación del proceso – resolución inhibitoria, cesación de procedimiento, preclusión de investigación, sentencia absolutoria, ha dicho la Corte Suprema en su reiterada jurisprudencia desde 1935 hasta hoy en día<sup>255</sup>, que no es de por sí un acto que pueda comprometer la responsabilidad civil del denunciante; pero advierte, que puede llegar a constituir una culpa configurativa de responsabilidad civil extra contractual, cuando no ha sido hecho con un objetivo serio y de justicia y

---

<sup>254</sup> G.J.C.S.J. Casación, Tomo. LIV- BIS, Octubre 23 de 1942. Ver también: G.J.C.S.J. Tomo. LIV- BIS. Enero de 1948. Pág. 450. G.J.C.S.J. Casación del año 1942, Tomo 54, Bis, Tomo LIV. Bis., Pág. 204. Magistrado Ponente: Hernán Salamanca.

<sup>255</sup> C.S.J. Sentencia 079 de 17 de septiembre de 1998. Expediente No. 5096. Ver también: CS.J. Sentencia 27 de enero de 2005. Expediente 7653. MP: Edgardo Villamil Portilla. CS.J. Sentencia de 3 de diciembre de 2002, pronunciada por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, dentro del proceso ordinario instaurado por Amalia Cecilia Ucrós de García frente a la Aseguradora Colseguros S. A . C.S.JC. CESAR Julio Copete Valencia..Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil cinco (2005).Referencia: Expediente número 00225-01.Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 3 de diciembre de 2002, proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, dentro del proceso ordinario promovido por Amalia Cecilia Ucrós de García frente a la Aseguradora Colseguros S. A.). C.S.J. Casación 27 de enero de 2005. MP: Edgardo Villamil Portilla. Sentencia. Enero 27 de 2005, Ref Exp: 7653. C.S.J. Magistrado Ponente: Edgardo Villamil Portilla. Bogotá, 14 de marzo de 2006. Ref Expediente. 76001-3103-006-199613977-01. Recurso de Casación, Sala Civil del Tribunal del Distrito Judicial de Cali, demandante: Edgar Javier Navia Estrada contra Luis Fernando Uribe Cock.

con buena fe y sobre hechos reales, pues asume entonces la naturaleza peculiar y las consecuencias del acto abusivo<sup>256</sup>.

Corresponde necesariamente al arbitrio judicial indagar, a través de todas las pruebas la intención y los móviles para poder deducir si el uso de un derecho objetivamente legal es acto lícito por moverse dentro de la órbita judicial normal, o ilícito, capaz de ser fuente de responsabilidad, por desviarse de sus fines honestos y serios en forma inmoral o antisocial<sup>257</sup>. En fallos citados como el de 1988 y el año 2000 se dejó claramente establecido que:

.. asumir un comportamiento cívico, acorde con la teleología que inspira la ciencia punitiva, de su cabal atención, *per se*, no puede predicarse un abuso del derecho, a menos que con el pretexto de ejercerlo se formule temeraria o torcidamente una queja - o denuncia - criminal, motivo por el cual la Corte ha señalado que poner en conocimiento de la autoridad competente un hecho presuntamente delictuoso, “no es de por sí un acto que comprometa la responsabilidad civil del denunciante” (G.J. CXXXII, pág. 178), doctrina reiterada por la Sala en sentencia de 13 de octubre de 1988, en la cual expresó que, en principio, la formulación de una denuncia por hechos presuntamente delictuosos, traduce el cumplimiento de un deber “público y social, universal y legislativamente aceptado, de noticiar al Estado de tales hechos para que promueva, desarrolle y concluya la investigación y proceso penal correspondiente, para establecerlos e imponer a los responsables las sanciones pertinentes (con la reparación de los

---

<sup>256</sup> G.J.C.S.J. Casación del año 1942, Tomo 54, Bis, Tomo LIV. Bis., Pág. 204. Magistrado Ponente: Hernán Salamanca.

<sup>257</sup> G.J.C.S.J. Casación Enero- Abril de 1944. Tomo. LVII No. 2006 – 2009. Pág. 78.79.

perjuicios del caso), razón por la cual su ejercicio se considera responsable y lícito, y no deja de serlo por la abstención de la apertura o conclusión del proceso por el sobreseimiento o absolucón de la persona denunciada, quien, por consiguiente, carece de derecho a reclamar resarcimiento de los perjuicios sufridos<sup>258</sup>”.

Teniendo en cuenta la tradición jurisprudencial de la Corte, queda claro que la persona vinculada en forma arbitraria e injusta a un proceso penal como consecuencia de una noticia criminal o de una denuncia temeraria<sup>259</sup>, sí demuestra plenamente los elementos de la responsabilidad civil<sup>260</sup>, se le abre el camino para que a través de la configuración de la doctrina del Abuso del Derecho pueda reclamar el resarcimiento de los perjuicios que se le han irrogado<sup>261</sup>, es decir, que el

---

<sup>258</sup> CS.J. Tomo CXCI, Segundo Semestre de 1988. Pág. 206 y 207. Ver también: CS.J. Magistrado Ponente: Carlos Jaramillo. Santa Fe de Bogotá, D. C., veintitrés (23) de junio de dos mil (2000). Referencia : Expediente No. 5464. Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por Marlene Yolanda Moreno, contra la sentencia proferida el 21 de febrero de 1995 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, en el proceso ordinario promovido por la recurrente contra el Banco Ganadero.

<sup>259</sup> Para condenar al autor de una queja exigen los tribunales franceses que ésta haya sido puesta temerariamente, a la ligera, sin verificaciones suficientes. G.J.C.S.J. Casación, Tomo. XLVII, Número, 1940, agosto 24 de 1938. Ver igualmente: G.J.C.S.J. Tomo LIV- BIS. Enero de 1948. Pág.: 209.

<sup>260</sup> Para que pueda predicarse la responsabilidad derivada del abuso de los derechos, deben, conforme a las reglas generales, confluir simultáneamente tres elementos:

- a) existencia de una conducta culposa por parte de quien ejerce un derecho.
- b) causación de un daño a los intereses de otro.
- c) relación directa de causalidad entre la conducta culposa y el daño irrogado.

<sup>261</sup> Los hermanos Mazeaud al estudiar la cuestión de si el autor de un denuncia inexacto o de una queja injustificada compromete su responsabilidad civil, lo resuelven afirmativamente para los casos en que el denuncia ha sido dado por maldad o con previo conocimiento de su falta de fundamento, porque entonces ven una culpa delictual, pero consideran que fuera de estos casos de innegable malicia, no se puede establecer como principio la responsabilidad civil del denunciante en todos los casos en que su denuncia no prospere, en el sentido de que no alcance una realidad punitiva. ‘Si se admite la responsabilidad del que formula un denuncia –dicen- se expone a graves peligros a todos los que su conciencia incita a poner ciertos hechos en

solo hecho de poner en conocimiento la comisión de un delito, indicándose su supuesto autor, pero bajo el entendido que la denuncia no se hizo precisamente con los fines que el legislador ha instituido, sino con la intención de causarle daño al presunto delincuente, implica no solamente que se incurre en un acto abusivo, sino también en la comisión de un delito que por sí solo le es suficiente para que indemnice el daño causado con su denuncia, si el acto no ha sido cometido. En esa medida nos dice la Corte, que cuando se trata de denuncios criminales que terminan por cualquiera de las formas que el régimen procesal ha consagrado, para que pueda derivarse algún tipo de responsabilidad civil es necesario que se le pruebe al denunciante que obró temerariamente, con la intención de perjudicar al presunto delincuente, con culpa<sup>262</sup> o que ejercitó la facultad de denunciar con el solo fin de ocasionar un perjuicio, con el conocimiento de que procedía en forma distinta al espíritu del mandato legal que lo faculta para denunciar a los delincuentes<sup>263</sup>.

En orden a dilucidar lo anterior hay que decir que los daños y perjuicios que debe reconocer y pagar la parte responsable de haber abusado de su derecho de litigar,

---

conocimiento de la justicia o de un particular'. Esto ya sería suficiente para rechazar una solución tan absoluta. Pero existe otro argumento en la definición misma de la culpa, porque el denunciante no incurre en ella sino cuando un individuo normal no hubiese obrado de modo distinto de cómo él lo hizo. Para condenar al autor de la queja, los tribunales exigen que ésta haya sido puesta temerariamente a la ligera, sin verificaciones suficientes. Es preciso anotar una tendencia en la jurisprudencia a mostrarse muy severa contra el denunciante. Este no obra a menudo sino para el bien público; de modo que es excesivo exigirle entonces que se entregue personalmente a investigaciones profundas antes de designar la persona que crea culpable. El interés general quiere que la justicia pueda ser informada por los ciudadanos" C.S.J. Sentencia de Casación de 11 de octubre de 1977. Sentencia de 13 de octubre de 1988, 23 de junio de 2000.

<sup>262</sup> Culpa, porque el denunciante no incurre en ella sino cuando un individuo normal hubiese obrado de modo distinto de como él lo hizo. Para condenar al autor de la queja, los tribunales exigen que ésta haya sido puesta temerariamente, a la ligera, sin verificaciones suficientes. G.J.C.S.J. Casación septiembre de 1938. No. 1940, Tomo XLVII, Pág. 57.

<sup>263</sup> G.J.C.S.J. Enero-Abril de 1944. Tomo. LVII No. 2006 – 2009. Pág.75.

están restringidos y limitados a los que tengan relación directa con la actividad lesiva de aquella y con incidencia en el patrimonio material y moral del afectado<sup>264</sup>. No se pueden extender con amplitud a los que se encuentren fuera del ámbito fáctico en que acaecieron los hechos que generaron el resarcimiento reclamado; además los perjuicios deben ser ciertos y no eventuales o hipotéticos<sup>265</sup>.

---

<sup>264</sup> La Corte en abundante y reiterada jurisprudencia expuesta en numerosos fallos de las Salas de Casación Civil y Negocios Generales, ha establecido que en materia de responsabilidad por culpa aquiliana, la indemnización a que tiene derecho la víctima comprende tanto los perjuicios materiales como los morales. (Julio 21 de 1922, XXIX, 220; marzo 15 de 1941, L, 794; abril 23 de 1941, LI, 432-435; agosto 21 de 1941, LII, 211; marzo 3 de 1942, LIII, 910; octubre 20 de 1942, LIV, bis, 190; octubre 28 de 1942, LIV bis, 381; noviembre 25 de 1942, LIV bis, 421; 13 de diciembre de 1943, LVI, 678; diciembre 4 de 1952, LXXIII, 903. No. 2155. Mayo – Junio de 1955. Tomo. LXXX. Pág.657.

<sup>265</sup> CS.J. Magistrado Ponente: Silvio Fernando Trejos. Bogotá, tres (3) de junio de dos mil cinco (2005). Referencia: Expediente No.00040-01. Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 29 de julio de 2002, proferida por la Sala Civil-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán dentro del proceso ordinario promovido por Álvaro de Jesús Urbano Rojas contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

## **2.5.4. Otras Situaciones De Configuración Del Abuso Del Derecho**

**2.5.4.1. Acto Jurídico** Actualmente el Abuso del Derecho puede presentarse en el ejercicio de cualquier tipo de derecho subjetivo y en cualquier área del derecho. En materia del ejercicio de aquellos derechos cuya fuente de obligación es el Acto Jurídico, bien puede encontrarse la configuración de esta doctrina, conforme a los cuatro criterios estudiados, y que se consolidaron en la jurisprudencia nacional. Algunos de los eventos que la jurisprudencia de la Corte Suprema estudió fueron aquellos que tuvieron que ver con el poder de negociación, ventas de acciones, donde un socio mayoritario ejerció posición dominante sobre socio minoritario, o con la revocación del mandato, las cláusulas abusivas, o la terminación injustificada de contratos<sup>266</sup>. Ante la amplia gama de posibilidades en que se configura la doctrina del abuso, pero en aras de ilustrar este tópico, se esbozan algunos ejemplos.

---

<sup>266</sup> Como instrumento para la protección de los establecimientos de comercio, el artículo 518 del Código de Comercio, consagra a favor del empresario el derecho de renovación del contrato de arrendamiento del local donde aquéllos funcionan, al vencimiento del mismo. Se trata de defender la permanencia del establecimiento de comercio, como bien económico, pero también, los valores intrínsecos, humanos y sociales, que igualmente lo constituyen. Desde luego que este derecho, como ocurre con la generalidad de los derechos subjetivos, no tiene carácter absoluto, pues su ámbito de eficacia está sujeto a las condiciones establecidas por la citada norma, vale decir, que a título de arrendamiento se haya ocupado un inmueble para la explotación de un establecimiento de comercio; que la tenencia derivada del vínculo arrendaticio se haya dado por no menos de dos años consecutivos; que durante ese lapso siempre haya sido explotado un mismo establecimiento; que haya vencido el contrato de arrendamiento, y que no se presente alguna de las salvedades que señalan los tres numerales del artículo, esto es, que el arrendatario haya incumplido el contrato; que el propietario necesite el inmueble para su propia habitación o para un establecimiento suyo destinado a una empresa sustancialmente distinta a la que tuviere el arrendatario, o cuando el inmueble debe ser reconstruido o reparado con obras necesarias que no pueden ejecutarse sin la entrega o desocupación, o demolido por su estado de ruina o para la construcción de una obra nueva. C.S.J. Magistrado Ponente. José Fernando Ramírez Gómez. Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil uno (2001). Referencia: Expediente No. 5876. Decídase el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 12 de septiembre de 1995 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, dentro del proceso ordinario propuesto por Pedro Muvdi Aranguena contra Juan de Dios Mejía Sampedro.

Un ejemplo, sin duda persuasivo, de esa clase de comportamientos irregulares, ha dicho la Corte, lo suministra el ejercicio del llamado “poder de negociación” por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y/o servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación<sup>267</sup>.

Igualmente, puede verse que se configura la Teoría del abuso del Derecho cuando no exista en la ley positiva ninguna disposición que restrinja el derecho de revocación del mandante, este derecho, nos dice la Corte, no es absoluto sino relativo, y no puede ejercitarse abusivamente con perjuicio del mandatario que ha cumplido honrada y lealmente sus obligaciones<sup>268</sup>. Si se recuerda desde el año de 1899 se sentó ese criterio jurisprudencial que estipuló que no hay derechos absolutos, que el ejercicio de todo derecho tiene por límites el derecho ajeno, y que si la revocación del mandato causa perjuicios al mandatario que ha cumplido sus obligaciones con honradez é inteligencia, el mandante está obligado a

---

<sup>267</sup> C.S.J. Magistrado Ponente: Jorge Castillo Rugeles. Bogotá, nueve (9) de agosto de dos mil (2000).Ref. Expediente 5372. Despacha la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 15 de junio de 1994, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario adelantado por Condominio Aldea del Sol, contra BCH. Ver también: C.S.J. Magistrado Ponente: Silvio Fernando Trejos Bueno. seis (6) de julio de dos mil cinco (2005).Referencia: Expediente No. 0243-01.Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por los demandantes contra la sentencia de 20 de abril de 2001 proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario promovido por Gabriel Bernardo Isaza Jaramillo contra la sociedad El Colombiano Limitada y Cía. S. C. A.

<sup>268</sup> G.J.C.S.J. Mayo-Junio de 1955.Tomo. LXXX. Pág. 647.

indemnizar esos perjuicios al mandatario<sup>269</sup>. Este fallo estableció categóricamente que:

1. Él derecho de revocación no es absoluto sino relativo, limitado por el mismo interés social que lo justificó y por el derecho ajeno.
2. Ese derecho de revocación debe ejercitarse con motivo legítimo para amparar los intereses del mandante contra la mala fe, o la negligencia o la ineptitud del mandatario.
3. La revocación abusiva da derecho a reclamar indemnización de perjuicios al mandatario que ha cumplido sus obligaciones con honradez e inteligencia<sup>270</sup>.

**2.5.4.2. Abuso Del Derecho Por Los Entes Del Estado.** A juicio de la Corte Suprema, se puede configurar la Teoría del Abuso del Derecho cuando una entidad estatal está ejerciendo un derecho o una facultad legal, sin poner en su ejercicio la debida, acuciosidad, diligencia y cuidado, a efecto de no desconocer o vulnerar derechos privados de los asociados. Esta doctrina fue sentada con toda claridad por la Corte en un caso en vigencia de la Ley 97 de 1913,

---

<sup>269</sup> G.J.C.S.J. Casación. Bogotá, 20 de mayo de 1899. No. 733 y 734. Año. XV, P: 8. Este criterio fue reiterado en Jurisprudencia del año 1955. G.J.C.S.J. No. 2155. Mayo – Junio de 1955 Tomo. LXXX. Pág. 653. En un aparte de esta sentencia se establecía en forma complementaria: – La revocación de un mandato judicial, hecha en forma intempestiva o sin motivo legítimo por parte del mandante, constituye un abuso del derecho que puede dar lugar a acción indemnizatoria de los perjuicios materiales y morales sufridos por el mandatario. En tal caso el mandante incurre en responsabilidad por culpa aquiliana en razón del abuso del derecho de revocación: el abuso puede consistir desde la culpa más grave, equivalente al dolo, cuando se procede movido por la intención de dañar (ANIMUS NOCENDI) hasta la simple negligencia o imprudencia, no intencionadas, por la falta de precauciones para no causar daño al mandatario removido.

<sup>270</sup> G.J.C.S.J. No. 2155. Mayo– Junio de 1955. Tomo. LXXX. Pág. 656 a 657

que faculta a los municipios para trazar y arreglar sus calles y vías urbanas en general. En esa sentencia, fechada el 29 de septiembre de 1934, dijo la Corte: “Las calles son los bienes nacionales cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio; pero la ley ha conferido a los Concejos Municipales la facultad de disponer lo conveniente sobre trazado, apertura, ensanche y arreglo de ellas, de donde resulta el derecho que tienen los Municipios de modificar el nivel y la anchura de las calles; mas no ha de entenderse ese derecho en sentido absoluto, sin miramiento a los derechos de los particulares dueños de los edificios y predios fronterizos, a quienes no se le puede cercenar impunemente su propiedad, para darles mayor anchura a las calles, ni impedirles o dificultarles el acceso a las vías públicas”.

Repugna a la razón y a la equidad natural que un individuo que edifica un poblado, acomodándose al trazado de las calles y a la configuración del terreno, pueda ser perjudicado, sin derecho a indemnización, por obras que más tarde ejecute el Municipio y que le impidan o dificulten el cómodo acceso a la vía pública<sup>271</sup>.

En esta lacónica consideración se entiende que una entidad estatal, en el caso comentado, los municipios en el ejercicio de sus competencias administrativas, como es el arreglo de calles puede llegar a configurar la doctrina del Abuso, si este ente estatal ejerce sus derechos en sentido absoluto, “sin miramiento a los derechos de

---

<sup>271</sup> G.J.C.S.J. Casación. Tomo XLI bis, N° 1895 C., Págs. 49 a 53.

los particulares dueños de los edificios y predios fronterizos<sup>272</sup>."

**2.5.4.3. Abuso Del Derecho En El Ejercicio De La Tutela** La tutela es un mecanismo de protección de los derechos constitucionales fundamentales, que exige de quien la ejercita una conducta de buena fe, legítima en todo sentido. No puede ser un instrumento para actuar pretensiones ilegítimas ni para burlar las decisiones de las autoridades públicas y, mucho menos, para cohonestar los abusos del derecho <sup>273</sup>, con fundamento en otras sentencias de la Corte Constitucional, se encuentra que abusa de la acción de tutela quien, desquiciando el objeto de la misma, pretende amparar lo que no es un derecho suyo sino precisamente aquello que repugna al orden jurídico y que apareja responsabilidad y sanción: la renuencia a cumplir las obligaciones que contrae<sup>274</sup>.

En esa medida frente al abuso del derecho, la ley señala como obligatorio que si se demuestra temeridad o mala fe en el ejercicio del amparo de tutela imputable al accionante cuya petición es rechazada o denegada, debe el juez adoptar los correctivos sancionatorios pertinentes previstos en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991. De esa forma, a partir del ejercicio de los mecanismos de participación ciudadana, de las acciones públicas de inconstitucionalidad, de las acciones de protección de los derechos fundamentales, o colectivos, y en realidad en el ejercicio de cualquier tipo de acción de carácter constitucional o legal, conforme a los criterios que desde el año de 1935 la Corte Suprema ha adoptado, y que a

---

<sup>272</sup> C.S.J. Casación, 25 de junio de 1942. Número 1986- Pág. 668.

<sup>273</sup> C..C. Sentencia T-122. Ref.: Expediente No. T- 83123. Peticionario: Daniel Espinosa Cuellar. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Cabonell. Santafé de Bogotá, D.C., a los veintidós (22) días del mes de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

<sup>274</sup> C.C.C.C. Sentencia. T- 630 de 1997.

partir de 1991 la Corte Constitucional remite, puede llegarse a la configuración del Abuso del Derecho.

En adelante se presentan algunos casos que dan cuenta de la configuración de tal teoría, al invocarse la Tutela, la acción pública de inconstitucionalidad.

**2.5.4.4. la invocación de la propia culpa.** El accionante abusa de sus derechos al incoar acciones pidiendo el amparo con fundamento en hechos originados en su propia culpa. El criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional, que se establece cuando se invoca el Derecho a la educación, establece que es deber de cumplimiento de las obligaciones administrativas y académicas por parte de los alumnos, en especial las relacionadas con los requisitos de matrícula y su formalización. Cuando existe una persistente inobservancia de los deberes del estudiante universitario, no es posible pretender que la acción de tutela valide la asistencia a clases y la presentación de exámenes, puesto que la situación irregular la ha generado el mismo interesado, quien se ha colocado en una posición desfavorable a sus intereses, no atribuible a una actuación arbitraria o irregular del establecimiento educativo<sup>275</sup>.

**2.5.4.5. Estados De Excepción.** Los estados de excepción deben operar solo en circunstancias excepcionales, y sólo se conciben como mecanismo transitorio e inevitable. Recurrir al Estado de Excepción con el propósito de solucionar problemas de crisis menores o de crisis meramente gubernamentales, no significa otra cosa que un abuso del derecho constitucional que pone en tela de juicio el Estado de

---

<sup>275</sup> C.C.C. Sentencia 544 de 2006. Ver también: Corte Constitucional. Sentencia C- 083 de 1995. No hay duda de que quien alega su propia culpa para derivar de ella algún beneficio, falta a la buena fe entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho, y los fines que persigue están amparados por éste.

Derecho. La noción de abuso del derecho hace alusión a ciertas situaciones en las cuales las normas jurídicas son aplicadas de tal manera que se desvirtúa el objetivo jurídico que persigue la norma, y esto es justamente lo que sucede cuando la norma del estado de excepción es aplicada estratégicamente para solucionar problemas sociales menores o problemas políticos<sup>276</sup>.

**2.5.4.6. Privación Consumo De Aguas.** La persona que en virtud de su poder jurídico o material, esté en condiciones de privar de agua a una entera comunidad o de sujetarla a acceder a una fuente de agua altamente contaminada y peligrosa para su salud y vida, se encuentra en una situación de supremacía y contra él pueden entablarse acciones de tutela si con sus acciones injustamente afecta o amenaza derechos fundamentales. En este orden de ideas, el sujeto titular de tamaño poder no puede obrar con la lógica absoluta de señor y dueño, pues junto a sus derechos derivados de la ley civil, se encuentra vinculado por el respeto de los derechos fundamentales<sup>277</sup>.

---

<sup>276</sup> C.C.C.. Sentencia. C – 556 de 1992.

<sup>277</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-375 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Ver también: Corte Constitucional. Sentencia. T 309 de 199. T-375 de 1996. La Corte abordó el tema concreto de la privación del consumo del agua a otros, y dijo, en lo pertinente: Queda, pues, claro que cuando ha habido un abuso de los derechos y, concretamente, si está de por medio un recurso natural vital y escaso, como es el agua, la acción de tutela es procedente, tal como en su oportunidad lo señalaron los jueces de instancia en esta tutela, por las razones allí aducidas que la Sala comparte, y a las que sólo agregará algunas consideraciones adicionales que estima pertinentes. En el presente caso, hay pruebas de que el demandado ha realizado unas obras en su predio, que, al decir de los demandantes, obstruyen el cauce natural de la quebrada de la cual durante muchos años se han beneficiado.

**2.5.4.7. Libertad De Cultos** En lo concerniente a las creencias y prácticas religiosas, la Corte Constitucional ha señalado que la Constitución Política, partiendo del respeto por la dignidad humana y por la singular expresión espiritual que ostenta cada persona como ejercicio libre de su conciencia, reconoce el derecho de los colombianos a practicar individual o colectivamente<sup>278</sup>, en privado o en público, los ritos y oraciones propios y singulares de cada culto y a manifestar libremente sus creencias religiosas, sin perturbación alguna por parte del Estado o los particulares en los términos de la Constitución y la Ley.<sup>279</sup>

Este derecho, denominado libertad de cultos, si bien implica entonces, la protección de tales expresiones por parte del Estado ante la injerencia indebida de otros<sup>280</sup>, se constituye a la luz del nuevo ordenamiento constitucional en una clara expresión del reconocimiento de la diversidad y en sí autonomía plena de que goza toda persona en la búsqueda del reconocimiento de su propia esencia, derecho que es protegido por parte de las autoridades, constituyéndose en esa medida en un derecho fundamental de aplicación inmediata como dispone el artículo 85 de la Carta Política. Pero, a pesar de tener jerarquía de derecho fundamental, conforme a las posturas de la relatividad de los derechos operantes en nuestro ordenamiento, no cuenta con atribuciones absolutas que le permitan desconocer o vulnerar con su ejercicio, otros derechos fundamentales igualmente protegidos. Al respecto, es claro que el derecho a la libertad de cultos, tiene como límites expresos, según dispone textualmente la Corte Constitucional, los “derechos de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguarda de la seguridad, de la salud, de la

---

<sup>278</sup> C.C.C. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-465 de 1994.

<sup>279</sup> C.C.C. Sentencia T-003 del 16 de enero de 1995.

<sup>280</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-606 DE 1996. José Gregorio Hernández Galindo. Ver también: Corte Constitucional. T – 172 de 1999.

moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en una sociedad democrática<sup>281</sup>.

Frente a ello tiene establecido la Corte Constitucional:

Tan censurable resulta la práctica del culto en términos irrazonables y exagerados, que impliquen perturbación al derecho a la intimidad de otros o a su libertad de conciencia, como la respuesta exacerbada de quienes sufren la invasión de su propia esfera individual o familiar pero, en vez de acudir a los mecanismos señalados por el ordenamiento jurídico, optan por las vías de hecho, persiguiendo o atacando de obra o de palabra a quien consideran agresor<sup>282</sup>.

---

<sup>281</sup> Ley 133 de 1994. Artículo 4º declarado exequible por la Corte mediante Sentencia C-088 de 1994. Ver. Corte Constitucional. T- 713 de 1996. MO: José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>282</sup> C.C.C. Sentencia.. T- 172 de 1999. Referencia: Expediente T-187147. Accionante: Alfredo Márquez Pacheco. Juzgado de origen: Juzgado Tercero Penal Municipal de Barranquilla. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).

**2.5.4.8. Demanda De Inconstitucionalidad** La acción pública de inconstitucionalidad, nacida en el año de 1910 en el ordenamiento jurídico colombiano se constituye desde esos tiempos en una acción que permite que cualquier ciudadano pueda participar directamente en el control de constitucionalidad de las leyes, decretos legislativos, decretos ordinarios y actos Administrativos a través de la presentación de demanda ante el Alto tribunal constitucional, el Consejo de Estado o Tribunales de Distrito Judicial. Así, el control de constitucionalidad puede ser ejercido por todos los ciudadanos colombianos, como manifestación clara del ejercicio de los derechos políticos, ante la Corte Constitucional, y el Consejo de Estado. El ejercicio de esos derechos políticos, en esa medida, asume un rango constitucional, que hace que incluso este tipo de derechos gocen de un plus. Pero como derecho de rango constitucional que es, resulta evidente que correlativamente todos los colombianos tienen el deber de no abusar de los derechos propios, y en el contexto en estudio, de la acción de recurrir ante la Alta Corte competente en control abstracto de constitucionalidad. Por esto, la presentación en dos oportunidades de idéntica demanda puede constituir un abuso del derecho a ejercer la acción pública de inconstitucionalidad, pues no sólo congestiona inútilmente al tribunal constitucional sino que además dilapida recursos públicos<sup>283</sup>.

---

<sup>283</sup> CC.C. Sentencia. C-159 de 2003. Actora: Nancy Susana Gómez Quiroz .Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynette. Bogotá. Veinticinco (25) de febrero de dos mil tres (2003).

### **3. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA.**

La aplicación de la doctrina del Abuso del Derecho en el Tribunal Superior de Bucaramanga, tomando como referente los pocos casos a los cuales se tuvo acceso, muestran que se ha mantenido sin ningún tipo de variación el mismo criterio jurisprudencial que la Corte Suprema de Justicia ha conservado por décadas. En estas providencias se destaca el papel que el Juez asume en la configuración de este tipo de normas, al ser el director del proceso, y sobre quien recae la autoridad de determinar todos aquellos eventos en los cuales se configura la doctrina en estudio. Para alcanzar tal fin, el juez realiza su estudio a partir de los hechos y pretensiones del accionante, buscando en el acervo probatorio en los elementos que configuran la doctrina invocada, como son el ejercicio abusivo de un derecho subjetivo, como el de demandar o denunciar, con intensión dañosa o con falta de diligencia y cuidado, es decir invocando los criterios ya expuestos de los cuales dio cuenta la Corte de Oro y el dominante criterio establecido por la Corte hasta la actualidad. Seguidamente, para el Tribunal de este Distrito Judicial, es importante junto con los elementos configurativos de la doctrina, establecer los elementos constitutivos de la responsabilidad civil extra contractual, como son el daño, la culpa y el nexo de causalidad, so pena de no prosperar las pretensiones de los accionantes por esta vía de la responsabilidad civil.

#### **3.1. ABUSO DEL DERECHO DE ACCIÓN**

Enrique Arango y Ninfa Castillo, instauraron demanda frente al Banco Granahorrar, hoy fusionado por absorción por el Banco BBVA, para que se le declarare que actuó de manera negligente, abusiva e irresponsable al continuar el

proceso ejecutivo que adelantaba en su contra el Juzgado Diecisiete Civil Municipal de Bucaramanga, que concluyó con el remate y la adjudicación del inmueble a un tercero, a pesar de haberse puesto al día en el cumplimiento de las cuotas atrasadas, conducta que les causó perjuicios materiales y morales, por \$ 50.000.000.

El análisis del Tribunal, en este caso deja establecido que el Banco, ante el incumplimiento en el pago de las cuotas de amortización por los demandantes inició en su contra proceso ejecutivo hipotecario, rematándose el inmueble gravado, para con su producto pagar en parte la obligación debida. Con ello, según el Tribunal, el acreedor no hizo sino ejercitar su derecho de acción, como fue aplicar la cláusula aceleratoria que había sido pactada entre los contratantes. Si bien los deudores y ejecutados, dice el Tribunal, lograron ponerse al día en el abono de la obligación a su cargo, ello no implicaba para el Banco acreedor la carga de pedir al despacho competente la terminación del proceso ejecutivo, “por la poderosa e incontrovertible razón a la que llegó en su providencia la Juez de primera instancia”, fundada en que como se había tornado exigible la totalidad de la deuda con arreglo al artículo 554 inciso 3º. del C.P.C., la cancelación de las cuotas en mora no le imponía a la parte ejecutante el deber de obrar de ese modo, máxime que no existía, según ese supuesto, norma sustantiva ni adjetiva que así lo consagrara y ordenara, a más de que los deudores no habían podido probar que supeditaran el pago de los instalamentos en mora a la finalización condicionada del proceso ejecutivo.

La parte demandante según las consideraciones del a que, no probó que la parte demandada en el caso actuara en forma negligente, abusiva e irresponsable, prevalida de su posición dominante, por el contrario, se determinó que se limitó a hacer uso del derecho de persecución judicial del inmueble hipotecado ante la

reiterada incursión en mora de sus deudores<sup>284</sup>. Es decir, que a pesar de haber recibido las cuotas atrasadas y ponerse al día en el cumplimiento de la obligación, no fue obstáculo para que el acreedor siguiera adelante con la ejecución, y se concluyera con el remate y la adjudicación del inmueble.

El caso en estudio permite ver, que la no configuración del Abuso del Derecho, obedeció a que los accionantes no pudieron demostrar los elementos configurativos de la doctrina, al no probar que el Banco había actuado en ejercicio de sus derechos subjetivos con intención dañina o con falta de diligencia y cuidado. Es importante destacar, que para la aplicación de este tipo de normas es imprescindible que se demuestre cualquiera de los criterios que la Corte tiene establecido, so pena de denegación de las pretensiones invocadas, como ocurrió en este caso, donde a pesar de que el Banco recibió las cuotas atrasadas siguió adelante con la ejecución. Sin que según el Tribunal de su actuación pueda deducirse algún uso abusivo del derecho que como acreedor tenía el Banco para perseguir y obtener el pago de la obligación, ello reforzado con el argumento que las partes tuvieron oportunidad para hacer valer su derecho en el proceso ejecutivo, pues en el proceso fueron asistidos por curador ad litem, pero concedores del proceso que se adelantaba en su contra, al punto que al practicar la medida de embargo y secuestro del inmueble uno de los demandantes atendió la diligencia, hecho que para el Tribunal es importante porque conocía el proceso, y no actuó en defensa de sus intereses.

---

<sup>284</sup> TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA. Sala Civil Familia. MP. José Mauricio Marín Mora. Sentencia 30 septiembre de 2008. Recurso apelación contra la sentencia de 29 de febrero de 2008 por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bucaramanga. Rad. 05801, Ordinario.

### 3.2. ABUSO DEL DERECHO DE DENUNCIAR.

La pretensión de los actores está encaminada a que se condene al Banco demandado al pago de los perjuicios materiales y morales irrogados a los demandantes con ocasión de la denuncia penal por el punible de Hurto, en Abuso del Derecho, que formuló, Carlos Hame Neira, Gerente del Banco de Occidente, sucursal Avenida El Libertador, en contra de los demandantes ante la Fiscalía General de la Nación.

El Tribunal determinó la inexistencia del “Abuso del Derecho” del acto de la denuncia penal formulada por el Banco contra “indeterminados”, ello debido a que según las consideraciones probatorias que obraron durante la primera instancia, a ciencia cierta no dejaban duda, según el sentir del *a quem*, que fue un acto serio, fundamentado en el derecho que tiene toda persona de recurrir al aparato de Estado en busca de la protección de los bienes jurídicos tutelados. Con ello según el Tribunal, solo se da:

“cumplimiento al deber público y social, universal y legislativamente aceptado, de noticiar al Estado de los hechos que se estiman punibles para que promueva, desarrolle y concluya la investigación y el proceso penal correspondiente, para establecerlos e imponer a los responsables las sanciones pertinentes<sup>285</sup>”.

En parte alguna del expediente aparece demostrado, según las consideraciones del Tribunal que la denuncia formulada por el Banco contra desconocidos y que

---

<sup>285</sup> TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA. Sala Civil Familia. MP. José Mauricio Marín Mora. Sentencia 30 septiembre de 2008. Recurso apelación contra la sentencia de 29 de febrero de 2008 por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bucaramanga. Rad. 05801, Ordinario.

resultó vinculando a los demandantes obedeció a temeridad del denunciante, o que los funcionarios penales, al precluir la investigación, hubieran concluido que al interponer la noticia *criminis*, el Banco obró con indiscutida imprudencia o negligencia, o de mala fe.

Tan seria fue la denuncia penal cuestionada que la Fiscalía General, según el Tribunal, después de adelantar las pesquisas que consideró oportunas decidió vincular a la investigación mediante indagatoria a los demandantes e imponerles medida de aseguramiento consistente en caución como presuntos responsables del delito de hurto. Obviamente, el acto de la denuncia no deja de ser responsable y lícito, por el hecho de haber concluido la investigación penal con preclusión.

El Tribunal adicionalmente de haber descartado probatoriamente la improcedencia de la configuración del Abuso del Derecho, por el supuesto ejercicio abusivo del derecho subjetivo de denunciar, por haberse comprobado que plenamente le asistía razón al denunciante al recurrir ante las autoridades competentes para que se investigarán los atentados que contra su patrimonio se venían presentando, fundamentó su fallo con la tradicional doctrina que de vieja data la Jurisprudencia de la Corte Suprema ha aceptado, especialmente en las sentencias que trae a colación el Tribunal del año 1988 y 2000, hecho con el cual se pone de presente que en esta materia el Tribunal Superior de Bucaramanga sigue al pie de la letra el criterio Jurisprudencial que la Corte Suprema ha consolidado. De ello dijo el Tribunal:

“en principio, la formulación de una denuncia por hechos presuntamente delictuosos, traduce el cumplimiento de un deber público y social, universal y legislativamente aceptado, de notificar al estado de tales hechos para que promueva, desarrolle y concluya la investigación y proceso penal correspondiente, para establecerlos e imponer a los responsables las sanciones

pertinentes(con la reparación de los perjuicios del caso), razón por la cual su ejercicio se considera responsable y lícito, y no deja de serlo por la abstención de la apertura o conclusión del proceso por el sobreseimiento o absolución de la persona denunciada, quien por consiguiente, carece de derecho a reclamar resarcimiento de los perjuicios sufridos” a menos; claro está, que la persona vinculada en forma arbitraria e injusta a un proceso penal como consecuencia de una noticia criminal o de una denuncia temeraria, demuestre “plenamente los elementos de la responsabilidad civil del acto o actos abusivos imputables al denunciante, los daños ocasionados al denunciado y la relación de causalidad directa entre ellos, so pena, en caso contrario, de quedar el denunciante como arriba se dijo, amparado por la ley y exonerado de toda responsabilidad civil.” (Sentencia 13 de octubre de 1988, y 23 de junio de 2000)<sup>286</sup>.

Así bien, la doctrina predominante de la Corte Suprema de Justicia, y reproducida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, deja claramente establecido que el resultado favorable al denunciado no basta para deducirle ningún tipo de responsabilidad al denunciante. Es preciso y esencial que para que se configure la doctrina del Abuso, se demuestre en primera medida los elementos que desde la década de los años treinta del siglo pasado se han impuesto en la jurisprudencia, como son la intención dañina con que se obró o la negligencia o imprudencia que se observó, así como el daño y la relación causal.

---

<sup>286</sup> Ibíd.

### **3.3. ABUSO DEL DERECHO DE LITIGAR.**

En sentencia de 6 de marzo de 2000, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga Sala Civil Familia, dentro del proceso promovido por Carlos Enrique Gamarra Murillo, Elberto Gamarra Murillo, Pedro Nel Gamarra Murillo María Emilse Gutierrez de Gamarra contra el Banco Nacional del Comercio – antes Banco de Caldas, el Tribunal negó las pretensiones que por Abuso del Derecho de Litigar intentaban los accionantes.

Los demandantes pretendieron la declaración de responsabilidad civil de la demandada, por actuar en forma dolosa, con culpa grave, temeridad, mala fe, con notorios abusos del derecho a litigar y de su posición dominante, al llenar unos pagares, y adelantar proceso ejecutivo para su cobro y celebrar el contrato de transacción, fuente del instrumento girado por la suma de \$63'581.288. Solicitaron perjuicios morales hasta por 1.000 gramos oro y \$200.000.000 de pesos en calidad de perjuicios moratorios.

La sentencia del Tribunal estableció que no hubo abuso del derecho por parte del Banco demandado, porque del acervo probatorio el Tribunal estableció claramente que Carlos Gamarra expresamente pidió refinanciación de sus obligaciones y en ella involucró la partida de \$40.000.000 derivada de la aceptación bancaria. Para el Tribunal es claro que no les asiste ningún razón a los demandan, toda vez que lo debatido se circunscribe dentro del marco de la autonomía negocial de las partes.

Según el Tribunal no hubo abuso del derecho ni de la posición dominante, porque el propio deudor Carlos Enrique Gamarra Murillo fue quien tomó la iniciativa para que las deudas fueran negociadas, para allí incluir las originadas en las aceptaciones bancarias de \$40.000.000 y \$14.500.000 respectivamente, “que en

lenguaje suplicante pidió plazos, anticipó su gratitud para el caso de que su ruego fuera respondido positivamente por el banco y ofreció a otros como garantes”.

El caso llegó vía casación a la Corte Suprema, donde se reafirmó las consideraciones del Tribunal de negar la existencia del Abuso del Derecho. El cargo según la Corte Suprema no ofrece idoneidad suficiente para fundar un despacho que pueda socavar la sentencia. No hubo abuso del derecho porque Carlos Gamarra Murillo espontáneamente clamó por una nueva negociación de sus deudas, incluyendo algunas que podían ser ajenas, y ofreció el respaldo de los demás demandantes y tal es el origen del pagaré fuente del reclamo, suscrito como se dijo, por Gamarra y los demás demandantes, traídos por este como garantes<sup>287</sup>.

---

<sup>287</sup> C.S.J. Magistrado Ponente. Edgardo Villamil Portilla. Bogotá D. C., doce de enero de dos mil cinco. Ref. Exp. No. 21031. Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga Sala Civil Familia, decisión epílogo del proceso promovido por Carlos Enrique Gamarra Murillo, Elberto Gamarra Murillo, Pedro Nel Gamarra Murillo y María Emilse Gutiérrez de Gamarra contra el Banco Nacional del Comercio – antes Banco de Caldas -.

## CONCLUSIÓN

La Teoría del Abuso del Derecho objeto de la presente investigación, primordialmente estuvo encaminada en la búsqueda de los criterios que la Corte utilizó para la configuración de tal doctrina. Para ello, se tuvo en cuenta el desarrollo Jurisprudencial dado a la figura por parte de la Corte Suprema de Justicia a partir del año de 1935 hasta las actuales sentencias en el año 2009. Adicionalmente se quiso determinar los eventos en los cuales puede configurarse la Teoría del Abuso, indagando el papel que el juez juega en tal configuración.

En esencia, las conclusiones a las que se llegó pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1. Los Principios Generales del Derecho, son un tipo de norma que, como bien lo estableció la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, desde sus primeros fallos en el año de 1935 hasta nuestros días, se caracteriza por su alto grado de abstracción, o si se quiere indeterminación, o falta de concreción, o siendo más claro aún, este tipo de norma no reúne los presupuestos de las reglas tradicionales como la ley, las cuales tienen un supuesto de hecho y una consecuencia. En esa medida la consagración de los Principios, no ofrecen con antelación los casos en los que son aplicables. Por esta razón suelen calificarse de normas abiertas, para distinguirlas de las reglas legales llamadas cerradas, en las que sí es posible fijar directamente los supuestos de hecho.

Teniendo en cuenta estos supuestos, se determinó que el gran aporte de la Corte Suprema a partir del año de 1935, fue el haberle dado aplicación o concreción a este tipo de normas, con fundamento en el artículo 8º de la ley 153 de 1887. La posición asumida por la Corte Suprema, significó la adopción de esta categoría

normativa como fuente a la cual puede recurrir el intérprete judicial, toda vez que no exista ley aplicable al caso. Hecho con el que se pone de presente una vez más, que cuando una persona recurre a la administración de justicia para resolver una situación litigiosa, su pretensión no puede quedar en la indeterminación debido a la oscuridad o falta de una norma expresa aplicable al caso.

La importancia de la incorporación de los principios generales que se puede derivar para el ordenamiento jurídico nacional, radica fundamentalmente en el reconocimiento explícito de que un sistema jurídico está compuesto por diversas fuentes a las cuales puede recurrir el juez a la hora de administrar justicia, no siendo solo las reglas, la ley, la única fuente con la cual cuenta el operador jurídico en su actividad.

4. El criterio que la Corte suprema ha mantenido hasta hoy día es que los derechos subjetivos son relativos y, que estos derechos de los cuales se encuentra investida una persona tienen una misión social y económica que cumplir, y una finalidad que le es propia, cuya utilización en contrario implica un abuso que genera responsabilidad civil o el deber de resarcir los perjuicios que con dicha actuación se causen. Es decir que a partir de los fallos de 1935 y hasta los últimos pronunciados por la Corte en 2009, se ha mantenido incólume el criterio jurisprudencial que establece que los derechos individuales no son absolutos sino relativos, hecho que representa que cada persona tiene la responsabilidad en el ejercicio de sus derechos de no abusar de ellos, toda vez que las decisiones humanas no repercuten exclusivamente en la órbita personal del individuo sino que afectan, de manera directa o indirecta, el espectro jurídico de los demás.

3. El reconocimiento del Abuso del Derecho como principio y por ende como fuente generadora de acción para hacer exigible el resarcimiento de perjuicios, dejó establecido que los derechos consagrados en las reglas, no pueden ser ejercidos ilimitadamente, ya sea en su goce, uso, o en su disposición, porque

quienes abusen de ellos en detrimento de los intereses de los demás deben responder por su conducta, es decir que perfectamente queda consagrada la relatividad del ejercicio de los derechos subjetivos, no siendo posible desviarlos del fin para el cual han sido consagrados.

4. El juez a la luz de la inclusión y aceptación de los Principios y por ende del Abuso del Derecho como norma vinculante, desde los primeros fallos hasta hoy en día, tiene la obligación constitucional y legal de resolver todos los litigios que a su despacho llegan, con fundamento en las normas que conforman el ordenamiento jurídico nacional. En torno al Abuso, el Juez debe determinar en cada caso los eventos configurativos de la doctrina en estudio, para ello, éste tiene como fundamento la jurisprudencia que la Corte Suprema empezó a desarrollar a partir de 1935 y que hoy en día tiene exactamente los mismos elementos configurativos.

5. La Corte Suprema, desde sus primeros fallos en la década del treinta del siglo pasado, y después de su profundo estudio, a nivel comparativo de la doctrina, de las legislaciones que la adoptaron, y de la fundamentación histórica esbozada, finalmente terminó aceptando que en el ejercicio de un derecho subjetivo, se pueden establecer cuatro criterios para buscar los elementos constitutivos del abuso del derecho, categorías que analizado el desarrollo jurisprudencial realizado por la Corte Suprema desde agosto de 1935, fueron las que lograron consolidarse en nuestro medio.

- El Intencional de Ripert o sea cuando se ejercita un derecho con intención de perjudicar a otro: Se basa en los supuestos sobre la apreciación de la intención de perjudicar al ejercerse el derecho subjetivo.
- El Técnico que patrocinan los hermanos Mazeaud, que acusa falta en la ejecución o ejercicio del derecho: El abuso del derecho, según esta postura doctrinal se constituyó, según la doctrina sentada por la Corte como una especie particular de la culpa aquiliana, en la cual se puede ir desde la

culpa más grave, equivalente al dolo, en que el agente procede movido por la intención de causar daño, *animus nocendi*, hasta el daño ocasionado por simple negligencia o imprudencia no intencionada.

- El Económico o sea la ausencia del interés legítimo y serio: El abuso consiste, en esa medida, en que el ejercicio del derecho subjetivo se exceda o se desvíe de las finalidades que económica y socialmente corresponden.
- El Social, Funcional o Finalista de Josserand o sea desviación del derecho de su función social: Los derechos según este criterio, son dados para la sociedad, a la cual sirven, más que al individuo, por lo tanto no son absolutos sino relativos, deben ejercitarse dentro del plano de la respectiva institución, conforme al espíritu que los inspira, no siendo lícito imprimirles una falsa dirección sin abusar de ellos, con lo cual el titular compromete su responsabilidad hacia la víctima de esa desviación.

6. El actual criterio jurisprudencial, 2009, sigue sosteniendo que los derechos deben ejercerse de conformidad con los fines que les son propios, siendo definidos por la función específica que les corresponde y en razón de los cuales son tutelados por el derecho objetivo, y donde el Abuso, puede manifestarse de manera subjetiva - cuando existe en el agente la definida intención de agraviar un interés ajeno, o no le asiste un fin serio y legítimo en su proceder- o bajo forma objetiva cuando la lesión proviene del exceso o anormalidad en el ejercicio de determinada facultad, vista la finalidad para la cual fue esta última incorporada y reconocida en el ordenamiento positivo.

7. El criterio que la Corte Suprema ha mantenido hasta hoy día es que los derechos subjetivos son relativos y, que estos derechos de los cuales se encuentra investida una persona tienen una misión social y económica que cumplir, y una finalidad que le es propia, cuya utilización en contrario implica un abuso que genera responsabilidad civil o el deber de resarcir los perjuicios que con dicha actuación se causen. Estos

criterios como se decía fueron reiterados en jurisprudencia de 1995, siguiendo los lineamientos que la Corte a partir de 1935 estableció.

8. Para la Corte Constitucional se abusa de un derecho constitucional propio cuando su titular hace de él un uso inapropiado e irrazonable a la luz de su contenido esencial y de sus fines. El abuso es patente cuando injustificadamente afecta otros derechos y, también, cuando su utilización desborda los límites materiales que el ordenamiento impone a la expansión natural del derecho, independientemente de que se produzca en este caso un daño a terceros.

9. La aplicación de la teoría del Abuso del Derecho, puede presentarse en cualquier área del derecho. En el presente trabajo, quedó establecido que la Corte aplicó tal doctrina en:

- En el Abuso en el derecho de litigar.
- Excesos en los embargos y secuestros.
- El Abuso del Derecho de denunciar.
- Abuso en el poder de negociación.
- Revocación de mandato.
- Contratos cláusulas abusivas.
- Abuso en el ejercicio de los Derechos Fundamentales.

10. La aplicación de la Teoría del Abuso delo Derecho por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, siguió exactamente el mismo criterio que la Corte Suprema de Justicia ha adoptado, y en eventos como el Abuso de litigar y el derecho de denunciar.

## BIBLIOGRAFIA

AGUILÓ, Regla. Josep. Teoría General de las Fuentes del Derecho. Barcelona, Ariel, 2000.

ATIENZA, Manuel. RUIZ, Manero, Juan. Ilícitos Atípicos. Madrid. Trotta, 2000.

CONDORELLI, Epifanio. El Abuso del Derecho. Buenos Aires, Editora Platense, 1971.

CUBIDES, Camacho. Jorge. Obligaciones. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

DUEÑAS Rivas. Oscar José. Hermenéutica Jurídica, 2ª. Edición. Bogotá, Facultad Jurisprudencia Universidad del Rosario.

HERNÁNDEZ, Velasco. Héctor Elías. La Pena de Muerte en Colombia. 1821-1886. Bucaramanga, SIC editores, 2008.

JOSSERAND, Louis. Teoría de las Obligaciones. Bogotá, Leyer. Ver también: Gaceta Judicial. Bogotá, Tomo XLVI, Junio de 1939, Número 1939.

JIMENÉZ. Cano. Roberto Marino. Los Principios Generales del Derecho. Especial Consideración en el Derecho Español: Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 3, 1999 de 2000.

LÓPEZ. Medina, Diego Eduardo. Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica Latinoamericana. Bogotá, Legis, 2002.

----- La letra y el espíritu de la ley. Bogotá, Universidad de los Andes, 2008.

MAUZEAUD. "Derecho Civil", Parte primera, Vol. I. Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959.

ORTEGA, Torres. Jorge. Código Civil. Bogotá, Editorial Temis, 1973.

OSPINA, Fernández. Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Bogotá, Temis, 2008.

PÉREZ, Bermejo. Juan Manuel. Coherencia y Sistema Jurídico. Madrid, Editorial Marcial Pons, 2006.

PÉREZ. Vives. Álvaro. Teoría General de las Obligaciones. Volumen II. Parte Primera. Bogotá, Temis, 1968.

PLANIOL, Marcel. Ripert, Georges. Las Obligaciones Civiles. Bogotá, Leyer.

RODRIGUEZ, César. (Estudio Preliminar). La decisión Judicial. El debate Hart – Dworkin. Bogotá siglo Hombre editores. Universidad Andes, 2008.

SANTOS, Ballesteros. Jorge. Instituciones de Responsabilidad Civil. Bogotá, Pontificia universidad Javeriana, 2006.

TAMAYO, Lombana. Alberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual y la Contractual. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2005.

----- Manual de Obligaciones. Bogotá, Doctrina y Ley. 2008.

WARAT. Luis Alberto. Abuso del Derecho y Lagunas de la Ley. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969.

## FUENTES

### **GACETA JUDICIAL. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**

Sentencia 1899. Mayo 20 No. 733 y 734. Año. XV,

Sentencia. 1927. Mayo. T. 34.

Sentencia. 1935. Mayo. Número. 1901- 1902. Tomo. XLII.

Sentencia. 1935. Julio 15.

Sentencia. 1935. 19 de agosto. Tomo XLII.

Sentencia. 1935. Septiembre. Tomo. XLII.

Sentencia. 1935. Octubre 30. XLIII.

Sentencia. 1936. marzo 10. Tomo XLII, Número 1899.

Sentencia. 1936. 20 de mayo. XLIII.

Sentencia. 1936. 29 de mayo. Tomo XLIV.

Sentencia. 1936. Agosto. Tomo. XLIII, Números. 1907 y 1908. MP: Antonio Rocha.

Sentencia. 1936. 19 septiembre. Tomo XLV. No. 1918 y 1919.

Sentencia. 1936. 29 de octubre. Tomo XLIV.

Sentencia. 1936. Diciembre. Número 1903. Tomo, XLIIIP.

Sentencia. 1937. Agosto 5. No. 1927.

Sentencia. 1938. 21 de febrero Tomo. XLVI.

Sentencia. 1938. Mayo. Tomo XLIV.

Sentencia. 1938. Agosto 24, XLVII.

Sentencia. 1938. Agosto 19. Tomo. XLVII.

Sentencia. 1938. Septiembre. Tomo. XLVII, Número 1940.

Sentencia. 1939. 24 de marzo. Tomo. XLVII.

Sentencia. 1939. 27 de marzo de 1939, XLVII.

Sentencia. 1939. Junio. Tomo. XLVI.

Sentencia. 1939. Octubre 5, Tomo. XLVIII.

Sentencia. 1939, Diciembre. Número, 1946, Tomo XLVII.

Sentencia. 1939. Septiembre / Octubre. Número. 1950, Tomo. XLVIII. MP: Juan Francisco Mújica.

Sentencia. 1940. 4 de abril. Tomo XLIX. 214 y 215.

Sentencia. 1941. Abril 23. Tomo. LI.

Sentencia. 1941. Agosto. Tomo. LII.

Sentencia. 1941. Tomo, LI, No. 1971 Y 1972, Mayo 19.

Sentencia. 1942. Mayo 27. Tomo LV.

Sentencia. 1942. Junio 22. Número 1986.

Sentencia. 1942. No. 1976, Tomo, LI.

Sentencia 1942. 23 de octubre. Tomo LIV bis. Números. 207-209.

Sentencia. 1942. Marzo 3. Tomo. LIII.

Sentencia. 1942. 25 de marzo. Tomo LIII.

Sentencia. 1942. Noviembre. Tomo. LIV bis.

Sentencia. 1943. Enero- Marzo. Número.1993 a 1995.

Sentencia. 1943. Junio 22. N° 1998.

Sentencia. 1943. Agosto 12. N° 2.001.

Sentencia. 1943. Diciembre 13. Tomo. LVI.

Sentencia. 1944. Marzo 7. Tomo. LVII.

Sentencia. 1944. Abril. Tomo LVII. No. 2006 – 2009.

Sentencia.1945. Septiembre 26.Tomo. LIX.

Sentencia. 1947. Tomo LVII. No. 2015.

Sentencia. 1948. Enero. Tomo LIV- BIS. MP: Hernán Salamanca.

Sentencia. 1952. Diciembre 4. Tomo. LXXIII.

Sentencia. 1954. Agosto 31. Tomo. LXXVIII.

Sentencia. 1953. Agosto. Número. 2133. Tomo: LXXV.

Sentencia. 1955. Mayo – Junio 1955 Tomo. LXXX. No. 2155

Sentencia. 1956. Marzo – Abril. Tomo. LXXXII No. 2165 Y 2166.

Sentencia. 1958. 9 de junio de 1971.

Sentencia. 1958. 23 de junio. Tomo LXXXVIII.

Sentencia. 1958. 26 de marzo.

Sentencia. 1963. 25 de mayo. Vol. XXXVIII. Números 223-223-.

Sentencia. 1964. Mayo 27. Tomo. CVII. Números. 234 y 235.

Sentencia. 1969. Noviembre 21. Tomo. CXXXII.

Sentencia. 1973. Octubre 11. Tomo. CXLVII.

Sentencia. 1977. Octubre 1. Tomo. CLV, primera parte No. 2398.

## **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

Corte Suprema de Justicia. –Sala de Casación Civil. –Bogotá, septiembre veintiocho de mil novecientos cincuenta y tres. Magistrado Ponente:

C.S.J. Sentencia. Casación Civil 2 de diciembre de 1993. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente. Edgardo Villamil Potilla. Bogotá D. C., catorce de febrero de dos mil cinco. Ref. Exp. No. 12073. Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 21 de octubre de 1999, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, como epílogo del proceso ordinario promovido por Juvenal Cifuentes Peñalosa contra la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia. Cas. Civ. de 19 de octubre de 1994, Exp. No. 3972). C.S.J. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente. Edgardo Villamil Portilla. Bogotá, D.C., veintidós de abril de dos mil nueve (*Discutido y aprobado en sesión de 25 de agosto de 2008*). Ref.: Exp. No. 11001-31-03-026-2000-00624-01. Se decide el recurso de casación interpuesto por Mirtha Fabiola Céspedes Espitia y Luz Marina Roa de Romero contra la sentencia proferida el 12 de enero de 2007 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, que puso fin a la acción de grupo promovida por las recurrentes contra el Banco Santander S.A.

C.S.J. Magistrado Ponente: Pedro Lafont Pianetta. Santafé de Bogotá D.C., agosto dos (2) de mil novecientos noventa y cinco (1995). Referencia: Expediente No. 4159. Sentencia de 2 de diciembre de 1993, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga -Sala Civil-, el 28 de agosto de 1992, de apelación

interpuesto por la parte demandante contra el fallo dictado el 2 de marzo de 1992 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Zapatoca (Santander), en el proceso ordinario promovido por Carlomack. Ltda. Contra el Banco Popular.

C. S. J. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Pedro Lafont Pianetta. Santafé de Bogotá, D.C. treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).Referencia: Expediente No. 4701 . Casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín -Sala Civil-, el 30 de agosto de 1993, en el proceso ordinario iniciado por la Sociedad Distrimora Ltda. Contra la empresa Shell Colombia S.A.

C.S.J. Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).Referencia: Expediente No. 4909. Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 30 de noviembre de 1993 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá en este proceso ordinario de responsabilidad civil extracontractual.

C.S.J. Sala de Casación Civil y Agraria. MP: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Veintitrés (23) de junio de dos mil (2000). Referencia: Expediente No. 5464.Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por Marley Moreno. Contra la sentencia proferida el 21 de febrero de 1995 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar.

C.S.J Sala Casación Civil y Agraria. MP. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. Nueve (9) de agosto de dos mil (2000).Ref. Expediente 5372. Despacha la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 15 de junio de 1994, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario adelantado por Condominio la Aldea del Sol. Ltda. Contra Banco Central Hipotecario.

C.S.J. Casación del 9 de agosto de 2000. Magistrado Ponente: Jorge Castillo Rúgeles. Bogotá Distrito Capital, primero (1) de agosto de dos mil uno (2001). Rad. Expediente 5875. Recurso extraordinario de casación que la parte demandada interpusiera contra la sentencia proferida el 30 de junio de 1995, por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, dentro del proceso ordinario adelantado por César Enrique Durango Galeano, y Otros.

C.S.J. Magistrado Ponente. José Fernando Ramírez Gómez. Bogotá, D. C., siete (7) de noviembre de dos mil (2000). Referencia: Expediente No. 5476. Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante Edmundo Castro Escamilla. Contra la sentencia de 15 de febrero de 1995, pronunciada por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para ponerle fin, en segunda instancia, al proceso Ordinario promovido por el recurrente contra el Banco Ganadero.

C.S.J. Tomo CXCII, Segundo Semestre de 1988.. Magistrado Ponente: Carlos Jaramillo. Santa Fe de Bogotá, D. C., veintitrés (23) de junio de dos mil (2000). Referencia : Expediente No. 5464. Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por Marlene Yolanda Moreno, contra la sentencia proferida el 21 de febrero de 1995 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, en el proceso ordinario promovido por la recurrente contra el Banco Ganadero.

C.S.J. Magistrado Ponente: Jorge Castillo Rugeles. Bogotá, nueve (9) de agosto de dos mil (2000). Ref. Expediente 5372. Despacha la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 15 de junio de 1994, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario adelantado por Condominio Aldea del Sol, contra BCH. Ver también:

C.S.J. Magistrado Ponente. José Fernando Ramírez Gómez. Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil uno (2001). Referencia: Expediente No.

5876. Decídase el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 12 de septiembre de 1995 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, dentro del proceso ordinario propuesto por Pedro Muvdi Aranguena contra Juan de Dios Mejía Sampedro.

CS.J. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Dr. Manuel Ardila\_Velásquez. Bogotá D.C., catorce (14) de febrero de dos mil uno (2001).Ref: Expediente\_No. 5976. Pasa a decidirse el recurso de casación interpuesto por la actora contra la sentencia de 26 de octubre de 1995, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta – Sala Civil- dentro de este proceso ordinario de Rudys María Palencia Ramos contra Puertos de Colombia - Terminal Marítimo de Santa Marta.

C.S.J. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Manuel Ardila\_Velásquez. Bogotá D. C., veintiuno (21) de mayo de dos mil dos (2002). Ref: Expediente\_No. 7061. casación formulado por Jorge Luis Benedetti Gómez contra la sentencia de 21 de agosto de 1997, proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el proceso ordinario del Banco Central Hipotecario contra la Organización Benedetti Tovar y Cía Ltda.

C.S.J. Casación 2 de febrero de 2005. C.S.J. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente. Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil siete (2007). Ref.: Casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 9 de junio de 2004, por la Sala Civil – Familia y Agraria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, dentro del proceso ordinario promovido por Trinidad Valero y Otros.

C.S.J. Sentencia 079 de 17 de septiembre de 1998. Expediente No. 5096. Ver también: CS.J. Sentencia 27 de enero de 2005. Expediente 7653. MP: Edgardo Villamil Portilla. CS.J. Sentencia de 3 de diciembre de 2002, pronunciada por la

Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, dentro del proceso ordinario instaurado por Amalia Cecilia Ucrós de García frente a la Aseguradora Colseguros S. A .

CS.J. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente. Edgardo Villamil Portilla. Bogotá D. C., catorce de febrero de dos mil cinco. Ref. Exp. No. 12073. Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 21 de octubre de 1999, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, como epílogo del proceso ordinario promovido por Juvenal Cifuentes Peñalosa contra la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero. Ver otros fallos que actualmente abordan la aplicación de la Teoría del Abuso del Derecho de Litig.

C.S.J. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Manuel Ardila\_Velásquez. Bogotá, veintitrés (23) de mayo de dos mil dos (2002). Impugnación formulada por Jorge Alberto Giraldo Gaviria, Martha María Pedraza Isaacs y Gaviria & Cia. Ltda. contra el fallo de 10 de abril de 2002, proferido por el tribunal superior del distrito judicial de Bogotá —sala civil—, en el trámite de tutela promovida por tales personas contra el juzgado 8º civil del circuito de la misma ciudad.

C.S.JC. CESAR Julio Copete Valencia.. Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil cinco (2005). Referencia: Expediente número 00225-01. Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 3 de diciembre de 2002, proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, dentro del proceso ordinario promovido por Amalia Cecilia Ucrós de García frente a la Aseguradora Colseguros S. A.).

C.S.J. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Silvio Fernando Trejos. Bogotá, D. C., tres (3) de junio de dos mil cinco (2005). Referencia: Expediente No.00040-01. Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte

demandante contra la sentencia de 29 de julio de 2002, proferida por la Sala Civil-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán dentro del proceso ordinario promovido por Álvaro de Jesús Urbano Rojas contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

C.S.J. Casación 27 de enero de 2005. MP: Edgardo Villamil Portilla. Sentencia. Enero 27 de 2005, Ref Exp: 7653. C.S.J. Magistrado Ponente: Edgardo Villamil Portilla. Bogotá, 14 de marzo de 2006. Ref Expediente. 76001-3103-006-199613977-01. Recurso de Casación, Sala Civil del Tribunal del Distrito Judicial de Cali, demandante: Edgar Javier Navia Estrada contra Luis Fernando Uribe Cock.

CS.J. Magistrado Ponente: Silvio Fernando Trejos. Bogotá, tres (3) de junio de dos mil cinco (2005).Referencia: Expediente No.00040-01.Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 29 de julio de 2002, proferida por la Sala Civil-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán dentro del proceso ordinario promovido por Álvaro de Jesús Urbano Rojas contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

C.S.J. Magistrado Ponente: Silvio Fernando Trejos Bueno. Seis (6) de julio de dos mil cinco (2005).Referencia: Expediente No. 0243-01.Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por los demandantes contra la sentencia de 20 de abril de 2001 proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario promovido por Gabriel Bernardo Isaza Jaramillo contra la sociedad El Colombiano Limitada y Cía. S. C. A.

C.S.J. Magistrado Ponente. Edgardo Villamil Portilla. Bogotá D. C., doce de enero de dos mil cinco. Ref. Exp. No. 21031. Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga Sala Civil Familia, decisión epílogo

del proceso promovido por Carlos Enrique Gamarra Murillo, Elberto Gamarra Murillo, Pedro Nel Gamarra Murillo y María Emilse Gutiérrez de Gamarra contra el Banco Nacional del Comercio – antes Banco de Caldas .

C.S.J. Magistrada Ponente Ruth Marina Díaz Rueda .Bogotá, D. C., veintiséis (26) de junio de dos mil siete (2007). Ref: Exp. No. 20001-31-03-002-2002-00046-01. Casación interpuesto por la parte demandante frente a la sentencia de 6 de abril de 2006, proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar dentro del proceso ordinario promovido por José Elías Rochell Jalilie contra el municipio de Astrea, Cesar.

C.S.J. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente. Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil siete (2007). Ref.: Casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 9 de junio de 2004, por la Sala Civil – Familia y Agraria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, dentro del proceso ordinario promovido por Trinidad Valeroy otros.

C.S.J. Magistrado. Ponente: Arturo Solarte Rodríguez. Bogotá, D. C., veintitrés (23) de julio de dos mil ocho (2008).Ref: 41001-3103-004-2003-00063-01.Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la sociedad Inversiones la Espiga Limitada, respecto de la sentencia proferida el 7 de noviembre de 2006, por la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

C.S.J. Magistrado Ponente. Edgardo Villamil Portilla. Bogotá D. C., doce de enero de dos mil cinco. Ref. Exp. No. 21031. Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga Sala Civil Familia, decisión epílogo

del proceso promovido por Carlos Enrique Gamarra Murillo, Elberto Gamarra Murillo, Pedro Nel Gamarra Murillo y María Emilse Gutiérrez de Gamarra contra el Banco Nacional del Comercio – antes Banco de Caldas -.

## **CORTE CONSTITUCIONAL.**

C.C.C. Sentencia T- 406 de 1992. MP: Ciro Angarita Barón. Accionante: José Manuel Rodríguez.

C.C.C. Sentencia. T- 427 de 1992. Magistrado Ponente Doctor Alejandro Martínez Caballero.

C.C.C. Sentencia No. C-104 de 1993. Actora: Rocío Mercedes Araujo Oñate. Magistrado Sustanciador: Alejandro Martínez Caballero. Santa Fe de Bogotá, D.C., marzo once (11) de mil novecientos noventa y tres (1993).

C.C.C. Sentencia C-355 de 1994. Demanda de Inconstitucionalidad contra los artículos 50 y 51 (parciales) de la Ley 35 de 1989, "sobre la ética del odontólogo colombiano". MP: Antonio Barrera Carbonell. Actor: Ester Elena Mercado. Bogotá, once (11) de agosto de 1994.

C.C.C. Sentencia No. C-009 de 1994. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Norma Acusada, Artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo. Actor. Jorge Luis Pabón. Santafé de Bogotá, D.C. 20 de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

CC.C. sentencia. C-544 de 1º de diciembre de 1994, Magistrado ponente, doctor Jorge Arango Mejía.

Corte mediante Sentencia C-088 de 1994. Ver. Corte Constitucional. T- 713 de 1996. MO: José Gregorio Hernández Galindo.

C.C.C. Sentencia No. T-199 de 1995. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

C.C.C. Sentencia No. T-090 de 1995. Ref.: Expediente No. T-49449. Acción de tutela en contra del Registrador Municipal de Buenavista- Córdoba, por su negativa a expedir un certificado válido del registro civil de la accionante. Actor: Enadis Estela Espinosa Casarrubia.

C.C.C. Sentencia. C – 830 de 1995. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 8° de la ley 153 de 1887. Demandante: Pablo Antonio Bustos Sánchez. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

C.C.C. Sentencia. T- 713 DE 1996. Referencia: Expediente T-107269. Acción de tutela instaurada por Abelardo Antonio Porras contra el Delegado para la Protección y Vigilancia del Medio Ambiente y el Espacio Público de Palmira y algunos particulares. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

C. C.C. Sentencia T-122 de 1996. Ref. Expediente No. T- 83123. Peticionario: Daniel Espinosa Cuellar. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Cabonell. Santafé de Bogotá, D.C., a los veintidós (22) días del mes de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Corte Constitucional. Sentencia T-375 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

C.C.C. Sentencia C-475 de 1997. Referencia: Expediente D-1630. Actores: Roberto Lobelo Villamizar Y Manuel Fernando Moya Vargas. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 139 (parcial), 321 (parcial) y 324 (parcial) del Decreto 2700 de 1991.

C.C.C. Sentencia. T- 630 de 1997. Ver también: Corte Constitucional. Sentencia T-017 del 30 de enero de 1995. Sentencia. No. T-199 de 1995. MP: José Gregorio Hernández Galindo.

C.C.C. Sentencia C – 252 DE 1998. Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2229 (parcial) del Código Civil. Actor: Alonso Valencia Salazar. Magistrada Ponente (e): Carmenza Isaza de Gómez.

C.C.C. Sentencia T-518 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

C.C.C. Sentencia T- 295 de 1999. MP: Alejandro Martínez Caballero. Accionante: Alberto Rebollo Bravo.

C.C.C. Sentencia C-068 de 1999. MP: Alfredo Beltrán Sierra.

C.C.C. Sentencia. T- 172 de 1999. Referencia: Expediente T-187147. Accionante: Alfredo Márquez Pacheco. Juzgado de origen: Juzgado Tercero Penal Municipal

de Barranquilla. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999).  
C.C.C. Sentencia C-1547 de 2000. Referencia: expediente D-3007. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 38 numeral 1 del Código de Procedimiento Civil. Actor: Eduardo Henao Hoyos. Magistrada Ponente (e): Cristina Pardo Schlesinger. Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil (2000).  
C.C.C. Sentencia C-1547 de 2000. Referencia: expediente D-3007. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 38 numeral 1 del Código de Procedimiento Civil. Actor: Eduardo Henao Hoyos. Magistrada Ponente (e): Dra. Cristina Pardo Schlesinger. Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil (2000).

C.C.C. Sentencia T-031 de 2000. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Referencia: expediente T-245764. Acción de tutela instaurada por Martha Livia Gutiérrez Jiménez contra Coomeva.EPS SA. Santafé de Bogotá, D.C., enero veinticinco (25) de dos mil (2000).

C.C.C. Sentencia. T- 1011 de 2000. MP: Fabio Morón Díaz. Referencia: expediente T-241100. Acción de tutela instaurada por Adalberto Gutiérrez Sepúlveda contra el Juzgado Penal del Circuito de Fresno - Tolima. Bogotá, D.C., agosto ocho (8) de dos mil (2000)

C.C.C. Sentencia C-491 de 2002. Referencia: expediente D-3847. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 217 Numeral 1º del Decreto 1355 de 1970. Actores: Ana María Ocampo Correa y otros. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. veintiséis (26) de junio de dos mil dos (2002).

C.C.C. Sentencia 544 de 2006. Ver también: Corte Constitucional. Sentencia C-083 de 1995. No hay duda de que quien alega su propia culpa para derivar de ella algún beneficio, falta a la buena fe entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho, y los fines que persigue están amparados por éste.

CC.C. Sentencia. C-159 de 2003. Actora: Nancy Susana Gómez Quiroz .Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynette. Bogotá. Veinticinco (25) de febrero de dos mil tres (2003).

## **CONSEJO DE ESTADO**

CONSEJO ESTADO.( En adelante, C.E.) Sala de lo Contencioso. Sección Tercera. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de dos mil seis (2006). Radicación: 25000232600019990196801. Demandante: Internacional de Administración y Aseo Ltda.. INTERASED. Demandada: Caja de Previsión Social de Comunicaciones – CAPRECOM. Acción de Reparación Directa.

C.E. Sala de lo Contencioso. Sección Tercera. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de dos mil seis (2006). Radicación: 25000232600019990196801. Demandante: Internacional de Administración y Aseo.

C.E. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: César Hoyos Salazar. Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de agosto de mil novecientos noventa y siete (1997).Radicación número: 1011. Actor: Director Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

## **TRIBUNALES SUPERIORES DISTRITO JUDICIAL**

Tribunal Superior de Bogotá. Ponente: Alejandro Vanegas Gil. Noviembre 26 de 1941. En Revista JUSTICIA. Tomo 10. No. 100 a 105. Enero a Junio 1942. Bogotá, Imprenta Departamental. MCM XLII.

Revista Justicia. Tribunal Superior de Bogotá. Tomo 16. No. 163. Junio a Diciembre de 1952. Revista Justicia. Tribunal Superior de Bogotá. Julio y Agosto de 1938. Números. 61,62, 63. Tomo VI.

Revista Justicia. Tribunal Superior de Bogotá. Tomo 16. No. 163. Junio a Diciembre de 1952. Pág. 158.

Revista Justicia. Tribunal Superior de Bogotá. Tomo 16. No. 163. Junio a Diciembre de 1952.

Tribunal Superior de Bogotá. Tomo 16. No. 163. Junio a Diciembre de 1952.

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. trece (13) de septiembre de dos mil siete (2007).MP: Ricardo Zopó Méndez. Radicación 0239. Ordinario. Demandante. Esperanza Silva Acosta. Demandado. Banco Colpatria.

## **TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA**

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA. Sala Civil Familia. MP. José Mauricio Marín Mora. Sentencia 30 septiembre de 2008. Recurso apelación contra la sentencia de 29 de febrero de 2008 por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bucaramanga. Rad. 05801, Ordinario.

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA. Sala Civil Familia. MP. José Mauricio Marín Mora. Sentencia 30 septiembre de 2008. Recurso apelación contra la sentencia de 29 de febrero de 2008 por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bucaramanga. Rad. 05801, Ordinario.

TRBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA. Director: Edmundo Harker Puyana. Bucaramanga, Mayo de 1966. Número. 1726.

# **ANEXOS**

## **ANEXO A. ORIGENES DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION**

LORENZO DE LA MAZA RIVADENEIRA

En el Derecho Romano el principio consagrado por los textos legales, la jurisprudencia y la opinión de los autores, era el mismo que contiene el artículo 1545 de nuestro Código Civil, es decir, el de la fuerza obligatoria de los contratos, el que les da fuerza de ley, respecto de quienes han intervenido en su celebración legal.

Sin embargo, algunos párrafos del Digesto y de las Instituciones de Justiniano, algunas alusiones que se encuentran en las obras de Cicerón y de Séneca, autorizan para sostener que se llegó, en ciertos casos a admitir la liberación del deudor a consecuencia de cambios de circunstancias que hacían más onerosa o difícil la ejecución de la obligación.

Según Lenel, al jurista romano le era fácil saber si una de las partes, en su contrato, podía sustraerse de sus obligaciones en caso de resultar éstas demasiado gravosas por efectos de una alteración imprevista en las circunstancias: “En los negocios de buena fe, el juez goza de libertad para decidir sencillamente con arreglo a los dictados de la buena fe, sin más que preguntarse qué dificultades de ejecución eran las que, según la buena fe, debían liberar al deudor de sus obligaciones”. La opinión de Lenel parece ser, entonces, la de que el Derecho Romano admitía, como regla general, la teoría de la imprevisión en los negocios de buena fe.

La mayoría de los autores, sin embargo, sostienen que la teoría de la imprevisión es ajena al Derecho Romano (Demogue), y que sólo se aplicó a casos particulares, basándose en la interpretación de la voluntad de las partes

(Serbesco), sin que existiera un principio general y constante que la consagrara (Bruzin). Se estima, en una palabra, que en el derecho romano no existió una teoría general al respecto (Zaki).

Donde encontramos propiamente el origen de la teoría de la imprevisión es en las obras de los canonistas. Según Demogue nació en el Derecho Canónico, y no cabe duda en todo caso, que los canonistas fueron los primeros en fundarla y los que la desarrollaron y divulgaron hasta conseguir su aplicación por los tribunales eclesiásticos.

Estos canonistas, según Planiol y Ripert, condenaban el enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro, como algo contrario a la moral cristiana; pero no sólo contemplaron la lesión contemporánea al contrato, sino también la que resultaba del cambio ulterior de las circunstancias. Con este fin, consideraban como subentendida en los contratos una cláusula “rebus sic stantibus”, según la cual las partes consentían en subordinar implícitamente el mantenimiento de sus obligaciones a la persistencia de las condiciones de hecho existentes el día del contrato.

Esto nos demuestra una vez más la influencia enorme que tuvo el Derecho Canónico en el desenvolvimiento del Derecho; los muchos principios que aportó a la ciencia jurídica profana, y el interés que existe en no olvidar su estudio como fuente del derecho contemporáneo y de la legislación universal.

Desarrollada y aplicada por el Derecho Canónico, la teoría de la imprevisión no se encuentra sin embargo en las obras de los glosadores, los primeros comentaristas del Derecho Romano. Sólo aparece en el dominio del Derecho y se desenvuelve durante los siglos XIV a XVI, con la escuela de los post-glosadores.

Para Bartolo y sus discípulos, era preciso suponer en todo contrato la cláusula “rebus sic stantibus”, o sea, era preciso suponer que las partes al celebrar el contrato tenían muy en cuenta las circunstancias, en forma que si éstas variaban ulteriormente, el contrato no debía ser mantenido en su primitivo ser.

Como sostenedores de la teoría podemos también citar a Baldo y sobre todo a André Alciat, que fue el primero en formular una síntesis completa y fundada acerca de la materia.

No obstante la influencia enorme que ejerció Alciat sobre los representantes de la gran escuela francesa de los siglos XV y XVII, Cujas, Doneau, Godefroy, etc., en sus obras no se encierra ninguna exposición de esta teoría.

Por el contrario, en esta época, los autores y la jurisprudencia de los tribunales italianos, precisan y fundan la teoría de la imprevisión. Entre los autores podemos citar al cardenal Mantica y sobre todo a De Luca, que dándonos a conocer la opinión de los jurisconsultos de su tiempo y las aplicaciones de la teoría hecha por los tribunales, especialmente los eclesiásticos, concluye sosteniendo que el juez debe modificar el contrato para adaptarlos a las nuevas circunstancias, cuando éstas hagan muy injusta o muy onerosa la ejecución de la obligación. De Luca insiste particularmente acerca de que la teoría sólo es aplicable a los contratos que “Habent dependentiam de futuro”, o sea, que importen prestaciones sucesivas o diferidas, mientras no estén íntegramente ejecutadas.

También es conocida en otros países la teoría de la imprevisión durante los siglos XVI y XVII. Los autores la estudian, y la aplican algunos tribunales en Francia (7), España y Saboya. Entre los autores franceses citaremos a Expilly y a Demod de Charnay.

En Alemania y Holanda encontramos como sostenedores de la imprevisión en esta época a Samuel Puffendorf y a Hugo Grocio, respectivamente. En sus obras encontramos estudiada teóricamente esta cuestión, bajo la forma de la cláusula “rebus sic stantibus” (2). Y bajo este aspecto, el problema es aún examinado en nuestro tiempo en el Derecho Internacional Público, y esto nos explica el interés que debió tener para Grocio y Puffendorf.

Según ellos, la naturaleza de la relación contractual, el objetivo o finalidad psicológica del acto, hacen presumir que las circunstancias contemporáneas a la ejecución de él han sido tomadas en consideración, a lo menos inconscientemente, para las partes. El contrato, la obligación, tienen siempre un enlace, una dependencia más o menos estrecha con el estado de cosas existentes al celebrarse o contraerse.

Discrepando solamente en lo que se refiere a la extensión que debería darse a la teoría, ella es admitida en Alemania e Italia durante los siglos XVII, en sus últimos años, y XVIII (5), bajo la fórmula: “Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur”.

Como ya lo hemos dicho, Grocio ya había hecho notar el peligro que esta fórmula entrañaba; según él importaba destruir las obligaciones bajo pretexto de un cambio de circunstancias.

Los autores clásicos franceses de esta época: Domat, Pothier, etc., no aluden a la teoría de la imprevisión, y de ahí se explica que el Código de Napoleón, cuyos redactores se inspiraron principalmente en las obras de estos dos tratadistas, no haya tratado la cuestión ni se haya referido a ella.

Los autores alemanes se ocupan, en cambio, de ella durante el siglo XVIII, ensayando la construcción de sistemas acerca de su naturaleza, fundamentos, y

efectos, seguramente, bajo la influencia de Grocio y de Puffendorf. Así se comprende que la mayoría de los autores que de ello se ocupan fueran tratadistas de Derecho Internacional Público.

Henri Cocceji, profesor de Heidelberg, y De Leyser son jurisconsultos que se interesaron por esta teoría en esta época, ensayando sistematizaciones acerca de ella, tanto en sus relaciones con el derecho privado como en el público.

Para De Leyser, la alteración de las circunstancias debería ser imprevista y el fundamento de la teoría se encontraba en la necesidad de interpretar la voluntad de las partes, de interpretar el contrato. Todo contrato debería interpretarse de modo que el deudor sólo permaneciera obligado “rebus sic stantibus”, pudiendo, por tanto, liberarse de sus obligaciones en virtud de esta cláusula implícita ante una alteración esencial de las circunstancias. Como se ve, sólo en Francia es poco aceptada la imprevisión durante este siglo XVIII.

Durante el siglo XIX, la teoría de la imprevisión es olvidada en Francia – en el Derecho Privado – bajo la influencia de la doctrina de la autonomía de la voluntad. En los demás países de Europa, desde los últimos años del siglo XVIII, la doctrina se torna más o menos adversa a esta teoría. Cesan de escribirse obras particulares acerca de ella, y las que de paso la estudian tratan de limitar sus efectos.

En Alemania, Windscheid formula la teoría de la presuposición, que puede ser considerada como un ensayo destinado a fundar sobre otras bases la teoría de la imprevisión.

En Italia, se sigue admitiendo la cláusula “rebus sic stantibus”, más o menos en la misma forma enunciada por André Alciat, aunque el Código Civil no alude a ella.

En los Códigos Civiles dictados desde la segunda mitad del siglo XVIII, hasta la primera del siglo XIX (Bávaro de 1756; Prusiano de 1794; Austriaco de 1812) se contienen algunas disposiciones en armonía con las consecuencias de la teoría de la imprevisión.

Algunos creen ver lo mismo en algunas disposiciones del Código de Napoleón y, en cuanto a nuestro Código Civil, a él nos referiremos más adelante, en particular.

La síntesis histórica que hemos hecho, nos permite ver lo antigua que es la teoría de la imprevisión; comprobar que sus primeras manifestaciones aparecen junto al Derecho Romano, o sea, junto a la primera legislación completa que conocemos. Es que corresponde a necesidades sociales que existen en todas las épocas; a una noción moral tan antigua como el mundo; a ideas de colaboración, de solidaridad y de amor tan viejas como el cristianismo.

## **ANEXO B. A PROPÓSITO DE UN CENTENARIO.**

### **DON ANDRÉS BELLO Y EL CÓDIGO CIVIL<sup>288</sup>.**

Los decenios siguientes a la emancipación de los pueblos otrora sujetos a la monarquía española mostraban la situación paradójica de un conjunto de naciones plenamente independientes y soberanas en lo político, que habiendo asumido la forma republicana y democrática de gobierno, continuaban regidas en sus instituciones jurídicas por la misma caótica y anacrónica legislación civil y penal heredada de España, la cual desentonaba tanto de los principios representativos de la revolución americana, como de las necesidades y aspiraciones de países ansiosos de ingresar a la corriente de la civilización moderna, cuyo patrón lo daban en esa hora Francia y las naciones de estirpe sajona.

En las nuevas repúblicas comenzaron a funcionar, además, congresos representativos que expedían a todo vapor, sin la necesaria coordinación y sistematización, toda clase de leyes destinadas a suplir vacíos o hacer las reformas más urgentes a la legislación colonial, con lo cual se fue creando el llamado derecho intermedio, que entre nosotros se caracteriza en la célebre Recopilación Granadina, compuesta por don Lino de Pombo en virtud de comisión del Poder Ejecutivo.

Pero el derecho intermedio no satisfacía las aspiraciones de \* una legislación civil y penal uniforme, metódica y actualizada con la evolución y desarrollo de los

---

<sup>288</sup> TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA. Director: Edmundo Harker Puyana. Bucaramanga, mayo de 1966. N° 1726.

nuevos estados americanos. De ahí que se impusiera en la conciencia de los gobernantes, como un imperativo, la promulgación de estatutos jurídicos llamados a solucionar el conflicto entre el hecho social cumplido por obra de la emancipación y la vieja legislación hispánica.

Tal idea de codificación, ampliada después hacia la redacción de proyectos originales completos, nació en Chile bajo la administración del eminente Diego Portales, cupiéndole a don Andrés Bello su realización práctica. Digamos ya algunas palabras sobre la proteica personalidad del humanista, literato, gramático, internacionalista, sociólogo, pedagogo y jurista que fue Bello.

"Político y literato chileno nacido en Caracas", como reza un diccionario europeo, vio la luz primera Andrés Bello, el 29 de noviembre de 1781. Sus inclinaciones lo llevaron desde joven a los estudios clásicos y formándose como un verdadero autodidacta, derivó hacia el humanismo, a la imitación de los griegos y latinos, a la filología de la lengua castellana, al estudio del teatro clásico español, a la literatura y al periodismo.

Maestro del Libertador, en el año de 1810 fue designado por la Junta Revolucionaria de Caracas para acompañar a Bolívar y a López Méndez, en calidad de Secretario de la misión encargada de solicitar del Gobierno Británico la ayuda que necesitaba el movimiento de independencia. Según anota un biógrafo del Libertador, Bello debió recibir con displicencia o resentimiento no disimulado un encargo que lo obligaba a servir bajo las órdenes de su antiguo discípulo. Sea lo que fuere, el temperamento de Bello, más inclinado al ambiente apacible del gabinete y de la cátedra, determinó que el insigne humanista, en vez de consagrarse fervorosamente a la causa de independencia, se dejara absorber por su afición a las letras y las especulaciones, y una vez en Londres se olvidó ciertamente de su patria que se debatía en las contracciones sangrientas de una terrible guerra a muerte, para acomodarse a la vida sosegada de la metrópoli

inglesa, donde fijó su hogar y vivió por largos años hasta 1829, dedicado a sus grandes aficiones: la sociología, la filología y la literatura. Para vivir daba clases particulares y consta que por algún tiempo enseñó el derecho romano. En los primeros años de consolidación de la independencia llegó también a desempeñar el cargo de Secretario de la Legación de la Gran Colombia en Londres.

Hacia 1829 el Gobierno de Portales en Chile llamó a Bello a la república austral, que desde esa época se caracterizaba por su espléndido fervor cultural y la solidez de sus instituciones. Sirvió Bello la dirección de "El Araucano", periódico oficial, la Secretaría del Ministerio de Negocios Extranjeros y fundó el Colegio de Santiago, transformado después en Universidad que el gobierno confió a la dirección de Bello, donde el polígrafo enseñaba derecho romano, ciencias políticas, humanidades. "Tal fue su fama —dice un biógrafo suyo— que en 1864 los Estados Unidos sometieron a su arbitraje una cuestión que tenían pendiente con la República del Ecuador y al año siguiente Perú y Colombia sometieron a su decisión Otro asunto semejante".

Muchas fueron las actividades proficuas de don Andrés Bello durante su larga estancia en Chile, donde fue tenido como hijo adoptivo y dejó ilustre progenie que se prolonga hasta los Edwards Bello del tiempo presente, más de todo aquel cúmulo de ocupaciones y tareas intelectuales que se compendia en la publicación de sus "Obras Completas" en 22 volúmenes, incumbe solamente tratar aquí de las relacionadas con la obra formidable del Código Civil.

Del proyecto inicial que contemplaba apenas la recopilación de las leyes existentes, encomendado primero al señor Eyzaguirre, se pasó a la idea más amplia de componer toda una obra de legislación civil y criminal bajo la forma de un código, cuya redacción debía confiarse a una comisión de cinco jurisconsultos.

Después de muchos proyectos y contraproyectos, de que es vano ocuparse, se creó finalmente, por ley del 10 de septiembre de 1840, una comisión mixta de senadores y diputados, encargada de adelantar los trabajos sobre codificación de las leyes civiles. Esta comisión comenzó sus tareas a mediados del año siguiente, examinando los títulos sobre la sucesión por causa de muerte, elaborados por don Andrés Bello.

Los trabajos de la Junta Revisora del Código Civil se prosiguieron por largos años. Al referirse a ellos dice el jurisconsulto chileno Claro Solar que don Andrés Bello "fue el alma de esas comisiones, trabajó con empeño y singular constancia en la codificación, y cuando, disuelta o distraída de su objeto la última Junta, hubo de paralizarse la obra, el señor Bello sin desmayar en su propósito de dar cima a tan ardua empresa, la continuó aislado y en silencio, logrando presentarla concluida en 1852".

Que don Andrés Bello fuera el alma de la Comisión Redactora del Código Civil es cosa que no puede llevarse a dudas. Sin ser Bello un intuitivo como Napoleón, de quien se cuentan innúmeras anécdotas, posiblemente falsas en su mayoría, acerca de sus tajantes intervenciones en las discusiones del Consejo de Estado sobre el Código Civil Francés, merecidamente llamado en su homenaje "Código Napoleón", es evidente que de todos los juristas chilenos que participaron en la redacción del Código era el señor Bello el más competente y docto, no solo por sus condiciones ya sabidas de eximio romanista, sino también por el amplio conocimiento e información que tenía de las leyes de Partidas y demás legislación colonial cuya vigencia aún supervivía en Chile, lo mismo que del Código de Napoleón, considerado entonces como monumento supremo de sabiduría jurídica. A estas condiciones sumaba Bello su dominio del lenguaje castellano y la maestría con que supo plasmar en fórmulas de impecable redacción jurídica y gramatical todo el articulado del Código.

El proyecto final del Código Civil fue presentado a la consideración del Congreso chileno por el Presidente Montt, quien lo acompañó de un mensaje, célebre en sí mismo, redactado por el propio Bello con el carácter de exposición de motivos del proyecto. Las Cámaras chilenas lo aprobaron sin discusión, ya que hubiera sido un contrasentido que un cuerpo legislativo numeroso examinara y aprobara artículo por artículo la obra de una comisión selecta de juristas, perjudicando posiblemente su unidad y la armonía del conjunto. La aprobación del Código Civil nace de la ley del 14 de diciembre de 1855 que ordenó ponerlo en vigencia a partir del 19 de enero de 1857.

Del Código Civil Chileno se ha dicho que no es copia de ningún otro código contemporáneo ni anterior, ni es tampoco una obra con pretensiones de absoluta originalidad. Tiene el mérito indudable de recoger los principios normativos del derecho privado a través de sus tres grandes vertientes, el derecho romano, el derecho de las Partidas y el Código Napoleón, pero adaptándolos a las circunstancias y necesidades peculiares del pueblo chileno, que son similares a los demás pueblos hispanoamericanos. Del Código se expresa así el nombrado Claro Solar: "Pero lo que no puede dar lugar a dudas es que nuestro Código Civil señala un verdadero progreso en la legislación. Por la belleza de su lenguaje, por la precisión y claridad de sus disposiciones, por la selección de los principios que convenían a nuestra sociabilidad en las diversas materias, por la armonía y correspondencia de sus partes, pocos Códigos modernos se le asemejan y podemos afirmar que ninguno le supera".

Tan grande fue la importancia y prestigio de que gozó el Código de Bello, que ya a los pocos años de su vigencia influenciaba toda la legislación sudamericana, pues con excepción del Perú, en muchos países era adoptado formalmente y en muchos otros recibía cuando menos su saludable inspiración.

En Colombia, para la época de la Federación lo adoptó primero el Estado Soberano de Cundinamarca en el año de 1859, extendiéndose luego a otros Estados y por último a la Nación misma, que lo adoptó el año de 1873 en cuanto a las materias de competencia del Gobierno general.

Virtud inmensa del Código de Bello es su capacidad de adaptación a los impulsos vivificantes y renovadores de la jurisprudencia, que busca siempre acomodar la interpretación de las leyes a la evolución de las costumbres y al ordenamiento progresivo de cada pueblo. Sin necesidad de modificar el sistema del Código Civil, pudo la Corte Suprema de Justicia de 1936 coordinar sus normas al ritmo de la jurisprudencia predominante entonces en el derecho francés, en aplicaciones doctrinarias tan importantes como la buena fe creadora del derecho, la teoría de la apariencia, la simulación de los actos jurídicos, la responsabilidad civil y la culpa aquiliana, el enriquecimiento sin causa y el abuso del derecho. Los preceptos en que se albergan tan célebres construcciones de la jurisprudencia estaban ahí en el código como letra inerte y bastó solamente el impulso de una Corte admirable para vivificar su contenido.

No es mucho decir que si el Código Civil se mantiene virtualmente incólume, a pesar de quienes quisieran abatirlo de un solo tajo sin saber cómo remplazarlo, es porque traduce una realidad social y un catálogo de valores filosófico-jurídicos que mantienen aún su vigencia. Es así que las reformas hechas en Colombia al Código de Bello han sido fundamentales en solo dos aspectos, el estatuto económico de la mujer casada y el de los hijos naturales,, cuestiones estas que en la época de la redacción del Código no habían recibido todavía el benéfico influjo en pro de la emancipación de las mujeres y de la revaluación de la progenie ilegítima, nacido de la postguerra. Cosa igual pudiera decirse de otros títulos en que el Código ha sufrido modificaciones secundarias, aunque afectan el principio de la autonomía de la voluntad, muy propio de la economía liberal manchesteriana tan en boga en el pasado siglo, como son los relacionados con el arrendamiento

de obra, que hoy día hizo casa aparte en todo un código especial, y las restricciones a la fijación del canon de arrendamiento, conocidas usualmente por el nombre de "congelación de los alquileres".

De todos modos, el Código de Bello se pondera por sí mismo consagrando principios jurídicos basados en la libertad democrática y en la justicia innata, que parten de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y del reconocimiento de idénticas oportunidades, con exclusión de todo privilegio y arbitrariedad; porque tutela los derechos y obligaciones de familia desde la moral cristiana; porque garantiza la libertad de contratación y la circulación de la propiedad privada, aunque reprimiendo el abuso y la lesión; porque señala normas de justicia distributiva en materia sucesoral; porque regula el derecho de las obligaciones en forma que permite el desarrollo de la riqueza privada y la libertad de las transacciones dentro de la justicia.

Después de haber realizado una gran misión histórica, que culminó en la redacción de un Código cuyo influjo civilizador habría de extenderse por todo el continente sudamericano, entraba don Andrés Bello al ocaso de su jornada terrestre, en Santiago de Chile, el 15 de octubre de 1865, cuyo luctuoso centenario se ha conmemorado recientemente. Por derecho propio ingresó Bello a la categoría histórica de los grandes legisladores universales y el Código Civil es suficiente monumento a su inmortalidad. A diferencia de Sarmiento, que encarnaba el romanticismo americano, Bello era un representante genuino del más clásico europeísmo trasplantado a América. De él decía Silva Vildósola que "la antigüedad le hubiera erigido un templo. Como ministro de justicia y de la belleza, le hubiera puesto en una montaña muy alta, desde la cual la imaginación pudiera creer que divisaba a un lado Europa, cuya civilización había bebido a grandes sorbos, y de otro América, que había fecundado con su genio creador".

LA DIRECCIÓN

## **ANEXO C. PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO**

### **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA CASACIÓN CIVIL**

Magistrado Ponente  
**EDGARDO VILLAMIL PORTILLA**

Bogotá, D.C., siete de octubre de dos mil nueve

Ref: Exp. No 05360-31-03-001-2003-00164-01

*(Discutido y aprobado en sesión de doce de mayo de dos mil nueve)*

Se resuelve el recurso de casación formulado por Óscar Adrián Loaiza Arias, contra la sentencia proferida el 18 de octubre de 2006 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, epílogo del proceso ordinario que Bancolombia S.A. promovió contra el recurrente.

### **CONSIDERACIONES DE LA CORTE**

En relación con el cargo antes memorado, en el que se pregona la violación directa de un principio general de derecho, la Corte encuentra oportuno hacer algún balbuceo teórico que resulta de recibo para la decisión.

1. Según hoy se tiene por establecido, el concepto de norma rebasa el de regla en sentido restringido, pues conforme ha dicho la doctrina autorizada “con la palabra norma se alude a que algo deba ser o producirse; en particular, a que un hombre deba comportarse de determinada manera. Sin embargo, de cara al significado de la separación de la ley respecto de los derechos y de la justicia, dentro de una noción genérica de norma de este tipo es importante diferenciar lo que podría denominarse «regla» de lo que podría, por el contrario, denominarse «principio»...”<sup>289</sup>.

Una de las maneras de distinguir las reglas de los principios es que los métodos tradicionales de interpretación sólo se aplican a las reglas y no a los principios, pues el significado lingüístico de éstos es autoevidente<sup>290</sup>. Según Zagrebelsky, los principios remiten a tradiciones históricas y deben ser entendidos en su *ethos*; mientras que a la regla se obedece, a los principios se adhiere, circunstancia que está vinculada a la comprensión de los valores inherentes a la cultura jurídica y al contexto histórico.

Las reglas ordenan, prohíben o permiten; los principios proporcionan criterios para una toma de posición ante situaciones concretas que *a priori* parecen indeterminadas. Los principios carecen de una estructura basada en un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, razón por la cual sólo generan reacciones ante determinadas situaciones de hecho. Si la “*aplicación*” del derecho se tomara limitadamente como la subsunción, bastante difícil sería esa operación lógica a la hora de adoptar decisiones judiciales para casos concretos tomando como base únicamente los principios.

---

<sup>289</sup> Zagrebelsky, Gustavo. *Il Diritto mitte. Legge diritti giustizia*. Traducido por Marina Gascón como *El derecho dúctil. Ley, derechos justicia*. Valladolid, 1995, Pág. 109.

<sup>290</sup> Zagrebelsky, Ob. Cit., Pág. 113.

Según se observa, los principios jurídicos son un acumulado de saber práctico, que sirve de guía a las acciones humanas. En su estructura lingüística son enunciados normativos, prescriptivos, del deber ser, deontológicos. Hay en ellos mandatos, prohibiciones, permisiones o valoraciones implícitas que no tienen como función describir la realidad, sino ser guías para las acciones humanas o exhortaciones al logro de metas social e individualmente deseables.

Las reglas, por su parte, tienen un supuesto de hecho y esa característica permite incluir y excluir personas, eventos o cosas, lo cual hace que tengan un mayor grado de determinación que los principios. Baste ver, por ejemplo, que enunciados como la «*buena fe*» carecen de supuesto de hecho; por el contrario la prohibición del homicidio o del robo, aluden a hechos y acciones concretas, que por tal condición a la vez que incluyen unos hechos, excluyen otros.

Las reglas expresan un carácter dicotómico, de todo o nada, esto es, que operan a la manera de una disyuntiva, pues ese es el propósito en su proceso de construcción, regular unos hechos claramente delimitados para dejar otros por fuera, esto es, no comprendidos en el supuesto de hecho. La regla puede consistir en la inclusión de una población con diversos criterios, como mujer, hombre, mayor, menor, nacional, extranjero, capaz, incapaz, abogado, médico o militar.

La diferencia entre principios y reglas, genera como secuela una distinta lectura de unos y otras, pues la representación que se hace el interprete para insuflar sentido a ellas es bien diferente. A la larga, la vaguedad de los principios, su indeterminación y la ausencia de un supuesto de hecho concreto, otorga al lector un mayor margen en la tarea de adscribir significado o desentrañar su alcance, sin perjuicio de que se acuda a ejercicios de ponderación cuando son varios los que están en pugna para su aplicación al caso.

Sobre la validez formal de las reglas y de los principios, conviene decir que como los principios no son promulgados por ninguna autoridad concreta, carecen de fuente legitimadora, lo que lleva a que no sea posible predicar de ellos validez formal, en el sentido de haber sido establecidos de conformidad con algunas reglas de producción o de reconocimiento.

En verdad los principios ingresan al torrente jurídico como lo hacen las palabras al idioma, es decir, surgen en la práctica común, su existencia depende del uso y de la adhesión de los hablantes. Así, cuando las Academias de la Lengua intervienen lo hacen para reconocer un hecho: el uso. Transpuesto a los principios, cuando el legislador o los jueces aplican el principio o este ha sido consagrado en fórmulas legales o constitucionales -es decir, se ha positivizado- se produce apenas la verificación de una existencia irrefutable, pero este acto de reconocimiento nada añade en su validez formal, pues su fuente y existencia es puramente axiológica.

Por ello, la consagración legal o constitucional de un principio en nada altera su esencia, pues sin negar la fuerza simbólica y retórica que tiene la recepción positiva en un ordenamiento, su existencia no puede quedar subordinada a ese reconocimiento y, en todo caso, ni el legislador, ni el propio constituyente, podrían simplemente aniquilarlos. La presencia de un principio en un cuerpo legal o constitucional, sería una muestra de adhesión política, pero jamás podría decirse que en ese momento comienza la existencia del principio. Así, por ejemplo, si el principio de «buena fe» toma lugar en una Constitución, el retiro posterior de la Carta Política o de apartes de ella, jamás podría tener como efecto normativo la autorización para obrar impunemente, o de mala fe.

2. En esta recensión resulta del todo pertinente ver que mientras en Colombia la reforma constitucional de 1936 suprimió de la Carta Política la referencia a los derechos naturales, allende las fronteras se avecinaba la

hecatombe de la segunda guerra mundial y la crisis del derecho positivo, como anuncio del regreso del iusnaturalismo.

El punto de inflexión que llevó a verdaderas disquisiciones sobre los principios, pudo tener origen en las leyes que establecieron la solución final y permitieron el holocausto, pues ellas, desde el punto de vista formal, no merecían reparo en cuanto a su expedición; no obstante, la crisis del derecho positivo se expresó en que muchos crímenes se cometieron al amparo de leyes expedidas mediante el procedimiento previamente establecido y por los órganos competentes. Se clamó, entonces, por los principios generales, los cuales, por su textura abierta, dejan un campo feraz para la creación judicial; así, se produce una asociación explícita o implícita entre el derecho natural y el derecho por principios.

El renacimiento de un derecho natural distinto, obedeció a la llamada por algunos "*miseria del derecho*", en especial si falló el concepto puramente formal de la ley, como aconteció, según se insinuó, en el régimen nazi. La noción de injusticia legal en el Nacional Socialismo y sus repercusiones durante la posguerra en la R.D.A., mostraron el caso de leyes que, a pesar de ser válidamente expedidas, carecían de validez axiológica, en tanto que agredían sentimientos mínimos de justicia. Esta es en esencia la fórmula Radbruch o del entuerto. Por ello, se dijo, no sería justo obedecer una ley que ordenaba disparar a las personas que cruzaban el muro de Berlín, al punto que quienes las ejecutaron han sido condenados por tribunales contemporáneos.

Pero además de la circunstancia política vinculada a un periodo oscuro de la historia de la humanidad, hay que agregar que la posibilidad de que el legislador cubra con reglas la realidad entera, conspira contra la complejidad de la vida moderna y la verdadera dimensión de las cosas, que impiden comprimir todos sus grises y penumbras en unos cuantos enunciados legales.

3. Bueno es recordar, además, cómo los defensores del positivismo preconizaban la coherencia y plenitud del sistema, de modo que -para ellos- resultaba impensable un caso que no pudiera ser resuelto acudiendo a una norma perteneciente a dicho ordenamiento o que no fuera producto del mismo.

La coherencia del ordenamiento, podía entenderse bajo la idea de que sobre el mismo hecho no podían existir dos normas, una prohibitiva y otra permisiva; a su paso, la plenitud -o completitud- significaba que por lo menos una de las dos debía pertenecer al sistema. La existencia simultánea de las dos normas contradictorias implicaba incoherencia, la ausencia de ambas conducía a la falta de completitud.

Para Savigny coherencia y plenitud se podían fundir en una sola característica: la unidad. Ésta se lograba por la vía negativa excluyendo la contradicción, y positivamente colmando la laguna. En el primer caso, el ordenamiento estaba saturado y era menester depurarlo de aquellas reglas que fueran contradictorias. Desde luego que la eliminación de una de las normas que saturan el sistema y que se considera contradictoria, es una tarea expuesta al error y necesita de una justificación teórica y política; del mismo modo, cuando hay déficit normativo para resolver un caso, el juez debía suplir el faltante creando la norma -subregla- necesaria para disipar la incertidumbre, creación a la que accede no por capricho o como un acto de poder, sino por la necesidad de proveer una decisión, ya que como es sabido, para el ciudadano que no recibe una respuesta del juez, no existe el ordenamiento y, por tanto, quedaría liberado del deber de obediencia al Derecho.

El paradigma de la plenitud del ordenamiento jurídico parece ser una de las características más discutibles del positivismo jurídico y se halla asociada al renacer del derecho romano y a la excesiva confianza en el *corpus iuris* como una

obra que proveía todas las respuestas a los problemas que la realidad planteaba. Así, el lugar que inicialmente ocupó el *corpus iuris* fue tomado por el Derecho estatal, que como un signo de poder político desembocó en la reafirmación del monopolio de la producción del Derecho, y la confianza, tal vez excesiva, en las grandes codificaciones y en la exégesis de los textos legales, todo lo cual llevó a una sobreestimación fetichista del legislador.

El vórtice que en su momento generó la revolución industrial, y que viene luego aumentado por las distintas revoluciones tecnológicas y lo vertiginoso de los cambios sociales, aceleraron el deterioro natural de la confianza en el positivismo, producido por la pronta senescencia de los códigos, empujada por la velocidad de los cambios sociales y la revolución del conocimiento científico y la tecnología.

Todo ello vino potenciado por el surgimiento de la sociología y una filosofía social irreverente contra el estatismo, así como por el debate, aún actual, entre Estado y sociedad civil, que imposibilitan el olvido de las corrientes incontenibles de la vida que transitan por los huidizos intersticios de la realidad estatal, sin dejarse confinar por ella.

Y claro, ante la crisis del derecho positivo y el renacer de un nuevo derecho natural, surgieron algunas tesis como la del espacio jurídico vacío, conforme a la cual no hay lagunas porque los casos de ausencia de regulación, representan zonas excluidas de la legislación, esto es, situaciones ajenas al derecho.

No obstante lo anterior, los críticos del positivismo en su momento denunciaron la existencia de lagunas ideológicas o axiológicas, es decir no sobre la norma que es, sino la que debería ser, lagunas de *iure condito* (reales) y de *iure condendo* (axiológicas), para concluir que solo un sistema de derecho natural carecería de lagunas ideológicas o axiológicas, pero que tal sistema no ha sido concebido, como enfatiza el positivismo jurídico.

Aunado a ello, se comenzó a plantear la existencia de lagunas propias (reales) y lagunas impropias (ideales), resultantes de comparar un sistema real con un sistema ideal; lagunas objetivas -o sobrevinientes de los cambios sociales- y subjetivas -o sea, las que vienen de las deficiencias o imprevisiones del legislador-; lagunas voluntarias por rehuir de la complejidad o involuntarias por inadvertencia.

En todo caso, el reconocimiento de la existencia de lagunas, planteó la necesidad de integrar el ordenamiento jurídico para suplir la falta de completitud.

Para llenar las lagunas, Carnelutti sugería acudir a las herramientas de auto-integración y hetero-integración. En el primer caso, se eluden en lo posible las fuentes externas y se disuelven las lagunas con herramientas del ordenamiento. En la hetero-integración las lagunas del derecho positivo se colman migrando hacia fuentes externas, al derecho natural, del que -según él- viene todo derecho positivo y el que por tener una mayor comprensión valorativa se permite iluminar las zonas de penumbra del ordenamiento.

Son ejemplos de ello el código civil austriaco de 1812, según el cual, las dudas se resuelven acudiendo al derecho natural; así, reza el artículo 17 que en caso de *silentium legis*, se puede valer el juez de los derechos naturales innatos.

El artículo 3º del Código Civil Italiano de 1865 acude a la expresión, más general y difusa, de principios generales del derecho. Sin embargo, en el modelo italiano la forma de integrar y completar el sistema jurídico, se vale del sintagma "*principio generales del ordenamiento jurídico del Estado*", que es más restrictiva, pues privilegia el derecho Estatal y remite más estrechamente a los principios que hayan sido acogidos en el ordenamiento, ya de manera explícita, ora de manera implícita porque aparezcan manifestaciones visibles de ellos.

El código civil suizo, artículo 1º, establece que en caso de dudas el juez puede decidir como si fuera el propio legislador, pero muy poco uso se hace de esa prerrogativa.

Y para suplir el déficit normativo, en el pasado la ley de citas de Teodosio II y Valentiniano III, jerarquizó los escritos de los juristas como referente para el trabajo de integración necesario; de esa manera, mandaba acudir en su orden a Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestito y Gayo, todo, en el esfuerzo de completar el ordenamiento.

Para otros, puede igualmente acudir a distintos modelos de heterointegración basados en el recurso al derecho judicial (arduamente defendida por la escuela del derecho libre), así como acontece cómodamente en el sistema anglosajón.

En cuanto a la auto-integración, el artículo 12 del Código Civil Italiano establece que *“si una controversia no puede decidirse con una disposición precisa, se hará de conformidad con disposiciones que regulen casos similares o materias análogas; si el caso aún presenta dudas, se decidirá según los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado”*. Como se recuerda, la analogía, procedimiento general inclusivo, sirve para expandir el ordenamiento, viene desde el Digesto (10 D. de leg., 1,3), y en el derecho medieval se identificó como *argumentum a simili* (extensio legis). También aparece en Aristóteles en el *órganon*, (Analíticos anteriores, II, 24). Sobre las distintas formas de analogía valga citar a Norberto Bobbio: *“...por analogía iuris se entiende el procedimiento con el cual se obtiene una nueva regla para un caso no previsto, no ya por la regla que se refiere a un caso individual, como sucede en la analogía legis, sino por todo el*

*sistema o por una parte del sistema, es decir que este procedimiento no difiere del que se emplea cuando se recurre a los principios generales del derecho...”.<sup>291</sup>*

4. En lo que a Colombia concierne, a lo largo de la historia jurídica han sido diversas las soluciones planteadas -en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia- en busca de llenar el vacío que deja la falta de ley escrita para solucionar un caso en conflicto, y en cada solución se asoma el matiz propio del transitar filosófico, político y social de cada época.

Así, en la temprana independencia, el artículo 5º del Decreto de 17 de noviembre de 1828 previó que *“todo juez o tribunal debe pronunciar sus sentencias con expresión de la lei ó fundamento aplicable al caso”*<sup>292</sup>.

En tiempo de la República de la Nueva Granada, se expidió la Ley 1ª de 10 de mayo de 1834, orgánica de los tribunales y juzgados, que en su artículo 125 dispuso que *“las consultas que hagan los tribunales i juzgados sobre la inteligencia de alguna lei, en ningún caso suspenderán el curso i determinación de la causa, debiendo en tal evento los tribunales i jueces continuar el proceso i determinar el caso ocurrido, en defecto, insuficiencia u oscuridad de la lei, por fundamentos tomados del derecho natural, de la justicia universal i de la razón... En consecuencia, el juez que rehusare juzgar, bajo pretesto de silencio, de oscuridad ó insuficiencia de la lei, puede ser perseguido como culpable de denegación de justicia”*<sup>293</sup>.

---

<sup>291</sup> Bobbio Norberto, Teoría del ordenamiento jurídico, Edit. Temis. Bogotá, 1994, Trd. Jorge Guerrero y Eduardo Roza A., pág.236.

<sup>292</sup> Fondo Quijano 261 de la Biblioteca Nacional de Colombia. Documento a disposición en microfilmación. Simón Bolívar, Libertador. Presidente de la República de Colombia, pág. 220. Se respeta en la transcripción, la forma original de escritura de la época.

<sup>293</sup> De Pombo, Lino, Recopilación de Leyes de la Nueva Granada. Formada y publicada en cumplimiento de la Ley de 4 de mayo de 1843 por comisión del poder ejecutivo, Imprenta de Zoilo Salazar, por Valentín Martínez, Bogotá, febrero de 1845, pág. 116.

Nótese cómo ha sido constante eso de que el juez no puede eludir el deber de decidir, quizá bajo la concepción de que si el ciudadano no recibe respuesta para su pretensión, con el pretexto de ausencia de norma, esa sería una manera de excluirlo del ordenamiento jurídico.

En tránsito al sistema de Estado Federal, el Código Civil del Magdalena - Ley de 17 de diciembre de 1857- dispuso: “IV. *La costumbre no tiene fuerza de lei en ningún caso. A falta de lei o cuando esta sea oscura o deficiente, los tribunales y juzgados apoyarán sus decisiones en los principios de la justicia universal y de la razón*”<sup>294</sup>.

Justo Arosemena, protagonista en la elaboración del proyecto del Código Civil del Magdalena, explicó la razón de esta norma en el informe para el segundo debate de este proyecto: “...*la cuarta de las disposiciones preliminares sin dar de un modo explícito fuerza obligatoria a la costumbre, sólo prohíbe aducirla en juicio cuando es contraria a la lei. La comisión ha creído que, en este particular, debe ser más terminante el Código. En ningún caso debe reconocerse como obligatoria la costumbre. La que es conforme a la lei, no es costumbre sino lei: la que le es contraria no podrá reconocerse jamás sin trastornar los más obvios principios de legislación i sin abrir la puerta a la arbitrariedad i a la anarquía ...que fuera de la lei, la razón i la justicia sean los únicos principios que gobiernen las relaciones sociales. Tal es, además, el principio consignado de tiempo atrás en nuestro código vigente de organización judicial reconocido también en el proyecto sobre la misma materia que existe en segundo debate en ésta Cámara. La Comisión los*

---

<sup>294</sup> Editado por el Doctor Rafael Martínez Sarmiento, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Cauca, Pág.2.

*propone pues, la variación que bajo el número 1º se encuentra en el pliego adjunto”<sup>295</sup>.*

A finales del siglo XIX y después de un proceso incesante de ajustes en la forma del Estado, propios de una época de acomodamiento posterior a la independencia, Colombia nació como una República unitaria, con normas constitucionales y legales provenientes de un Consejo Nacional de Delegatarios, cuyo pensamiento estaba inspirado por la influencia de Miguel Antonio Caro.

Entre los propósitos de Caro, estaba el de restaurar la tradición jurídica española que se había implantado en América a partir de la Conquista, manteniendo la tesis autoritaria y confesional del Estado y el fundamento divino de la ley humana, que se refleja en la tesis de que *“la ley escrita, es, por sí sola, ineficaz; solo es poderosa y santa cuando su origen es respetable y respetado, cuando en los grandes acontecimientos de la historia se reconoce la acción de un poder divino, que adoctrina, castiga y premia a las naciones, y les concede situaciones extraordinarias para constituirse y engrandecerse. Entonces el orden legal es sólido, porque se apoya en el orden moral y en la fe religiosa de la sociedad”<sup>296</sup>.*

En este entorno, el Consejo Nacional de Delegatarios con facultades legislativas, expidió la Ley 153 de 1887 en la que determinó que a falta de legislación, la costumbre, en las condiciones establecidas por el artículo 13º, constituye derecho, autorizando en el artículo 8º la aplicación de la analogía, y en su defecto, la doctrina constitucional y las *“reglas generales del derecho”*.

---

<sup>295</sup> Informe que para el 2º debate del proyecto de código civil presentó la comisión conformada por Manuel José González, R. Antonio Martínez, Zenón Solano, Salvador Camacho Roldán, Vicente Herrera y Justo Arosemena, Imprenta del Neogranadino, 1855, págs. 8 y 9. En Libros Raros y Manuscritos de la Biblioteca Luis Ángel Arango.

<sup>296</sup> Caro, Miguel Antonio, Esquema de la historia constitucional colombiana, en Estudios constitucionales, Biblioteca Popular de la Cultura Colombiana, Bogotá, 1951, pág. 40.

Este enunciado normativo es de similar textura al contenido en el artículo 4° del Proyecto de Código Civil de Chile de 1853 que fue presentado por Andrés Bello; tal precepto reza que *“en materias civiles, a falta de lei escrita o de costumbre que tenga fuerza de lei, fallará el juez conforme a lo que dispongan las leyes para objetos análogos, i a falta de éstas, conforme a los principios jenerales de derecho i de equidad natural<sup>297</sup>”*.

Sin embargo, el artículo 4° del proyecto de Bello que se ha citado, no hizo parte del Código Civil Chileno de 1855, debido a que allá, en ese momento, estaba vigente el numeral 4° del artículo 3° de la Ley de 12 de septiembre de 1851. Esta disposición, preceptuaba que toda sentencia debía contener *“los hechos i las disposiciones legales, en defecto de éstas la costumbre que tenga fuerza de lei, i a falta de una i otra, las razones de equidad natural que sirvan de fundamento a la sentencia”* (subrayas ajenas al texto original), norma adoptada tiempo después por el Código de Procedimiento Civil Chileno de 1902, en el numeral 5° del artículo 193<sup>298</sup>.

Andrés Bello, -autor del proyecto de la Ley Chilena de 12 de septiembre de 1851- al exponer ante el Senado los argumentos para su aprobación, dijo en sesión de 31 de julio de 1850 que *“por esta enmienda no se hace más que agregar una regla con la que siempre se conforman los tribunales al sentenciar las causas, porque es sabido que todo juzgamiento se decide primero por las leyes vigentes del país; y que, si se presenta algún caso sobre el cual no haya alguna disposición expresa, se recurre entonces a la costumbre, que, por tener*

---

<sup>297</sup> Obras completas de Andrés Bello, Tomo IV, Edición hecha bajo los auspicios de la Universidad de Chile, Editorial Nacimiento Santiago de Chile, pág. 22. En la nota de concordancia del citado artículo se referencian el artículo 21 del Código de Luisiana y la página 8°, Tomo I de Droit Civil de Delvincourt.

<sup>298</sup> Otero E. Franklin, Código de Procedimiento Civil de la República de Chile, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1906, pág. 87.

*todos los requisitos necesarios, haya adquirido fuerza de ley. Pero puede ofrecerse otro caso, más raro aún que aquél en que falte ley expresa, a saber, uno en que no haya tampoco esa costumbre con fuerza de ley. En tal caso, no habría más arbitrio que fallar según los principios de la razón natural. En el proyecto original, se dice que debe resolverse según una disposición legal; pero, como ésta puede faltar en muchos casos, he creído necesario hacer esta agregación para determinar la regla a que deben sujetarse los tribunales en sus procedimientos”<sup>299</sup>.*

Sobre los antecedentes de la Ley 153 de 1887, hay que remarcar una clara identidad entre ella y la ley expedida en Chile el 7 de octubre de 1861, no obstante, la Ley Chilena carece de reglas semejantes a las previstas en los artículos 4º y 8º de la Ley 153 de 1887, que, según se sabe, sirven como criterio hermenéutico a fin de fijar el pensamiento del legislador, acudiendo a “*los principios del derecho natural*”, o sea para ilustrar la Constitución en casos dudosos, como manda el artículo 4º, o lograr la plenitud del ordenamiento jurídico, pues según reza la norma, “*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 del derecho*”.

A su vez, el Derecho Civil Chileno -conforme lo expresa la doctrina extranjera-, “*tuvo como fuentes de inspiración el Derecho Romano<sup>300</sup>, el Código Civil Francés, ciertas leyes españolas derivadas de las Siete Partidas, La Novísima Recopilación y el Fuero Real, los códigos de Luisiana, Sardo, de Austria, de Prusia, de las Dos Sicilias, del Cantón Vaud, Holandés y Bávaro... A las anteriores fuentes de legislación positiva se unen otras doctrinarias, es decir,*

---

<sup>299</sup>Obras completas de Andrés Bello, Tomo XX, Labor en el Senado de Chile, XLVI, 18447-1850. pág.536.

<sup>300</sup> García del Corral Ildelfonso, Cuerpo del Derecho Civil Romano, Codicis, Libro Tercero, Barcelona, 1889 pág. 313.

*obras de autores de distinta nacionalidad, como el Alemán Savigny, los comentaristas franceses de su Código Civil (Delvincourt, Rogron, Mourlon), algunos juristas ingleses (muy pocos), varios españoles, como Gregorio López, Tapia, Molina, Gómez, Matienzo, Gutiérrez y, muy especialmente, Florencio García Goyena”<sup>301</sup>.*

La consagración de los principios del derecho natural y de las reglas generales del derecho en la Ley 153 de 1887, se ajustaba a la Constitución de 1886, que en su versión original aludía a los “*derechos naturales*”. Así el artículo 19 de la Carta Política de 1886 establecía que “*las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida honra y bienes y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos*” (Subrayas no originales).

Luego, esta versión primigenia de la norma fue modificada por la reforma de 1936; el nuevo tenor de esa disposición estableció que “*las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida honra y bienes y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*”. Como se aprecia, la alusión “a los derechos naturales” desapareció de la Carta Política en la reforma constitucional de 1936.

Posteriormente, el inciso 2º del artículo 2º de la Carta Política de 1991, estableció que “*las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*”. Por su parte el artículo 230 de la Carta

---

<sup>301</sup> Alessandri R. Arturo, Somarriva U. y Vodanovic H. Antonio. Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, pág. 93.

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

5. No sobra añadir que el término “*reglas generales del derecho*”, que pervive en nuestro ordenamiento jurídico, -en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887- fue considerado desde su origen, equivalente al de “*principios generales del derecho*”.

Miguel Antonio Caro, -representante del Estado de Panamá-, en el Consejo Nacional de Delegatarios, hizo la recepción de la regla en la Ley 153 de 1887, con soporte en la doctrina romana, acogida en la tradición jurídica española, y en *Baudry- Lacantineire, Précis de droit civil, Paris 1888*<sup>302</sup>.

En el mismo sentido se pronunció Manuel J. Angarita, cuando al concordar y comentar en 1888, el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, refiere como cita la de un autor chileno en la que afirma que “*en las legislaciones romana y española estaba mandado que se aplicaran estas reglas en los casos no resueltos por una ley contraria; nuestro Código deja a este respecto en completa libertad á los jueces, que pueden valerse de ellas según su propio criterio, y que, con no poca frecuencia, las aducen en apoyo de sus decisiones. Puede verse la enumeración de algunas de esas reglas en Escriche, artículo «Reglas del Derecho»...*”<sup>303</sup>.

Justamente, el Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, del Magistrado Honorario de la Audiencia de Madrid Joaquín Escriche, -obra consultada por los juristas chilenos y colombianos de la época-, informa que

---

<sup>302</sup>Caro, Miguel Antonio, Obras Completas, Tomo VII, Labores Legislativas y Estudios Jurídicos, Bogotá, Imprenta Nacional, MCMXLII, septiembre de 1889, pág. 25.

<sup>303</sup>Código Civil concordado y Leyes adicionales concordadas y comentadas por Manuel J. Angarita, Edición de 1888, Librería Colombiana, Bogotá, pág. 498.

*“reglas de derecho” son “ciertos axiomas o principios que en breves y generales palabras demuestran luego la cosa de que hablan, y tienen fuerza de ley en los casos que no están decididos por alguna ley contraria: Regula est quaerem quae rem quae est breviter enarrat, et est quasi causae coniectio; princ. del tít. 34, part. 7. Hay muchas reglas esparcidas en el cuerpo del derecho, y varias que se proponen como ejemplo... El derecho romano contiene además otras muchas reglas muy trascendentales (1): también son muy importantes y de frecuente uso las once reglas del 5º de las Decretales y las ochenta y ocho del 6º. La explicación de su sentido y algunos ejemplos de sus aplicaciones, pueden verse al fin de la obra de VALLENSIS O DEL VAULX, y de la de MURILLO”<sup>304</sup>.*

Por su parte, la doctrina nacional, singularmente Don Fernando Vélez, en su estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, confirmó la referida similitud, al precisar que *“las reglas de derecho son ciertos axiomas o principios generales, tales como ‘donde la ley no distingue no es dado distinguir al hombre etc.’, mandados aplicar por las legislaciones romana y española, y que se fundan en la equidad”<sup>305</sup>.*

6. Como se ve, en el derecho colombiano, en el artículo 4º de la Ley 153 de 1887, se alude a que *“los principios del derecho natural, y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar las Constitución en casos dudosos”*. Pero además de remitir a los principios del derecho natural, el modelo o sistema colombiano consagra en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que *“cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que*

---

<sup>304</sup> Librería de la Vda. de C. Bouret, Paris, 1920. En el mismo sentido las ediciones de 1931 y 1977, Tomo IV, M-Z, Editorial Temis, Bogotá, 1977, págs. 462 a 464.

<sup>305</sup> Tomo I, Imprenta Paris América 145, Boulevard Poissonniere, Paris, 1926, pág. 49.

*regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho*".

Si se entendiese, como describe Norberto Bobbio para el sistema italiano, que la remisión a los principios generales del derecho es excesivamente amplia y que por ello fue deliberadamente restringida, a los principios generales del ordenamiento "*del Estado*", tendría que concluirse que en Colombia quedó consagrado un modelo de hetero-integración, pues el artículo 8° de la Ley 153 de 1887 remite a las "*reglas generales del derecho*", sin limitarlas a las previstas en el ordenamiento jurídico del Estado; pero si ello no fuera bastante para hallar la fisonomía del sistema colombiano, recuérdese que el artículo 4° de la Ley 153 de 1887, alude a "*los principios del derecho natural*", con lo cual no queda duda que en la legislación patria, anida un modelo de hetero-integración, abierto, incluso, a los principios del derecho natural; por todo ello, la forma de colmar las lagunas debe acompasarse con lo que manda ese cuerpo normativo centenario, es decir, con apertura hacia los principios generales y al derecho natural.

7. En la añeja jurisprudencia de la Sala de Casación Civil, hay verdaderos ejemplos anticipatorios sobre la aplicación de las reglas generales de derecho, en una forma singular de integración del ordenamiento jurídico. En todo caso, no ha existido duda sobre que las reglas generales del derecho son los principios generales del derecho y que ellos hacen parte del ordenamiento jurídico.

Y esa antañona teórica en muchas materias, se hizo porque el Código Civil carecía de preceptos específicos, lo cual no impidió que la Corte acudiera a los artículos 13 y 8° de la Ley 153 de 1887, normas que le permitieron aplicar con muchos años de anticipación los métodos de interpretación formulados por Geny y la Escuela Científica del Derecho. Como en su momento anotó la doctrina autorizada, "*la nueva sensibilidad de la Corte ha encontrado una base de*

*insospechada consistencia en las reglas hermenéuticas formuladas magistralmente por el legislador de 1887. La sala de casación ha descubierto o resucitado en la Ley 153 de ese año, normas de tan auténtico valor científico que sus principios coinciden maravillosamente con los que años después informaron el programa de la que ha venido a llamarse Escuela Científica del Derecho. La resurrección de estas reglas y, en particular, de la consignada en el artículo 8, en virtud del cual, a falta de una disposición exactamente aplicable al caso controvertido podrá el juez recurrir a los principios generales del derecho, señala el punto de arranque de la nueva jurisprudencia de casación civil” (Taffur Morales, Francisco, La Nueva Jurisprudencia de la Corte, Ed. Óptima, pág. 244). Valga hacer memoria de algunos ejemplos.*

7.1. Así, en lo que respecta al principio que dispone no abusar de los derechos, residente ahora en el artículo 95 de la Carta Política, fue desarrollado entre otros, en fallos de 19 de agosto de 1935, 30 de octubre de 1935 y 5 de octubre de 1939.

7.2. En sentencia de 20 de mayo de 1936, la Corte sentó como doctrina que las reglas generales del derecho son verdaderos principios y que éstos hacen parte del ordenamiento jurídico. En ese fallo se lee que “... ‘según la expresión de Geny -anota Josserand- todo el derecho no está encerrado dentro de la legalidad; al rededor de la regla formal, alrededor del derecho escrito, vive y hierve todo un mundo de principios, de directivas y de **standars**, en los cuales distingue muy justamente Hauriou **los principios constitucionales del comercio jurídico**, y como una especie de super-legalidad... Entre esas directivas pueden citarse... la regla **error communis facit jus**, la teoría del enriquecimiento sin causa y, sobre todo, la del abuso del derecho: aunque ningún texto de derecho positivo las enuncie en su forma general, la realidad de esos dogmas consuetudinarios es tan cierta como puede serlo la de los principios consignados en los términos más expresos e imperativos. Más aún: aquellos dogmas consuetudinarios están por

*encima de estos principios, puesto que escapan a la arbitrariedad del legislador, que no podría desconocer esas verdades superiores, a las cuales él mismo está subordinado, ya que no emanan de él. Los derechos que éste reglamenta no se realizan abstractamente y en el vacío: funcionan en un medio social; desempeñan un papel en ese medio, socialmente, no en una dirección cualquiera sino en vista de fines determinados; su misión es la de realizar la justicia y ellos no podrían rebelarse contra ésta sin que se incurriera en un contrasentido jurídico, en un abuso que acarrearía una sanción” (Sent. Cas. Civ. de. G.J. XLIII, 47-48).*

7.3. De la misma manera y en lo que atañe al principio que recoge la teoría de la imprevisión, se recuerda cómo antes de que ella fuera recogida en el artículo 868 del Código de Comercio, recibió abrigo en la sentencia de 29 de octubre de 1936, donde se evocó *“el aforismo de los glosadores del Derecho Romano, «rebus sic stantibus», o sea que hay que suponer que las partes han entendido mantener el contrato si las circunstancias en que se celebró no cambian, se ha fundado la teoría de la imprevisión, que se encamina a darle al juez el poder de modificar la ejecución de un contrato cuando han variado de tal manera las circunstancias que se hace imposible para una de las partes, cumplir lo pactado, sin que sufran una grave lesión en sus intereses”*.

7.4. Y en punto de que no es lícito romper sin medida el equilibrio, ha enseñado la Sala que *“...los casos especiales de enriquecimiento sin causa contenidos en nuestro Código Civil, notoriamente en lo referente al pago de lo no debido, no destruyen la unidad de esta noción de derecho, fuente de obligaciones, por cuanto que las aludidas normas de aquella obra divergen sólo en las particularidades de esos casos” (Sent. Cas. Civ. de 19 de noviembre de 1936. G.J. XLIV, 474).*

7.5. En otro de los pronunciamientos la Sala precisó que *“...a falta de una fórmula dogmática en nuestro C. Civil, como existe, tanto en las legislaciones*

suiza y alemana como en las posteriores a éstas, relativa al enriquecimiento sin causa, fuente de las obligaciones, la jurisprudencia (entre nosotros con apoyo en los artículos 5, 8, y 48 de la ley (1) 53 de 1887. Consúltense las sentencias de 19 de agosto y 19 de septiembre de 1935, las cuales contienen esta misma teoría), y la doctrina se han encargado de establecer su fundamento, delimitando el ámbito de su dominio y aplicación y precisando sus elementos constitutivos.

*El enriquecimiento sin causa estriba en el principio general de derecho de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro*” (Sent. Cas. Civ. de 19 de noviembre de 1936, G.J. XLIV, 474, cfr. Sent. Cas. Civ. de 6 de septiembre de 1940, G.J. L, 39).

7.6. La creación del derecho se expresó, también, en el enriquecimiento torticero, que a falta de una disposición legal recibió desarrollo de la Corte con fundamento en los artículos 5°, 8° y 48 de la Ley 53 de 1887 (G.J. No. 1923, Pág. 25; G.J. No. 1930, Pág. 803; Sent. Cas. Civ. de 11 de julio de 1939, G.J. No. 1949).

7.7. En el mismo sentido la Sala afirmó: “...el fallador para desatar esa oposición de intereses, a falta de una norma positiva expresa, tenía que acudir a principios inspirados en normas de equidad y de buena fe que la doctrina, la jurisprudencia y la ley misma se han encargado de hacer prevalecer con fuerza coercitiva para restablecer el equilibrio jurídico, sin que la magistratura pueda negarse a fallar porque ello le implica una grave responsabilidad cuando el precepto escrito le dice que los jueces y magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia.

*En armonía con los conceptos antes expuestos, el artículo 80 de la ley 153 de 1887 expresa:...*’Sobre el espíritu de esta disposición la doctrina y la

*jurisprudencia colombiana, inspirada en normas reguladoras de una normal convivencia social, y teniendo de presente los avances que en esta materia ha realizado la legislación foránea, ha fundamentado la acción originada en el abuso de los derechos, el enriquecimiento sin causa y aquéllas que, como la de que trata el presente fallo, deben resolverse por analogía con otras disposiciones y sobre la base de la equidad y de la moral. No anduvo, pues, desacertado el fallador de instancia al resolver en la forma en que lo hizo tanto la demanda principal como la de reconvención; la lectura del fallo pone de presente su esfuerzo para liquidar el conflicto en forma clara sin que pueda razonablemente fundarse contra él una tacha por desconocimiento de legítimos derechos que aparecen compensados para buscar una solución inspirada en la justicia” (Sent. Cas. Civ. de 12 de mayo de 1955. G.J. LXXX, 322).*

7.8. Y en sentencia posterior se explicó que “...el ordenamiento jurídico no está constituido por una suma mecánica de textos legales. No es como muchos pudieran creerlo, una masa amorfa de leyes. Todo orden jurídico está integrado por ciertos principios generales, muchos de ellos no enunciados concretamente por el Código Civil, pero de los cuales, sin duda, se han hecho aplicaciones concretas en casos singulares.

Ya el artículo 8º. de la ley 153 de 1887, prescribe que a falta de leyes aplicables a los casos controvertidos, deberán aplicarse las reglas generales del derecho. Entre los principios generales vigentes en el derecho positivo deben recordarse dos de importancia capital para fallar el presente negocio: el que prohíbe a una persona fundarse en su propia torpeza o inmoralidad para obtener beneficios a su favor, principio enunciado mediante la máxima de los latinos «**Nemo auditur propriam turpitudinem allegans**», y el principio de la buena fé exenta de culpa: «**Error communis facit jus**» (Sent. Cas. Civ. de 23 de junio de 1958. G.J. LXXXVIII, 232).

En esa misma providencia se señaló que “...los métodos antiguos de interpretación enseñaron que en el Código Civil se encontraba todo el derecho civil; que el intérprete debía aplicarlo sin poder extender los casos previstos por el legislador a otros casos y siéndole prohibido investigar la existencia de ciertas reglas o principios generales tradicionalmente reconocidos por las naciones civilizadas.

*Pero esta identificación del derecho civil con el Código Civil, o más exactamente, entre el derecho y la ley escrita, ha sido rota definitivamente en nuestra época y reemplazada por una metódica distinción entre **derecho y ley escrita**. La ley escrita es apenas una de las fuentes formales del derecho, la más importante desde luego, pero no la única.*

*El derecho en general, es un sistema compuesto no de casos empíricos, sino integrado por verdaderas instituciones y principios generales. Esta concepción se encuentra vigente en nuestro derecho por mandato expreso del ya citado artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que habla de las **reglas generales del derecho**; el mismo artículo 4º de tal ley que habla de los **principios de derecho natural y las reglas de la jurisprudencia**; el artículo 5º de la misma ley que se refiere a la **equidad natural**; el artículo 32 del Código Civil que ordena interpretar los pasajes oscuros o contradictorios de la ley del modo que más conforme aparezca **al espíritu general de la legislación y a la equidad natural**. Todas esas expresiones, **principios generales del derecho, reglas de la jurisprudencia, principios de la equidad, espíritu general de la legislación**, son expresiones que no tienen cabida dentro de una concepción exegética del derecho civil, sino dentro de una concepción sistemática, es decir, dentro de aquella idea que enseña que el derecho civil no se compone de casos aislados o empíricos, sino que es una ciencia de principios generales.*

*El juzgador debe pues, en cada caso concreto, investigar los principios, los conceptos generales y con su ayuda extraer el sentido propio de los textos legales” (sublíneas ajenas al texto).*

7.9. De la misma manera, afirmó la Sala que “...esas reglas generales de derecho se hallan así por disposición expresa de la ley, erigidas en normas reguladoras de la vida jurídica. Entre esos principios o reglas generales de derecho, se halla el consabido *jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri lucupletioem*. Es justo por derecho natural que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro” (Sent. Cas. Civ. de 27 de octubre de 1961. G.J. XCVII, 143).

7.10. Luego, concluyó que “las reglas generales de derecho hacen parte del ordenamiento jurídico, y así lo consagran disposiciones varias, dentro de las cuales cabe mencionar el artículo 8º de la ley 153 de 1887 y el 32 del código civil. Y carece de sentido sostener que cuando el juzgador las aplica, se sale de órbita y se arroja a terrenos extraños, renegando de su competencia.

*Otra cosa es que se discuta acerca de aplicabilidad de tales principios ya dentro del juicio, a la hora de proveerse el derecho -lo que supone haberse superado el problema de competencia-, evento en el que el asunto habría de ser situado en el ámbito del vicio in judicando, ajeno en un todo, naturalmente, a cualquier controversia sobre la competencia de los jueces” (Sent. Cas. Civ. de 24 de noviembre de 2000. Expediente 5365).*

7.11. También recalcó que “...aunque la Corte ha registrado de tiempo atrás la necesidad de indexar –actualizar o reevaluar- ciertas obligaciones que se ven afectadas por la inflación (cas. civ. de 24 de abril y noviembre 19 de 1979, entre otras, CLIX, págs. 107 y 321), a dicho reconocimiento no se le apareja que los Jueces puedan determinar libre y espontáneamente la manera como ese

*ajuste debe hacerse, pues al margen de las cláusulas que -según el caso- las partes válidamente pueden acordar con ese específico cometido, corresponde antes que todo verificar si el legislador, aun cuando no consagre expresamente el deber de corregir monetariamente determinada obligación, ha establecido una metodología especial que deba seguirse para preservar la capacidad de compra del dinero, ya que sólo en defecto de ella podrá el juzgador señalarla, claro está que con sujeción a los principios generales del derecho, como lo ha precisado de antaño esta Corporación” (Sent. Cas. Civ. de 19 de noviembre de 2001, Exp. No. 6094).*

7.12. Ha precisado la Sala, además, que las reglas generales del derecho pueden aplicarse bien sea por analogía juris o de manera directa: “...*en efecto, ante la configuración de excepcionales circunstancias fácticas que imposibiliten, o hagan en extremo difícil deducir un equivalente exacto entre el monto de la indemnización y el daño material padecido por las víctimas y por cuanto ‘dicho monto no viene a desempeñar, en la generalidad de los casos, sino la función de satisfacer, enfrente de los beneficiarios, cierto bienestar que reemplace al que fue arrebatado por la muerte de una persona’, se colige, siguiendo otros precedentes jurisprudenciales, que la simple dificultad de tipo probatorio, per se, no puede cerrar el paso a la merecida indemnización, pues ‘si ello fuere así, los perjuicios morales de tan inasible evaluación, no podrían jamás representarse en cantidades pecuniarias’, lo que, en el entendido de que ‘la ley no dice cuál es el criterio adoptable para tales justiprecios’, lleva ineluctablemente a concluir que **‘en esta labor es indispensable acudir a las reglas generales del derecho’**, admitiendo que ‘el juez está dotado de alguna relativa libertad para llegar a conclusiones que consulten la equidad, siendo, como es, irrealizable a todas luces una justicia de exactitud matemática’, y que, tratándose de daños ciertos que se proyectan en el futuro, ‘la prestación de la indemnización debe consultar una compensación equitativa que ponga a los damnificados en una situación patrimonial más o menos equivalente a la que tenían antes del acontecimiento que les causó el*

menoscabo (XLVI, págs. 689 y 690)'...” (Sent. Cas. Civ. de 5 de octubre de 2004, Exp. No. 6975).

7.13. También reiteró la Sala que “*el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 como norma sustancial violada... abre el camino para la aplicación de los principios generales del derecho, entre ellos el que proscribe el enriquecimiento sin derecho en perjuicio de otro*” (Sent. Cas. Civ. de 14 de agosto de 2007. Exp. No. 1997-01846-01).

7.14. Recientemente, la Corte precisó que los principios generales del derecho “*se caracterizan por un alto grado de abstracción, ora porque no evidencian de manera explícita un supuesto fáctico o lo presentan de manera fragmentaria, de modo que no es posible determinar con antelación los casos en los que serán aplicados, razón por la cual suelen calificarse de normas abiertas, para distinguirlas de las reglas legales llamadas cerradas, en las que sí es posible fijar escrupulosamente los supuestos de hecho de su aplicación; o ya porque, según otros, presentan un alto grado de indefinición en la consecuencia jurídica, motivo por el cual se les conoce como “mandatos de optimización” (u optimación, quizás), en la medida en que pueden ser cabalmente cumplidos en diferente grado, dependiendo de las condiciones reales o jurídicas en las que se encuentre el agente. Mientras que los primeros se caracterizan porque expresan derechos, son justiciables y, por ende, de aplicación usual por los jueces, los segundos aluden a intereses y son propios de la política y la legislación. En todo caso unos y otros tienen un significado lingüístico autoevidente, en virtud del cual su genuino sentido y alcance no puede ser esclarecido a partir del significado de las palabras.*

*Sea cual fuere su estructura, no hay duda que en los principios se halla una nota descollante que no se evidencia en las otras reglas jurídicas y es su peso o importancia, de manera que cuando dos principios entran en conflicto, ambos siguen siendo válidos a pesar de que en el caso concreto uno de ellos se prefiera*

*al otro; o sea, que en caso de colisión, uno de ellos no deja de ser válido, ni comporta de manera definitiva e ineludible una cláusula de excepción, simplemente, se impone un proceso de ponderación, al cabo del cual, dependiendo de las circunstancias del caso, se establece entre ellos una “relación de preferencia condicionada”. En cambio, en tratándose de las reglas legales no es posible aseverar que una sea más importante que otra, de modo que si entran en conflicto la solución es de todo o nada: o una de ellas no es válida, o siempre cederá en presencia de la otra.*

*Ahora, las reglas legales son obedecidas, mientras que a los principios, en cambio, se adhiere. Aquellas señalan cómo debe actuar la persona, o no hacerlo, en determinadas situaciones específicas por ellas previstas, al paso que los principios nada dicen, directamente, a ese respecto, pero proporcionan criterios adecuados para fijar un punto de vista ante situaciones concretas que a priori aparecen indeterminadas. Como éstos, los principios, cuando no son mandatos de optimización, carecen de supuesto fáctico específico, solamente adquieren relevancia operativa haciéndolos obrar frente algún caso concreto, no es posible, entonces, determinar su significado de manera abstracta, como tampoco pueden ser utilizados en operaciones lógico-jurídicas, en particular en procesos de subsunción” (Sent. Cas. Civ. de 16 de agosto de 2007, Exp. No. 25875 31 84 001 1994 00200 01).*

Según se constata en la anterior recensión, la Corte Suprema de Justicia cumplió en su momento con el desarrollo vanguardista de los principios generales del derecho, en un proceso histórico según el cual, a juicio de alguno de sus partícipes, a partir de 1935 la jurisprudencia fue favorable a las tendencias de la Corte de Casación Francesa; “*en tales circunstancias, la Corte de Casación ha dejado de estar al servicio de la ley para hacer justicia al Derecho*” (Pérez Vives Álvaro, Casación Civil, 2ª edición, Librería Americana, 1946, pág. 17).

8. Por su parte, la Corte Constitucional declaró ajustado a la Carta Política el artículo 8º de la Ley 153 de 1887; así, en la sentencia C-083 de 1º de marzo de 1995, explicó que el deber de decidir sin excusarse por el vacío o la oscuridad de la legislación, era una necesidad ontológica, y reiteró aquello de que no hay lagunas porque hay jueces. Allí, además, se dejó sentado que en el recurso a la analogía juris, es decir en la búsqueda de una norma en la cual *“a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada”* no hay abandono alguno del ordenamiento sino justamente la consulta del mismo, cosa que de antaño estaba dicha.

No obstante, la Corte Constitucional tomó partido por una de las visiones posibles de lo que constituye el sistema jurídico, al reducir todo a la idea de regla de reconocimiento como método para identificar el parecido de familia de un determinado principio y así indagar sobre si su estirpe pertenece al ordenamiento. Para la Corte Constitucional las expresiones *“principios generales del derecho”*, *“equidad”* y *“derecho natural”* son, en el contexto del artículo 230 de la Constitución Política, principios generales extrasistemáticos que *“no satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no hacen parte del ordenamiento pues no son materialmente reductibles a la Constitución. Según expresión afortunada de Carrió ‘pueden ser llamados ‘principios jurídicos’ en cuanto se refieren a aquél (el derecho) pero no en cuanto partes de él’ Y añade : ‘el uso judicial de ellos puede conferirles, en el mejor de los supuestos, el rango de candidatos a integrar el sistema, una vez que ese uso adquiera consistencia, regularidad y carácter normativo suficientes como para considerar que las pautas aplicadas son normas jurisprudenciales en vigor’, o se incorporen al ordenamiento -agrega la Corte- por disposición del legislador”*.

A pesar de ello y aunque la Sala considera relevante en grado sumo que haya la consagración expresa de principios en la Carta Política, como aconteció con el abuso del derecho (artículo 95 C.N.) y la buena fe (artículo 83 C.N.), la pertenencia del principio al ordenamiento no puede depender de un acto o de una autoridad contingente, que en un momento fundante decida la inclusión mediante una herramienta como el test que sugiere la Corte Constitucional, pues ello implicaría que la desaparición de la autoridad que hizo el reconocimiento, la abolición del procedimiento, o el cambio del test o de la norma aplicable, arrojarían el principio fuera del sistema, como si dejara de ser parte del espíritu general de la legislación. Si *“hay exigencias de justicia general, existe un orden que está por encima tanto de las voluntades individuales particularmente consideradas, cuanto del acuerdo de las mismas que se expresa a través del principio de la mayoría, un orden que debe ser perseguido como tal”*<sup>306</sup>.

Así, cómo confiar a un test, o a una regla difusa como la de reconocimiento, la tarea de definir qué otras reglas pertenecen al ordenamiento, olvidando que el Derecho no es el espacio para la transacción coyuntural de los intereses transitorios, sino que en él subyacen las condiciones para la salvaguarda de aquellos intereses materiales que forman parte de la esfera de inmunidades del individuo, que por lo tanto no están disponibles para las mayorías, y que trascienden alguna mecánica de identificación, para derivar en últimas su esencia, de los dictámenes del propio tribunal de la razón humana.

Así las cosas, aunque se ampliara la parte dogmática de las constituciones modernas y se transformaran los principios en normas positivas, con ello no se agotaría el ordenamiento, ni estaría completo de una vez y para siempre.

**9.** Ahora bien, más allá de las discusiones teóricas que genera el tema, lo cierto es que en la práctica, en la labor de decidir una controversia, no sólo

---

<sup>306</sup> Zagrebelsky Ob.cit. Pág. 94

pueden verse transgredidas reglas positivas, sino que también es factible la infracción de los principios generales del Derecho, ya sea porque dejan de aplicarse, bien porque se hacen operar indebidamente, ora porque se interpretan de manera errónea.

Cabe agregar que dichos principios, asimismo, tienen el carácter de normas de derecho sustancial en aquellos eventos en los cuales, por sí mismos, poseen la idoneidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas concretas. Por ende, basta con invocar una regla general de derecho -en tanto sea la base del fallo o haya debido serlo-, para abrir el espacio al recurso de casación, pues los principios hacen parte del ordenamiento jurídico que el recurso debe salvaguardar.

Como se recordará, la doctrina revela que *“la Corte hizo en la década de 1930 aplicación de la tesis según la cual basta la invocación de un principio como norma de derecho sustancial para que se abra el espacio de la casación. Así en las sentencias de 20 de mayo de 1936, XLIII, págs. 44 y s.s. tomó como soporte el principio «error communis facit ius», el 29 de septiembre de 1935; XLIII, 129 1ª y 19 de noviembre de 1936, XLIV, para la máxima «nadie puede enriquecerse sin causa»...”* (Pérez Vives Álvaro, Casación Civil, 2ª edición, Librería Americana, 1946, pág. 17). Entonces, para la Corte de antaño los principios eran parte del ordenamiento y el recurso de casación no estaba instituido para la defensa de la ley -en sentido formal-, sino en resguardo de todo el ordenamiento.

En ese mismo sentido, también se dijo que *“los principios generales del derecho por sí solos también sirven como fundamento del recurso, aunque no aparezcan consagrados expresamente en una ley, pues el juez debe aplicarlos según el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 que ordena que se apliquen las reglas generales del derecho, a falta de ley o doctrina constitucional.*

*Los casos que pueden ocurrir, los resume Alberto Zuleta Ángel así:*

*a) Dice el sentenciador que no hay regla aplicable; resuelve entonces aplicar una regla general del derecho. Pero sí hay ley aplicable, bien sea directamente o bien por analogía. Entonces el fallo es acusable por violación de la ley que el sentenciador se abstuvo de aplicar siendo aplicable.*

*b) El sentenciador resuelve aplicar una ley que considera aplicable. Pero en realidad tal ley es inaplicable al caso controvertido; hay necesidad entonces de aplicar, conforme al artículo 8º de la Ley 153, las reglas generales del derecho. El fallo es entonces acusable por violación de las disposiciones que se aplicaron siendo inaplicables.*

*c) El sentenciador considera que en realidad no hay ley aplicable, expresa o analógicamente, y aplica la regla general del derecho, pero aplica mal, porque hay normas jurisprudenciales sobre la correcta aplicación de esta regla. Así, no es admisible la acción fundada en el enriquecimiento sin causa cuando el demandante tiene acción fundada en un contrato, cuasicontrato, delito o cuasidelito, esto es, se requiere que el demandante carezca de toda otra acción para que pueda ejercitar la fundada en este principio, porque si la tiene debe fundarse en él. La acción originada del enriquecimiento injusto es subsidiaria.*

*Si el sentenciador ha aplicado mal la regla de derecho, porque no se han llenado todas las condiciones para poder ejercitarla, hay una indebida aplicación de esta regla general, que en la actualidad es derecho sustancial y base para el recurso de casación. Del Vecchio, refiriéndose a los mencionados principios observa que 'la misma ley ha acogido además de la interpretación analógica, los principios generales del derecho, dando a éstos, con esa fórmula tan ampliamente comprensiva, un reconocimiento especial y una propia y verdadera sanción de orden positivo'. Y advierte, en nota: 'De ahí la posibilidad, comúnmente*

*reconocida, de recurrir en casación por falta de aplicación judicial de los principios generales del derecho, precisamente sobre la base del artículo 3º de las disposiciones preliminares' (Los Principios Generales del Derecho, pág. 15)"* (Morales Molina, Hernando, Técnica de Casación Civil, Segunda Edición, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1983, págs. 117 y 118).