

EL ABUSO DEL DERECHO

LUCIANO BARRIENTOS GARCIA
ABOGADO

No pretenden estas notas agotar la materia, ni mucho menos dejar una concepción inmodificable, pues en materia de Derecho siempre estamos conociendo situaciones, interpretaciones, jurisprudencias y doctrinas que nos permiten reafirmar nuestros criterios o llegar a conclusiones diferentes.

Son estos apuntes, copias que procuraré ordenar de diversos autores, de las distintas concepciones que se tienen sobre el tema, pues la del suscrito, está consignada en fallo del Tribunal de Arbitramento comercial, convocado por la Cámara de Comercio de la ciudad de Medellín e integrado además con los doctores Juan Luis Moreno y Carlos Alberto Velásquez, quienes honrosamente me nombraron Presidente y en el cual actuó eficientemente como Secretario el doctor Fernando Ossa Arbeláez.

Antecedentes históricos.

“Vittorio Scialoja, en una monografía que es excepcional por la erudición y el saber en ella acumulados, demuestra que el vocablo “aemulatio” se encuentra dos veces, tan sólo, en el Derecho de Justiniano, una en un fragmento del Digesto y otra en el Código; y que se empleó con el significado que tiene la palabra italiana “gara” (aproximadamente: Concurso, competición, carrera, rivalidad deportiva o artística). Pero que en la Edad Media la palabra “aemulatio”, o la frase “animus aemulandi” fueron usadas técnicamente por los

juristas para designar "la intención de quien cumple ciertos actos, que estarían comprendidos normalmente en el ejercicio de su derecho, sin utilidad propia o con una mínima, con el fin de perjudicar a otro.

Opina que por un error, sin duda, se ha citado como fuente de esta construcción el fragmento del digesto a que se refiere más arriba, por ser muy distinto su sentido.

Parece haber concluído ya el debate que se promovió tocante a si el Derecho romano había reconocido o nó, con los efectos señalados, los actos en cuestión. La conclusión ha sido por la negativa.

Pietro Bonfante reconoce que la teoría de los actos de emulación, es una doctrina medieval. Según élla "se prohibían al propietario los actos por él cumplidos, con la maligna intención de perjudicar a otro, ánimo nocendi, con poca o ninguna utilidad propia. Alguien, por ejemplo, edifica un muro en su propio fundo, no porque le sirva para algo, sino tan sólo para molestar o hacer sufrir al vecino, al privarlo de la luz o de un panorama ameno. Los juristas medievales llamaban a estos actos "ad aemulationem", de donde viene el nombre de la teoría".

Otro romanista, Silvio Perozzi, expresa que ya ha caducado, afortunadamente, en la teoría y en la ciencia romanista de Italia la afirmación que se sostuvo largo tiempo, de que el Derecho romano había prohibido, a quien era titular de un derecho, que lo ejerciera "cuando los actos de ejercicio, se cumplieran ánimo nocendi, o lo que es lo mismo, sin una utilidad propia o con una mínima, con el fin predominante de perjudicar a otro".

Tuvo razón al dudar Marcel Planiol cuando, al mentar esta "nueva teoría", se preguntaba: ¿es nueva en realidad? Sus orígenes no se encontrarán en el Derecho romano, pero están en la rica y minuciosa elaboración del medieval, hasta con varios de los caracteres con que en la actualidad sirve de tema a las controversias de los especialistas; el ejercicio de un derecho subjetivo sin utilidad para su titular, o con una utilidad insignificante, y con el designio de perjudicar a otro". (Omeba 1.954).

Críticas a la teoría.

A este respecto me permito traer la síntesis afortunada del profesor Enrique Gaviria Gutiérrez que expuso en este mismo Colegio de Abogados y que en mi sentir no tiene que agregar ni que quitar:

"Controversia sobre la justificación de la teoría : Sin desconocer la bondad de sus propósitos, algunos juristas han manifestado su criterio adverso a la elaboración técnica de la doctrina; Planiol, por ejemplo, decía a este propósito lo siguiente: "El derecho cesa donde el abuso comienza y no puede haber uso abusivo de un derecho por la razón irrefutable de que un mismo acto no puede ser a la

vez conforme y contrario al derecho. Puede haber abuso en la conducta de los hombres, pero éllo no ocurre cuando ejercen sus derechos sino cuando los exceden; el hombre abusa de las cosas pero no abusa de los derechos”.

“La objeción convence porque si respecto de alguien se dice que abusa de su derecho, en realidad ya no lo tiene, pues su derecho terminó exactamente donde el abuso comenzó; las personas no abusan de sus derechos, simplemente actúan sin ellos; la expresión abuso del derecho es una contradicción en los términos porque ningún derecho es susceptible de uso abusivo, puesto que quien así obre ya lo perdió. Sin embargo, la objeción sólo es admisible desde un punto de vista formal, porque, aún cuando la expresión “abuso del derecho” no sea rigurosamente correcta, nadie puede desconocer que, bajo su denominación, se ha elaborado una sabia teoría que ha demostrado de manera irrefutable la necesidad de impedir y reprimir, no sólo las conductas abiertamente ilegales, sino también aquellas que pretenden escudarse en el texto de una norma legal y que en el fondo son verdaderas infracciones de la misma, no por indirectas menos evidentes.

Era pues, necesario enfrentarse a quienes decían estar ejerciendo sus derechos, según la letra de la ley, cuando realmente no hacían otra cosa que excederlos en forma velada o encubierta.

Así que, aún cuando su título no tenga toda la exactitud gramatical que Planiol y sus partidarios exigen, la concepción del abuso de los derechos ha sido de todas maneras una respuesta afortunada contra quienes pretenden tener todavía el derecho que la norma concede, cuando en realidad ya lo han perdido por virtud de su conducta abusiva, que respeta su texto pero viola su espíritu”.

Criterios para fijar el concepto del ejercicio abusivo.

Se han tenido a este respecto varios criterios que estimo se pueden resumir en la forma como lo hace el Diccionario Jurídico Omeba, así :

- a) El designio de dañar y sus derivados o sucedáneos, como el dolo o el fraude.
- b) La mala fé, “noción que es netamente distinta de la voluntad nociva”.
- c) La culpa en sentido estricto, caracterizada como una falta inexcusable de diligencia o de cuidado, e identificada tanto con una conducta imprudente como con la desidia o la negligencia.
- d) La falta de un interés legítimo. Esta concepción, según Josserand, es de orden económico y utilitario.
- e) La desviación del derecho de su función social.

Características del ejercicio abusivo de un derecho.

- a) Que se ejercite más allá de la necesidad determinada por su destino individual.
- b) Que se ejercite sin utilidad para el titular.
- c) Que se ejercite con perjuicio para otro.

Teorías sobre el abuso del derecho.

Bien es conocido que son dos las escuelas predominantes en este aspecto, la subjetiva, expuesta magistralmente por Josserand, quien también admitió su carácter mixto y la objetiva que día a día cobra más fuerza en las legislaciones, en la doctrina y en la jurisprudencia.

Esta primera teoría, ésta es la clásica, o subjetiva la resume así Josserand :

En vano se objetará que el titular ha ejercido un derecho, ya que ha cometido una falta en el ejercicio de ese derecho y es precisamente esa culpa lo que se llama abuso del derecho; un acto cumplido de conformidad con determinado derecho subjetivo puede estar en conflicto con el derecho en general, con el derecho objetivo, con la juridicidad, y este conflicto es el que los romanos habían ya entrevisto y que traducían por la máxima famosa: *Summun jus, summa --- injuria*".

Sin embargo de la defensa que muchos autores hacen a la teoría subjetiva recojo nuevamente la expresión del doctor Enrique Gaviria Gutiérrez al finalizar las conferencias inicialmente citadas cuando dice :

"Podría decirse, en este orden de ideas, que la doctrina del abuso del derecho ya cumplió su función histórica y que su recepción legislativa ha sido tan completa, que hoy ya carece de vigencia como principio general no escrito, no porque sea erróneo, sino porque su enunciado es tan evidente que resulta innecesario".

El abuso del Derecho en Colombia.

No hay uniformidad en su aceptación, muchos propugnan por la concepción clásica de tendencia individualista, éste es la subjetiva y otros entran en la teoría objetiva.

No compartiendo la concepción subjetiva, pero para dar un buen entendimiento de la misma tomamos de un concepto rendido ante el Tribunal antes anotado por el Dr. Ignacio Narváez, que por su claridad dentro de la tendencia, merece especial mención :

“La indemnización de perjuicios por abuso del derecho implica que el Juez impute una culpa a determinada persona”.

Luego de transcribir el artículo 830 del estatuto comercial comenta: “Se trata de un enunciado legal demasiado general y por esa misma razón, impreciso. Lo único cierto es que el abuso de los derechos genera obligación de indemnizar los perjuicios causados. Pero para que el Juez declare que ha existido abuso, no existen pautas distintas de las plasmadas en diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia, cuyo repaso se impone”.

Pues bien continúa diciendo el doctor Narváez, esta Corporación ha sostenido que el abuso del derecho es una especie particular de la culpa aquiliana en la que caben las más variadas hipótesis, desde el simple error ocasional hasta el dolo, juzgables y tratables con arreglo a las normas sobre responsabilidad del derecho común. En su extenso concepto que se comenta, después de indicar cuales son las modalidades del ejercicio abusivo de un derecho, se pregunta : “Pero cuál es la naturaleza de la responsabilidad de quien incurre en abuso de su derecho?”.

Y a renglón seguido se responde así: “Si el abuso se comete en la formación del contrato, verbigracia, una persona que se niega a celebrar el contrato prometido, debe reparar el perjuicio que causa.

Pero como no hay contrato, su responsabilidad es **extracontractual**. Y si el abuso se comete en desarrollo o cumplimiento del contrato, el perjuicio se causa no por incumplir obligación alguna (supuesto indispensable para que surja la responsabilidad contractual) sino precisamente por su cumplimiento. Una de las partes alega que por el incumplimiento abusivo del contrato, se le causaron perjuicios.

Esta responsabilidad es también **extracontractual**. Desde luego, son posibles casos de mala fé y dolo y entonces la responsabilidad puede ostentar carácter cuasi delictual”- “La acción por abuso del derecho se traduce en una acción de indemnización de perjuicio. Pero para que se configure la obligación de resarcirlos, es menester que haya obrado culposamente, pues ha reiterado la Corte - mientras prevalezca, con base en argumentos por demás racionales, el criterio subjetivo de la responsabilidad frente al puramente objetivo, el daño ha de ser imputable a culpa de su autor.”

Pasando a la otra concepción, la objetiva, motivamos el fallo, en lo que a la materia se refiere así :

“Cuando Saleilles propuso a la comisión de revisión del Código Civil Francés que se introdujera en el título preliminar del Código, después del artículo 6º un texto general que prohibiera al titular de un derecho abusar de éste, bien comprendía que se trataba, no sólo de la simple aplicación de una regla de responsabilidad, sino de un principio general del Derecho. Y cuando la comisión se negó

a adoptar este principio, fué porque la atemorizó - según creencia de la época, - semejante intromisión de las ideas morales en el ámbito del mundo jurídico.

Como Ripert, "se trata, en efecto, de desarmar al titular de un derecho y, por consiguiente, de tratar de manera diferente derechos objetivamente iguales.

Históricamente desde dos puntos de vista yuxtapuestos --- entre sí, se han dispuesto el orden filosófico de la teoría del abuso del derecho.

En primer lugar, la escuela clásica o individualista que vé en el abuso del derecho una fuente de responsabilidad para quien ha actuado con dolo o con culpa, lo que es lo mismo, una fuente de responsabilidad para quien actuando aparente o realmente en ejercicio de un derecho subjetivo se excede en su ejercicio y ese exceso se constituye por sí mismo en dolo o culpa.

En segundo lugar, encontramos la escuela socialista, de tendencia moderna, que sostiene que incurre en responsabilidad civil quien pretextando el ejercicio de un derecho subjetivo lo hace en forma contraria a su finalidad económica y social, como lo dispone el Art. 1º del C. Civil Soviético.

Los fundamentos filosóficos de esta segunda concepción han gozado últimamente de una mayor acogida por cuanto no exige para que se tipifique la responsabilidad civil por abuso del derecho el que se incurra en dolo o en culpa, con lo cual, consecuentemente, se mantiene la autonomía de esta fuente de responsabilidad frente a la responsabilidad aquiliana, contractual o extra-contractual, por el dolo o culpa.

En esta concepción se mantiene la autonomía de la figura doctrinaria y legal del abuso del derecho, lo cual, en sentir de este Tribunal, tiene un mayor rigor científico, sobre todo si se considera que en nuestra legislación el dolo y la culpa civil están erigidos en fuentes de responsabilidad (Art. 2341 C. Civil) independientes del abuso del derecho (Art. 830 C. Co.). Pensar lo contrario sería eliminar en sus efectos la validez y positividad de la última norma citada en los asuntos mercantiles.

Esta situación de enfrentamiento doctrinario es reconocida por Josserand cuando afirma: "El problema parece, pues, de solución difícil y acaso imposible; creemos, sin embargo, que un análisis un poco profundo de la dificultad nos descubrirá una salida que en realidad es doble. La teoría del abuso, por lo menos, en el derecho positivo Francés y por lo que se refiere al sistema de la jurisprudencia, es a la vez subjetiva y objetiva, según el ángulo desde el cual se considere.

“Es objetiva, si nos referimos al criterio tal como lo hemos deducido, a saber, la función social de cada uno de nuestros derechos; el acto tiene carácter abusivo por haberse separado de esta función o por haberse dirigido en contra de ella; desde este punto de vista, la teoría es de orden social como el criterio mismo que constituye su punto central”. Y más adelante agrega - “En realidad, la teoría del abuso pone en relación el carácter objetivo y el subjetivo por el mismo hecho de que implica, necesariamente, la confrontación de un acto, producto de una voluntad jurídica, con la función social de un derecho, concepto objetivo; y el sistema se presentará bajo uno u otro aspecto, según que se considere por uno u otro lente del antejo; por ello hemos podido decir que la responsabilidad por causa del abuso tenía un carácter mixto”. (El Espíritu de los Derechos y su Relatividad. Volumen XVII. Traducción Eligio Sánchez Laríos José M. Cajica. Jr. Ed. José M. Cajica, Jr. México. Puebla 1946. págs. 325 y ss.).

Ahora, en lo que respecta al tratamiento y manejo que de esta figura se ha hecho en la jurisprudencia Colombiana encontramos que, a partir del año de 1935. Nuestra Corte Suprema de Justicia ha aceptado la teoría del abuso del derecho como aplicable en el Ordenamiento Jurídico Colombiano y ha sostenido la relatividad de todos los derechos subjetivos y la posibilidad de incurrir en responsabilidad civil cuando se abusa de ellos.

Aunque existen jurisprudencias anteriores a la de el año 1.935 en las cuales se prohijó la figura, no se habló si no a partir de este año de la construcción doctrinaria con su actual denominación.

El fallo del 6 de Septiembre de 1935 (Gaceta Judicial XL II, p. 601 y s.s.) afirma que “la teoría tiene por fundamento la consideración de que el derecho es una función que debe ejercerse para el cumplimiento de fin social y sobre base de estricta justicia, osea, sin traspasar los límites de la moral.... “también menciona la Corte en este fallo los criterios de intención nociva y de la falta de interés serio y legítimo, pero sin adoptar una posición clara y definida respecto al elemento subjetivo o interno o al criterio de la objetividad como elementos estructurales del abuso del derecho, según lo sostenido por las dos (2) escuelas doctrinales ya mencionadas.

Sin embargo, en esta providencia la Corte sostiene que la teoría del abuso del derecho se debe fundamentar en los principios de justicia y equidad, pero no en el artículo 2.341 del Código Civil. Con lo cual se niega un hecho que parece importante y que consiste en eliminar la culpa y el dolo como elementos tipificantes del actual derecho.

En fallos posteriores, entre muchos otros de los años -- 1953 y 1957, la Corte sostiene que es elemento esencial a la responsabilidad por abuso del derecho, la culpa e insiste en el aspecto intencional o fuero interno como indispensable para la exigencia de esta clase de

responsabilidad (Gacetas Judiciales LXXVI y LXXXVI pág. 9 y s.s. y 532 y s.s. respectivamente). Actualmente, la Corte mantiene el principio de que es necesario que el perjuicio ocasionado con motivo del ejercicio abusivo de un derecho sea producto de una actividad dolosa o culposa del titular, insistiendo así en el elemento subjetivo de esta clase de responsabilidad.

Concretamente el caso, dentro de la concepción objetiva en el laudo se dijo: "De este modo, el socio que vota favorablemente un determinado proyecto de distribución de activos que, sin duda satisface sus propios intereses económicos, pero que resulta ostensiblemente lesivo de los intereses de otros asociados, abusa de su derecho al voto **LO DESVIA DE SU FINALIDAD ECONOMICA Y SOCIAL Y VIOLA SU ESPIRITU**, cual es el de velar, no solo por sus intereses, sino también por que la distribución objeto de decisión cumpla sus fines frente a todos los asociados".

Consagración en los distintos Códigos de la teoría del abuso del Derecho.

En esta materia los países han consagrado normas que aceptan ya la teoría subjetiva ora la teoría objetiva que para mayor ilustración me permito indicar :

"En los Códigos siguientes se mantiene la orientación subjetiva:
Código Civil Austriaco (Reforma de Enero 1º de 1917).
El Código de 1811 contenía estas reglas :

I. Se es responsable por un acto contrario al Derecho, nó por un acto contrario a las buenas costumbres

II. El ejercicio de un derecho no podrá ser contrario al derecho; no obliga a la reparación en ningún caso.

Art. 1295 : El que causa intencionalmente un daño, de un modo que hiera las buenas costumbres, es igualmente responsable; no lo es, sin embargo, si el daño fué causado por el ejercicio de un derecho, salvo si el ejercicio de ese derecho tiene manifiestamente el fin de perjudicar a otro.

Código Civil Italiano (1942):

Art. 833: El propietario no puede ejecutar actos que no tengan otro fin que el de perjudicar o molestar a otro.

Código Polaco de las obligaciones.

Art. 137: El que intencionalmente o por negligencia ha causado un daño a otro, ejerciendo su derecho, está obligado a reparar ese daño si excedió los límites fijados por la buena fé o por el fin en vista del cual ese derecho fué conferido.

La orientación netamente objetiva se observa en estos Códigos:

Código Civil Ruso :

Art. 1º: Los derechos civiles están tutelados por la ley, salvo los casos en que ellos sean ejercitados en contradicción con su destinación económico-social.

Código Civil Suizo :

Art. 2º: Cada uno está obligado a ejercer sus derechos y a cumplir sus obligaciones según las reglas de la buena fé. El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley. En el Código Civil de Méjico (1932) se nota el criterio subjetivo en la norma general del Art. 1912; y el objetivo, con referencia al derecho de propiedad, en el Art. 840 Art. 1912. Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejerció a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho.

Art. 840: No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario.

Código Civil del Perú (1936) :

Sólo contiene una declaración abstracta, sin carácter normativo.

Art. 2: La ley no ampara el abuso del derecho.

Parece ser el único Código que emplea la expresión "abuso del derecho".