

Criterio para aplicar en Colombia la teoría del abuso del derecho

“Criterio para aplicar en Colombia la teoría del abuso del derecho”, ha sido la cuestión expuesta por el muy distinguido secretario del Colegio Mayor, don Luis Euclides Murcia, con motivo de su grado en derecho y jurisprudencia. Me ha hecho el honor de designarme presidente de tesis y dádome ocasión de leerlo.

El trabajo del señor Murcia merece enaltecimiento por la profundidad y método de exposición; se advierte la lectura meditada de los grandes expositores Saleilles, Ripert y Josserand, que principalmente han presentado, desenvuelto y puesto en circulación la noción del abuso del derecho, con especialidad los dos últimos en sus obras sobre la regla moral en las obligaciones y sobre el espíritu del derecho y su relatividad; se echa de ver también el cuidado con que el señor Murcia ha indagado el criterio con que nuestros jueces la han aplicado en casos concretos sometidos a su decisión; y finalmente, nos muestra su propio pensamiento ante la cuestión abstracta y también frente a la legislación positiva colombiana. Tesis de esta consistencia le hacen honor a la Facultad en que se producen y desde luego a su autor. Por lo cual le expreso como profesor y rosarista, mi complacencia.

Al resurgimiento del estudio del derecho que se ha manifestado tan vigorosamente en Colombia en los últimos años, sacándolo del estancamiento y pobreza rutinaria en que pa-

recía sumido, ha contribuído indudablemente la novedad de la expresión “abuso del derecho”, con su chocante antilogía. Porque hay otras teorías no menos fecundas en orden a dar a cada cual lo que le corresponde y concretamente al resarcimiento de perjuicios, como “el riesgo creado” o “las presunciones de responsabilidad”, que han enriquecido nuestra literatura jurídica y remozado los códigos; pero son sin duda menos sugestivas que aquella otra, pues quien tropiece con ese enunciado de que no se puede abusar del derecho que se tiene, sin incurrir en responsabilidad, inmediatamente se pregunta extrañado: ¿acaso, quien usa de su derecho a alguien daña? Es el choque mental con un sólido principio que informa las doctrinas clásicas: “neminem lædit qui suo jure utitur”. O, en otra forma: quien ha causado un daño puede defenderse diciendo: “Feci sed jure feci”, he obrado en el ejercicio de un derecho.

El abuso del derecho es noción más impresionante todavía si se considera que no pocas veces la misma ley autoriza el causar daño a otro, en el ejercicio de un derecho, aun intencionadamente, con pleno conocimiento de causa, sin que origine responsabilidad en el que así procede. Por ejemplo, el comerciante que monta su empresa al lado de otra empresa similar, causa voluntariamente un daño a su vecino establecido antes, pues con su proximidad atrae a sí una parte de su clientela y necesariamente lo perjudica. Quien así procede ejercita un derecho que implica la intención de dañar, el de la libre concurrencia dentro de la libertad de comercio y de industria. Nuestras leyes sociales autorizan la huelga y nuestra constitución la garantiza solemnemente, no obstante que la huelga, como el *lock-out*, llevan consigo la intención de dañar al patrono o al obrero paralizando la empresa. Agréguese a esta consideración que hay derechos en cierto modo absolutos, de cuyo ejercicio no se puede tomar cuenta, como el que tiene el ascendiente para negar a un menor el consentimiento para el matrimonio, o el que se tiene para invocar la prescripción de una obligación. Casos como éstos, hacen de difícil aceptación la tesis de que puede haber uso abusivo del propio derecho y obligación de resarcir los perjuicios causa-

dos a otro “con derecho”. Pues la ley, piensa uno, no puede prohibir de un lado lo que permite por otro, y si me da derecho de hacer alguna cosa, no puede luégo el juez condenarme por haberla hecho. Y mucho menos si ciertos derechos, como los que acabo de enunciar por vía de ejemplo, implican *per se* la conciencia de que al ejercitarlos necesariamente causan un perjuicio.

También ha contribuído a hacer de difícil aceptación la tesis de abuso del derecho aquella otra de la “limitación de los derechos”. Las soluciones dadas por la jurisprudencia a casos prácticos sometidos a la decisión de los tribunales y resueltos por éstos dentro de la noción de abuso del derecho, son admitidas pero al mismo tiempo explicadas “por la limitación de la extensión de los derechos”. En efecto, dicen los enemigos de la teoría del abuso del derecho, está bien que se obligue al vecino a demoler la falsa chimenea que ha levantado en su predio para tapar la vista del predio del lado, pero ello se explica sin necesidad de hablar de abuso del derecho de propiedad, sino porque hasta allá no va el contenido de ese derecho, necesariamente limitado.

Además, dicen otros, los mismos resultados se consiguen sin hablar de abuso del derecho, recurriendo nada más que a la noción de culpa. No se trata ya de violar una regla prohibitiva de derecho; ni siquiera de interpretar el contenido de un derecho expreso de la ley; se está obrando dentro de la libertad, dentro de aquella regla según la cual todo lo que no está prohibido está permitido. Entonces la responsabilidad se produce con la sola teoría de la culpa, por el solo hecho de la imprudencia o negligencia. Quiere decir, que la libertad individual, fuera de los límites establecidos por la ley, tiene los de la prudencia y cuidado en el obrar. También aquí es innecesaria la idea del abuso del derecho.

Pero lo cierto es que, no obstante estas diferentes explicaciones y controversias, la noción del abuso del derecho ha tenido un buen y definitivo suceso, y aunque no ha logrado una definición precisa, contornos únicos e inconfundibles, que sirvan para exaltarla como independiente de la *relatividad de los derechos*, o de la *culpa en el ejercicio de un derecho*, como en cambio sí lo ha logrado la del enriquecimiento sin

causa, por ejemplo, es lo cierto, repito, que es corrientemente empleada por los autores, por los catedráticos, por los jueces y que, después de implantarse en la jurisprudencia, ha extendido su influencia en la misma legislación. Y esa evolución se ha consumado ya en Colombia, sin duda con gran beneficio para el resurgimiento del estudio del derecho y para una mejor penetración de la moral y de la equidad dentro del derecho rígido y exegético. Explicar esos antecedentes y mostrar su actual penetración, es la tarea que en buena hora se ha propuesto el señor Murcia en la tesis de grado.

Es indudable que la teoría del abuso del derecho ha ampliado el radio de acción de la ley permitiéndole extender su influencia dentro de zonas antes reservadas a la simple moral. Considerando la moral y la ley como zonas que tienen un mismo centro, aquella teoría ha permitido sancionar actos que antes no habían dentro de los límites más estrechos de la zona legal. Algunos ejemplos ilustran esta cuestión.

La rígida doctrina legal permite sostener, verbigracia, que un mínimo margen de incumplimiento de una obligación en contrato bilateral da acción resolutoria para todo el contrato. De mil pesos de precio, diez que se dejen de pagar hacen que se resuelva todo el contrato por mil. La doctrina del abuso del derecho pone coto a esta exigencia del derecho a ejercitar la acción resolutoria. Se declaró reprehensible y abusivo el derecho del vendedor de demandar la resolución de una venta por inejecución parcial que tuvo por mira obtener la restitución de la cosa vendida; esta era una mina que había sido vendida en mal estado y que el comprador había logrado poner en buen estado de explotación con grandes esfuerzos y gastos; obtener la resolución era lo mismo que aprovecharse el vendedor de los esfuerzos del otro; el juez estimó que en este caso había una utilización reprehensible del derecho de obtener la resolución del contrato y que no era permitido tal propósito manifiesto, so pretexto de una falta de pago parcial, insignificante en atención al negocio mismo. (Sirey, 1914, 1, 182).

Según sentencia de la Corte de París de 8 de febrero de 1912, dice M. Esmein, un hombre casado, separado de hecho de su mujer, deliberadamente había mantenido su hija co-

mún en el extranjero durante un largo período, impidiendo que la madre pudiese verla. Esperaba así ejercer una presión sobre el espíritu de la madre para que pidiese el divorcio, lo que le traería al marido la libertad que deseaba. Pues bien, demostrando estos hechos, la madre demandó a su favor la guarda de la hija y privar de ella al marido, y la obtuvo, porque los jueces estimaron que el padre estaba cometiendo un abuso del derecho de guarda. Esta se da en beneficio de los hijos menores, pero no para servir a los intereses del guardador. Se ejercitaba el derecho, en el caso dicho, de una manera contraria a su destinación social.

Traigo a cuento otro caso citado por el derecho mercantil. El ejercicio del derecho de mayoría en la administración de sociedades por acciones, no puede ejercerse en favor de un grupo o en contra de otro, sino en interés social, es decir del conjunto de accionistas. Si la emisión de nuevas acciones se decreta y consuma para distribuir las a un grupo de accionistas y cambiar la mayoría, esta decisión no es dictada por el interés de la sociedad, sino por un conjunto de accionistas que se proponen obtener un control en la medida que exigen los estatutos para poder obrar a su antojo y en su provecho, con prescindencia de las necesidades de la masa de accionistas.

La jurisprudencia colombiana ha tenido ya ocasión, de 1935 para acá, de fallar muy interesantes casos por la aplicación de esta teoría, casos que el señor Murcia cita, analiza y en general aplaude, con el fin de encajarlos y explicarlos por algunas de las concepciones del abuso, ya la intencional, ya la funcional. Me parece que su decisión está por la primera de estas teorías, por la intencional, que bien pudiera traducirse así ante la legislación colombiana: culpa en el ejercicio de un derecho. Y para prevenir la dificultad de apreciación del elemento *intencional* dice con razón que éste puede apreciarse por sus resultados, por el hecho cumplido, necesariamente antes de la demanda. Efectivamente, parece que los tribunales colombianos están de acuerdo en estimar que hay abuso del derecho cuando el acto cumplido —y que normalmente está permitido en virtud de la definición del respectivo derecho— ha venido a ser ilícito por falta de utilidad para su autor y dañoso en cambio para la otra parte.

Este criterio de carencia de utilidad para el autor del acto y de daño para la otra persona, es materia de especial consagración por la ley: "Cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimenta otro pozo", dice el Art. 1002 del C. C. y agrega: "pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegararlo".

Aunque la jurisprudencia admite, con razón, la existencia de la intención maliciosa —ya que no es posible conocerla directamente por una declaración del autor del acto— cuando éste resulta consumado sin haberse reportado ninguna utilidad, puesto que si de una parte no aprovecha y en cambio sí daña a otro, se justifica atribuir al autor intención maliciosa respecto del otro, bien mirado el Art. 1002 de nuestro C. C. el cegamiento del pozo no parece obedecer a sanción por la malicia sino más a regularizar o racionalizar el uso de un elemento de primera necesidad, objeto de preferente atención por nuestras leyes.

La intención maliciosa parece consagrada por nuestra ley a propósito del abuso del derecho de litigar. Según ella, litigante temerario o malicioso es aquél que, consciente de su injusticia, sin embargo litiga. Es una vieja acepción romana de la *temeritas*. Y también del abuso de los embargos para el cobro de deudas cuando hay exceso en el valor de los bienes afectos a la deuda. Puede también considerarse este caso de abuso del derecho como una culpa en el ejercicio de ese derecho.

A la noción de abuso se le ha dado un campo de aplicación mayor con la teoría de la relatividad, expresión inspirada sin duda por la doctrina de la relatividad extendida al campo científico particularmente por Einstein y al derecho por Jossierand en 1905 primero y en 1927 después en la obra "Del espíritu de los derechos y de su relatividad". Aunque el acto represente una utilidad para el titular del derecho subjetivo, su uso es condenable cuando no se conforma con la destinación del derecho o con su espíritu, o cuando no ha sido cumplido para alcanzar un fin legítimo.

Tenemos también expresamente consagrado el abuso del derecho por su aspecto funcional. La propiedad es una función social que implica obligaciones, dice la Constitución. En consecuencia, la propiedad rural se adquiere por actos de explotación económica, aspecto funcional muy notable entre nosotros por haber imperado antes la noción pasiva de la conservación de la propiedad por la simple voluntad inscrita en el Registro. El Art. 21 de la ley sobre Régimen de Tierras dice que se ha creado una jurisdicción especial "para que la ley sustantiva se interprete con el criterio de que no deben protegerse el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho y el fraude a la ley".

Y, finalmente, la comisión redactora del Código Civil ha dado la siguiente norma sobre el abuso del derecho: "No se protege el ejercicio de los derechos cuando manifiestamente se aparte o exceda del fin con el cual la ley los reconoce".

Las distintas escuelas que han tratado de precisar la noción han encontrado deficiencias, y unas se complementan con otras, pero siempre con un criterio insuficiente. Por ejemplo, no basta la intención de dañar y se le ha agregado: es preciso que su titular tenga un interés en ejercitarlo. A la noción funcional es preciso juntar la del motivo legítimo, etc.

Pero sobre todo, y ésta es una observación en que insiste el señor Murcia, la noción de abuso del derecho, como determinante de la obligación de resarcir el daño, requiere, independientemente de ella, de la claridad de aplicación, jueces muy ilustrados y versados. Por mi parte he de ampliar un poco el fundamento de esta observación, la más inquietante. Los jueces no pueden desatender el principio de que los derechos tienen un contenido fijado por la ley y dejado por ésta a su interpretación, dentro del amplio margen que les da el Art. 8º de la Ley 153 de 1887 y que los enemigos de la teoría del abuso del derecho han esbozado así: no puede haber abuso del derecho porque donde empieza el abuso cesa el derecho. Además, si el llamado abuso del derecho se consuma, no frente a una obligación, sino sin ella, es decir, en un campo no prohibido (pues todo lo que no está prohibido está permitido), entonces no hay abuso del derecho sino simple culpa cuasi-delictual, ya que la libertad del hombre, donde no está res-

tringida por ley expresa, siempre lo está por el límite de la prudencia y diligencia en el obrar.

Resulta de lo dicho que para encontrar y aplicar la noción de abuso del derecho se tienen que escrutar los límites del contenido del derecho obligatorio o, fuera de obligación, los límites de la libertad. Es decir, todo está previsto por la ley, ya en forma de limitación de derechos, ya en forma de culpa en el libre obrar. Entonces, para que haya abuso del derecho, es el juez quien debe y tiene que *ponerle a los derechos límites distintos a los límites legales* por vía de jurisprudencia y éste es el peligro.

Por ejemplo, si el dueño de un fundo levanta un muro dentro de su propiedad que de hecho haga imposible el aterrizaje de aviones en el campo vecino, se dirá que ha violado su propio derecho de propiedad al ejercitarlo hasta el cielo, según el principio romano "qui dominus est soli, dominus est coeli et inferorum?", con lo cual el juez limita la extensión del derecho de propiedad, ¿o se dirá que ha abusado de su derecho?

Si estima el juez que el muro debe demolerse por virtud de abuso del derecho de propiedad, entonces él le ha puesto límite al derecho *más acá* del de la ley. Pero dentro de la doctrina clásica e individualista, no era el juez sino la ley quien podía poner ese límite. Sin embargo, se estima que las necesidades sociales, cambiables, movibles al compás de las necesidades materiales modernas, por el progreso industrial y social, van adelante de la ley, y el juez —al fin y al cabo un hombre que lo mismo que pudo hacer leyes en congresos puede interpretarlas después —debe llevar y poner la norma de acuerdo con esas necesidades. Pues bien, ese poder amplio de los jueces es lo peligroso, no obstante todas las doctrinas están de acuerdo en que la jurisprudencia debe, dentro del terreno jurídico, desenvolver las teorías jurídicas que traen la socialización de nuestro derecho.

Lo cierto es que, a pesar de este peligro, los jueces han tomado el poder de estimar la extensión del derecho más acá del límite de su contenido o de estimar las libertades limitadas por la noción de imprudencia y negligencia. De ahí que

teorías como ésta requieran ante todo jueces de excepcional ilustración, competencia y prudencia.

Para evitar que el criterio del juez caiga en arbitrariedad, la jurisprudencia ha creado criterios estimativos del abuso del derecho.

El más recurrido es el de la intención de dañar, pero en que el titular del derecho no perciba ninguna utilidad al ejercitar el derecho. Este criterio ha sido perfeccionado diciendo que el derecho no debe ejercitarse sin motivo legítimo, con una intención que lo desvíe del fin para el cual la ley lo concede. La simple intención de dañar no basta para que haya abuso, y para demostrar ese aserto se suele citar el caso de la libre concurrencia: el poner un establecimiento mercantil al lado de otro implica de por sí, como atrás queda dicho, la intención de perjudicar a su vecino (el abuso de este derecho ha sido ya reglamentado por la ley bajo el nombre de competencia desleal, Ley 31 de 1925). Como ejemplo de verdadero abuso intencional y sin interés legítimo, ponen los autores el del propietario que construye una falsa chimenea en su predio, no con el fin de calefacción, puesto que en realidad no es chimenea, sino con el de perjudicar a su vecino. Como ejemplo de abuso cuando el derecho se ejercita sin motivo legítimo y con una intención que lo desvía del recto fin del derecho según la ley, se cita el derecho al despido de un empleado; este derecho se concede para respetar la libertad del patrono de desprenderse de un mal obrero o de disminuir su número cuando así lo exigen las condiciones económicas de la empresa; pues bien, si al obrero se le despide sin causa justificativa, sin motivo legítimo, debe indemnizársele; y así lo dispone nuestra ley positiva.

Otro criterio ha sido el de la culpa en el ejercicio de un derecho, cuando, sin intención de perjudicar, se ejercita sin tomar las precauciones para evitar las consecuencias normalmente perjudiciales a su ejercicio, como cuando al perseguir ejecutivamente un crédito se embargan bienes en exceso o cuando para sustraer determinados bienes del comercio se ejercita una acción real inconducente o temeraria, caso en el cual además de costas puede demandarse el perjuicio.

Como ejemplo del criterio antifuncional, verbigracia el del Art. 1002 del C. C., el Tribunal de Bogotá hizo la siguiente aplicación reciente: "Cada derecho tiene su espíritu y su finalidad propios y quienquiera que trate de desviarlo de su misión social comete una falta, delictual o cuasidelictual, susceptible de comprometer en tal caso su responsabilidad, ya que estamos obligados a poner nuestras facultades jurídicas al servicio de un motivo adecuado a su espíritu y a su misión, pues, de lo contrario, no las ejecutaríamos, sin duda, sino para abusar".

Las legislaciones han ido consagrando institucionalmente la teoría del abuso del derecho en sus varias acepciones. El código civil suizo considera que hay lugar a reparación en caso de abuso manifiesto de un derecho, el cual no es protegido por la ley (art. 2º). El Art. 226 del código alemán dispone que el ejercicio de un derecho no es permitido cuando no puede tener otro fin que causar daño a otro. Según el proyecto franco italiano de las obligaciones, debe reparar aquél que ha causado un daño a otro excediendo en el ejercicio de sus derechos los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual ha sido conferido ese derecho. Y el código civil de los soviets dice que los derechos civiles son protegidos por la ley, salvo en los casos en que ellos sean ejercitados en un sentido contrario a su destinación económica y social. Como ya hemos dicho, finalmente, la comisión de reforma de nuestro código civil se ha pronunciado en el sentido de culpa en el ejercicio de un derecho, resultante del manifiesto exceso con que se ha hecho valer en comparación con su espíritu legal. La fórmula es prudente y tímida, al mismo tiempo que pauta la arbitrariedad de apreciación judicial.

ANTONIO ROCHA

**Colegial, Doctor y Catedrático de
este Colegio Mayor**