

**EL ABUSO DEL DERECHO POR PARTE DE LAS CORPORACIONES DE
AHORRO Y VIVIENDA Y LOS BANCOS COMERCIALES FRENTE A LOS
USUARIOS DE LOS SISTEMAS DE FINANCIACIÓN DE VIVIENDA A LARGO
PLAZO MEDIANTE LOS CRÉDITOS EN UPAC Y UVR: ANÁLISIS SOCIO-
JURÍDICO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS ILÍCITOS ATÍPICOS**

LUZ MAYELA CELIS SERRANO

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO
BUCARAMANGA
2007**

EL ABUSO DEL DERECHO POR PARTE DE LAS CORPORACIONES DE AHORRO Y VIVIENDA Y LOS BANCOS COMERCIALES FRENTE A LOS USUARIOS DE LOS SISTEMAS DE FINANCIACIÓN DE VIVIENDA A LARGO PLAZO MEDIANTE LOS CRÉDITOS EN UPAC Y UVR: ANÁLISIS SOCIO-JURÍDICO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS ILÍCITOS ATÍPICOS

LUZ MAYELA CELIS SERRANO

**Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de
Abogada**

Director

MANUEL JOSÉ ACEBEDO AFANADOR

Codirector

JAVIER ALEJANDRO ACEVEDO GUERRERO

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER

FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS

ESCUELA DE DERECHO

BUCARAMANGA

2007

A Jaime Alberto Acevedo, que como muchos jóvenes más al servicio del pueblo pensaba en que un mundo mejor es posible.

AGRADECIMIENTOS

A MIS PADRES, A MIS HERMANOS.

A JAVIER ALEJANDRO Y A MANUEL JOSÉ.

A LAS ORGANIZACIONES ANDUSIF Y POR UNA VIVIENDA DIGNA.

CANCIÓN DEL PARCHE Y EL ABRIGO

*Cada vez que nuestro abrigo está raído
vienen ustedes corriendo y nos dicen:
¡No es posible que sigan así!
¡Hay que ayudarlos, y por todos los medios!
Y llenos de ira se dirigen a los dueños,
mientras nosotros, congelándonos, esperamos,
y ustedes regresan sonrientes y triunfantes
nos muestran lo que acaban de conquistar para nosotros:
un pequeño parche.
Bien, ese es el parche.
¿Pero donde está el abrigo?*

*Cada vez que gritamos por hambre
vienen ustedes corriendo y nos dicen:
¿No es posible que sigan así!
¡Hay que ayudarlos, y por todos los medios!
Y llenos de ira se dirigen a los dueños
mientras nosotros congelándonos, esperamos,*

*Y ustedes regresan y triunfantes
nos muestran lo que acaban de conquistar para nosotros:
alguna migaja.
Bien esa es la migaja.
¿Pero donde está el pan?*

*Necesitamos no sólo el parche,
sino también el abrigo.
Necesitamos no sólo la migaja,
sino también el pan.
Necesitamos no sólo el puesto de trabajo,
sino toda la fábrica y el carbón,
y el mineral y el poder del Estado.
Bien, eso es lo que necesitamos.
¿Pero que nos ofrecen ustedes?*

BERTHOLD BRETCH

CONTENIDO

	Pág
INTRODUCCIÓN	13
1. EL UPAC Y EL UVR	18
1.1. LA FINANCIACIÓN DE LA VIVIENDA EN COLOMBIA ANTES DE LA CREACIÓN DEL UPAC	18
1.1.1. El Instituto de Crédito Territorial (ICT) y el Banco Central Hipotecario (BCH)	19
1.1.2. La Política De Vivienda Durante El Frente Nacional	22
1.2. LA UNIDAD DE PODER ADQUISITIVO CONSTANTE (UPAC).	30
1.2.1. El plan operación Colombia y el gobierno de Misael Pastrana	30
1.2.2. El gobierno de López Michelsen (1974-1978)	41
1.2.3. El gobierno de Turbay Ayala (1978-1982)	42
1.2.4. El gobierno de Belisario Betancurt (1982-1986)	43
1.2.5. El gobierno de Virgilio Barco (1986-1990)	44
1.3 .CRISIS DEL SISTEMA FINANCIERO EN LOS NOVENTAS: FIN DEL UPAC Y SURGIMIENTO DEL UVR	45
1.4. DEFINICIÓN DE LA UVR	50
1.5. RELIQUIDACIÓN DE CRÉDITOS EN EL ARTÍCULO 41 DE LA LEY 546 DE 1999.	51
1.6. LA POLÍTICA DE VIVIENDA EN EL GOBIERNO DE ÁLVARO URIBE VÉLEZ (2002-2006)	53

2: EL ABUSO DEL DERECHO	55
2.1. MARCO HISTÓRICO: ORIGEN Y EVOLUCIÓN	55
2.2. MARCO TEÓRICO- JURÍDICO	64
2.2.1. Definición del abuso del derecho	65
2.2.2. Criterios acerca del abuso del derecho	71
2.2.3. Campo de aplicación de la teoría del abuso del Derecho	80
2.2.4. Lugar que ocupa la teoría del abuso del derecho dentro del sistema jurídico colombiano	82
2.3. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL COLOMBIANO	85
2.3.1. Constitución de 1886: Corte Suprema de Justicia de la década de 1930	87
2.3.2. Constitución política de 1991: corte constitucional.	103
2.4. EL ABUSO DEL DERECHO COMO UN ILÍCITO ATÍPICO	104
2.4.1. Teoría de ilícitos atípicos	104
2.4.2. El abuso del derecho como ilícito atípico	115
2.4.3. El abuso del derecho y los derechos fundamentales en la Constitución Política de 1991.	128
3: EL ABUSO DEL DERECHO POR PARTE DE LAS CORPORACIONES DE AHORRO Y VIVIENDA Y LOS BANCOS COMERCIALES FRENTE A LOS USUARIOS DE LOS SISTEMAS DE FINANCIACIÓN DE VIVIENDA A LARGO PLAZO MEDIANTE LOS CRÉDITOS EN UPAC Y UVR: ANÁLISIS SOCIO-JURÍDICO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS ILÍCITOS ATÍPICOS.	131
3.1. ¿POR QUÉ SE APLICA LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO COMO UN ILÍCITO ATÍPICO AL ANÁLISIS DEL UPAC Y DEL UVR?	131

3.2. ¿CÓMO SE APLICA LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO COMO ILÍCITO ATÍPICO AL ANÁLISIS DEL UPAC Y DEL UVR?	143
3.2.1. Existe una regla regulativa que permite a “S” realizar “A” en las circunstancias “X”.	143
3.2.2. Como consecuencia de “A”, otro u otros sujetos sufren un daño, “D”, y no existe una regla regulativa que prohíba causar “D”.	159
3.2.3. “D” aparece como un daño injustificado porque se da algunas de las siguientes circunstancias:	168
3.2.3.1. Que al realizar “A”, “S” no perseguía otra finalidad discernible más que causar “D” o que se realizó “A” sin ningún fin serio y legítimo discernible.	168
3.2.3.2. Que D es un daño excesivo o anormal.	169
3.2.4. El carácter injustificado del daño determina que la acción “A” quede fuera del alcance de los principios que justifica la regla permisiva a que se alude en 3.2.1 y que surja una nueva regla que establece que en las circunstancias X' (X más alguna circunstancia que suponga la forma de realización de 3.2.3.2) la acción “A” está prohibida.	182
CONCLUSIONES	210
PROPUESTAS	216
BIBLIOGRAFÍA	220

LISTA DE CUADROS

	Pág
Cuadro 1: principales decretos que estructuran el upac y el uso de sus créditos	148
Cuadro 2: legislación acerca del UPAC	150
Cuadro 3: resoluciones del banco de la república.	151
Cuadro 4: marco legal principal del UVR	152
Cuadro 5: marco legal accesorio del UVR	153
Cuadro 6: código de procedimiento civil: proceso ejecutivo hipotecario	154
Cuadro 7: código de comercio	157
Cuadro 8: código civil: el contrato de mutuo	158

RESUMEN

TÍTULO

EL ABUSO DEL DERECHO POR PARTE DE LAS CORPORACIONES DE AHORRO Y VIVIENDA Y LOS BANCOS COMERCIALES FRENTE A LOS USUARIOS DE LOS SISTEMAS DE FINANCIACIÓN DE VIVIENDA A LARGO PLAZO MEDIANTE LOS CRÉDITOS EN UPAC Y UVR: ANÁLISIS SOCIO-JURÍDICO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS ILÍCITOS ATÍPICOS*

AUTOR

LUZ MAYELA CELIS SERRANO**.

PALABRAS CLAVES

UPAC, UVR, ILÍCITO ATÍPICO, ABUSO DEL DERECHO

DESCRIPCIÓN

Los dos grandes sistemas de financiación de vivienda comercial en el país, UPAC y UVR fueron creados para satisfacer el acceso a la vivienda comercial. En un inicio el UPAC estuvo vinculado a la política de vivienda de distintos gobiernos, sin embargo con la aparición de políticas neoliberales en los años 90 se dejó su cálculo al mercado, elevándose sus tasas a niveles impagables para muchos deudores. Los daños causados por las Corporaciones de Ahorro y Vivienda provocaron que se declarara la inexequibilidad del sistema UPAC y se reemplazara por el UVR, que aun sigue causando daños similares a los deudores.

El test de la teoría de los ilícitos atípicos sirve al juez para determinar la existencia del abuso del derecho y para los deudores del UPAC y del UVR es una herramienta para reclamar a las CAV, a los bancos y al Estado la indemnización de perjuicios por los daños causados.

La aplicación del abuso del derecho como un ilícito atípico a esta situación plantea como solución a los deudores que las conductas abusivas ocasionadas por parte de las CAV y los bancos comerciales deben ser declaradas prohibidas porque contravienen con su actuar principios constitucionales en los cuales está sustentado el Estado Social de Derecho.

* MONOGRAFÍA DE GRADO

** Facultad de Ciencias humanas. Escuela de Derecho. Director: Manuel José Acebedo Afanador. Codirector: Javier Alejandro Acevedo Guerrero.

SUMMARY

TITLE

THE ABUSE OF THE LAW BY SAVING AND HOUSING CORPORATIONS AND THE COMMERCIAL BANKS AND THE USERS OF THE LONG TERM SYSTEMS OF HOUSING FINANCING BY MEANS OF THE CREDITS IN UPAC AND UVR: SOCIAL-JURIDICAL ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THE ATYPICAL ILLICIT ONES.*

AUTHOR

LUZ MAYELA CELIS SERRANO.**

KEY WORDS

UPAC, UVR, ATYPICAL ILLICIT, LAW ABUSE

DESCRIPTION

The two big financing systems of commercial housing in the country: UPAC and UVR, they were created to satisfy the access to the commercial housing. At beginning the UPAC was linked to the housing politics of different governments, however with the appearance of neoliberal politics in the 90s its calculation was left to the market, raising its rates at unpayable levels for many debtors. The damages caused by the Corporations of Saving and Housing caused that the inexecutable of the UPAC system was declared and it was replaced by the UVR that still continues causing similar damages.

The test of the illicit atypical ones theory serves the judge to determine the existence of the abuse of the law and for the debtors of the UPAC and of the UVR it is a tool to claim to the CAV, to the banks and to the State the compensation of damages for the caused ones.

The application of the abuse of the law as an atypical illicit to this situation it outlines as solution to the debtors that the abusive behaviors caused by the CAV and the commercial banks should be declared forbidden because they contravene with their constitutional principles in which the Social State of Law is sustained.

* Work of Grade.

* Faculty of Human Sciences. School of Right . Directress: Manuel José Acebedo Afanador. Codirectress: Javier Alejandro Acevedo Guerrero.

INTRODUCCIÓN

El UPAC y el UVR plantean en el derecho una serie de contradicciones entre la regla regulativa o marco legal aplicable a estos sistemas y la realidad económica, política y social de los deudores hipotecarios. El UPAC creado bajo la iniciativa del ejecutivo, durante más de 25 años estuvo ligado a la conveniencia de cada gobierno, por lo que no era una política del Estado la financiación de la vivienda comercial. A través de decretos y de resoluciones se regulaba el valor del UPAC y mediante normas del código civil, del código de comercio y del código de procedimiento civil se regulaban los contratos entre las Corporaciones de Ahorro y Vivienda (CAV) y los deudores. En 1990 se cambió la fórmula del cálculo del índice que determina el valor del UPAC indexándolo a la DTF, cambio basado en la teoría neoliberal de la liberación de mercados, que generó un crecimiento logarítmico del valor del UPAC y a su vez del saldo de la deuda que se volvió imparable. La ley 45 de 1990 introdujo el sistema multibanca con tasas de interés activas y pasivas que quedaron al manejo del mercado y las autoridades monetarias. La aguda recesión de 1998 y 1999 sumado a los altos niveles de endeudamiento y altas tasas de interés llevaron a profunda crisis de varias capas de la población, esto se reflejó en el deterioro de la cartera y la incapacidad de pago de los deudores del UPAC culminando con la inviabilidad del sistema que fue reemplazado por la ley marco 546 de 1999 con la introducción del UVR.

En el UVR a diferencia del UPAC, su valor es determinado por la Junta Directiva del Banco de la República y la regulación de los contratos de mutuo entre los bancos comerciales que remplazaron a las CAV y los deudores se realiza mediante las normas del código civil, del código de comercio y del código de procedimiento civil, especialmente con la reforma del año 2003 que es lesiva para los deudores. El UVR está sujeto al Índice de Precios al Consumidor (IPC) y a

una tasa de interés fija durante el crédito, que se cobra vencida y unos intereses que no se deben capitalizar, siendo los más bajos del mercado. A pesar de estas disposiciones legales, se presentan elevadas cuotas que a largo plazo son impredecibles porque el IPC fluctúa todos los días y los salarios no aumentan de la misma forma, teniendo en cuenta que los bancos comerciales utilizan “trucos matemáticos” en la determinación del cálculo del UVR.

Esta situación de particular problema para el UPAC y para el UVR lo es también en general acerca de la vivienda, que se ubica como la más importante de las necesidades básicas de los seres humanos y su protección se configura en uno de los derechos más importantes para poder realizar materialmente el derecho de una vida digna. En Colombia se ostenta un déficit cuantitativo y cualitativo lo suficientemente alto, que ni siquiera la vivienda comercial escapa a esta realidad, las escenas de desalojos a familias son frecuentes, por no decir, diarias, lo que significa que la problemática de los procesos ejecutivos aún se mantiene con el UVR, porque la mayoría de deudores no alcanzan a pagar puntualmente las cuotas. Investigar este tema desde el discurso jurídico puede no ser nuevo, pues existe alguna literatura al respecto. Sin embargo la realidad sigue superando las respuestas jurídicas que el Estado ha proporcionado. Por tanto resulta novedosa la aplicación del abuso del derecho a la solución de esta problemática porque posee la particularidad de que es aplicable a cualquier campo del derecho, inclusive en los derechos fundamentales, porque desde el punto de vista de la teoría del abuso del derecho como ilícito atípico, la regla regulativa o el marco legal, es el conjunto de normas preservado al UPAC y al UVR que está en contradicción con la difícil situación económica y social de los deudores, violentando los principios constitucionales en los que la regla regulativa se sustenta. Estos principios en la teoría del abuso del derecho de ATIENZA y RUIZ tienen un carácter imperativo sobre la normatividad, porque el daño ocasionado atenta contra los valores que estos principios engloban, siendo legal la acción

abusiva, pero a la vez injusta. Considerando los factores o circunstancias en los que se realizaron las conductas que dieron como resultado un daño, el abuso del derecho corrige esta discordancia prohibiendo la acción abusiva en las circunstancias en las que se generó el daño, para que cesen los atropellos y reparar el perjuicio a los deudores. A manera de hipótesis este es el principal enunciado desarrollado en el presente trabajo. La teoría del abuso del derecho la Corte Constitucional lo invoca en la resolución de diferentes conflictos en materia civil y en menor medida en los laborales y tutelas; aún así esta figura no se tiene en cuenta a los conflictos sobre UPAC o el UVR, en los que se invoca principalmente la teoría de la imprevisión y el abuso de la posición dominante (derivación del abuso del derecho). En Colombia se tiene una concepción limitada de la aplicación del abuso del derecho en el sentido de que solo se tiene en cuenta en materia civil, principalmente por la resolución que de estos conflictos hizo la Corte Suprema de Justicia en los años 30.

La teoría de los ilícitos atípicos formulada por los profesores españoles MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO, trata de los ilícitos que contravienen reglas de mandato como los principios, teniendo en cuenta que esa contravención se da en un marco determinado de factores, que al cumplirse resulta la conducta abusiva y por tanto debe ser prohibida. Estas son las principales características que como teoría sustenta el abuso del derecho. La concepción de los ilícitos atípicos parte de que se aplica a los ordenamientos jurídicos del Estado Social de Derecho. En él se incorpora el análisis de las normas de acuerdo a la sujeción de los principios constitucionales. Este es el contexto propio para la aplicación de la figura del abuso del derecho porque requiere que integre principios y reglas en la concepción que se debe tener del derecho, ya que un contexto en el cual solo se integren normas es inadecuado para la teoría del abuso del derecho.

La metodología utilizada para el estudio de la crisis social a partir del UPAC y hoy del UVR, se hace a partir del análisis socio jurídico de la regla regulativa en torno al impacto que las leyes sobre la materia tuvieron en su aplicación y su incoherencia con la realidad de los deudores. Para la recolección y posterior utilización de la información se trabajó principalmente con jurisprudencia constitucional sobre UPAC y UVR, entrevistas a directivos de las organizaciones vivendistas ANDUSIF y POR UNA VIVIENDA DIGNA, un video de denuncia del año 1999 ante la comisión interamericana de derechos humanos, monografías de la escuela de economía de la UIS, un informe sobre el UVR del senador JORGE ROBLEDÓ ante la Comisión quinta del Senado y en menor proporción noticias y denuncias sobre la problemática. De la información jurídica recolectada se manejaron los Tratados y Convenios ratificados por Colombia, la Constitución Política de 1991, las Normas principales y accesorias sobre el UPAC y el UVR, como los decreto-ley, las resoluciones del banco de la republica, del CONPES, del Ministerio de Hacienda y la ley 546 de 1999, el bloque de constitucionalidad y el precedente judicial.

La estructura de la investigación esta compuesta por tres capítulos. El primer capitulo determina el marco histórico en el cual se desarrolló el UPAC y el UVR a través de los diferentes gobiernos hasta el actual, buscando establecer como se desarrolló el sistema de financiación de vivienda mediante crédito hipotecario de acuerdo a su contexto jurídico, social, económico.

El segundo capitulo describe el marco teórico y jurídico en torno a la figura del abuso del derecho y su aplicación en el contexto colombiano. La figura del abuso del derecho en su devenir histórico se presenta junto con las diferentes doctrinas del derecho continental y su aplicación en el sistema jurídico colombiano a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los años 30 y de la Corte Constitucional.

El tercer capítulo analiza la problemática social de los deudores del UPAC y del UVR a la luz de la teoría de los ilícitos atípicos de MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO, buscando establecer su aplicabilidad en el sistema jurídico colombiano.

Finalmente, la incompreensión que se tiene acerca de la aplicación del abuso del derecho en campos del derecho diferentes al civil, no ha sido limitante para algunos estudiosos del derecho como el doctor ERNESTO RENGIFO GARCÍA que en su obra DEL ABUSO DEL DERECHO AL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE presenta un recorrido histórico de esta teoría, sus vertientes doctrinarias, su comparación con el derecho anglosajón, su novedosa aplicación en la jurisprudencia colombiana en la década del 30 y la aplicación jurisprudencial de la Corte Constitucional. Su estudio acerca del abuso del derecho significa un gran esfuerzo por exponer una teoría nueva y para el presente trabajo su obra sirvió de gran apoyo y consulta.

CAPÍTULO 1: EL UPAC Y EL UVR

1.1. LA FINANCIACIÓN DE LA VIVIENDA EN COLOMBIA ANTES DE LA CREACIÓN DEL UPAC

Hacia finales del siglo XIX la mayoría de la población habitaba en el campo y el desarrollo urbano era precario. Bogotá, la ciudad más importante apenas alcanzaba en 1905 los 120 mil habitantes. A partir de las primeras décadas del siglo XX se empezaron a presentar cambios importantes: las inversiones directas y los créditos al Estado junto con la indemnización por la separación forzada de Panamá, le abrieron camino a la inversión norteamericana irrumpiendo el capitalismo. Un paso inicial en este camino lo constituyó la presencia en Colombia de la Misión Kemmerer, uno de sus frutos fue el establecimiento de una banca central en 1923, condición indispensable para la penetración del capital financiero extranjero y para la posterior construcción de entidades financieras de vivienda.¹

El proceso de urbanización del país fue cuestión de varias décadas, en 1938 el 70% de la población estaba en áreas rurales y en 1964 permanecía allí el 48% de ella, por tanto la vivienda en las ciudades aún no exigiría mayores demandas. La urbanización tardía hizo que hasta 1932 se creara un Banco para facilitar créditos hipotecarios con plazos amplios, aunque esta no era su principal actividad, habría que esperar hasta 1953 para que el Banco Central Hipotecario (BCH) de economía mixta con participación del capital extranjero y con preponderancia de los fondos oficiales convirtiera los créditos a largo plazo para vivienda en el centro de sus actividades como se tenía pensado desde sus inicios.

¹ ROBLEDO, Jorge Enrique. El drama de la vivienda en Colombia y la política del sí se puede. Bogotá: el Áncora editores, 1985. P. 41.

1.1.1. EL INSTITUTO DE CRÉDITO TERRITORIAL (ICT) Y EL BANCO CENTRAL HIPOTECARIO (BCH)

En países capitalistas es impracticable que la empresa privada, en forma autónoma, cubra la totalidad del mercado de vivienda: siempre existe una porción de la demanda cuyos ingresos son demasiado débiles para aspirar a pagar las viviendas producidas por el capital constructor privado, a precios que sean compatibles con las prácticas de obtención de ganancias de estos agentes. Es entonces cuando el Estado debe subsanar en todo o en parte estas limitaciones del capital privado. Sus formas de acción son varias y cambiantes, y van desde la creación ad-hoc de las condiciones de acumulación de la promoción privada en operaciones de vivienda popular (subsidios, líneas financieras favorables, exenciones, etc.), hasta la formación de organismos estatales, de carácter “capitalista desvalorizado”: “agentes que a pesar de ser capitalistas su sentido no es el de la acumulación en tanto polos privados, sino la creación de las condiciones generales para la acumulación global. Así, no esperan tasas de ganancia máxima, y de esta manera pueden emprender tareas que no son rentables para el capital individual, como es entre otros, la producción de vivienda popular”². Estos asumen la iniciativa de la promoción de vivienda para las capas no solventes de la demanda. En Colombia el Instituto de Crédito Territorial fue el instrumento más importante en esto.

El ICT, fue fundado en 1939 como entidad encargada de fomentar el establecimiento de bancos de crédito en todo el territorio nacional y hacer préstamos de vivienda campesina y popular urbana, papel que no abandonó hasta 1956, complementando sus funciones con otras entidades de nivel local³ o

² JARAMILLO, Samuel. Entre el UPAC y la autoconstrucción: comentarios y sugerencias a la política de vivienda. Bogotá: CINEP, 1985. p. 81

³ JARAMILLO. Op. Cit. P. 82. Como la caja de vivienda popular y otras similares en otras ciudades.

destinadas al auxilio en vivienda de ciertos grupos específicos⁴. La financiación de la construcción y compra de vivienda era realizada en su mayor proporción con ahorros personales y préstamos bancarios de corto plazo. A lo largo de sus años de operación, el ICT ha sufrido grandes transformaciones en sus formas de operación, en su estructura interna, y en su importancia misma con respecto a la vivienda popular. Se destaca además, los impulsos y retrocesos que tuvo esta entidad a comienzos de los 60 y posteriormente su contracción. Estas fluctuaciones han sido afines a las fuentes de sus recursos. En su primera etapa en los años 40's y 50's, el ICT alimentó su actividad fundamentalmente con apropiaciones del presupuesto nacional. Esto le permitía una gran libertad en la concepción de sus operaciones y una cierta independencia con respecto a la dinámica del mercado, realizando acciones que implicaban subsidios considerables, pero su margen de operación era limitado cuantitativamente, y sobre todo, sometido a las oscilaciones de los recursos fiscales.

Debido a las dificultades fiscales que sometieron al ICT a una cuasi parálisis a finales de los años 50, se decidió adicionar sus recursos con fondos financieros, en este caso de origen externo. Fue precisamente la época de la Alianza para el Progreso, durante la cual distintas agencias norteamericanas otorgaron importantes líneas de crédito al ICT, lo que posibilitó una muy apreciable ampliación de su actividad.⁵

Lo que denominamos actualmente sistema de plazo estaba conformado esencialmente por el ICT y el BCH. Estas entidades realizaban programas de vivienda, operaban como Fondos alimentados con inversiones forzosas de las Secciones de Ahorro de los Bancos, las compañías de seguros y sociedades de

⁴ *Ibíd.* P. 82. Como el fondo nacional del ahorro, para empleados públicos de nivel nacional, o la caja de vivienda militar, para las FFAA.

⁵ La administración del ICT, a partir del frente nacional, se abordará por periodos de gobierno, el primer periodo le correspondió a Alberto Lleras quien recibió el apoyo de la Alianza para el Progreso.

capitalización; captaciones del público en cédulas de largo plazo; y aportes del presupuesto nacional.⁶

Desde el inicio este esquema mostró fragilidad. La Nación debió asumir en 1951 la deuda en bonos de crédito territorial por cerca de 800 millones de pesos y continuaría cubriendo los subsidios ocultos en las operaciones del ICT con recursos del presupuesto nacional, hasta la desaparición en 1990 de las inversiones forzosas y la entrega de préstamos con tasas fijas y negativas en términos reales por amplios e impredecibles periodos de tiempo. Entre 1950 y 1972 el BCH y el ICT representaron, con excepción de unos pocos años, cerca del 90% de la financiación formal de vivienda. Las ciudades en estos años de crecimiento, se desarrollaron siguiendo la senda que trazaron estas dos entidades. Sin embargo, estas acciones no atendieron a los cinturones de tugurios que se conformaron con la oleada de emigrantes⁷. El BCH y el ICT atendieron capas ciudadanas claramente diferenciadas: el primero a las clases altas y el segundo a las capas bajas pero con mayores ingresos. A su vez el sistema financiero aún incipiente, participaba de una fracción muy reducida del ahorro de la economía y del Producto Interno Bruto (PIB), el PIB financiero representaba sólo un punto porcentual del PIB total.

Por su parte en la urbanización, aparte del crecimiento poblacional vegetativo de las ciudades, hubo un fenómeno más importante y desestabilizador en la relación entre viviendas existentes y habitantes: el que se originó en los millones de desposeídos que en un tiempo relativamente breve llegaron a las urbes y requirieron de una vivienda donde albergarse.⁸ En Colombia, este proceso sucedió alrededor de 1948 a 1958⁹. En las décadas de los 50`s y 60`s, el país enfrentaba

⁶ RODA F. Pablo, PIRAQUIVE G. Gabriel y GAITAN D. Fernando. Etapas de la financiación de vivienda en Colombia. EN: La financiación de vivienda en Colombia. Instituto colombiano de ahorro y vivienda. Bogotá: 1992. P. 63-70.

⁷ Ibíd. P. 65

⁸ ROBLEDO. Op. Cit. P.27.

⁹ VEGA CANTOR, Renán y RODRÍGUEZ RUIZ, Eduardo. Economía y Violencia. El Antidemocrático desarrollo capitalista en Colombia en los años 50. Fondo Editorial Universidad

uno de los procesos de urbanización mas rápidos del mundo. Las principales ciudades crecían a tasas cercanas al 7%.

1.1.2. LA POLÍTICA DE VIVIENDA DURANTE EL FRENTE NACIONAL (1958-1974)

Si para 1951, las viviendas faltantes por cada mil habitantes urbanos eran 17.08, en 1964 habían subido a 39.81 y en 1973 eran 41.52 para llegar finalmente a 46.92 en 1985, estos datos no reflejan a cabalidad la dramática situación de los pobladores urbanos, pues, por ejemplo, las estadísticas oficiales cuentan a los tugurios como una modalidad de vivienda, GILMA MOSQUERA, apoyándose en cifras oficiales, decía que el déficit de vivienda en 1960 era de 234.000 unidades, en 1970 de 540.000 y en 1980 de 1.243.000¹⁰. La autora señala que a principios de los años setenta, el 70 por ciento de las viviendas estudiadas carecía de equipamiento o tenía problemas legales, mientras el 40 por ciento mostraba hacinamiento. En el censo de 1985 hay datos discriminados que muestran una carencia de servicios domiciliarios del 38.8 por ciento del total de viviendas, el hacinamiento daba cuenta del 33.9 por ciento y la conjunción de esos factores era del 16.2 por ciento.

1.1.2.1. EL GOBIERNO DE ALBERTO LLERAS CAMARGO (1958-1962)

Para la financiación de la política de vivienda propuesta, se establecieron distintas fuentes de financiación del sector externo, créditos y préstamos de la Alianza para el Progreso; del sector interno además del Banco Central Hipotecario, los bancos

Distrital Francisco José de Caldas. Bogotá: 1990. P. 73-92. Según Renán Vega Cantor, el proceso de urbanización en esta época no es una variable independiente de la Violencia. Aunque la urbanización había avanzado en las primeras décadas del siglo XX, dió un salto espectacular en la década del 40 y 50 por la Violencia, en especial en las regiones de mayor Violencia. Entre 1951 y 1964 se dio un movimiento migratorio que cobijó a 1.139.763 millones de personas, en la época, la población de las ciudades pasó del 40 % al 52 %.

¹⁰ La atención del Estados se quedo corta, solo a partir de 1970 en el gasto social para vivienda se abre un rubro que recibe algún apoyo del gobierno de Pastrana hasta 1973 con cerca del 4% del total del gasto publico.

otorgaban préstamos individuales. El presidente Lleras Camargo creyó conveniente su participación en los programas de la Alianza Para el Progreso, considerando que esta era la mejor forma de cooperar con los Estados Unidos y en el desarrollo del país. Durante este gobierno se crearon todas las condiciones favorables para que el capital norteamericano invirtiera en el país de acuerdo a la declaración que las Naciones Americanas aprobaron en Punta del Este; que en uno de sus apartes dice: “la Alianza para el Progreso tiene como propósito...aumentar la construcción de viviendas económicas para familias de bajo nivel de ingresos, con el fin de disminuir el déficit habitacional: reemplazar con viviendas de igual clase, las inadecuadas o deficientes y dotar de los servicios públicos necesarios a los centros urbanos y rurales”. La Alianza, actuaría por medio del ICT, al que le haría préstamos directamente.¹¹

En el sector interno; para la financiación de servicios complementarios a la vivienda, se establecieron, a través de la reforma tributaria impulsada por el gobierno, gravámenes que tenían como destino “única y exclusivamente el desarrollo y mejoramiento de sus servicios urbanos primordiales, como energía y alumbrado eléctricos, teléfonos, construcciones destinadas al servicio público, pavimentos y reparación de calles”¹². Esta medida que trataba de resolver la deficiente financiación que tenía la actividad constructora de vivienda, y en particular el Instituto de Crédito Territorial, fue la ley 81 de 1960. Durante este gobierno se organizaron cooperativas de vivienda y grupos de vecinos, que actuaron como trabajadores sin salario en los programas de autoconstrucción; el plan más importante fue la construcción de “ciudad Techo”, hoy conocida como “Ciudad Kennedy”, que fueron dirigidas especialmente a trabajadores. En este gobierno el mayor porcentaje de vivienda se localizó en el programa de autoconstrucción, además de la promoción de las viviendas multifamiliares. Por su parte el Banco Central Hipotecario continuó dando préstamos a los sectores de

¹¹ MOLINA, Humberto (editor). Colombia: vivienda y subdesarrollo urbano. Bogotá: FINISPRO. P. 459.

¹² *Ibíd.* P. 461

medianos y altos ingresos y financiando a empresas constructoras. Con la financiación de la Alianza Para el Progreso, el ICT pretendió construir entre 1963 y 1972 más de 50.000 viviendas, lo que representaba una cifra considerable si tenemos en cuenta que el Instituto durante 16 años de funcionamiento sólo había construido 18.178 viviendas. El Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la AID y el CARE firmaron contratos para cumplir tales propuestas. Es innegable que la inversión extranjera fue el factor determinante en el aumento en construcción y en los metros cuadrados construidos, que en 1958 eran de 2.907.170 metros cuadrados y la inversión de 402.064 millones de pesos; al finalizar este gobierno, en 1962 los metros cuadrados construidos eran de 3 millones 407 mil trescientos noventa y la inversión a 823.041 millones de pesos. El capital norteamericano, en la producción de vivienda, además de fortalecer al ICT, sirvió al Estado Colombiano, en la obtención de créditos para otros sectores productivos.

El gobierno consiguió con la campaña de la Alianza para el Progreso, aliviar en alguna forma, la imagen que de la política gubernamental se tenía. Si esto se logró en alguna medida a nivel ideológico, la realidad del problema habitacional continuó, pues en la ciudad, se enfrentaron a numerosos problemas, como desempleo y en particular, con la carencia de vivienda; por eso se presentaron algunas movilizaciones urbanas, que mediante invasiones de tierra, hincaron barrios que en un comienzo tuvieron un carácter tugurial; tal fue el caso para la época y en la década de 1970, de la toma de tierras urbanas en Bogotá, Cali, Cartagena y otras ciudades importantes del país. Ante tales acciones el tratamiento a las tomas de tierras, fue de “orden público”, durante los primeros 30 días siguientes a las acciones. Posterior a este lapso, quienes no tenían vivienda y les tocaba invadir los terrenos no podían ser desalojados, pero ante la eficaz acción gubernamental a través de la policía y el ejército, la mayoría de las invasiones son reprimidas y desalojadas en los primeros días, muchas produciendo combates entre la fuerza pública y los habitantes, dando algunas veces como resultado el asesinato de estos últimos. Otras medidas menos

represivas como el chantaje, son tomadas, prometiendo a los invasores vivienda construidas por el ICT. A pesar de los bajos intereses y el bajo precio de la vivienda ofrecida por el ICT muchos de los programas impulsados por este presentaron problemas para el adjudicatario, las viviendas por autoconstrucción por ejemplo, a pesar de tener un precio inicial muy bajo, ofrecen pobres calidades de habitabilidad, y exigen que la familia dedique sus horas de descanso a la construcción de sus viviendas, alargando así la jornada laboral de trabajo¹³.

1.1.2.2. EL GOBIERNO DE GUILLERMO LEÓN VALENCIA (1962-1966)

La política de vivienda, elaborada durante este gobierno, planteaba entre sus objetivos básicos continuar con los programas de la Alianza Para el Progreso en especial en lo relacionado con viviendas para obreros, proveer de servicios a aquellos barrios obreros que carecían de ellos y la erradicación de tugurios, por estar localizados, en su gran mayoría en la periferia de la ciudad, a donde era bastante costoso llevar los servicios. En especial la política de vivienda perseguía otorgar viviendas de bajo costo, con sus servicios complementarios, a sectores obreros. Esta sería desarrollada a nivel urbano por los organismos estatales descentralizados, tales como el ICT y la Caja de Vivienda Popular, en el caso de Bogotá.

El ICT, sobre quien descansó el mayor peso de esta política definió llevar a cabo su programa de vivienda empleando diversas líneas de acción o sistemas de operación¹⁴.

¹³ *Ibíd.* P. 465.

¹⁴ *Ibíd.* P. 473. ICT. "Informe al señor ministro 1964" Bogotá, Colombia, 1964. P. 46. citado por: MOLINA. Los más importantes fueron: la autoconstrucción; el sistema directo que se podía ser con casa de desarrollo progresivo, es decir que se entregaban en obra negra y las casas completamente terminadas; los préstamos a propietarios de lote; el sistema de terceras partes; los planes con financiadores privados; el plan trabajadores; el mejoramiento de los barrios subnormales; el préstamo a otras entidades y el plan erradicación de tugurios, este último se dio por que "los grupos humanos que habitan estos lugares, dada su poca estabilidad, su inseguridad y su poca cohesión social, pueden provocar grandes perturbaciones en las ciudades".

Para financiar este programa de vivienda se utilizaron dos fuentes de recursos: unos externos y otros internos. Los externos seguían llegando por la Alianza para el Progreso. Los recursos internos empleados se derivaban básicamente de las asignaciones del presupuesto nacional al ICT y de sus propios ingresos corrientes. Otros objetivos no menos importantes, según Humberto Molina, pretendían implícitamente por un lado, el abaratamiento de la mano de obra al reducir el precio de las casas, contribuyendo además al aumento de las ganancias del capital. Por el otro, las medidas a tomar acerca de la erradicación y mejoramiento de barrios subnormales, correspondían a la política de pacificación que intentó dar el gobierno. Su objetivo era controlar futuras “perturbaciones sociales”, tales como las invasiones que el gobierno consideraba un crimen y un atentado contra la propiedad, por lo que la erradicación de estos barrios no se realizó, ya que como el mismo ICT lo reconocía, “los solicitantes no tenían capacidad de pago ni siquiera para los programas de autoconstrucción”. Igualmente buscaron ampliar el campo de acción del capital constructor privado a través de los planes de terceras partes garantizando su reproducción.¹⁵

En términos generales durante este gobierno la cifra de viviendas construidas disminuyó significativamente. El impulso se interrumpe en 1965, paralelo a la disminución en el número de viviendas, también disminuyó la inversión real del ICT, entre 1963 y 1966, este hecho lo explica la indicación económica del país que se reflejó en las finanzas de la entidad. El BCH siguió desarrollando las mismas políticas que en el período anterior, orientadas a beneficiar a los sectores de ingresos medios.

En general en estos dos gobiernos se puede afirmar que la política de vivienda del Estado logró beneficiar relativamente a un reducido sector de la clase obrera y que el grueso de los esfuerzos desplazados por el sector constructor nacional se

¹⁵ *Ibíd.* P. 475.

orientó básicamente a satisfacer las necesidades de los grupos de medianos y de altos ingresos.

En último término, fue el capital norteamericano el mayor beneficiado por la política de vivienda gubernamental, ya que se reproduce por los intereses de sus créditos y préstamos, a costa de un mayor endeudamiento externo del país. El bajo número de construcción de vivienda no justificó dicho crecimiento de la deuda externa.¹⁶

1.1.2.3. EL GOBIERNO DE CARLOS LLERAS RESTREPO (1966-1970)

En el gobierno de Carlos Lleras Restrepo, se da una crisis en el esquema de acumulación capitalista, centrado en la producción industrial y en el cual, la burguesía industrial era la privilegiada. La política económica giraba alrededor de procesos de sustitución de importaciones en el que se reemplazaba por parte del capital industrial local las importaciones manufactureras destinadas al mercado interno, modelo que al finalizar los 60 se agotaba. Para sobrepasar esta crisis el gobierno implementó una estrategia doble: abrir un nuevo frente de la producción local hacia el mercado externo estimulando exportaciones diferentes al café y eliminar las principales barreras que frenaban la ampliación del mercado interno, profundizando la reforma agraria y promoviendo una reforma administrativa y laboral.¹⁷ A finales del gobierno de Lleras se observó la agudización de las contradicciones sociales por sus políticas. Los sectores populares: obreros sindicalizados, trabajadores del Estado, campesinos y grupos de desempleados urbanos veían como se deterioraban sus condiciones, expresando su descontento en manifestaciones públicas. Entre la facción dominante reaccionaron el sector terrateniente tradicional para los que la Reforma Agraria era una amenaza y el sector bancario que se veía subordinado al capital industrial. El descontento

¹⁶ *Ibíd.* P 480.

¹⁷ Se la llama reforma administrativa en el sentido que llegó a crear el INCORA, el ICA y otras instituciones incluyendo el marco legal para desarrollar la reforma agraria, aunque no llegó a ponerla a funcionar en la práctica.

popular fue tal que muchos hoy en día consideran que la ANAPO fue la verdadera ganadora de las elecciones presidenciales de 1970, en la que “venció” a Pastrana, independientemente de que ello haya sido o no, en adelante los partidos tradicionales sufrirían una crisis de institucionalidad.

La política de vivienda se expresó a través de la política para el ICT y el BCH y mediante la Reforma Urbana presentada. En referencia a los sectores hacia quienes estaba fundamentalmente dirigida no se introdujeron cambios radicales en relación al gobierno anterior, a pesar de que algunos planes destinados a sectores de ingresos medios, se fortalecen en este periodo. La política de vivienda fue presentada en estrecha vinculación con la política urbana, que empieza a ser objeto de interés por el equipo gubernamental. Sus objetivos fundamentales estaban orientados a evitar y racionalizar el proceso migratorio, ya que se presentaban una serie de desequilibrios territoriales. Respecto al uso de la tierra urbana, al igual que en el sector rural se plantearon “expropiaciones”, mediante cuidadosos mecanismos legales, para retribuir a los propietarios.

Respecto a los programas que debía desarrollar el Instituto de Crédito Territorial, se recomendó orientar su acción hacia la construcción de vivienda multifamiliar en los modelos de “unidad vecinal”, buscando así disminuir más fácilmente el déficit cuantitativo de vivienda. De la misma manera se propuso la reducción de las cuotas iniciales de algunos programas del ICT, sin eliminarlos, ya que el gobierno consideraba que esto implicaría la construcción de un número menor de viviendas. El ICT continúa desarrollando los programas que fueron analizados en los gobiernos anteriores, pero en este gobierno se da un mayor énfasis en la “política de tierras y obra públicas, mediante el fondo de redes que consiste en hacer préstamos a las empresas públicas municipales para la provisión de servicios públicos.

En este período presidencial se definen claramente tres planes de operación según niveles de ingreso:

1. Acción cooperativa integral: destinado a familias con pocos ingresos. Como se reconocía la incapacidad de este sector para el pago de vivienda, las familias adjudicatarias tendrían un tratamiento previo consistente en capacitación y consecución de empleo; quienes estuvieran empleados se les organizaría en cooperativas de vivienda con la intervención de ICT o de la superintendencia nacional de cooperativas.
2. Vivienda de interés social (VIS): se construye vivienda mínima, es decir, de 40 m² cuadrados, con subsidio o sin subsidio dependiendo de los ingresos mensuales de la familia.¹⁸
3. Para los programas de Autoconstrucción y tugurios se plantearon medidas como:
 - 3.1. Prevención de invasiones: zonificando barrios obreros, con servicios públicos mínimos, otorgando lotes para construcción de vivienda mediante acción cooperativa integral.
 - 3.2. Mejoramiento de barrios de invasión: esta medida es importante, pues difiere de la acción de otros gobiernos que sólo tenían programas de erradicación. La condición de su mejora es que la localización de estos barrios no sea incompatible con los planes de desarrollo urbano.

La financiación de la construcción de vivienda continúa proviniendo en alguna medida del sector externo y la mayor parte del sector interno. Ya en los últimos años se había iniciado el desmonte de los programas de la Alianza para el Progreso, durante este período, el gobierno recomendaba que los préstamos no fueran usados para financiar programas del ICT, “dado su alto costo y las condiciones que imponen para su uso”. Los recursos internos para el ICT, provenían del gobierno nacional y de sus ingresos corrientes. Otros recursos provenían del Fondo Nacional del Ahorro (FNA). Con respecto al gobierno

¹⁸ Para las viviendas sin subsidio, los ingresos mensuales debían ser entre 600 y 1200 pesos, para la vivienda con subsidio con ingreso entre 600 y 800 pesos.

anterior, el ICT aumentó el número de soluciones, aunque su labor se concentró en las principales ciudades.

En 1968, el gobierno nacional nombró el BCH fideicomisario del Fondo Nacional del Ahorro, que ejecuta operaciones financieras a favor de empleados públicos o trabajadores oficiales. Este organismo aumentó sus préstamos en términos reales, en este período¹⁹, continuando con el mercado entre familias de clase altas y medias. A pesar de los planes gubernamentales el déficit habitacional sigue aumentando cuantitativamente.

1.2. LA UNIDAD DE PODER ADQUISITIVO CONSTANTE (UPAC).

1.2.1. EL PLAN OPERACIÓN COLOMBIA Y EL GOBIERNO DE MISAEL PASTRANA BORRERO (1970-1974)

El plan que mayor tuvo influencia en este gobierno fue el Plan General “Las Cuatro Estrategias”, que recoge en buena parte las recomendaciones de LAUHLIN CURRIE en su plan “Operación Colombia”. La propuesta de CURRIE se basa en el reconocimiento de la irracionalidad en el “sistema económico colombiano” que se fundamenta en una “desigual distribución del ingreso” entre el capital y el trabajo y entre un sector privilegiado de la clase obrera y el resto de ella; y otros fenómenos correlativos como es el mantenimiento de gran parte de la población desempleada o sub-ocupada puesto que aún se utilizan técnicas de producción atrasadas; al mismo tiempo permanece una capacidad instalada ociosa que puede llegar hasta el 80%. Estas condiciones hacen que el desarrollo capitalista en Colombia sea “insuficiente.”

Cuando se comenzó a diseñar en 1971 el Plan de las Cuatro Estrategias, el sector de la construcción venía de un largo período de depresión y la teoría económica empezaba a dar respuestas a la crisis del modelo de desarrollo basado

¹⁹ *Ibíd.* P. 499

en la intervención del Estado, el cual produjo a nivel mundial graves procesos inflacionarios, recesión generalizada y para el país una crónica ausencia de fondos destinados a financiar la vivienda. En efecto, LAUCHLIN CURRIE había realizado una penetrante disección de la economía colombiana, desde 1949 cuando encabezó la primera misión del Banco Mundial a un país en desarrollo, y en ella, comenzó a percibir la crisis de acumulación por sustitución de importaciones y a sugerir la implementación de un nuevo modelo basado en un programa masivo de vivienda, financiado con el ahorro privado, el cual debía estar protegido contra los efectos perversos de la inflación a través del mecanismo indexado de la Corrección Monetaria. Esta propuesta se había esbozado en su famosa “Operación Colombia” (1.961) y en ella se comienza a plantear cómo la vivienda, la construcción y en general todo el complejo encargado del desarrollo urbano -obras y servicios públicos, almacenes, edificios para oficinas, escuelas, etc.- pueden moverse, y a menudo se mueven, independientemente de la tasa de crecimiento global.

CURRIE, planteó que para acelerar la tasa de crecimiento se deben concentrar esfuerzos especiales en ciertos sectores, no porque muestren rendimientos crecientes, sino porque puedan ser estimulados exógenamente, es decir, en forma independiente de la tasa global de crecimiento. En Colombia, el sector líder escogido fue la vivienda y el estímulo exógeno las corporaciones de ahorro a través de su mecanismo básico: la corrección monetaria. Esta teoría postula que la urbanización, así como la frustración de las necesidades sociales son fenómenos que corren a la par con el proceso de crecimiento económico. Las ciudades y la mayor población, promueven la especialización, la división del trabajo y una mayor producción. La teoría identifica al sector de la construcción y a las exportaciones como sectores líderes del crecimiento económico. Para el caso de la vivienda era claro que su demanda insatisfecha, su alta elasticidad ingreso de la demanda, y los aumentos en la oferta, no se traducían en forma notoria en un cambio en sus precios. La estrategia del sector líder, tal y como la

denominó el propio CURRIE, tenía como objeto elevar el nivel de crecimiento económico o el de detener y controlar una recesión, a través de desviar fondos hacia sectores como el de la edificación que habían demostrado su capacidad de moverse independientemente de la tendencia general. La vivienda podía según esta teoría, estimular el proceso económico y a la vez, para el caso específico de Colombia, servir para resolver un difícil y complejo problema: la aguda pobreza de los habitantes marginados del campo, quienes podrían resolver su crítica situación movilizándose hacia las ciudades donde había más posibilidad de empleo si se impulsaba deliberadamente al sector de la edificación urbana.²⁰

Para el sector agrario el Plan de la Cuatro Estrategias acoge la interpretación de CURRIE, sobre las ventajas de una producción agrícola en base a grandes agricultores puesto que “los pequeños están estancados o retroceden” ya que en el país la agricultura desarrollada por los primeros, se ubica mejores tierras y labora con mejores insumos químicos y equipos, generando una competencia perjudicial para los pequeños productores.²¹ Este plan consistió en:

1. La primera estrategia plantea, en palabras del mismo proyecto, “el énfasis en el desarrollo urbano, concentrando recursos en la industria edificadora, tanto de vivienda como de servicios complementarios; es la primera estrategia que conducirá no solamente a la producción de bienes esenciales que urgentemente son requeridos por vastos núcleos sociales, sino que generará gran cantidad de empleos adicionales que de inmediato contribuirán al ensanche del mercado interno elevado al nivel de consumo.

- 2 .La segunda estrategia buscaba el incremento de las exportaciones, condición indispensable para poder garantizar no solo el suministro de las importaciones requeridas, sino atender con profundidad la creciente deuda externa, a si mismo la ampliación de la participación de los mercados internacionales para productos

²⁰ Ibíd. P.38.

²¹ Ibíd. P.506.

exportados y otros nuevos, se creía con ello que se facilitaría el incremento de la producción agrícola-industrial.

3. La tercera estrategia tiene que ver con el aumento de la actividad agraria con una mejor distribución de la propiedad rural.

4. La cuarta estrategia se refiere a la redistribución del ingreso, que se fundamentaba esencialmente en un sistema progresivo de impuestos, donde se tribute de acuerdo a la capacidad real para hacerlo; en segundo lugar se basaba en una política de gasto público orientando y concentrando los recursos estatales en los servicios públicos.

Con PASTRANA en la presidencia el bloque de poder se reacomodó: la burguesía industrial fue desplazada de su hegemonía y en su reemplazo se dio una alianza entre la propiedad territorial urbana y la burguesía bancaria.²² Esto significó un brusco viraje, con las cuatro estrategias se liquidó la reforma agraria y la reemplazó por unas líneas de desarrollo agrario basado en el gran capital, continuando con la incentivación a importaciones. A este viraje de la política económica se debe sumar que “a principios de los años 70, el 60% de la población estaba localizada en las ciudades y lo que es más importante cuatro grandes urbes concentraban más de un millón de habitantes cada una y Bogotá rondaba por los dos millones.

La capacidad adquisitiva de las clases medias aumentó lo suficiente para asegurar en forma efectiva deudas por sumas considerables en créditos a largo plazo, a esto se sumaba la multiplicación del capital financiero que participaba en todas las esferas de la economía a excepción de la vivienda y sus servicios complementarios. Ante esta nueva situación, la política oficial se modificó el viraje

²² JARAMILLO. Op. Cit. P. 19,20

lo presenta el gobierno de Misael Pastrana Borrero en su plan de desarrollo las 4 estrategias.”²³

La construcción es un sector que absorbe una gran proporción de empleo sin calificación con respecto del monto de la inversión, esto era muy oportuno, pues sumado al alto desempleo urbano ya existente, estaba la llegada de miles de campesinos, (el desempleo parece que fue uno de los motivos de la deslegitimación del partido liberal y conservador); por la Violencia y por las nuevas políticas agrarias que se habían iniciado, de las cuales podría esperarse que acelerara la migración rural-urbana.

La construcción, además, consume bajas materias primas importadas, de esta manera no se quebraba la sustitución de importaciones, además está vinculada a las variedades de los sectores industriales, las inversiones en la construcción tendrían una amplia irrigación en el sistema económico. Sin embargo, existía otra característica no explícita y era que este sector productivo dependía estrechamente de la financiación, lo que permitió que el capital prestatario participara en mayor medida del excedente generado y esta era una manera de fortalecer la acumulación de uno de los nuevos socios hegemónicos en el bloque de poder: el capital bancario.

El sector realmente beneficiado por estas medidas fue el capital corporativo o bancario, que obtuvo un gran incremento a través de la asociación de bancos, aseguradoras, corporaciones financieras nacionales y extranjeras, firmas constructoras, industrias de materiales de construcción. Las distintas Corporaciones de Ahorro y Vivienda (CAV) formadas captaron en 1978 el 72% del

²³ ROBLEDO. Op. Cit. P.41.

total del ahorro, siendo respaldadas por los sectores más monopólicos del capital financiero e industrial.²⁴

Con la constitución de las CAV mediante el decreto 678 de 1972, se cumplió un viejo anhelo imperialista. Principalmente desde los tiempos de la Alianza para el Progreso; las agencias internacionales controladas por los Estados Unidos venían recomendando “prestar atención a la conveniencia de estimular a la instituciones financieras para que inviertan capital a largo plazo en viviendas”, como reza el Acta de Bogotá, documento de la OEA de 1960. A partir de ese año se crearon sistemas semejantes a las CAV para otorgar créditos a los compradores de vivienda en todos los países de América Latina. Cuando las CAV irrumpen en la escena económica colombiana lo que se presenta no es el simple desarrollo del sistema de crédito. Estas no son parte de un plan bancario cuyo objetivo central sea ampliar la producción mediante el cobro de intereses moderados, como ocurrió en el capitalismo en el siglo XIX. Cuando se formaron las CAV, la libre empresa había desaparecido, sustituida por el capitalismo monopolista en el cual el crédito no es un elemento de estímulo a la acción más o menos libre de la oferta y la demanda, sino todo lo contrario: el comando del capital financiero sobre el conjunto de la producción material convierte el crédito en pieza decisiva para la creación y el fortalecimiento de los monopolios y la tasa de interés adquiere la tendencia a apropiarse de todas las ganancias de los empresarios²⁵:

En el caso colombiano la burguesía del país miró en un principio con malos ojos las medidas tomadas por el gobierno, planteando que la elevación de la tasa de interés por el UPAC, al nivel del interés extrabancario tendría efectos sobre la tasa de interés de otros papeles y además el hecho de que los ahorros se dirigieran exclusivamente a la construcción podría descapitalizar otros sectores industriales. También sectores de la banca señalaron que la descapitalización del BCH, fue motivada por el traslado de ahorros hacia las CAV. Por su parte la clase obrera a

²⁴ *Ibíd.* P. 22

²⁵ *Ibíd.* P.46

través de la Unión de Trabajadores de Colombia (UTC) se mostró en contra de la creación de los “grandes monstruos” planteando que el gobierno debería exigir a las empresas cancelar salarios e inclusive cesantías por el sistema UPAC.

Las CAV, en consecuencia, aparecieron como extensiones de los bancos y las compañías de seguros más importantes del país. La mayoría de las corporaciones tienen una íntima unión con los diferentes grupos financieros, que controlan la economía nacional los que a su vez están metidos con el gran capital imperialista norteamericano. El poder de la burguesía financiera sobre las CAV, para la primera mitad de la década de los ochenta, es del siguiente orden:

-DAVIVIENDA: el Banco de Bogotá tenía el 24% de las acciones y el francés e italiano el 6%. Pero el grupo financiero que maneja el primero controla el 70 %, además la corporación financiera internacional, del Banco Mundial, hizo en esta corporación su primera inversión en el mundo, en entidades financieras de vivienda y poseía el 15% de las acciones.

-GRANAHORRAR: el Banco de Colombia es propietario del 50.7% y el del comercio del 30%, directa o indirectamente el Banco Nacional y el de Santander manejan el 4% y 8% de las acciones respectivamente.

-CONAVI: es propiedad del Banco Comercial Antioqueño, el Industrial Colombiano y el Grupo Suramericana.

-CONCASA: el grupo cafetero usufructúa el 90%.

-COLPATRIA: grupo financiero COLPATRIA y el Banco Nacional, posee un 10%.

-COLMENA: es propiedad de la compañía de Jesús a través de la caja social de ahorros.

-LAS VILLAS: el banco de occidente controla el 25 de la acciones y aparece como extensión del grupo de Luis Carlos Sarmiento Ángulo.

El capital imperialista propiamente dicho, también está vinculado al sector financiero de la construcción. Ya se citó al Banco Mundial en DAVIVIENDA, pero también participa indirectamente, a través de las corporaciones financieras en las cuales es accionista, en CONAVI y COLPATRIA. El grupo Rockefeller influye a través del Banco del Comercio en GRANAHORRAR y AHORRAMÁS. El FIRST NATIONAL CITY BANK, por medio de la corporación financiera de occidente, es socio de CONCASA. En COLPATRIA tiene acciones la corporación financiera del norte, cuyo mayor paquete accionario está en manos del MARINE MIDLAND BANK; y del BCH son copropietarios el Banco del Comercio, el franco colombiano y THE ROYAL BANK OF CANADÁ. A lo anterior hay que agregar la obvia intervención que logra el capital norteamericano, por la vía del endeudamiento externo, a través de los bancos colombianos: el de Colombia debe 500 millones de dólares y este monto representa el 28% de la deuda *externa bancaria*.²⁶

En cuanto a la estrategia de PASTRANA orientada a convertir la producción de vivienda en un asunto de política macro económica, era menester introducir cambios radicales en los criterios utilizados hasta ese momento en la financiación de edificaciones. Según JORGE ENRIQUE ROBLEDO, los problemas eran tres : “cómo interesar a la banca privada para que acometiera la empresa de constituir lo que se llamaría las corporaciones de ahorro y vivienda; cómo garantizar a los banqueros que por ningún motivo la recolección de dineros a corto plazo para prestarlos a largo plazo implicaría riesgos insalvables; y cómo hacer para que gentes que requieren créditos con amplios términos puedan cumplir con tasas comerciales de interés en un país donde la inflación y control del capital financiero hace que estas siempre se orienten hacia arriba.”²⁷ La demanda de vivienda no era un problema pues esta no había sido satisfecha por ningún gobierno, ni

²⁶ *Ibíd.* P. 47

²⁷ *Ibíd.* P. 43.

sistema de financiamiento.²⁸ Estos problemas se resolvieron de la siguiente manera: para que la banca privada constituyera corporaciones de ahorro y vivienda se dio un aumento en las tasas de interés que permitiera recoger entre la ciudadanía a pesar de la inflación, “enormes masas de dinero para intermediarlas con utilidades atractivas que compensaran los inconvenientes administrativos propios de los créditos de vivienda.”²⁹ Para garantizarles a los banqueros la recolección de dineros sin riesgos, el Estado a través del Fondo de Ahorro y Vivienda (FAVI) les garantizó a las corporaciones que cualquier baja en los precios que pudieran tener implicaciones graves en su estabilidad, se solucionaría con el mecanismo expedito de la emisión primaria. Finalmente para hacer que la gente cumpliera con el pago del capital y con los intereses, se propuso crear un sistema que permitía reajustar en cualquier momento las tasas de interés que se cobran al constructor y al comprador y modificar el método de pago de estas deudas hipotecarias “mediante un juego fundamentalmente semántico que al dividir la tasa de interés en corrección monetaria e interés propiamente dicho “permite cobrar interés sobre interés sin violar el código de comercio en lo que se refiere al cobro de intereses sobre intereses.”³⁰

Es importante señalar que para el fomento de la construcción como sector líder, los creadores del plan consideraron que gran parte de la población tiene una capacidad de ahorro que no se ha sabido aprovechar, en particular por los pocos incentivos hasta ahora ofrecidos. Según ellos este ahorro generado con el ingreso

²⁸ JARAMILLO. Op. Cit. P 21.

²⁹ ROBLEDO. Op. Cit. P 43.

³⁰ JORGE ENRIQUE ROBLEDO. Los adjudicatarios de vivienda, cada vez más endeudados. intervención en la Audiencia sobre Vivienda, Comisión Quinta del Senado: 2 de noviembre de 2004. EN: www.moir.org.co. “El problema es que esta fórmula, en la práctica, significa cobrar intereses sobre intereses y eso en Colombia constituye un delito que se llama el anatocismo. ¿Cómo cobrar entonces intereses compuestos sin violar el Código del Comercio? Fue el problema que se mencionó en un estudio que la doctora María Mercedes Cuéllar debió de conocer por allá en los años 70, realizado por la firma Econometría Limitada. Y la cuestión se resolvió mediante un truco semántico. Los expertos del gobierno apelaron a la riqueza del lenguaje y partieron en dos la tasa de interés: una, la tasa de interés propiamente dicha y otra, una Unidad de Valor Adquisitivo Constante que presentaron con la idea de que esa era la inflación. Este es el origen del UPAC: hacer legal lo que era ilegal, porque se estaba cometiendo el delito de anatocismo, consistente en cobrar intereses sobre intereses”.

adicional que partiría de la implementación de las otras estrategias, era la fuente principal de capital para la industria de la construcción que generara “masivamente empleos mejor remunerados para cientos de miles de trabajadores”.³¹

Para aprovechar el ahorro, se terminó finalmente creando el UPAC. Dos características fundamentales resalta SAMUEL JARAMILLO: la primera, que es la introducción de un mecanismo de indexación de los ahorros, esto consiste en que los depósitos van aumentando automáticamente con el ritmo general de inflación (lo que se conoce como corrección monetaria), y además recibe un interés nominal adicional. Con ello se buscaba garantizar una tasa de interés real para el ahorrador y atraer un volumen considerable de recursos para el sector. La otra característica decisiva del sistema y que por lo general es menos destacada, es la privatización de la función de la canalización de este ahorro.³²

Para FABIO GIRALDO, en materia de política económica, el UPAC ha permitido salir de la oposición entre sector privado y público, porque no son antagónicas y constituyen polos de una misma estructura: la acción del Estado compensa las fallas del mercado y este refuerza la democracia, tanto el uno como el otro no son suficientes por ellos mismos para resolver los problemas de desarrollo y crecimiento: “con la construcción de vivienda y el UPAC se ha pasado de un acentuado intervencionismo del Estado en las actividades productivas hacia el fortalecimiento de una economía mixta.”³³

Más que una unidad propiamente dicha fue un instrumento de captación de ahorros y una medida para otorgar créditos a largo plazo. Entró en vigencia el 15 de Septiembre de 1972 durante la administración de Pastrana Borrero teniendo un valor inicial de 100 pesos el cual se fue modificando poco a poco a través de los años hasta convertirse en la causa principal de la quiebra en la economía de

³¹ MOLINA, Op. Cit. P.507.

³² JARAMILLO. Op. Cit. P 21.

³³ *Ibíd.* P. 39.

muchas familias colombianas. Algunas de sus características principales fueron las siguientes:

- Corrección Monetaria Diaria.
- Aplicación de tasas efectivas.
- Constituyó el principal elemento de captación de ahorro gracias la inflación
- Estaba integrada por diferentes modalidades de crédito.
- Contaba con un sistema de amortización.

La corrección monetaria en el UPAC permite que en los primeros años de vida del crédito los compradores de vivienda tengan una cuota de amortización más baja que la que tendrían que pagar si no utilizarían este mecanismo. Según LAURA ALBA y LINA FAJARDO, la corrección monetaria “es un instrumento que tiene por objeto evitar el engaño de los valores nominales y montar la economía sobre valores reales, mil pesos en un año no son mil pesos del siguiente; si no tal vez mil doscientos. El medio para evitar el nominalismo, era hacer que los préstamos y los depósitos no se realizaran en cantidades de moneda, sino en el poder adquisitivo de lo que se daba y de lo que se recibía; con ello la deuda no valdría más sino igual; sería constante. Al principio de su aplicación el valor de cada unidad de poder adquisitivo era de 100 pesos, evaluada según el índice de precios que mostraba el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE), después sufrió 23 arreglos, quedando de acuerdo al comportamiento de diferentes variables económicas, en especial de carácter monetario. La corrección monetaria, para 1990, en su cálculo tenía mayor participación de las tasas de interés en el mercado financiero y una menor participación del índice de la inflación. En 1994, la manera de calcular el UPAC se hizo exclusivamente con la DTF (Depósitos a Término Fijo).³⁴

³⁴ ALBA CÁRDENAS, Laura V. Y FAJARDO SUAREZ, Lina M. Evolución de la política de vivienda y crédito hipotecario en Colombia de 1972- 2000. Bucaramanga, 2003, 130 P. Trabajo de grado. Universidad industrial de Santander. Facultad de ciencias humanas. Escuela de economía. P. 21-22.

Sin embargo, a pesar de las proyecciones de los economistas neoliberales en el país y los del Fondo Monetario Internacional (FMI) en el extranjero, y a pesar de que parte de el régimen financiero hipotecario logró una firme expansión después de 1973 y estuvo en capacidad de atender buena parte de la demanda solvente de vivienda, “esta ampliación no fue suficiente para impulsar el desarrollo de toda la economía nacional, como lo había previsto CURRIE años antes: una economía caracterizada por la utilización parcial de los hombres y los equipos, y con trabas inmensas a su utilización plena, tales como la organización sindical, el exceso de feriados y los sobresalarios para el trabajo nocturno, solo podría desarrollarse en forma acelerada al impulso de un sector de punta que empleara intensivamente a los trabajadores con salarios más bajos y que, al eliminar las barricadas, arrastraría al resto de la economía”³⁵. En términos reales en el gobierno de PASTRANA, la construcción pasó de 3.46 del PIB en 1970 al 3.79 % en 1974, con una ganancia neta del 0.33, que si se compara con las exportaciones que obtienen un aumento del 2%, la incidencia de esta fue superior 6 veces a la del plan CURRIE.

1.2.2. EL GOBIERNO DE LÓPEZ MICHELSEN (1974-1978)

En este gobierno se presenta la primera reforma financiera después de creado el UPAC, ya que las principales variables de este sistema eran para aumentar el ahorro, las tasas de interés, “en la medida que este sistema presentaba una alta concentración de recursos de ahorro, se iba haciendo necesaria la emisión primaria, corregir las distorsiones que por alto nivel de ahorro se pudiera presentar lo cual se traducía en inflación”³⁶. Sin embargo algunos consideran que el UPAC, no es causante de la inflación sino que al contrario este busca controlarla para cumplir con los objetivos macroeconómicos y lo hace mediante la corrección monetaria y el ahorro que actúa en contravía con el aumento de los precios.

³⁵ KALMANOVITZ, Salomón. Economía y nación. Una breve historia de Colombia. Medellín: CINEP, Universidad Nacional y Siglo XXI editores. 1985. P. 458.

³⁶ ALBA CÁRDENAS Y FAJARDO SUAREZ. Op. Cit. P. 21

La reforma financiera de 1974 al igual que toda la política económica de LÓPEZ y TURBAY, buscaban liberar la economía de las trabas estatales en el sector financiero, pues lo consideraban subdesarrollado e incapaz de impulsar a los sectores productivos. Así ya no sería la política de los sectores líderes sino la de las exportaciones el motor de la economía nacional. Al parecer el análisis en los gobiernos de LÓPEZ y TURBAY correspondía a sus planteamientos porque la inflación hasta 1970 alcanzó un solo dígito, mientras que en 1973 año de la implementación del UPAC se disparó al 24.08 por ciento. Aunque intentaron desmontar este sistema, ya era muy tarde, porque los pasivos de las CAV eran elevados³⁷.

1.2.3. EL GOBIERNO DE TURBAY AYALA (1978-1982)

La profunda crisis que sufrió el sistema financiero durante esta administración, que incluso hizo colapsar a varias de sus entidades no afectó al UPAC, sino que por el contrario, lo fortaleció, con lo cual se adquirió mayor confianza por parte de quienes empleaban el sistema.

Por su parte y como ya se mencionó, el sistema financiero fue el que más sufrió con la crisis, y esto se reflejó en el hecho de que la acumulación de capital sufrió un estancamiento y los excedentes generados por el proceso productivo fueron apropiados sin intervención del Estado por banqueros inescrupulosos que los emplearon en su propio beneficio con la figura del auto préstamo.³⁸

En conclusión durante esta administración el UPAC salió más consolidado y fuerte, convirtiéndose en instrumento esencial de la siguiente administración para hacer frente a una de las más grandes crisis económicas que el país haya conocido a lo largo de su historia.

³⁷ *Ibíd.* P. 48

³⁸ *Ibíd.* P. 17

1.2.4. EL GOBIERNO DE BELISARIO BETANCURT (1982-1986)

El gobierno de BELISARIO BETANCURT retomó el programa de las cuatro estrategias de Pastrana como elemento clave para reactivar la economía y reducir los problemas habitacionales de la población. Sin embargo autores como Jorge Robledo consideran que esta medida fue una táctica electoral para ganar los miles de votos de las familias destechadas: “sin importarle que la bancarrota de la República fuera un secreto a voces y que su prédica desafiara todas las leyes económicas.”³⁹

La originalidad de este programa de vivienda radicaba no en que la construcción fuera el medio para reactivar la economía, sino que esta política se orientara a una población de bajos ingresos, ello se debió a que la demanda por vivienda de la población de mayores ingresos estaba saturada.⁴⁰ Tres fueron los objetivos generales del plan de BETANCURT:⁴¹

Crecimiento económico a través de la orientación y asignación de recursos a sectores rezagados.

Estabilidad de las variables de corto plazo. Para lograr el primer objetivo se utilizaría a la vivienda como sector reactivador a corto plazo, protegiendo la industria y el trabajo.

Equidad en la distribución del ingreso se lograría con la elevación de las condiciones de vida de la población. Esta política finalmente no se logró, pues se presentó dentro de un contexto económico difícil siendo sus objetivos cambiados en la mitad del gobierno. Durante el periodo de 1982 a 1986, el Estado se vio enfrentado a una de las más agudas crisis de los últimos tiempos: desaceleración en el nivel de acumulación, agotamiento del modelo exportador, crecimiento del endeudamiento externo, alto déficit fiscal y una fuerte escasez en las reservas de

³⁹ ROBLEDO. Op. Cit. P. 158

⁴⁰ ALBA CÁRDENAS Y FAJARDO SUAREZ. Op. Cit. P.44

⁴¹ *Ibíd.* P. 44 y 45.

divisas. Siguiendo las recomendaciones del Fondo Monetario Internacional. En 1984 la política monetaria se orientó a la política de ajuste para sanear el déficit fiscal y el sector externo desestimulando así la construcción de vivienda.⁴²

1.2.5. EL GOBIERNO DE VIRGILIO BARCO (1986-1990)

Los ejes fundamentales de la política económica del presidente BARCO eran, básicamente, acabar con la pobreza absoluta y la generación de empleo. Para ello implementó una reforma tributaria con la Ley 76 de 1986, la cual afectó de manera negativa el sistema UPAC ya que equiparó las ventajas tributarias de los ahorradores de este sistema con las del resto del sistema financiero; ya que las CAV tuvieron que manejar activos a largo plazo como en el caso del mercado de la vivienda, con un determinado margen de operación, lo cual les representó una salida de recursos y debían manejar tasas de interés más bajas que las del mercado, lo cual les ocasionaba pérdidas.

Por otro lado los Decretos 720 y 721 y la resolución 23 de la Junta Monetaria del año 1987 introdujeron grandes cambios al sistema UPAC con el propósito de ajustarlo al objetivo de erradicar la pobreza absoluta.

Con el Decreto 720 el Gobierno autorizó al Banco Central Hipotecario (BCH) a emitir bonos de fomento urbano que se destinarían a la financiación de vivienda de estratos bajos en las ciudades, por su parte el Decreto 721 determinó el destino del crédito de vivienda y por su parte la Resolución 23 de la Junta Monetaria del Banco de la República estableció los plazos para amortizar los créditos, fijó la tasa de interés que había de manejarse y estableció una variación en el manejo de la

⁴² Ibid. P. 47.

contabilidad de las CAV. Estas modificaciones hicieron que la orientación del UPAC variara significativamente⁴³.

1.3. CRISIS DEL SISTEMA FINANCIERO EN LOS NOVENTAS: FIN DEL UPAC Y SURGIMIENTO DEL UVR

No todas las personas pudieron acceder a los créditos de vivienda con este sistema⁴⁴, durante 28 años de funcionamiento del sistema UPAC, 1.500.000 familias pertenecientes a las clases medias hicieron posible el sueño de tener casa propia con este sistema. Sin embargo a partir de 1998, este sistema entró en profunda crisis, debido a la implementación de políticas concretas de los gobiernos nacionales. Las raíces de esta nueva política de vivienda que también afectó a los proyectos de vivienda de interés social (VIS) radicarón en las imposiciones internacionales, específicamente de la Organización de la Naciones Unidas (ONU) y el Banco Mundial. La primera en 1988 publicó desde su oficina del “Centro de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos”, ***“que la privatización puede atraer el aprovechamiento de las características de los mercados privados en términos de tierra, materiales de construcción, finanzas, vivienda terminada, reducción de costos, respuesta rápidas a***

⁴³ GIRALDO ISAZA. El crédito de vivienda: pasado, presente y futuro. Congreso Nacional Del Ahorro. Bogotá: tercer mundo. 1992. P. 37

⁴⁴ Muy al contrario de lo que algunos dicen, el UPAC, fue restringido a una capa de la población que tuvo capacidad económica de ahorro. Por ejemplo, ALBA CÁRDENAS Y FAJARDO SUAREZ., comentan al respecto sin ninguna rigurosidad y llegando a generalizar: “este nuevo sistema de financiación de vivienda a largo plazo logró democratizar el ahorro, pues desde entonces cualquier persona pudo acceder a abrir una cuenta de ahorro remunerado”, este cualquier persona se sale de la realidad, según Robledo: “Desde que se creó el nuevo sistema, el doctor LAUHLIN CURRIE, y en este punto hay que reconocerle su franqueza, dejó absolutamente claro que no se había establecido ni para el pobre, ni para las capas medias, pues era un crédito de vivienda para gente relativamente adinerada. Porque suponía dos bases de las que en Colombia carecen los más débiles: una buena estabilidad laboral, de 10, 15 ó 20 años, y un ingreso mensual que subiera en la misma proporción en que iba haciéndolo la cuota, algo todavía más exótico en Colombia para los sectores populares. El sistema quedó entonces establecido, hay documentos de sobra, para las capas medias altas. Los pobres, que no son los paupérrimos, siguieron siendo atendidos por el Instituto de Crédito Territorial, ICT.” Intervención del senador Jorge Enrique Robledo en la Audiencia sobre Vivienda, Comisión Quinta del Senado: los adjudicatarios de vivienda, cada vez más endeudados. 2 de noviembre de 2004. EN: www.moir.org.co.

demandas cambiantes y diversas posibilidades de elección para el consumidor⁴⁵. Por su parte el Banco Mundial, en documento del 20 de enero de 1989 realizó una serie de recomendaciones que proponían la entrega al mercado de la regularización de los costos de los créditos de vivienda y la entrega de la función de construcción de vivienda popular en manos del ICT, a los constructores privados.⁴⁶

En el país estas políticas se reflejaron de la siguiente manera:

- a. A partir de la década del noventa, con la ley 45 de 1990, se introdujo una mayor competencia al sistema financiero, las CAV entraron a competir por los créditos con otro tipos de entidades bancarias. Al entrar el resto de los bancos, el UPAC se puso a los niveles de las tasas del sistema financiero. El Banco de la República autorizó que las CAV prestaran a los mismos índices de la banca, cambiando la fórmula para el cálculo de la corrección monetaria, dando mayor participación al DTF (50%) que a la inflación; a los deudores se les cambió totalmente las reglas de juego. En 1994, la DTF era el único índice que determinaba el valor del UPAC, eliminando del cálculo de la corrección monetaria la inflación⁴⁷. Las cuotas de amortización tomaron proporciones cada vez mayores del salario del deudor hasta

⁴⁵ BERMÚDEZ PORTILLA, Diana y PÉREZ BLANCO, Marly. Evaluación de la política social de vivienda en Colombia, 1980-2000. Bucaramanga, 2005, trabajo de grado (economía). Universidad industrial de Santander. Facultad de ciencias humanas. Escuela de economía. P. 74.

⁴⁶ VELÁSQUEZ, María Nury. Ganar indulgencias con avemarías ajenas, la nueva política de vivienda. EN: Deslinde, revista de CEDETRABAJO. No 9, diciembre, 1990. P. 24

⁴⁷ Robledo al respecto señaló que: "El gobierno introduce en 1990 una serie de cambios, que son en buena medida los que terminan generando el tremendo lío en que hoy nos encontramos. Ata más todavía la corrección monetaria a la tasa de los depósitos de término fijo, DTF, agravando el riesgo de los endeudados al amarrar la corrección a las tasas comerciales de interés. No es que este vínculo con la DTF antes no existiera, sino que, digamos, se estrecha la relación, lo que incrementa el riesgo de volatilidad del costo del UPAC en la medida en que el gobierno decide atarlo a las tasas de interés comerciales de los bancos. Esto en buena medida se explica por la gran ambición de los banqueros, pero además por la irresponsabilidad con que manejan los gobiernos las cosas en este país". Intervención del senador Jorge Enrique Robledo en la Audiencia sobre Vivienda, Comisión Quinta del Senador: los adjudicatarios de vivienda, cada vez más endeudados. 2 de noviembre de 2004. EN: www.moir.org.co.

hacerse impagables. Según datos de 1999, si en 1991 un deudor del UPAC, dedicaba el 10% de sus ahorros en el pago de estas cuotas, en 1999 el 60% se destinó a esta deuda⁴⁸. El sistema financiero se convirtió en el mayor especulador y su negocio en el más próspero.

- b. Aumento de las tasas de interés. La Junta del Banco de la República, propició a mediados de 1998 un aumento en las tasas de interés para defender a toda costa la Banda Cambiaria, dado que un aumento en las tasas de interés conduce a atraer los llamados “capitales golondrina”, “el país se ha convertido en el paraíso de los especuladores financieros, sobre el supuesto de que había que traer del exterior dólares de capitales golondrinas para que financiaran las importaciones que las exportaciones nacionales no estaban en capacidad de financiar”⁴⁹. La DTF aumentó entre 1997 a 1998 del 5.6 al 14⁵⁰.
- c. Este panorama de las tasas de interés sujetas a la libertad del mercado no era ajeno y aislado del contexto económico nacional. La apertura de la economía nacional al capitalismo mundial como nunca antes se había dado en el país afectó a varios sectores de la población; el desempleo, reducción de los salarios, quiebra de empresas y su reducción de utilidades, tocó a las capas medias, de hecho, la apertura fue la encargada de promover las nuevas políticas de financiación de la vivienda.
- d. Aumento del margen de intermediación. Este margen se compone del costo de operación más la utilidad de los intermediarios financieros. Hacia el año 1999, las tasas de intermediación en el país eran las más elevadas del mundo: 10.81%⁵¹.

⁴⁸ . ALBA CARDENAZ Y FAJARDO SUAREZ. Op. Cit. P. 52

⁴⁹ Intervención del senador Jorge Enrique Robledo en la Audiencia sobre Vivienda, Comisión Quinta del Senador: los adjudicatarios de vivienda, cada vez más endeudados. 2 de noviembre de 2004. EN: www.moir.org.co.

⁵⁰ ALBA CARDENAZ Y FAJARDO SUAREZ. Op. cit. P. 52. “las tasas de interés alcanzaron su más alto nivel en noviembre de 1998 cuando las DTF se colocó por encima del 37% efectivo Anual y las tasa de colocación llegaron al 48%, colapsando así no solo el sistema de financiación de vivienda más usado por los colombianos, sino además la actividad productiva del país”.

⁵¹ *Ibíd.* P. 56

- e. Recesión prolongada: la experiencia del proceso de apertura se tradujo en desregulación financiera, que condujo a la especulación. A finales del siglo XX el país quedó sumergido en una crisis económica que había comenzado desde 1997 y de la que se había liberado durante más de cincuenta años, pues desde 1945 y 1955, la economía colombiana creció en un promedio anual cercano al 5%. El desmoronamiento social y económico del país se reflejó en el crecimiento por debajo del 0%, desempleo urbano del 20% que sumado al subempleo podía superar el 50%, altos niveles de pobreza y el desplazamiento forzado.

Era apenas lógico que en medio de tan aguda recesión el UPAC se desquebrajara, pues los ingresos de los deudores tendieron a caer, así como el valor real de las viviendas adquiridas, ya que este sistema de financiación depende directamente del entorno macroeconómico.⁵²

Finalmente, el estado de emergencia económica y social se decretó el 16 de noviembre de 1998, mediante el decreto 2330. Según CARDENAZ y FAJARDO “con esto se lleva a cabo un profundo programa de alivio a los deudores del UPAC mediante el decreto 2331 de 1998, a través del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (FOGAFYN).⁵³ Para el senador JORGE ENRIQUE ROBLEDO, el decreto 2331 no surtió ningún alivio a los deudores del UPAC, sino al contrario, fue para las CAV:

“Les gira a las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, con el pretexto de aliviar las deudas de la gente, 3,1 billones de pesos en un par de contados, el uno en 1998 y el otro en 1999. Se los gira a las corporaciones y no a la gente, tal como lo explicaba el ministro de Hacienda de ese entonces, doctor Juan Camilo Restrepo, en el acta de compromiso suscrita con el Fondo Monetario Internacional. Dice el ministro, textualmente, que el giro se hizo para “dar alivio adicional al sector hipotecario a través de un programa de reducción de deudas”.

⁵² Ibid. P. 57

⁵³ Ibid. P. 58

*Política diseñada para salvar por sobre todo a los dueños de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda con un regalo de 3.1 billones de pesos, porque a los otros banqueros les regalaron otra plata por aparte. Algunos denunciarnos el hecho, porque, aunque era evidente que había que hacer un esfuerzo por ayudarlo a la gente, la solución estaba atendiendo específicamente el problema de los banqueros.*⁵⁴

En medio de este dramático panorama donde embargos, secuestros, juicios, ejecuciones y despojos, eran el diario vivir de los deudores, la Corte Constitucional el 27 de mayo de 1999 en la sentencia C-383 ligó nuevamente el UPAC a la inflación, y en ese mismo año el 16 de Septiembre de 1999, la sentencia ST C-700 lo declaró inconstitucional solicitando su completa eliminación y la posterior expedición de nueva ley marco que regulara la financiación de la vivienda a partir de junio de 2000, período hasta el cual se mantendría vigente el sistema UPAC.

En cumplimiento del fallo de la Corte Constitucional, el gobierno diseñó un nuevo sistema, cuya unidad de cuenta es la UVR (unidad de valor real), la cual al igual que la UPAC, sirve para llevar el valor de los depósitos y los créditos en términos de valor real para así mantener el poder adquisitivo de los ahorros y los préstamos. Las diferencias entre el UPAC y el UVR consistieron en que el primero buscaba el crecimiento económico a través de la financiación de vivienda, mientras que el segundo “no es ni siquiera un sistema que haya nacido para financiación de la vivienda. Este fue creado en 1999 mediante el decreto 856, con el objetivo de mantener el poder adquisitivo de los TES (títulos de deuda pública) que son títulos emitidos a largo plazo y que dada la crítica situación del UPAC se convertía en el único mecanismo de financiación a largo plazo”.⁵⁵

⁵⁴ Intervención del senador JORGE ENRIQUE ROBLEDO en la Audiencia sobre Vivienda, Comisión Quinta del Senador: los adjudicatarios de vivienda, cada vez más endeudados. 2 de noviembre de 2004. EN: www.moir.org.co. 3 junio 2006. Corroborando lo descrito por el senador, la presidenta de la Asobancaria PATRICIA CÁRDENAS, en entrevista realizada el día 30 de marzo de 2006 en el programa televisivo de RCN “La Noche”, afirmó que, entre de 1990 el sector financiero perdió mas de 9.4 billones de pesos lo que significó un costo muy alto para los accionistas, pero se recuperó porque la banca pública cobra el 4 por mil y la banca privada tuvo créditos del FOGAFYN y los créditos personales.

⁵⁵ ALBA CARDENAZ Y FAJARDO SUAREZ. Op. Cit. P.60

1.4. DEFINICIÓN DE LA UVR

Definido por la ley 546 de 1999, artículo 3: la unidad de valor real (UVR) es una unidad de cuenta, que refleja el poder adquisitivo de la moneda, con base exclusivamente en la variación del índice de precios, establece también en su artículo 2, que el gobierno nacional regulará el sistema de financiación de vivienda fijando las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho constitucional a la vivienda digna mediante la protección del patrimonio de las familias representado en vivienda y la protección y fomento del ahorro destinado a la financiación y construcción de vivienda. Los intereses remuneratorios no pueden capitalizarse con lo que superan dos problemas del UPAC: la UVR no se considera moneda sino medida contable que permite actualizar el valor del dinero en crédito y ajustarlo a la inflación (IPC), el nuevo modelo es concebido de la siguiente manera:

UVR (equivalente a la inflación-IPC -) + intereses remuneratorios más bajos del mercado (sin remuneración)

En Colombia la determinación de los factores para establecer el valor de la UVR correspondió en primera instancia al Gobierno Nacional (a través del CONPES) que mediante Decreto 2703 de 1999, estableció que el valor en pesos de la UVR se fijaría diariamente durante el período de cálculo, de acuerdo con la siguiente metodología:

$$UVR_t = UVR_{15} * (1+i)^{t/d}$$

Periodo de cálculo: Es el comprendido entre el día 16 de un mes inclusive, hasta el día 15 del mes siguiente inclusive.

t : Es el número de días (calendario) comprendidos entre el inicio de un período de cálculo hasta el día de cálculo de la UVR. De esta forma, t presenta valores entre 1 y 31 según el número de días (calendario) del período de cálculo respectivo.

UVR_t : Es el valor en pesos de la UVR del día t del período de cálculo.

UVR_{15} : Es el valor en pesos de la UVR el día 15 de cada mes.

i : Es la variación mensual del índice de precios al consumidor certificada por el DANE durante el mes calendario inmediatamente anterior al mes del inicio del período de cálculo.

d : Es el número de días calendario del respectivo período de cálculo.

De la aplicación de la fórmula anterior resultan los valores en pesos para la Unidad de Valor Real, UVR que son publicados mes a mes por el Banco de la República. Posteriormente, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-955 de 2000, determinó que la función de fijar la fórmula de cálculo de la UVR le correspondía a la Junta Directiva del Banco de la República, quien mediante Resolución 13 de agosto 11 de 2000, validó la fórmula establecida por el Decreto 2703 de 1999.⁵⁶

1.5. RELIQUIDACIÓN DE CRÉDITOS EN EL ARTÍCULO 41 DE LA LEY 546 DE 1999

Para algunos este sistema presenta problemas al considerar que independientemente del sistema de vivienda que se adopte, el deudor tiene que contar con una capacidad de pago por lo menos a mediano plazo y la economía colombiana viene presentando desde 1997 altos niveles de desempleo. Así sean

⁵⁶ Guía práctica del crédito de vivienda en UVR. EN: www.icav.com – 3 junio-2006.

cuotas basadas en el IPC, sin generación de empleo no será posible acceder a la vivienda. La viabilidad del sistema se dificulta por los altos niveles de intermediación que manejaban las entidades financieras hasta 1999. Igualmente los asalariados con bajos ingresos no podrán beneficiarse con el sistema UVR, pues sus ingresos proyectados no estarán en el largo plazo en capacidad de atender el pago de las cuotas.

En un contexto más amplio, hay que tener en cuenta que los precios de los inmuebles adquiridos por los usuarios del UVR tienden a caer por efectos del mercado inmobiliario, sin embargo el monto del crédito si sigue aumentando, “en otras palabras, el sistema financiaba hasta el 70 por ciento del valor de la vivienda, se daba una cuota inicial del 30 por ciento, es decir, se compra una vivienda en 100 por ciento de su valor, para que unos años después, con un mercado de finca raíz deprimido, el valor de la vivienda cae hasta el 50 por ciento, con lo que el usuario del crédito se ve atrapado en una desventajosa situación”⁵⁷.

La mala atmósfera alrededor del sistema financiero parece una constante en el criterio de las familias que como muestran las cifras esperan para comprar viviendas cuando sus propios fondos les alcancen o usando otras fuentes de crédito como los préstamos familiares o las cesantías⁵⁸. Según CARDENAZ y FAJARDO, el ahorro privado cayó del 14.1 % en 1990 al 10.7% en 1993 y al 6% en 1998, el más bajo registrado en los últimos 25 años⁵⁹.

⁵⁷ ALBA CARDENAZ Y FAJARDO SUAREZ. Op. Cit. P. 61

⁵⁸ BERMÚDEZ PORTILLA Y PÉREZ BLANCO. Op. Cit. P. 58. Según el documento Hábitat-Colombia, entre 1988 al 2002, solo un 9% de la financiación de la vivienda en el país se dio a través del UPAC, mientras que el 53% fue gracias a los recursos personales, un 10 % a préstamos, parientes y amigos y el 8% a cesantías. En realidad el UPAC no representó en términos relativos de financiación de vivienda un importante reglón.

⁵⁹ ALBA CARDENAZ Y FAJARDO SUAREZ. Op. Cit. P. 63

1.6. LA POLÍTICA DE VIVIENDA EN EL GOBIERNO DE ÁLVARO URIBE VÉLEZ (2002-2006)

En cuanto a la vivienda, el primer gobierno de Uribe se encargó en su Plan de Desarrollo (Hacia un Estado Comunitario) de promover “el país de propietarios”, una política social que proponía que: “a los colombianos pobres no los podemos seguir metiendo en unas urbanizaciones donde quedan apretujados”, dado que los proyectos de vivienda deben darle importancia fundamental a la variable de calidad de vida urbana (una de las siete Herramientas de Equidad Social planteada en la política de Reactivación Social). Según las bases del Plan, “Hacer de Colombia un País de Propietarios es posible abordando los principales problemas que dificultan el acceso de los hogares, especialmente los más pobres, al derecho a la vivienda contemplado en la Constitución Nacional”.⁶⁰

Uno de los retos más importante de esta política era la optimización y consolidación de un nuevo modelo de gestión de vivienda de interés social (VIS), donde interactúan el sector público y el privado mediante un esquema de carácter tercerizado. Para ello se propuso validar el proceso de asignación de subsidios, conciliar la normatividad existente e implementar un adecuado sistema de información para su administración.

Para el gobierno de Uribe, a pesar de que la UVR ha demostrado ser un buen instrumento de indexación, el mercado de créditos hipotecarios presenta una baja dinámica que constituye un obstáculo para la reactivación económica. Parte de este comportamiento se explica por el debilitamiento de la demanda de crédito, asociada con el escaso dinamismo de la economía y del nivel de empleo. Así mismo, por restricciones en la oferta de crédito hipotecario derivadas de los riesgos jurídico, crediticio y de tasa de interés, entre otros, que enfrentan los

⁶⁰ Dirección sistema nacional. Política de vivienda. EN: www.minambiente.gov.co.

intermediarios financieros⁶¹. Por tanto la política hacia el UVR, consistió en implementar instrumentos que incentiven la colocación de créditos hipotecarios en UVR. Para tal efecto, se puso en marcha un nuevo mecanismo orientado a ofrecer cobertura contra la variación de la UVR, con el cual los establecimientos de crédito y los deudores tienen mayor certeza del pago de las obligaciones y disminuye el riesgo de no pago.

El esquema de cobertura supone que los usuarios del crédito pagarán durante toda la vida del mismo una tasa fija que permite conocer de ante mano el valor de cada una de sus cuotas. Estuvo previsto, entonces, otorgar esta cobertura sin ningún costo para el usuario, a los primeros 40.000 créditos originados durante dos años, contados a partir de septiembre de 2002.

⁶¹ Dirección sistema nacional. Política de vivienda. EN: www.minambiente.gov.co.

CAPÍTULO 2: EL ABUSO DEL DERECHO

2.1. MARCO HISTÓRICO: ORIGEN Y EVOLUCIÓN

En cuanto al origen histórico del abuso del derecho, existen la postura tradicional y prevalente es de la idea de que “el derecho romano desconoció la figura del abuso del derecho con base al dogma *qui suo iure utitur neminem laedit*.”⁶² El abuso del derecho es, hijo de una concepción subjetiva del derecho y no de una concepción objetiva del mismo, basado en el dogma: *ius suum cuique tribuere*: (*darle a cada quien lo suyo*) que consiste en no concederle facultades al individuo, pero siempre manteniendo la línea de que en el derecho romano no hubo una teoría general del abuso del derecho. La máxima *male enim nostro iure uti non debemus* (*no debemos usar mal de nuestro derecho*) no se debe considerar como un principio general, sino como un comentario de simple ética a las restricciones que el emperador introdujo al ejercicio de la *potestas* sobre los esclavos.

Todo este conjunto de sistemas: equidad pretoria, jurisdicción imperial, jurisprudencia y su mecanismo en las fuentes, permite comprender por qué el derecho romano no sintió la necesidad de construir una teoría general sobre el abuso de los derechos: la elasticidad de los remedios procesales, remediar los desordenes derivados del ejercicio de derechos convertidos en antisociales y se obtuvo mucho con la *exceptio*, especialmente la *exceptio doli generalis*.

⁶² RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 41

En la época clásica corregir los abusos es un fin, solo que el remedio no consistió en la teoría del abuso del derecho.⁶³ Muestra de ello era el Digesto 1.1.10: “justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho” (*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*). Y en el Digesto 1.1.10.1 se dice que “los principios del derecho son estos: vivir honestamente, no hacer daño a otro, dar a cada uno lo suyo” (*iuris paecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*). De estos dos textos del jurista ULPIANO, quien vivió en el siglo III d. C., se deduce que el concepto de derecho para el mundo romano difiere de manera radical del concepto moderno, entendido éste como facultad, potestad, posición de ventaja otorgada por el ordenamiento al individuo⁶⁴.

Esta postura tradicional de negar el origen del abuso del derecho romano, se basa en tres postulados:

-*Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur*: se considera que no causa ningún daño quien de su derecho usa.

-*Nemo damnum facit, nisi qui tibi facit quo facere ius non habet*: ningún daño causa salvo el que hace lo que no tiene derecho a hacer, y

-*Neminem laedit, nemo damnum facit, qui suo iure utitur*: quien usa de su derecho, a nadie perjudica y ningún daño causa. (ULPIANO).

Para IGLESIAS, la prohibición de los actos *ad aemulationem* (emulación) no es del derecho romano clásico, y en cuanto a la *immisio in alienum* afirma que ésta devenía ilícita cuando era relevante o superaba la tolerancia normal. Así mismo, IGLESIAS no acepta la institución del abuso del derecho en la experiencia jurídica romana en razón del principio *qui iure suo utitur neminem laedit* sin embargo,

⁶³ DE MARTINO, Francesco. Individualismo y derecho romano privado, citado por RENGIFO, Ernesto. P. 42

⁶⁴ *Ibid.* P. 42

sostiene que había en Roma una “opinión pública vigilante” según la cual nadie podía usar de los propios derechos sin sufrir una inspección y un juicio.

No es romana —clásica— la prohibición de los llamados actos *ad aemulationem*, esto es, aquellos que realiza el propietario, no con miras a una propia utilidad, sino con la sola intención de perjudicar al vecino —*animo nocendi*—. El principio de la tolerancia de tales actos es claramente afirmado por los clásicos: *qui iure suo utitur neminem laedit*. Hay en Roma una especie de opinión pública vigilante, por virtud de la cual nadie puede usar de los propios derechos sin sufrir ‘una inspección y un juicio’. Porque los derechos privados atienden directamente al bien del individuo, pero interesan, en última instancia, al bien común. La *diligentia diligentis patris familias* se aplica, de modo especial, a las obligaciones del tutor y del socio, y a la obligación del marido de restituir la dote, pero no es algo que la conciencia social deje de referir a otras esferas. Al despilfarrador de sus bienes se le somete a interdicción, porque no debemos usar mal de nuestro derecho —*ma le enim nostro jure uti non debemus*—. El campesino está obligado a cuidar celosamente de su campo, a ararlo, a no traerlo a descuido, y tal obligación se halla sancionada con una pena censoria”⁶⁵

Para GROSSO la teoría del abuso del derecho no se encuentra en la obra de la jurisprudencia romana ni con un término propio ni con una enunciación; Es decir, GROSSO admite en la experiencia jurídica romana las limitaciones que el ordenamiento jurídico le impone al ejercicio de ciertos derechos (p. ej., en las relaciones de vecindad, en la propiedad, etc.), pero no acepta la doctrina del abuso del derecho como principio general. Y esto en efecto es así, porque el jurista romano es remiso a recoger en conceptos o categorías generales toda la riqueza y los matices que ofrece la vida práctica; empero, seguramente, como en casi todas las instituciones modernas, los cimientos no unitarios sino dispersos de

⁶⁵ JUAN IGLESIAS. Instituciones de derecho romano, citado por RENGIFO Ernesto. P. 39

modalidades que hoy serían calificadas como formas de abuso se encuentran en el derecho romano.⁶⁶

Para ATIENZA y RUIZ MANERO la figura del abuso del derecho surge solamente tras el Código de Napoleón porque en el derecho romano era funcionalmente innecesaria porque los fines a los que esta figura sirve se corrigen por otras vías. L.A. WARAT afirma que el “derecho romano no contiene una determinación fija de los derechos subjetivos ya que el derecho pretoriano los amoldaba a las necesidades de la vida real mediante la invocación del principio de equidad, se adoptaba el sistema normativo a las necesidades de la coexistencia”⁶⁷

Los defensores del abuso del derecho consideraban que esta teoría encontraba su fundamento en el derecho romano, estas afirmaciones han generado una discusión sin fin acerca del origen de la teoría; JOSSERAND —para quien la teoría del abuso de los derechos no es tan moderna como se piensa— rinde homenaje a la experiencia jurídica romana por encontrar en ella la fuente generadora de su doctrina sobre la relatividad de los derechos subjetivos:

“Los prudentes habían entrevisto y aún realizado en cierta medida los conceptos de la relatividad y del abuso de los derechos, como lo atestigua la máxima *summum ius, summa injuria*. GAYO decía que ya no debemos abusar de nuestros derechos, *male enim nostro iure uti núm debemus*, y el derecho pretoriano en su conjunto, constituye una reacción de la equidad contra el derecho estricto, del espíritu de oportunidad y de sutileza contra el espíritu geométrico. Solo que parece que los romanos se limitaron, en esta obra de humanización y socialización del derecho, a perseguir el dolo y el fraude y a condenar la intención de causar daño;

⁶⁶ *Ibíd.* P. 41

⁶⁷ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Ilícitos atípicos: sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación del poder*. Madrid: editorial Trotta, 2000. P. 33.

para ellos el acto abusivo únicamente era el que se cumplía con intención nociva”⁶⁸.

Es así como los defensores del origen del abuso del derecho en el derecho romano se basan en los siguientes adagios romanos:

-*male enim nostro iure uti non debemus, no debemos usar mal de nuestro derecho (GAYO).*

-*non omne quod licet honestum est, no todo lo que es lícito es honesto. (PAULO)*

-*summum ius, summa iniuria, el estricto derecho es la suprema injusticia. (CICERON).*

-*malitiis non est indulgendum, no hay indulgencia con la maldad.*

Para PLANIOL la teoría del abuso del derecho es una logomaquia porque si uso mi derecho mi acto es lícito y cuando sea ilícito es que he traspasado de mi derecho (injuria: ley de aquilia). Un mismo acto no puede ser a al vez acto conforme a derecho y acto contrario a derecho⁶⁹

La diferencia entre el derecho romano y el derecho galo se encuentra en el hecho de que en el primero el acto abusivo era indefectiblemente un acto malicioso, en

⁶⁸ LOUIS JOSSERAND. Del abuso de los derechos y otros ensayos, citado por RENGIFO Ernesto. P. 39-40. Así mismo, en otro texto el mismo autor (Louis JOSSERAND. El espíritu de los derechos y su relatividad) aludiendo a JORGE CORNIL, dice que para éste el jurisconsulto GAYO había formulado ya una teoría general del abuso de los derechos cuando, “para justificar la interdicción de los pródigos, y la prohibición a los amos de maltratar a sus esclavos, proclamó que no debemos excedemos en nuestros derechos: *male enim nostro iure uti non debemus*”. Y otro eminente romanista, APPLETON, escribió que la teoría del abuso es “tan poco moderna, que sobre ella se basa toda la evolución del derecho romano partiendo del derecho estricto hacia la equidad”; la evolución remonta hasta las XII Tablas, para alcanzar la famosa definición de CELSO: *ius est ars honi et aequi*, así como la afirmación no menos célebre de PAULO: *non omne quod licet honestum est*. La odiosa máxima *Dura lex sed iex*, que no parece ser verdaderamente romana, es, en todo caso, completamente falsa como expresión del derecho romano de la época de apogeo; debe ceder el sitio a su antagónica *summum ius summa iniuria*, y el derecho pretorio, en su admirable y armonioso desenvolvimiento, constituye la más brillante ilustración y como la marcha triunfal de la teoría del abuso”:

⁶⁹ Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Tomo V Julián Motta Salas, relator de la Corte. Bogotá: Talleres Gráficos Mundo al día, 1941. Volumen I. p. 5. Sentencia No. 1901-1902.septiembre 6 de 1935

tanto que en el derecho positivo francés para que exista abuso, el acto debe ser antifuncional, esto es, contrario al espíritu, a la finalidad de un derecho subjetivo determinado. De intencional, pues, se ha pasado a un criterio social. El derecho moderno y especialmente el derecho contemporáneo se forman del abuso una idea mucho más comprensiva; es abusivo cualquier acto que, por sus móviles y por su fin, va contra el destino, contra la función del derecho que se ejerce; el criterio puramente intencional tiende a sustituirse por un criterio funcional, derivado del espíritu del derecho, de la función que le está encomendada. Cada derecho tiene su espíritu, su objeto, su finalidad; quien quiera que intente apartarlo de su misión social, comete una falta, delictuosa o cuasidelictuosa, un abuso del derecho susceptible de comprometer, dado el caso, su responsabilidad.

Según el profesor EZEQUIEL ROJAS el medioevo marca la difusión del principio del abuso del derecho, hacia 1577, se profirió sentencia condenatoria que consistió al parecer en arresto y prohibición de cantar, por el tribunal de Aix (Francia), contra un cardador de lana de queja formulada por un abogado, porque el hilandero lo mortificaba con la estridencia de sus cantos que eran con la intención de fastidiarlo. También primó el principio de la equidad y las costumbres en las siete partidas de Alfonso el Sabio en 1256. En el año 1652, se sentaron los principios de la teoría del abuso del derecho, en la legislación española, los casos más frecuentes eran por usufructo y aprovechamiento de aguas que se presentaban por los molineros. También del medioevo son “los actos de emulación” (*ad aemulationem*) que consistieron en causar daño por el solo placer de hacerlo. La corte de Venecia fue famosa por la ejecución de estos actos, como la de Florencia⁷⁰.

Según lo anterior la teoría de los actos de emulación sería el antecedente de la noción de abuso del derecho. La emulación consistió en el ejercicio de un derecho

⁷⁰ ROJAS PIÑERES, Ezequiel Fernando. Introducción al derecho. Bogotá: Editorial Leyer, 1977. p. 195

subjetivo con la intención de causar un perjuicio a otra persona o a un bien ajeno. Su teoría se desarrolló propiamente respecto de las relaciones de vecindad y cuando se supera una economía primitiva. En la Edad Media se advierten conflictos entre vecinos, muchos de los cuales no obedecían a razones de utilidad para los propietarios sino que estaban motivados por el deseo de causar un daño al vecino. De ahí que la teoría de los actos emulativos haya alcanzado un importante desenvolvimiento en el derecho intermedio, todo con el fin de prohibir el ejercicio del derecho de propiedad sin utilidad para el dueño y sólo con la intención de dañar a otro. Igualmente el profesor RENGIFO considera que junto a esta teoría de corte subjetivista, surge también en el derecho intermedio otra teoría, también en relación con el derecho de propiedad pero de corte objetivo, llamada teoría de las inmisiones (*immissio*), según la cual en el ejercicio del derecho de propiedad se permiten las inmisiones normales en el predio del vecino, como emisiones de humos, calor, exhalaciones, humores, pero no aquellas que le ocasionan al titular de éste, un daño o perjuicio, o mejor dicho, aquellas que son superiores a una tolerancia normal. Pero en puridad, las inmisiones están restringidas al derecho de propiedad y más específicamente a las relaciones de vecindad; en cambio, la noción de abuso del derecho es una noción más compleja y robusta en la medida en que se aplica en principio a todos los derechos subjetivos”⁷¹. De acuerdo a esto BONFANTE considera que la teoría del uso normal se inspiró, más que en la teoría de los actos de emulación, en el concepto de *immissio*, tratando de establecer una línea de demarcación entre las inmisiones lícitas y las ilícitas. Además de las inmisiones directas, están también prohibidas las inmisiones indirectas que derivan de un uso extraordinario que exceda de las necesidades y de la esfera de la vida normal; sólo son permitidas aquellas que derivan de las necesidades de la vida cotidiana.

Para IHERING, la pura y simple prohibición de la *immissio*, el principio *in suo hactenus facere licet, quatenus, nihil in alienum immitat*, es un concepto

⁷¹ RENGIFO. Op. Cit. P. 43.

demasiado mezquino, dado que, sin necesidad de introducir la menor sustancia en el fundo vecino, se pueden causar a los vecinos gravísimas molestias. La prohibición debe alcanzar a todo influjo (EINGRIFF) directo o indirecto ejercido sobre el fundo vecino. Se deben, pues, prohibir todos los influjos que inician sus efectos en el fundo vecino, o sea, los directos, mientras que los influjos que, comenzando sus efectos en el fundo del que realiza los actos, los prosiguen en el fundo vecino, o sea, los indirectos, sólo deben prohibirse en el caso de que sean nocivos para la cosa o molestos para las personas en medida superior a la tolerable ordinariamente. Así pues, la teoría del uso normal del derecho, desarrollada inicialmente respecto de las relaciones de vecindad y respecto de los actos de emulación, puede ser reconducida, sin muchas dificultades, al campo del abuso del derecho, deviniendo, por lo tanto, aplicable o extensible a todos los demás derechos subjetivos. A diferencia de IHERING, ATIENZA Y RUIZ consideran que en el derecho medieval no cabe la figura del abuso del derecho. Las prohibiciones de los actos emulativos se regulaban específicamente que impiden asimilarlas a la figura moderna del abuso del derecho, porque lo característico de esta figura es ser una cláusula general de excepción derivada de razones de principio, al alcance de las reglas que califican como permitidos los actos de un derecho subjetivo.⁷²

Para explicar el origen del abuso del derecho se puede adoptar la idea según la cual los derechos deben ser ejercitados según su uso normal, de tal manera que no ocasionen a los demás un daño apreciable; y que para determinar la normalidad del uso es necesario tener en cuenta el estado general de las costumbres y de las relaciones sociales que varían según el tiempo y los lugares y que, por eso, debe ser sometido a la apreciación de los jueces. Tal es así que en 1804, bajo la influencia racionalista, los legisladores franceses como TRONCHET, BIGOT, PORTALIS y MALEVILLE, “recogieron los fenómenos filosóficos y políticos emanados de la revolución francesa y el individualismo jurídico, para ser

⁷² ATIENZA y RUIZ. Op. Cit. P. 33,34.

los tribunales franceses, los primeros en la historia del derecho, en fallar en el año de 1885 un caso de abuso del derecho de propiedad” como lo afirma MONROY CABRA⁷³. Para ATIENZA y RUIZ la figura del abuso del derecho surgió en la Jurisprudencia francesa para corregir dos rasgos jurídicos-culturales del Código de Napoleón: el formalismo legal y el absolutismo de los derechos⁷⁴ y de manera particular el derecho de propiedad. La primera sentencia francesa sobre el abuso del derecho data del 2 de mayo de 1855 cuando la Corte de Colmart afirmó que el ejercicio del derecho de propiedad debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo. En 1856 el tribunal de Lyon sancionó a un propietario que había abusado de su derecho con el ánimo de dañar. La Sentencia del tribunal de Compiégne del 19 de febrero de 1913 (caso Clement Bayard) afirmó que el titular de un derecho no puede ejercerlo para un fin distinto de aquel para el que le ha sido reconocido por el legislador. Es así que en estas dos sentencias (tribunal de Colmart y Compiégne) se encuentra el núcleo central del problema del abuso del derecho: el uso de las permisiones que la titularidad de un derecho (propiedad) puede en determinados casos que presenten propiedades no previstas por el legislador, por encontrarse fuera del alcance justificativo de los principios que justifican esas mismas permisiones.⁷⁵

Según explica RENGIFO el origen del abuso del derecho proviene del cambio en el método de interpretación de la regla jurídica; del formalismo y de la interpretación literal normativa a una interpretación funcional que se basa en las finalidades y valores que subyacen a las reglas. Es la adecuación de las reglas a los principios lo que debe hacer la jurisprudencia.

⁷³ MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al derecho, citado por ROJAS Ezequiel. P. 196

⁷⁴ ATIENZA y RUIZ. Op. Cit. P. 34. El formalismo legal: es la concepción según la cual la ley (el código) contiene reglas que predeterminan la solución de todos los casos que se den en las relaciones privadas sin que para esto sea necesaria por parte del juez ponderar sus razones, con solo limitarse a comprobar que las propiedades del caso se subsumen en las propiedades genéricas del antecedente de una regla que proporciona en su consecuente la solución normativa del caso. El absolutismo del derecho, particularmente el derecho de propiedad: es una regla general de permisión de las acciones del propietario relativas a las cosas que son de su propiedad, en ningún caso el propietario pondera los efectos que dichas acciones tienen hacia otros.

⁷⁵ *Ibid.* P. 35.

2.2. MARCO TEÓRICO- JURÍDICO

El abuso del derecho ha surgido en relación al derecho de propiedad y esto es para ATIENZA y RUIZ la primera razón para ocuparse del estudio del abuso del derecho, pero adicionan otras dos: el derecho de propiedad se traduce en una diversidad de posiciones jurídicas: derechos subjetivos, poderes normativos, libertades e inmunidades y en esa configuración se interrelacionan principios, directrices y reglas. Por lo que el análisis del abuso del derecho con el derecho de propiedad sirve a al vez para analizar el derecho de propiedad con otros derechos como los derechos fundamentales. En los sistemas jurídicos de la *Common Law* no se ha desarrollado el abuso del derecho como institución jurídica, la razón de esto obedece a que la facultad de *distinguishing* que el *Common Law* confiere a todo juez lo que le permite apartarse de la regla en que se pueda subsumir el caso y adoptar una solución diferente si el caso presenta propiedades adicionales⁷⁶.

La teoría del abuso del derecho terminó imponiéndose tanto en la jurisprudencia como en la legislación. En ella se ve, en última instancia, una reacción contra la rigidez de las disposiciones legales y la aplicación mecánica del derecho y representa, sin lugar a dudas, un instrumento para la flexibilidad del derecho y su adaptabilidad a las realidades sociales y económicas.

Para el estudioso del abuso del derecho, el autor yugoeslavo MILIVOIE MARCOVITCH, existen tres problemas principales a resolver en la teoría del abuso del derecho:

- Definición del abuso del derecho.
- Determinación de un criterio para definir el abuso.
- Lugar que ocupa la teoría dentro del sistema jurídico.

⁷⁶ *Ibíd.* P. 36.

Para cada uno de estos tres problemas se han presentado diferentes posiciones doctrinarias que tratan de dar una solución o por lo menos una respuesta concreta para lograr una mejor comprensión acerca del abuso del derecho como una figura jurídica autónoma. También se ha considerado como parte del estudio del abuso del derecho el campo de aplicación de la teoría misma. De acuerdo a cada problema planteado por MARCOVITCH y el estudio de la aplicación de la teoría se presentan las siguientes posiciones:

2.2.1. DEFINICIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO

2.2.1.1. RESCIGNO

Para RESCIGNO, con el abuso del derecho lo que existe es un control sobre el ejercicio de las prerrogativas que conceden las normas jurídicas, el cual es cumplido por los jueces bajo dos perfiles separados o destinados a encontrarse; esto es, el perfil de la moralidad del acto y el perfil de la sociabilidad de la conducta humana. El primero es un tipo de búsqueda sensible a los juristas de formación católica que toman en consideración temas propios de su tradición como lo es la idea del derecho-función contrapuesto al derecho egoísta (cuya figura típica es la propiedad), o los principios de una justicia superior que se impone a la legalidad e impide la validez de actos que son formalmente irreprochables.

La concepción laica del abuso quiere evitar las indagaciones a la conciencia humana y la sutil casuística moral que confunde los límites del pecado y de la ilicitud jurídica. El abuso, en la perspectiva laica, sostiene que el ejercicio individual de los derechos reposa en una investidura de la comunidad de la cual se desprende su justificación y sus límites. Habría, en virtud de un acuerdo social, un espíritu de cualquier institución (la propiedad, el crédito, la iniciativa económica, la libertad contractual) que no puede ser transgredido por el particular. Según este

autor, los dos modos de entender el abuso del derecho subjetivo han buscado confirmación en el derecho positivo y lo cierto es que, en efecto, el ordenamiento jurídico controla el ejercicio de la libertad privada y el ejercicio de la autonomía negocial, el tema del abuso se ha presentado históricamente más en el campo del ejercicio de la propiedad y del crédito que en el de los negocios.

En cuanto al ejercicio de los dos primeros, cuando el control viene realizado por el juez, éste aplica normas de contenido bastante elástico, las cuales por su carácter general son dúctiles y simples.

Dentro de éstas se encuentra aquella que impone al acreedor y al deudor la de comportarse de conformidad con la regla de la corrección (el C. C. italiano en el artículo 1175 dispone: “*el deudor y el acreedor deben comportarse según la regla de la corrección*”), la cual si bien es propia de la materia de las obligaciones, puede aplicarse fuera de este campo en cualquier situación de poder o de obligación corriente entre sujetos privados. De modo pues que existen varias vías dentro del sistema para el control de los derechos subjetivos bajo el perfil del abuso.

Un instrumento bastante utilizado es aquel de la “justa causa” requerida para la validez de actos destinados a modificar o a disolver una relación por voluntad unilateral de los sujetos. Respecto de estos actos, se ha hablado de derechos discrecionales, no causales, en el sentido que la ley autoriza al particular a disolver un vínculo sin necesidad de indagar en las razones o las intenciones del autor. Empero, el control sobre el uso de esos derechos discrecionales se cumple mediante las nociones de justa causa o del motivo justificado, usados como criterios para apreciar la conducta en el ámbito de la relación y de las expectativas suscitadas.⁷⁷

⁷⁷ PIETRO, Rescigno. *Manuale del diritto privato italiano*, citado por RENGIFO Ernesto. P. 58

2.2.1.2. CAPITANT

Manifiesta que es inútil buscar una respuesta a ese interrogante porque no la hay: “La doctrina ha intentado en vano, hasta ahora, construir una teoría del abuso del derecho. La tentativa es prematura; no resulta posible todavía sistematizar las resoluciones dictadas en esta materia por los tribunales, ni construir sobre algunos pilares que la jurisprudencia ha hincado en este terreno movedizo. Hasta el presente, no se desprende ninguna visión de conjunto de las resoluciones que ha pronunciado. Los tribunales no han aplicado la idea del abuso sino en el ejercicio de algunos derechos determinados, y los requisitos que exigen varían según tales derechos”⁷⁸.

2.2.1.3. CARLOS FERNÁNDEZ SESSARREGO

Para el caso latinoamericano, el autor peruano, existen actos lícitos e ilícitos y existen prohibiciones genéricas y específicas. Su definición del abuso del derecho es: “*El acto abusivo es un acto ilícito debido a la trasgresión de un deber jurídico derivado de una prohibición genérica*”⁷⁹. El acto abusivo comienza siendo lícito, pero deviene ilícito (cambio de status deontológico) por afectar un deber jurídico de respeto al interés de los demás.

El abuso del derecho es un acto ilícito *sui generis*, es lícito en su aspecto formal, pero ilícito porque transgrede el deber jurídico genérico. Y ese deber jurídico de no excederse en el uso de un derecho subjetivo, de manera antisocial e inmoral, capaz de lesionar a otro o de no emplearlo adecuadamente en relación con su propia finalidad socioeconómica, se encuentra implantado en toda situación jurídica subjetiva de poder o activa. Por tanto, se trata de un deber genérico que encuentra su fundamento en la cláusula general que prohíbe el abuso del derecho.

⁷⁸ MAZEUD Y TUNC, citado por RENGIFO Ernesto. P. 56.

⁷⁹ FERNÁNDEZ SESSARREGO, Carlos. Abuso del derecho, citado por RENGIFO Ernesto. P. 61

El deber jurídico esta alojado en un principio general del derecho o en su defecto, en una cláusula general, su tutela se sustenta en los principios generales del derecho como la buena fe o las buenas costumbres. Ese deber jurídico se presenta en todas las situaciones jurídicas subjetivas activas de poder.

La noción de situación jurídica subjetiva⁸⁰ ha sustituido a la noción individualista de derecho subjetivo. FERNÁNDEZ SESSARREGO, hace un análisis desde lo social, para ubicar el abuso del derecho dentro de la teoría general del derecho, superando la visión exclusivamente individualista⁸¹, (que considera el abuso del derecho únicamente como un exceso en el ejercicio de un derecho subjetivo, como una pura intención de causar daño, como una desviación del derecho de su específica finalidad socioeconómica o como el ejercicio anormal del derecho subjetivo), para situarlo en un campo supra-individual, social y consistente en la violación de un deber jurídico que impide lesionar un interés ajeno, no protegido por una norma expresa. La definición que de acto ilícito hace FERNÁNDEZ es la base sobre la cual crea la definición de acto abusivo:

“Acto ilícito es no solo aquella conducta que contradice un artículo concreto del ordenamiento positivo, sino aquel comportamiento que aun encontrándose en consonancia formal y aparente con una determinada norma, resulta contrario a lo prescrito en los principios generales del derecho que impregnan e informan la totalidad del sistema jurídico. Por tanto, el acto abusivo es ilícito por transgredir la concreta norma jurídica que aloja el principio general que no ampara el abuso del

⁸⁰ FERNÁNDEZ SESSARREGO, Carlos. Abuso del derecho, citado por RENGIFO Ernesto. P. 63. El concepto de situación jurídica objetiva disloca y trastoca las concepciones tradicionales individualistas sobre el abuso del derecho, (como la afirmación clásica de que el abuso lesiona un interés ajeno no tutelado por una norma específica.), esta afirmación ha sido superada, en tanto que dicho interés, aparentemente no tutelado, está legalmente amparado a través de un genérico deber jurídico a cargo del titular del derecho subjetivo o jurídicamente protegido por los principios generales del derecho.

⁸¹ *Ibíd.* P. 63. Desde una concepción individualista, el tema del abuso del derecho, es propio de la responsabilidad civil (dolo, culpa, riesgo creado), pero en una dimensión social el abuso del derecho se transforma en una figura autónoma y propia de la teoría general del derecho.

derecho y en ausencia de dicha específica norma, es ilícito por violar algún otro principio general del derecho, como es la buena fe o las buenas costumbres⁸².

Según FERNÁNDEZ, las características que determinan que el abuso del derecho se constituya en un acto ilícito especial son:

- a) el abuso del derecho no es acto lícito, aunque en su inicio lo sea.
- b) el acto abusivo es un acto ilícito sui generis, en cuanto deriva de una circunstancia particular, como lo es la violación de un deber genérico.
- c) como ilícito sui generis no caen en el campo de la responsabilidad civil, es decir que no es indispensable indagar acerca de la exigencia de dolo, culpa o riesgo por parte del agente.

Según RENGIFO el hecho de que para FERNÁNDEZ el daño no es un elemento del abuso del derecho, sino un presupuesto del efecto compensatorio, en nuestro derecho el juzgador deberá acudir a las reglas de la responsabilidad civil para resarcir perjuicios, cuando en el ejercicio de un derecho o sin su uso se cause daño.

2.2.1.4. ARTURO VALENCIA ZEA

En Colombia, VALENCIA ZEA, se adhiere a la concepción funcional del derecho para justificar la teoría del abuso: *“Los derechos subjetivos de los particulares, tanto en su existencia como en su ejercicio, obedecen a una orientación determinada, y de esos derechos se abusa cuando existiendo el deber de ejercerlos no se ejercen, o se ejercen en sentido opuesto a su propio destino o contenido”*⁸³. Para el autor citado, pues, habrá abuso del derecho siempre que el derecho se aísle de su contenido, esto es, de las razones individuales o sociales

⁸² *Ibíd.* P. 63.

⁸³ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho civil. De las obligaciones, citado por RENGIFO Ernesto. P. 53

que integran su contenido, finalidad o espíritu. Como cada derecho, en su existencia y en su ejercicio, obedece a ciertas razones de orden individual y de orden social a la vez, aislarse de esas razones significan, por lo tanto, abusar del derecho.

2.2.1.5. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Este autor colombiano nos presenta tres elementos que configuran el abuso del derecho:

- a) uso de un derecho objetivo y externamente legal.
- b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica.
- c) existencia de un daño moral o antisocial que se manifiesta en forma subjetiva u objetiva.

Además, define el abuso del derecho así: “el abuso del derecho implica la realización de un acto conforme a la ley pero que causa daño a otro atentando contra la juricidad”⁸⁴.

2.2.1.6. MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO

La definición de abuso del derecho que estos autores plantean es la que se va a utilizar para el presente trabajo y trata acerca de la institución del abuso del derecho como un ilícito atípico. Teoría que será esbozada en la tercera parte del presente capítulo.

⁸⁴ MONROY CABRA, Marco. Introducción al derecho, citado por ROJAS Ezequiel. P. 201.

2.2.2. CRITERIOS ACERCA DEL ABUSO DEL DERECHO⁸⁵

2.2.2.1. CRITERIO INTENCIONAL

El fundamento inicial de la teoría del abuso del derecho lo podemos denominar restrictivo en el sentido de que únicamente se abusaba del derecho subjetivo en tanto y en cuanto existiera en su titular la intención de dañar, y ésta se infería cuando el derecho se ejercitaba sin utilidad o sin un interés serio y legítimo. No podía existir abuso fuera de la intención de perjudicar.⁸⁶ La teoría del abuso de los derechos considerada en principio como derivación de la teoría de la culpa tendió a independizarse completamente, constituyendo un organismo jurídico autónomo. Inicialmente el abuso se asimiló al dolo: los jueces calificaron abusivo el ejercicio del derecho cuando era ostensible la intención de perjudicar. Esta orientación jurisprudencial fue acogida por las legislaciones alemana y montenegrina y patrocinada por el profesor francés RIPERT.

RIPERT inspirado en la fuerza jurídica de la regla moral propone un criterio intencional que hace posible la valorización ética de la actividad del agente: cuando se ejercita un derecho con la intención de perjudicar a otro, tal derecho no merece protección y el perjuicio merece ser reparado. Este criterio es el mismo adoptado por el código alemán y por el código de Montenegro en su artículo 1000: *“tu no puedes servirte de tu derecho con el solo fin de causar molestia o daño a otro”*. En la mayoría de los casos el criterio intencional puede ser definitivo con todo, se presenta situaciones en que el ejercicio del poder legal (sin la intención nociva) aparece en abierta pugna con los intereses generales (conciencia colectiva). El daño causado exige reparación, aunque se haya causado sin intención dañada y en el ejercicio de un poder señalado por la ley. Este criterio simplemente intencional resulta restringido sin embargo es la forma mas antisocial

⁸⁵ TAFUR MORALES, Francisco. La nueva jurisprudencia de la Corte. Bogotá: Editorial óptima, 1939, segunda edición. P. 142 a 146.

⁸⁶ RENGIFO. Op Cit. P. 47.

de ejercicio del derecho y ha sufrido acogida dentro de la jurisprudencia francesa y belga.⁸⁷

Para RIPERT, la intención dañosa de perjudicar (*animus nocendi*) se manifiesta por la inutilidad del acto realizado o por la falta de un interés serio y legítimo en su ejercicio por parte del titular de tal o cual derecho. De esta forma, el abuso del derecho se convertía en una fuente especial de responsabilidad distinta de la culpa.⁸⁸ Por lo tanto se afirma: “*abusa del derecho, el que obrando dentro de los límites de su contenido, causa con intención daño a otro*”,⁸⁹ ejemplo representativo de esta tendencia se encuentra en el código alemán, en el cual se presentan dos preceptos fundamentales para identificar el abuso del derecho: el artículo 226 señala como criterio para definir el abuso del derecho la intención de causar daño al prójimo: “el ejercicio de un derecho no es permitido cuando no tiene mas finalidad que causar daño a otro”.

El artículo 826 fija el contenido del derecho subjetivo mediante la idea de buenas costumbres: “quien intencionalmente causa un daño a otro en forma que atente contra las buenas costumbres, será obligado a repararle el daño causado”; esto nos da a entender que el derecho alemán presenta, según TAFUR MORALES, una concepción finalista, pero limitada por el criterio intencional en la calificación del abuso⁹⁰.

2.2.2.2. CRITERIO TÉCNICO

Admitida teóricamente la idea del abuso del derecho y la necesidad de reparar los perjuicios provenientes del poder abusivo, los juristas quisieron encontrar en los

⁸⁷ TAFUR. Op Cit. P.142.

⁸⁸ .RENGIFO. Op Cit P. 47.

⁸⁹ ROJAS. Op. Cit. P.199. En conclusión existe abuso del derecho cuando existen dos circunstancias de modo: 1. El titular del derecho obre dentro de sus límites. 2. el titular del derecho ejerce su derecho con el mal sano propósito de perjudicar a otro.

⁹⁰ TAFUR. Op Cit. P.150.

principios tradicionales el soporte positivo para la nueva construcción. La idea de culpa en la ejecución sirvió para enmarcar la teoría dentro de los preceptos del código. La culpa entendida como error de conducta en que no hubiera incurrido una persona prudente o diligente, no sería incompatible con la idea de ejercicio de derecho. Comete culpa delictual o intencional, quien intencionalmente causa daño a otro al realizar la facultad legal y quien lo hace sin esa intención (imprudencia o inadvertencia incurre en culpa cuasidelictual.

Representantes de esta tendencia como son los HERMANOS HENRY Y LEÓN MAZEAUD ubican, en su tratado teórico y práctico sobre la responsabilidad civil delictual y cuasidelictual, la afirmación de que la teoría del abuso del derecho no es sino un aspecto de la teoría de la culpa, afirmando: “*nada hay en la nueva doctrina que no esté en el código*”. A este criterio de la culpa en la ejecución se le ha hecho una objeción de fondo por la naturaleza misma del acto abusivo: la culpa propiamente se caracteriza por su ilicitud objetiva, en tanto que el acto abusivo simplemente presenta una ilicitud subjetiva, como quiera que permanece dentro de las normas del derecho objetivo. La teoría del abuso del derecho, según los impugnadores del criterio técnico, tiene sus contornos propios y se desvirtuaría su verdadero carácter y finalidad haciéndola tributaria de la noción tradicional de culpa. Por tanto sigue planteándose cuándo ha mediado un error de conducta y cuándo no.⁹¹

Los HERMANOS MAZEAUD y ANDRÉ TUNC, como agudos detractores de la doctrina del abuso del derecho, no consideran que el abuso del derecho sea una fuente de responsabilidad distinta de la culpa; por lo tanto, a esa doctrina se le aplican los principios generales de responsabilidad dado que el abuso de un derecho es una culpa cometida en el ejercicio de ese derecho. En efecto, sostienen:

⁹¹Ibíd. P.143.

“El abuso de un derecho es una culpa cometida en el ejercicio de ese derecho. Esa culpa puede consistir en una intención de perjudicar, en cuyo caso hay culpa delictual. Pero puede ser de una simple imprudencia o negligencia, caso en el cual existe culpa cuasidelictual. La necesidad de aplicarle al abuso de derecho los principios generales de la responsabilidad surge también si se observa que el ejercicio de su libertad por el hombre está subordinado a las reglas de la responsabilidad y que es imposible, en realidad, oponer ejercicio de un derecho y ejercicio de una libertad”⁹².

Se destaca de esta postura que el abuso no sería una fuente autónoma de obligaciones sino que se le ubicaría dentro de la categoría general de la culpa, es decir, como manifestación de la culpa y no como un acto independiente de esta. Se abusa del propio derecho siempre que se incurre en una culpa en su ejercicio, definida la culpa según los criterios habituales. Por ejemplo, la culpa cuasidelictual (la cometida sin intención de perjudicar) es un error de conducta que no cometería un individuo cuidadoso colocado en las mismas circunstancias externas del demandado. Ese error de conducta puede ser cometido hasta por el que ejercita un derecho. Si esto es así, es decir, si el abuso del derecho se mantiene dentro del marco tradicional de la culpa, esa teoría “no puede inquietar a nadie”.⁹³

RICARDO URIBE HOLGUÍN, argumenta que: “de poco sirve sostener que haya abuso del derecho, cuando ejerciéndolo se causa daño a otro por error de conducta. Primero sería determinar cual es la conducta que debe observar el que ejerce cada uno de sus derechos; solo después cabría apreciar si erró o no erró en la observancia de esta conducta. No puede configurarse el abuso con base en la

⁹² MAZEAUD, citado por: RENGIFO Ernesto. P. 49 “Es negar el valor de la teoría del abuso del derecho el convertirla en una simple aplicación de las reglas de la culpa con RIPERT, ¿hay que afirmar ‘que es inútil hablar de un abuso de un derecho cuando una persona ha cometido una culpa que puede ser afectada por la aplicación de los artículos 1382 y siguientes?’ En modo alguno. Si el abuso de un derecho no es una fuente de responsabilidad distinta de la culpa, desde luego los juristas que han estudiado aparte esa culpa cometida en el ejercicio de un derecho, que la han bautizado con el nombre de abuso, le han prestado un inmenso servicio a la ciencia jurídica. Han demostrado que el ejercicio de un derecho no era necesariamente excluyente de cualquier culpa [...] Al establecer ese principio, han mostrado igualmente las múltiples aplicaciones de que era susceptible y les han permitido a los tribunales reprimir, en innumerables casos, esa culpa que es el abuso de un derecho. Nada han creado que no estuviera ya en el Código; pero han revelado la riqueza de su contenido”.

⁹³ *Ibid.* P 49

prudencia y diligencia que emplearía un tipo abstracto para ejercer su derecho. Pues lo que se averigua es que consiste ser prudente y diligente en el ejercicio de aquel”⁹⁴

2.2.2.3. CRITERIO SOCIAL O FINALISTA O FUNCIONAL

Con el derecho subjetivo debe perseguirse la realización de la armonía social y si cada derecho tiende a realizar su armonía, el individuo puede usar de su derecho sino lo desvía de su finalidad. Se considera de suerte que la idea para determinar si el ejercicio de un derecho en determinado momento es abusivo, obedece a un punto de vista teleológico o finalista. El acto abusivo es el realizado de acuerdo con la facultad legal y en pugna con la finalidad por ella perseguida.⁹⁵ Según JOSSERAND, padre de la teoría funcional: *“cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad; quienquiera que pretenda desviarlo de su misión social comete una culpa, delictual o cuasidelictual, un abuso del derecho, susceptible de comprometer con este motivo su responsabilidad”*⁹⁶. Para el autor citado, todo se reduce, pues, a discernir por una parte el espíritu, la función del derecho controvertido, y por otra parte el móvil al que el titular ha obedecido en el caso concreto. Si hay concordancia, el derecho se ha ejercido correctamente; si hay discordancia, el ejercicio del derecho se convierte en abuso y es susceptible de entrar en juego la responsabilidad del agente. Así pues, según esta teoría debe existir simetría entre el motivo del titular y la finalidad del derecho ejercido; la asimetría o disconformidad entre ambos implicaría un ejercicio abusivo del derecho.

El gran cuestionamiento que padeció la teoría de la finalidad social del derecho en el sentido de que auscultar la finalidad de un derecho era entregar peligrosamente

⁹⁴ URIBE HOLGUÍN, Ricardo. Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos, citado por ROJAS Ezequiel. P. 200

⁹⁵ TAFUR. Op. Cit. P.144.

⁹⁶ RENGIFO. Op. Cit. P. 47

los derechos a las tendencias personales del juez, esto es, a la arbitrariedad, provocó en JOSSERAND la necesidad de precisarla agregándole el motivo ilegítimo en el ejercicio del derecho; empero, esta última categoría también resulta abstracta y huidiza y alejada de la concreción.⁹⁷ El alcance de la teoría del abuso del derecho tiene que ser precisado, fijado por los jueces. En última instancia, podríamos afirmar que abuso del derecho sería lo que los jueces estimen que ello sea. Total, sigue existiendo temor por el alto grado de subjetividad y discrecionalidad que maneja el juez, en el sentido de que ante ausencia de definición legal él debe decir qué es o qué no es un abuso.

Considera RENGIFO⁹⁸ que en la medida en que se dude cada día más de la legislatura y se confíe más en la judicatura (esto parece ser sintomático en muchos países de Occidente, incluso hoy se habla de la “expansión global del poder judicial”), el control de los jueces y de los tribunales sobre formas de abuso se incrementará y recaerá no sólo en modalidades de abuso de derechos subjetivos definidos, concretos, determinados, sino también en abusos en que pueden incurrir los particulares en el uso de facultades o prerrogativas contenidas en cláusulas generales. Por ser el concepto de abuso del derecho *per se e in se* abstracto, es tarea de la jurisprudencia concretarlo, afinarlo y enriquecerlo mediante sus pronunciamientos. Esa será la labor del juez para hacer que el concepto deje de ser calificado de abstracto y huidizo. En cuanto a la discrecionalidad del juez, valga decir que ésta se puede manifestar en cualquier institución y no sería sólo predicable del abuso del derecho. No obstante, el mismo

⁹⁷ MAZEAUD y TUNC, citado por RENGIFO Ernesto. P. 53. Considerando que, por justificable que sea, la teoría del abuso del derecho debe ser manejada con reserva y se limita a esta fórmula: que el abuso de un derecho es una desviación caracterizada con el fin de obtener un resultado evidentemente ajeno a los intereses legítimos para la salvaguardia de los cuales ha sido instituido ese derecho. Considerando que ir más lejos, pretender determinar la finalidad remota de un derecho reconocido por la ley, querer limitarlo y dirigir su ejercicio, cuando ese ejercicio no está empañado por culpa alguna, según tal o cual concepción moral o social, es entregar peligrosamente los derechos a las tendencias personales del juez, es decir, a la arbitrariedad; suprimir toda estabilidad y toda seguridad en las relaciones jurídicas tal y como están establecidas por una legislación positiva”.

⁹⁸ *Ibid.* P. 53.

sistema jurídico establece medios de autocorrección o de contrapeso que limitan la discrecionalidad del juez, sobre todo cuando tiene que aplicar principios o interpretar cláusulas generales.

2.2.2.4. FÓRMULA ECONÓMICA

Los derechos se conceden a los individuos para conseguir determinados fines económicos. Cuando se ejerce un derecho y hay un perjuicio para un tercero sin que haya interés serio y legítimo es forzosa la reparación, en cambio, según DEMOGUE, si el acto es objetivamente con un interés serio y lícito no es abusivo el ejercicio. A lo anterior afirma el Dr. JULIO MARENCO: “generalmente ponemos en movimiento nuestras actividades jurídicas para obtener un derecho pecuniaria (intereses legítimo), y ejemplo de estos son las relaciones jurídicas en torno al comercio, pero no es así con toda clase de derechos, hay muchos derechos que escapan a toda finalidad económica y portan una finalidad social. Un ejemplo de esto es la Patria Potestad, es abusivo su ejercicio si se desconoce su significado y sirve a fines torcidos sin que se tenga que averiguar si hubo un provecho económico⁹⁹ .

2.2.2.5. FÓRMULA DE BALANCE DE INTERESES¹⁰⁰

Para CAMPION es necesario sancionar el abuso del derecho y para establecerlo se desprende de la necesidad de mantener el equilibrio de los intereses en conflicto. El abuso del derecho nace de la ruptura de los intereses colectivos e individuales. Así CAMPION fórmula este criterio, en el cual se usa la publicidad: los tribunales publicitarán el daño causado por el ejercicio de un pleno derecho, o en caso contrario, la lesión o daño causado a un derecho. Establecido el abuso del derecho, así lo declaran, notificando al titular del derecho lesionado o lesionador

⁹⁹ TAFUR. Op Cit. P. 144

¹⁰⁰ Ibíd. P. 145

la prohibición del realizar el acto.¹⁰¹ Según MARCOVITCH la formula de CAMPION no es más que una directiva general sobre la teoría y no un criterio para resolver problemas.

2.2.2.6. LA RELATIVIDAD DE LOS DERECHOS Y EL MOTIVO LEGÍTIMO: JOSSERAND.

La doctrina del abuso del derecho, como es bien sabido tiene un origen jurisprudencial o pretoriano y su progreso se vincula a JOSSERAND quien se encargó de sistematizar la concepción moderna de dicha teoría. La relatividad del derecho subjetivo y el ejercicio abusivo es un rompimiento, todos nuestros derechos subjetivos deben orientarse hacia un fin. Cada derecho tiene una misión, cada derecho debe realizarse conforme al espíritu de la institución. Por tanto el derecho subjetivo es un derecho-función: sólo sale de su función si su titular incurre en desviación, en abuso, que es contrario al fin de la institución: *“adoptamos un criterio a la vez social y teleológico”*, que es el mismo consagrado por el código soviético. En cuanto a la calificación concreta del abuso esta se da en el motivo legítimo:

“el criterio finalista presenta un carácter abstracto que podría suscitar serias dificultades de aplicación si no estuviera concretado a la utilización del motivo legítimo, que es su expresión sensible o su figuración. Aquí se evidencia lo abstracto de la destinación social del derecho, exactamente es la exteriorización de ese criterio abstracto: el acto será normal o abusivo si puede explicarse o no por el motivo legítimo, que constituye la verdadera piedra angular de toda la teoría del abuso del derecho y su precipitado visible. Nuestras facultades jurídicas deben estar al servicio de un motivo adecuado a su espíritu y misión de lo contrario abusaríamos de ellas”¹⁰².

¹⁰¹ ROJAS. Op. Cit. P. 200

¹⁰² TAFUR. Op. Cit. P. 146.

JOSSERAND explica el motivo legítimo de manera negativa, contraponiéndolo a los ilegítimos, tales como: colusión, concierto fraudulento, fraude a la ley, dolo, intención de perjudicar. Esta contraposición ofrece un interés práctico desde lo probatorio: quien un abuso del derecho le será más fácil suministrar la prueba positiva del motivo ilegítimo, que suministrar la prueba de ausencia de motivo legítimo. Con todo esto la teoría de JOSSERAND no es lo suficientemente asible para ser definitiva: “El móvil se convierte así en el centro mismo del problema. De manera constante, la jurisprudencia francesa y la belga se inspiran en el motivo legítimo o ilegítimo, que ha guiado al titular del derecho; de manera constante se refieren a la noción del interés serio y legítimo, y el propio legislador galo obedece a veces a esta terminología: cuanto vale el móvil a que el agente ha obedecido, tanto vale, jurídicamente, el acto que ha cumplido bajo su influencia”¹⁰³.

El código soviético en su artículo primero: “los derechos civiles son protegidos por la ley, salvo en los casos en que sean ejercidos en sentido contrario a su finalidad económica y social”, mantiene una concepción funcional, “precepto que, a juicio de JOSSERAND, es la más cabal síntesis de la doctrina”¹⁰⁴, disposición complementada por el artículo 30 que erige el interés del estado en juez supremo de los derechos civiles: “es nulo el acto jurídico celebrado con un fin contrario a la ley o tendiente a burlarla. Así mismo es nulo el acto jurídico encaminado manifiestamente a perjudicar al estado”¹⁰⁵.

2.2.2.7. CRITERIO INTERNACIONAL

Ha sido definido como dolo civil y se sostiene que se causa el abuso del derecho con el solo deseo de pretender hacerlo, con el único fin de lesionar a otro y otros

¹⁰³ RENGIFO. Op. Cit. P. 48.

¹⁰⁴ TAFUR. Op. Cit. P. 150

¹⁰⁵ *Ibíd.* P. 151

tratadistas manifiestan que quien lo cause debe haber representado las consecuencias de su acción.¹⁰⁶

2.2.3. CAMPO DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO

Edificada la teoría del abuso del derecho sobre un criterio funcional es claro que su dominio abarca toda manifestación de actividad que se realice en virtud de un poder legal. Todo derecho puede ser usado en contradicción con los intereses generales que los explican, por consiguiente el dominio de la teoría se extiende hasta la gama del derecho considerado como facultad. Sin embargo hay ciertos derechos absolutos, derechos no causados, ajenos a la teoría del abuso y cuyo titular los ejerce impunemente, por ejemplo el derecho del copropietario para exigir la participación del bien común; el derecho de las mujeres para no servir de tutoras o curadoras.¹⁰⁷

La aplicación jurisprudencial extranjera de la doctrina del abuso del derecho ha permitido que los derechos como el de propiedad, los derechos de familia, el derecho de acudir a la justicia o de litigar, el derecho a las seguridades y garantías, los derechos contractuales (especialmente los del contrato de trabajo, por ejemplo el derecho de huelga), el derecho de no contratar, etc., han sufrido un control mediante la idea de abuso. Las siguientes son algunas aplicaciones de lo anteriormente descrito:

¹⁰⁶ ROJAS. Op. Cit. P. 200

¹⁰⁷ La Corte también considera absoluto el derecho concedido por el artículo 892 del C. C. para exigir del dueño de un predio superior que el sobrante de las aguas utilizadas sea devuelto al acostumbrado cause a la salida del fundo. GACETA JUDICIAL. No. 1904. P. 29, citado por TAFUR Francisco. P. 147

2.2.3.1. DERECHO DE PROPIEDAD

El *ius abutendi* caracterizó la doctrina individualista sobre la propiedad, se ha reemplazado por el derecho-función¹⁰⁸. El dueño no puede realizar su derecho con una finalidad antisocial. El ejemplo mas interesante de control del derecho de propiedad mediante la idea del abuso del derecho es el denominado derecho de proroga y preferencia en favor del arrendatario de un inmueble comercial que ha adquirido un valor comercial gracias a la labor del arrendatario sobre el inmueble y por tanto la improrrogabilidad si se efectúa, debe responder siempre a un motivo legítimo¹⁰⁹.

2.2.3.2. DERECHOS CONTRACTUALES

La noción del abuso del derecho actúa dentro del terreno contractual y es el denominador común de otros instrumentos técnicos, que son los denominados: causa, imprevisión, lesión, etc., y que busca la moralización del contrato. Siendo así que el contratante no puede usar arbitrariamente las prerrogativas del contrato¹¹⁰. Los tribunales franceses han tenido que resolver el problema de si el derecho negativo de no contratar es absoluto. Para JOSSERAND a primera vista parece una monstruosidad jurídica sostener que no lo es. Es decir que el derecho de no contratar es un derecho absoluto. No obstante los tribunales se han pronunciado contra el carácter absoluto de este derecho.

¹⁰⁸ Así lo dice la Constitución Nacional de 1886 en el artículo 28, inciso segundo: "la propiedad es una función social que implica obligaciones". *Ibíd.* P. 147

¹⁰⁹ La jurisprudencia francesa condenó a un propietario que levantó una palizada para estorbar el aterrizaje de dirigibles de un aeródromo vecino. Y también condenó a un propietario que sin obtener provecho, succionaba por una bomba las aguas subterráneas que beneficiaban al vecino. *Ibíd.* P. 148

¹¹⁰ Ejemplo es la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de diciembre de 1899 sobre la relatividad del derecho de revocación del mandato. Constituyendo esta sentencia el primer paso de la jurisprudencia de la Corte en pro de la aceptación de la teoría del abuso de los derechos. *Ibíd.* P 148-149.

En materia laboral la jurisprudencia francesa se ha pronunciado sobre la responsabilidad que tiene el patrón cuando abre sus nomina para recibir obreros y luego se abstiene de enganchar a los miembros del sindicato, en las etapas del contrato del trabajo como la celebración, la ejecución y la conclusión, despidos, huelgas, lock out, se consideran que estos derechos no son absolutos sino que están condicionados por altos intereses sociales¹¹¹.

Las primeras aplicaciones de la teoría del abuso del derecho que se tuvo en Colombia, fueron las siguientes:

- a) cuando se embargan en exceso bienes del deudor.
- b) cuando temerariamente se formula una denuncia penal
- c) cuando se insiste en el secuestro de bienes que no pertenecen al ejecutado, sino de un tercero que no posee obligación o vínculos jurídicos de ninguna clase con el demandante.
- d) cuando se abusa del derecho de litigar.
- e) en los casos de abuso del derecho de propiedad¹¹².

2.2.4. LUGAR QUE OCUPA LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO DENTRO DEL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

La teoría del abuso del derecho es la concreción técnica de uno de los procedimientos más eficaces para no estorbar la sincronía que debe existir entre el derecho y el hecho. Es un procedimiento de control para el hecho subjetivo, por sus consecuencias inmediatas se encauza en la responsabilidad civil. El problema de las fuentes de la responsabilidad lo enfocan los doctrinantes desde un cuádruple punto de vista, distinguiendo los actos objetivamente ilícitos o ilegales, los subjetivamente ilícitos o abusivos, los actos legales excesivos (teoría de la responsabilidad objetiva) y las omisiones no ilegales (teorías de las culpas

¹¹¹ Ejemplo concreto es el derecho de huelga por motivos extraprofesionales que es abusivo y antisocial y por tanto implica responsabilidad. *Ibíd.* . P. 149.

¹¹² ROJAS. Op. Cit. P. 201.

negativas). Estas cuatro fuentes de responsabilidad confluyen en la idea de necesidad de reparar el daño causado al prójimo. Por tanto este enfoque de la doctrina del abuso del derecho ha ampliado el campo de la responsabilidad civil que estaba restringido por los principios individualistas que no aceptaban el daño ocasionado en el ejercicio de un derecho. Las legislaciones que se basan en la responsabilidad sobre la noción de culpa, adoptan un criterio técnico en la calificación del abuso, por cuanto que el ejercicio abusivo del derecho es sancionado como una falta de diligencia o como una culpa intencional, en general la jurisprudencia y el criterio de interpretación emana de los Tribunales franceses.¹¹³

La legislación colombiana no fórmula expresamente las reglas que le da fisonomía específica a la teoría del abuso del derecho¹¹⁴ que se ve claramente evidenciado en el anteproyecto de ley sobre formación, promulgación, efectos interpretación y derogación de las leyes para sancionar el abuso del derecho, en el artículo 11 dice: *“no se protege el ejercicio de los derechos cuando manifiestamente se aparte o exceda del fin con el cual la ley lo concede.”*

2.2.4.1. CÓDIGO CIVIL

El Código Civil ofrece un sólo caso de aplicación aislada en el artículo 1002: *“cualquiera puede cavar en su suelo propio un pozo, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimenta otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno será*

¹¹³ ROJAS. Op. Cit. P.201.

¹¹⁴ RENGIFO. Op. Cit. P. 77. Artículo 8, ley 153 de 1887: cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicaran las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho. Aunque este artículo expresamente no formule alguna alusión al abuso del derecho, para el presente trabajo es necesario tenerlo en cuenta puesto que desde el punto de vista de la teoría de MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ se trabaja desde la contradicción de los principios del derecho y la norma.

obligado a cegarlos.” Como se ve claramente se combinan el criterio económico y el criterio del balance de intereses. En cambio consagra ciertos principios que permiten una estructuración jurisprudencial de la teoría, como hasta el momento lo ha sabido hacer la Corte¹¹⁵:

El artículo 2356 C. C., impone la obligación de reparación por todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia. Es una disposición general, que puede abarcar actos ilegales, actos excesivos, omisiones no ilegales y actos abusivos que acarreen perjuicios.

El artículo 2341 C. C., sanciona la culpa intencional y cuasidelictual, adopta un criterio técnico en la calificación y sanción del abuso, teniendo en cuenta que no se considere incompatible las nociones de culpa y de ejercicio de derecho¹¹⁶.

El artículo 2343 C. C., es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos.

El artículo 669 C. C., el dominio (propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella no siendo contra la ley o contra derecho ajeno.

2.2.4.2. LA LEY 200 DE 1936 (RÉGIMEN DE TIERRAS).

Inspirada en el carácter funcional del derecho de propiedad señala explícitamente al juzgador normas en las que se proscriben el ejercicio abusivo de la prerrogativa: artículo 21: *“los jueces de tierras, fallaran sobre lo que resulte de la inspección ocular y demás elementos de convicción producidos por las partes o allegados de oficio al informativo y según la persuasión racional; aplicaran el derecho teniendo en cuenta que el objeto de esta jurisdicción especial es que la ley sustantiva se interprete con el criterio de que no debe protegerse el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho y el fraude a la ley”*.

¹¹⁵ Ibid. P. 77, 78.

¹¹⁶ TAFUR. Op. Cit. P. 152-154.

2.2.4.3. CÓDIGO DE COMERCIO

El artículo 830 C. Co., el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.

El artículo 1280 C. Co. En todos los casos de revocación abusiva del mandato, quedara obligado el mandante a pagar al mandatario su remuneración total y a indemnizar los perjuicios que le cause.

2.2.4.4. LA LEY 153 DE 1887

En su artículo 8: cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicaran las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

2.2.4.5. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

En la constitución de 1991¹¹⁷ también hemos encontrado alusión acerca de la teoría del abuso del derecho:

Artículo 95: son deberes de la persona y el ciudadano: 1. respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.

Artículo 230: “los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

2.3. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL COLOMBIANO

Encontramos como regla general que en los países inspirados en los códigos napoleónicos como Francia, España e Hispanoamérica la construcción de la teoría del abuso del derecho es obra de la jurisprudencia y la doctrina y por tanto no

¹¹⁷ Ibid. P. 77

presentan consagraciones legislativas expresas de la doctrina del abuso del derecho¹¹⁸.

Según ÁLVARO TAFUR MORALES, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de diciembre de 1899¹¹⁹ sobre la relatividad del derecho de revocación del mandato, constituye el primer paso de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en pro de la aceptación de la teoría del abuso del derecho. Pero la orientación predominante para la década de 1930¹²⁰ se basa en la relatividad de los derechos y en la obligación de reparar los perjuicios ocasionados por el ejercicio abusivo o antisocial de una prerrogativa. Basándose en lo anterior, resulta para la Corte Suprema de justicia del año 1936, (en una postura encomiable y de apertura mental), que el abuso del derecho no solamente se da cuando existe en el titular del derecho subjetivo el ánimo de dañar a alguien (*animus nocendi*) sino también cuando existe una anormalidad o desviación en su ejercicio. Por consiguiente el criterio rígidamente intencional, inspirador de la sentencia acusada, y que no es siquiera el preconizado científicamente por RIPERT, para quien la intención dañada 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).

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

¹¹⁸ TAFUR. Op cit. P. 149-150

¹¹⁹ Ibíd. P.148, 149. “el mandante en todo tiempo puede revocar el mandato, sin embargo, si la revocación causa perjuicio al mandatario que ha cumplido sus obligaciones con honradez e inteligencia, el mandante está obligado a indemnizar esos perjuicios al mandatario”. Sentencia del 27 de Septiembre de 1899. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Carmelo Arango.

¹²⁰ Ibíd. P. 141

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 objetivo, es la anormalidad de ese ejercicio lo que lo determina. De modo pues que según el criterio de la Corte Suprema de Justicia de 1936, el abuso era ya una noción mucho más comprensiva que no se ceñía única y exclusivamente a aquel acto cumplido con intención de dañar. Se incurre en un acto abusivo cuando existe el dolo, o cuando existe un error de conducta¹²¹ o una anormalidad en el ejercicio del derecho, según la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 9 de abril de 1942, el abuso del derecho implica como punto de partida un derecho legítimo y efectivo en cuyo ejercicio se ha llegado más allá de donde corresponde a su finalidad o se le ha desviado de ella.

2.3.1. CONSTITUCIÓN DE 1886: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA DÉCADA DE 1930

2.3.1.1. SENTENCIA N° 1901-1902 DEL 6 DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DE 1935 SALA DE NEGOCIOS GENERALES XLII¹²²

La sociedad electro-enterprise demanda a la nación para el pago de perjuicios al no perfeccionarse un contrato sobre la construcción de una red telefónica. La Corte Suprema de Justicia considera que no existió abuso del derecho por parte de la Nación. Para la Corte la teoría del abuso del derecho “tiene por fundamento la consideración de que el derecho es una función que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social y sobre bases de estricta justicia, sin traspasar los límites de la moral , porque- como dicen los tratadistas de esta teoría-no se

¹²¹ Error de conducta existirá, por ejemplo, en el escogimiento de vía judicial o en el embargo de mercancías. Cuando en su ejercicio se causa un daño porque se incurre en negligencia o imprudencia que un hombre diligente situado en las mismas condiciones o circunstancias externas no habría cometido. RENGIFO. Op Cit. P. 52.

¹²² M.P. Eleuterio Serna. Esta sentencia se repite el 22 de junio de 1943 y el 12 de febrero de 1959. Para la Corte es necesario que para que exista el abuso del derecho se presente la intención de dañar y la falta de un fin útil.

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. Entonces, ¿el uso de un derecho dentro de su normalidad objetiva con fin malicioso deberá ser protegido por el derecho objetivo?, la doctrina anteriormente mencionada trata de resolver este interrogante, basándose en una sola teoría: consideran que para que exista abuso del derecho es preciso la presencia de la intención de daño y la falta de un fin útil, esta teoría recoge dos criterios:

1. basa la causa determinante sobre la intención de perjudicar al ejercerse el derecho, de lo cual es un plano subjetivo.
2. se funda en la falta de interés serio y legítimo, es apartarse del fin económico y social, en un ejercicio anormal del derecho. Se considera ilícito el acto realizado sin interés importante y genuino por parte del actuante y cuyo efecto solo puede ser el perjudicar a otro.
3. Las dos anteriores se reúnen en una sola teoría: la intención de dañar y la falta de un fin útil.

Y como el caso trata de que se causara perjuicios, se debe tener en cuenta el artículo 2341 del C.C. (responsabilidad extracontractual) que supone dos condiciones:

- a) Acción u omisión (delictuosa o culpable)
- b) Daño a otro.

Y concluir esto sería erróneo porque existiría culpa al ejercer un derecho y esto no debe ser porque “el acto abusivo no encierra en sí culpa, ni negligencia en el significado clásico de estos términos, lo único que implica es un impulso poco moral 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 solo el de perjudicar a otro o dañar un interés, no

ejercita el fin legítimo para el cual el derecho subjetivo no existe.”¹²³ Lo anterior se basa en que el derecho satisface necesidades justas y la Corte tuvo en cuenta la equidad como base de la teoría del abuso del derecho basándose en que sería un absurdo jurídico autorizar el abuso y exceso en el ejercicio del derecho, cuando no favorece a su sujeto y perjudica a los demás.

Igualmente la Corte Suprema cita a FERNÁNDEZ DE VELASCO (al analizar la cláusula *rebus sic stantibus*), sobre la teoría del derecho aplicada a asuntos administrativos: “cosa análoga sucede con la aplicación de la doctrina del abuso del derecho. Como la cláusula *rebus sic stantibus*, su apreciación es jurisdiccional y solamente en el campo contractual y en el aspecto del riesgo imprevisible puede nacer en tanto que se hayan alterado esencialmente las circunstancias de un contrato. La *summum jus, summa injuria*, puede justificar el deber de compensar el riesgo, pero la facultad judicialmente de apreciación ha de estar en las leyes. Si no consta en esta, el criterio del abuso del derecho no podrá recibir aplicación. Esto tiene su fundamento en que tratándose de una limitación en el ejercicio de los derechos, de donde surge una doctrina de índole subjetiva o subjetiva- objetiva, pero de ningún modo exclusivamente objetiva, para hacerla eficaz es necesario que se invista al juez de facultades suficientes para apreciarla y aplicarla.”¹²⁴

2.3.1.2. CASACIÓN XLIII # 1907-1908 DE OCTUBRE 30 DE 1935¹²⁵

Caso en el cual el recurrente en casación estuvo demandado en proceso ordinario y por tal se le secuestró un almacén, hecho que le causó perjuicios. La Corte, considera que en el código de procedimiento civil se regula el ejercicio judicial de los derechos al determinarse la extensión que pueda hacerse de las acciones que persiguen o defienden 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.

¹²³ Ibíd. p.6.

¹²⁴ Ibíd. p.6.

¹²⁵ Ibíd. p. 7

“Pero el uso anormal, malintencionado, imprudente, inconducente o excesivo en relación con la finalidad que legítimamente ofrecen esas leyes rituarías para el reconocimiento, efectividad o defensa de un derecho, degenera en abuso del derecho de litigar y en cada caso el juez puede juzgar que constituyen un caso de culpa civil”.

De la anterior afirmación, la Corte se basa para mostrar que en el mismo código de procedimiento civil se sanciona las actuaciones excesivas dentro del mismo proceso, tales como: embargo o secuestro de bienes en cantidad suficiente para seguridad del pago; permitir reducción del secuestro en el exceso que se compruebe; exigir fianza previa al acto del embargo; asegurar al verdadero dueño de los bienes el reembolso de los posibles perjuicios; sancionar la temeridad del embargo y del secuestro con una multa.

Continúa la Corte: “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, con el propósito de perjudicar a otro. Con las medidas referidas judiciales no existe utilidad para el ejecutante, porque no resultando ser de su deudor los bienes, no conseguirá reunirlos a dinero dentro de sus remates”.¹²⁶

Esto no significa que la Corte rechace la teoría del abuso del derecho con el fallo absolutorio, ya que en los artículos 8 de la ley 53 de 1887 (cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicaran las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho) y 2356 del C. C. (responsabilidad por actividades peligrosas. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por este...), existe suficiente base legal para la aplicación de tal teoría. Lo que ocurre es que los hechos invocados

¹²⁶ *Ibíd.* P.7

no constituyen abuso del derecho. Ni en la concepción clásica o intencional (RIPERT y código alemán) ni en la concepción funcional (JOSSERAND y código Soviético).

2.3.1.3. GACETA JUDICIAL N° 1920¹²⁷

En la sentencia sobre la exequibilidad de la ley de deudas, la Corte Suprema Justicia sentó las bases que le servirían para edificar la teoría del abuso del derecho. Dijo la corte: “el concepto científico del derecho subjetivo solo se obtiene ponderando los dos elementos de su contenido, el de poder, concedido por el ordenamiento jurídico y el de fin, como medio para satisfacer los intereses humanos. No toda posibilidad de dominar es lícita ni todo fin es permitido aun cuando se use del instrumento adecuado para alcanzarlo.

Esta síntesis explica la génesis de las nociones doctrinales y jurisprudenciales que con los nombres del abuso del derecho, responsabilidad civil, enriquecimiento sin causa, fraude a la ley, imprevisión y otros, modifican la simple exégesis legal de los actos y negocios jurídicos en su nacimiento, desarrollo y cumplimiento, desde los puntos de vista de las personas, las situaciones, las cosas y los objetivos.

El pensamiento de la Corte se reduce en el fondo a la adopción de un criterio mixto análogo al formulado por el código polaco: criterio funcional para fijar el alcance del derecho subjetivo y criterio técnico, edificado sobre la noción de culpa, para clarificar el abuso.

¹²⁷ GACETA JUDICIAL. No. 1920, p. 616, M.P. Juan francisco Mujica, citado por TAFUR Francisco. P. 154

2.3.1.4. GACETA JUDICIAL N° 1927 DE 5 DE AGOSTO DE 1937¹²⁸

Se presentó el pleito de Eulogio Castaño contra Luís Alberto Villamizar este último condenado a pagar perjuicios a consecuencia de una acción criminal iniciada temerariamente. La sala de Casación se expresó al respecto del abuso del derecho que las legislaciones contemporáneas se dividen en tres grandes categorías: absolutistas, liberales y finalistas. En las absolutistas no dan pie para establecer la doctrina y las finalistas disponen de textos legales especiales. En cuanto a las liberales aunque carecen de normas permiten a su jurisprudencia con apoyo del derecho positivo general estructurar la teoría del ejercicio anormal a su grupo.

Es erróneo afirmar, como lo hace el tribunal, que el acto abusivo es simplemente una extralimitación del derecho que colocan a aquel bajo las apariencias de este, por que no pueden comprometer su responsabilidad quien usa de su derecho. El profesor JOSSERAND, demostró que esa errónea conclusión no considera sino una sola de las facetas jurídicas del acto abusivo, el cual se coloca dentro de su verdadero cuadro únicamente cuando el juzgador contempla la doble acepción del derecho: la de juridicidad, es decir la de conjunto de reglas sociales y la de prerrogativa determinada, es decir la de poder o facultad que concede al individuo el ordenamiento jurídico como medio para la satisfacción de sus intereses humanos particulares: desde este ángulo se ve por qué un mismo acto puede a la vez ser conforme a un determinado derecho y contrario al derecho considerado en su generalidad y en su objetividad.

¹²⁸ GACETA JUDICIAL. No 1927. P. 418. M. P. JUAN FRANCISCO MUJICA, citado por TAFUR Francisco. P. 154-158. "en sentencia del 24 de agosto de 1938 en el pleito GARZÓN contra CAMPILLO, la Corte reiteró su doctrina sobre responsabilidad sobre el ejercicio abusivo del derecho-deber de denunciar los delitos; pero se abstuvo de fallar favorablemente la acción de indemnización en atención a que el demandado no incurrió en culpa al formular el denuncia criminal. El magistrado Juan Francisco Mujica salvó su voto al considerar que el demandado en el pleito civil había incurrido en culpa profesional al denunciar criminalmente como quiera que era abogado".

El acto abusivo es sencillamente el que realizado en virtud de un derecho subjetivo, cuyos límites han sido respetados, es sin embargo contrario al conjunto del derecho, considerado como cuerpo de reglas sociales obligatorias, palabras más, palabras meno puede uno tener para si tal derecho determinado y no obstante tener contra si el derecho todo entero.

El artículo 2341 del Código Civil: *responsabilidad extracontractual*. No distingue si el hecho allí previsto haya sido realizado en virtud de la simple libertad o en el ejercicio de un derecho definido, porque la palabra culpa no supone necesariamente extralimitación de un derecho, ni el vocablo daño envuelve ausencia de derecho en quién lo cause. La noción de culpa no es el elemento diferenciador entre los actos legales y los abusivos. En los actos abusivos existe una culpa específica, *sui generis*, distinta de la de los actos ilegales, que consiste en la desviación dada a un derecho cuando se le utiliza en contradicción con su espíritu. La culpa en el abuso del derecho no admite la división de los tres grados clásicos de la otra culpa: grave, leve y levísima. De acuerdo con la naturaleza del abuso cometido en el ejercicio del derecho, la culpa puede ser examinada a la luz de los criterios: intencional, técnico, económico o social.¹²⁹

En el pleito en mención, para afirmar la tesis del Tribunal, usa la Corte el criterio técnico en virtud de que aquel órgano la fórmula sobre la circunstancia de que Villamizar ejerció su derecho sin extralimitarlo (denunciar un delito para proteger al mismo tiempo sus propios intereses), cumpliendo así el mandato legal de informar respecto de una infracción penal a las autoridades. Descartando en el demandado la intención de dañar al actor, lo cierto es que Villamizar cometió un error de técnica en la elección de la vía penal o error de conducta en que no hubiera incurrido una persona diligente colocada en las mismas circunstancias externas del denunciante.

¹²⁹ *Ibíd.* P. 154-156

La sentencia de sobreseimiento definitivo a favor del actor revela en la conducta del que ejerció el derecho de denunciarlo criminalmente la ausencia de las precauciones que la prudencia de un hombre diligente hubiera adoptado. Los artículos 1613 y 1624 del C.P.P., tienen su razón de ser en la necesidad para el bien público, de que la justicia criminal pueda ser noticiada por los ciudadanos en interés general pero no conducen a exonerar de responsabilidad a los autores de denuncios hechos temeraria o imprudentemente, a la ligera, imputándolos perentoriamente a determinada persona. Débese a ellos que hoy es mas frecuente la responsabilidad con ocasión del ejercicio de un derecho que la surtida de obrar sin derecho. Se deduce que el tribunal dejó de aplicar el artículo 2341 del código civil, por cuanto desconoció la existencia de culpa en el ejercicio del derecho de denunciar criminalmente y más en la escogencia de la vía penal para proteger su derecho civil.

Finalmente advierte la Corte: no se pretende establecer Jurisprudencia de que exista responsabilidad cuando no acompaña el buen éxito a quien ejercite una acción, ello equivaldría a consagrar el absurdo de quien pierde el pleito incurre en culpa mecánicamente. Pero cuando el error técnico del autor se haya evidentemente caracterizado, su culpa sí existe

La ley colombiana concede la acción de reparación patrimonial del daño causado por una investigación a que de lugar por acusación particular en desarrollo de las normas generales dadas por los artículos 2341 (responsabilidad extracontractual). El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido) y 2365 del C.C. (*obligaciones afianzables. Puede afianzarse no solo una obligación pura y simple, sino condición y a plazo. Podrá también afianzarse una obligación futura; y en este caso podrá el fiador retractarse mientras la obligación principal no exista, quedando, con todo, responsable al*

acreedor y a terceros de buena fe, como el mandante en el caso del artículo 2199).

Cuando el resultado del juicio criminal en que interviene el acusador fue adverso a este y favorable al acusado, pero subordinándola a la condición de que la acusación resulte falsa o temeraria, a juicio del juez del crimen, quien recibe de la ley normas para pronunciarse civilmente y ordenar la reparación del daño, lo cual permite que la cuantía pueda ser fijada en juicio distinto ante los jueces de lo civil en los casos en que el juez de lo criminal ve que es el caso de aplicar los artículos 480 y 553 del código de procedimiento criminal. Si con independencia de los casos anotados el acusado que ha sido absuelto considera que el acusador particular lo ha calumniado y de la calumnia hace derivar la acción civil de reparación de daños, es necesario que obtenga previamente que al acusador se le condene por calumnia para la viabilidad posterior de su acción civil. Es ese caso sería consultable el artículo 750 del Código Penal, en donde se contempla aún la simple ligereza de parte del acusador¹³⁰.

2.3.1.5. SENTENCIA DEL 21 DE FEBRERO DE 1938¹³¹

El Municipio de Bogotá dispuso la adquisición de unos lotes de propiedad de los señores MALDONADO y se adelantó un juicio de expropiación del que se desistió varios años después. Los demandados promovieron una demanda de indemnización contra el municipio por los perjuicios causados, como la sustracción de los inmuebles del comercio y los gastos del litigio. Las sentencias de instancia absolvieron al Municipio, la Corte llegó a la absolución, pero por razones distintas a las del Tribunal y el juzgado. Estos dos últimos negaron la indemnización por considerar que el demandante no demostró el elemento intencional (intención de perjudicar) indispensable en la acción del abuso del derecho. Además, no

¹³⁰ GACETA JUDICIAL. No. 1908, P. 333. M. P. Antonio Rocha, citado por TAFUR Francisco. P. 157

¹³¹ CASACIÓN. M.P. ARTURO TAPIAS PILONIETA, citado por RENGIFO Ernesto. P. 31

condena al Municipio, por considerar que el caso en concreto no incurrió en culpa porque se optó por el desistimiento por razones de interés público.

La Corte para llegar a esta decisión se basó en que la teoría del abuso del derecho no puede reducirse a la simple aplicación del criterio intencional, sino que debe regularse por un criterio técnico que permita sancionar cualquier culpa al ejercerse algún derecho.

Explica la Corte que la teoría del abuso de los derechos sistematizada por JOSSERAND en 1927 da testimonio del desarrollo del concepto de responsabilidad:

“A la antigua concepción rígida de los derechos individuales, opónese la teoría de su relatividad que conduce a admitir el posible abuso de los derechos. Cada uno de los derechos tiene su razón de ser y su misión que cumplir, cada uno persigue un fin al que el titular no puede desviarse. Los derechos son dados para la sociedad por lo tanto son relativos, deben ejercitarse en el plano institucional, no siendo lícito imprimirles una falsa dirección ocasionándole al titular del derecho una responsabilidad hacia la víctima. Cuando se comete una falta en el ejercicio del derecho esta es lo que causa el abuso del derecho es decir el acto cumplido, como enseña JOSSERAND, conforme a determinado derecho subjetivo pero en conflicto con el derecho objetivo (general) o juridicidad, que es el conjunto de la regla social. El abuso del derecho constituye una especie particular de la culpa aquiliana, puede ir desde la culpa más grave, en la que el agente procede por la intención de causar daño o dolo (animus nocendi) hasta el daño causado por simple negligencia o imprudencia, sin intención.”¹³²

RENGIFO, refiriéndose a esta misma Sentencia, (1927 de agosto 5/1937) advierte que el abuso del derecho no solamente actuaría como correctivo favor de los particulares, sino que también funcionaría a favor del Estado porque este igualmente puede ser víctima de pretensiones indemnizatorias abusivas; puesto

¹³² GACETA JUDICIAL. Nº 1927. p. 419 a 422, sentencia 5 de agosto 1937, citado por TAFUR Francisco. P.157,158. En cuanto a la culpa más grave o dolo se encuentra el propietario que ejecuta excavaciones en su predio para cegar un manantial de su vecino o el acreedor que ejecuta contra su deudor un embargo excesivo de los bienes que debe cobrar o el litigante que promueve temerariamente controversia judicial y después de larga y costosa reñida desiste de ella cuando advierte fallo adverso. Por imprudencia se tiene el caso en el que se pone un denuncia criminal formulando a la ligera, sin base seria, la comisión de un hecho criminal.

que estaba en peligro de lesionarse el interés público, que según la Corte: “*mucho mas respetable y valioso que el individual*”.

2.3.1.6. GACETA JUDICIAL. No. 1930¹³³

En el caso de esta Sentencia comienza la Corte citando a COLIN y CAPITANT: para que haya abuso del derecho no es indispensable que el autor del daño causado tenga la intención de dañar (*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. Ejemplo de esto es cuando se emplea procedimientos ejecutivos por el acreedor contra el deudor sin la intención de arruinarlo, sino la falta de precauciones de no causar más daño que el indispensable.

Según JOSSERAND para los romanos el acto abusivo era únicamente aquel que había sido cumplido con intención de daño. El derecho moderno 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. Cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad; quien quiera desviarlo de su misión social comete una culpa delictual o cuasi delictual, un abuso del derecho susceptible de comprometer su responsabilidad.

El criterio rígidamente intencional inspirador de la sentencia acusada y que no es siquiera preconizado científicamente por RIPERT, para quien la intención dañada de perjudicar se manifiesta por la falta de un interés serio y legítimo en el ejercicio de un derecho. Además del criterio del móvil dañado, la ciencia señala otros criterios: el técnico (falta en la ejecución o ejercicio del derecho); el económico (ausencia de un interés legítimo) y el funcional o finalista (desviación del derecho

¹³³ GACETA JUDICIAL. Nº 1930. p. 55 M. P. Arturo Tapias Pilonieta, citado por TAFUR Francisco. P. 159,160.

de su función social). El sentenciador, contra todos los principios expuestos de la teoría del abuso del derecho, hace pesar sobre los demandantes la obligación de probar que el Municipio, desistiendo del juicio de expropiación obró maliciosamente, como si fuese una persona natural y como si las entidades públicas no pudieran hacerse responsables de cuasi delitos o culpas no intencionales. El Tribunal se guió por este criterio en los que era imposible ver si existía culpa o no y por tanto si procede o no una reparación. Lo anterior conduce a que la Corte absolvió al Municipio demandado pero no mediante el camino del Tribunal que era el de la violación del artículo 2341 C. C.

2.3.1.7. SENTENCIA DEL 5 DE OCTUBRE DE 1939¹³⁴

Luís Carlos Corral demanda a la Corporación Colombiana de Créditos, en acción judicial rescisoria para atacar un arreglo contenido en ceder acciones y cédulas y la dación en pago de fincas, alegando vicio del consentimiento consistente en violencia de la que fue objeto a través de la amenaza que le hizo la corporación de llevar a pública almoneda su capital. Dicha corporación es encargada de facilitar la liquidación de las carteras bancarias congeladas por la crisis económica de 1930 y facilitar la situación de los deudores. La Corporación se hizo cargo de créditos con garantía prendarias a cargo del Dr. Luís Carlos Corral y a favor de varios bancos. La corporación notificó la subasta de la garantía prendaria en el martillo de la bolsa de valores. El Dr. Corral cedió acciones y cédulas que constituían la prenda e hizo dación en pago de varias fincas raíces. El juez del circuito absolvió a la corporación y el Tribunal consideró que hubo conducta abusiva por parte de esta y por tanto procedía la acción rescisoria.

La Corte absolvió a la Corporación por considerar que no estaban reunidos para el juicio los requisitos que hacen viable la acción rescisoria por vicio del consentimiento emanado de una violencia al llevar a cabo un ejercicio abusivo del

¹³⁴ Ibíd. P. 160-162.

derecho y la entidad demandada no contenía la acción reparatoria de perjuicios por abuso del derecho:

“La violencia para que exista debe ante todo ser injusta, no significa que con ausencia total de derecho se haya determinado a la víctima a consentir, ni que medie culpa en el intimidante, sino que es suficiente cuando se amenaza para obtener una cosa permitida que el influjo de la voluntad de violentar sobre el intimidado sea ilícito, de ahí que la violencia se pueda producir también mediante el ejercicio abusivo de un derecho. Cuando se utiliza un derecho como instrumento de amenaza para provocar la realización de un acto jurídico para que proceda contra este la sanción rescisoria (cuyo objeto es desvirtuar la eficacia de la intimidación sobre el consentimiento) no es jurídico limitar la investigación averiguar si el intimidante no tenía derecho para determinar al otro por la amenaza o si carecía del derecho a la declaración de voluntad del amenazado, además es necesario inquirir la presencia de uno de estos dos extremos: si la coacción fue empleada para obtener un resultado objetivamente contrario al derecho o la moral o si fue aplicado cierto medio de presión que a la luz de la buena fe aparezca como excesivo, injusto o intolerable, con la mira de conseguir determinado resultado, aun cuando se haya tenido derecho para producir esto. Se considera inmanente a toda obligación civil su exigibilidad, aún por medio de la fuerza si fuera necesario, no constituye en principio, vicio del consentimiento por violencia, emplear la coacción para hacer cumplir un deber jurídico, realizar un derecho o alcanzar la satisfacción de un interés legítimo, ejemplo de esto es el inciso segundo del artículo 1513 del C. C.”¹³⁵.

La sala de casación formuló nuevas e interesantes doctrinas al respecto:

- a) La violencia se puede producir mediante el ejercicio abusivo de un derecho.
- b) Siendo inmanente a toda obligación civil su exigibilidad, aun por medio de la fuerza, si fuere necesario, el empleo de la coacción para hacer cumplir un deber jurídico en principio no constituye violencia.
- c) El simple ejercicio de una acción o de una vía de derecho que se emplea como amenaza no conlleva por sí solo la fuerza suficiente para viciar el

¹³⁵ *Ibíd.* P. 163,164. Artículo 1513 C.C: La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave. El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.

consentimiento, sino cuando su autor ha procedido a sabiendas de que no le asistía esa acción.

- d) En el caso de que la acción exista y se legue que fue ejercitada abusivamente, el juzgador no debe reducirse a analizar con criterio subjetivo esa amenaza que envuelve la fuerza, sino que es indispensable establecer que la prestación perseguida por el intimidador era notoriamente lesiva de la víctima, injusta e intolerable de acuerdo con la buena fe.
- e) La acción por abuso del derecho es una acción reparatoria de perjuicios.

Por dos aspectos estimó el Tribunal la violencia proveniente del empleo abusivo de una vía de derecho:

- 1) Se basa en la circunstancia de que la corporación colombiana de crédito carecía de atribución legal para llevar al martillo de la bolsa las prendas de su deudor, y al hacer uso en tales condiciones de esa vía procesal, presionó el consentimiento de Corral para obtener de este el endoso a título de venta de las acciones. El simple ejercicio de una acción o de una vía de derecho empleado como amenaza no conlleva por sí solo fuerza suficiente para viciar el consentimiento, sino cuando su autor ha procedido a sabiendas de que no le asistían esa acción o ese derecho.
- 2) El ejercicio abusivo por parte de la corporación de su derecho para ordenar la subasta de las prendas de su deudor y mediante esa amenaza hacerlas endosar al precio que ella quiso. En este supuesto, el juzgador no debe con predominante criterio subjetivo examinar la gravedad de la amenaza, ni la importancia de la acción procesal empleada, ni si ese medio de intimidación fue bastante para causar impresión fuerte en el deudor. Lo que entonces procede para establecer la existencia del vicio del consentimiento causado por la violencia es indagar con un criterio predominantemente objetivo, los fines logrados con la amenaza. Lo que ha debido considerar el Tribunal es si la prestación cuyo cumplimiento se buscaba era injusto o intolerable de

acuerdo con la buena fe o si no era el pago adecuado de la obligación o si se trataba con este procedimiento arrancarle al deudor ventajas excesivas. En todas estas hipótesis y en los casos en que el apuro de la parte amenazada con el ejercicio de una vía de derecho ha sido explotado para lograr la solución de una deuda, es cuando las costumbres procesales empleadas son susceptibles de convertirse en instrumentos de intimidación o cuando el uso abusivo de una vía de derecho permite la rescisión de un acto jurídico logrado por vicio del consentimiento.

De la motivación en que se apoya el Tribunal se comprende que el abuso de derecho cometido por la corporación condujo a Corral a celebrar un acto jurídico que no adolece de condiciones para inducir su rescisión por violencia. No estableció el Tribunal cuales fueron las ventajas excesivas obtenidas por la corporación, no aparece la diferencia entre los precios corrientes del mercado de valores en esa época y los fijados en las prendas de Corral en la compra-venta. La corporación aumento en seis pesos el valor fijado para cada acción liberando al deudor del pago de la comisión de bolsa y cuando las acciones bancarias eran de la corporación, esta las vendió a precios inferiores a las de la compra-venta con Corral. Esto excluye las ideas de aprovechamiento injusto por la corporación¹³⁶.

Las cuatro modalidades de que es susceptible el ejercicio de un derecho son:

- a) el disfrute de hecho de su contenido
- b) el hacerlo valer frente a los demás
- c) el de disponer de él
- d) hacerlo efectivo por medio de la acción procesal

Esto puede ocasionar el abuso en cuanto a que no tiene por fin estricto el adecuado para el que fue creado, constituye un acto antijurídico que obliga a la indemnización. Los considerandos del Tribunal para establecer el abuso del

¹³⁶ Ibíd. P. 164-166.

derecho que hizo la corporación son improcedentes por que el actor no ha ejercitado ninguna acción de responsabilidad civil por el uso abusivo de la vía de derecho que tenía la demandada. Dentro de la noción de abuso del Tribunal la opinión dominante de la jurisprudencia solo reconoce a la parte presionada el derecho a la indemnización de perjuicios, no a impugnar el acto jurídico para que se rescinda, porque es una acción distinta generada en causas diferentes, además iría contra la equidad. La demanda solo se ciñó a la impugnación del acto jurídico por violencia y no cabe duda de que el demandante se abstuviera de instaurar la acción de responsabilidad civil por el ejercicio abusivo del derecho de la parte demandada¹³⁷.

2.3.1.8. GACETA JUDICIAL Nº 1945 DEL 7 DE MARZO DE 1944¹³⁸

En el pleito de FERNANDO RAMÍREZ y compañía contra el banco francés e italiano sobre indemnización de perjuicios por abuso del derecho, la Corte dejó en pie la sentencia del tribunal de Bogotá, en el sentido de considerar enervada la acción en cuanto al fraude a la ley que había cometido la parte demandante. La Sala de Casación rechaza el cargo de violación del artículo 2341 del C. C., según el demandante, en haber reconocido el tribunal la culpa de la entidad bancaria demanda y en no haber proferido condena al pago de perjuicios. El pronunciamiento de la Sala es: el artículo 2347 del C. C., establece la compensación de culpas sin que su aplicación se entienda como una declaración de que no ha existido alguna de las dos sino es incuestionable reconocimiento de la preexistencia de ambas. Por tanto la absolución del demandado no provino de negarle su culpa y responsabilidad, sino de haberse esta destruido por la culpa del demandante.

¹³⁷ *Ibíd.* P. 166,167

¹³⁸ GACETA JUDICIAL No. 1945, P. 742. M.P. Ricardo Hinestroza Daza, citado por TAFUR Francisco. P. 167,168

2.3.2. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991: CORTE CONSTITUCIONAL.

2.3.2.1. SENTENCIA T-379 DEL 28 DE AGOSTO 1995.¹³⁹

Un particular obtuvo la concesión para la explotación de aguas derivadas del río Toribío de parte de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena, más conocida con la sigla CORPAMAG, pero del uso abusivo de la concesión resultaron afectados otros particulares que vieron cómo por las construcciones realizadas por el concesionario se les impedía disfrutar del precioso líquido. El caso es una tutela contra particulares con cuya conducta se afectaba un interés colectivo y al mismo tiempo los derechos fundamentales de personas determinadas. *prima facie* el instrumento de protección hubiera sido una acción de grupo. Pero al resultar afectado con esa vulneración un interés colectivo de personas determinadas la Corte aceptó la procedibilidad de la tutela.

Para proteger los derechos fundamentales a la vida y a la salud, el des taponamiento total del canal con el fin de poder usar el líquido. El exceso en la concesión para su administración y explotación puede implicar un abuso del derecho: "El manejo del agua tiene, connotación ética, pues se trata del aprovechamiento para diversos fines útiles que refleja la conducta que asume el hombre. El despilfarro del agua desconoce el valor social del recurso y de hecho constituye la negación de los fines superiores que mueven al Estado cuando otorga una concesión.

2.3.2.2. SENTENCIA C-045, 8 DE FEBRERO 1996¹⁴⁰

Se presentó un conflicto entre el derecho fundamental de la libre expresión y el derecho a la información con el orden público que es un derecho colectivo y de prevalencia. Considera la Corte que todo derecho incluso los fundamentales tiene

¹³⁹ RENGIFO. Op. Cit. P. 157.

¹⁴⁰ *Ibíd.* P. 163.

limites y en su ejercicio no se puede abusar de ellos porque no son absolutos e ilimitados

2.3.2.3 SENTENCIA T-172, 17 DE MAYO 1999.¹⁴¹

La coalición de derechos fundamentales como la libertad de cultos y el derecho a la intimidad se soluciona teniendo en cuenta el aspecto de la dignidad humana. La Corte considera que el derecho a la intimidad por ser el derecho más próximo a la dignidad de la persona debe prevalecer sobre el derecho a la libertad de cultos.

2.3.2.4. SENTENCIA C-416, 22 SEPTIEMBRE 1994¹⁴²

Se demandaron algunas normas del código contenciosos administrativo y del código de procedimiento civil que establecen términos para las actuaciones. Considero que eran demasiados cortos violentando el ejercicio al derecho de la defensa el debido proceso y la adecuada administración de justicia. La Corte considero desestimadas estos planteamientos porque las parres abusarían de sus derechos si la actuación del proceso se le dejara a su arbitrio. Los términos procesales garantizan la seguridad jurídica y les sirve a estos postulados y son de competencia del legislador ordinario.

2.4. EL ABUSO DEL DERECHO COMO UN ILÍCITO ATÍPICO

2.4.1. TEORÍA DE ILÍCITOS ATÍPICOS

Los profesores españoles MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO ubican el abuso del derecho dentro de una categoría general que llaman "*ilícitos atípicos*", junto con el fraude a la ley y la desviación de poder. La nota característica de

¹⁴¹ Ibid. P.171.

¹⁴² Ibid. P.174.

estos tres ilícitos se encuentra en la discordancia entre la regla y un principio del sistema; es decir, entre las dos normas que conforman un sistema jurídico. En efecto, para ATIENZA y RUIZ un ordenamiento se desarrolla mediante principios y reglas, o mejor, la normatividad del derecho se da en un doble plano: el de las reglas y el de los principios. De esa dimensión reguladora del derecho compuesta por dos niveles: el de las reglas y el de los principios; es de la que ATIENZA y RUIZ parten para justificar la figura del abuso del derecho cuando ambos entran en contradicción.

Los principios sirven como justificación de las reglas —de las pautas específicas— y lo ideal es la adecuación de éstas a aquéllos. El abuso del derecho consiste en la inadecuación de una conducta, no con una regla o mandato específico, sino con un principio del sistema o del ordenamiento jurídico. Para ATIENZA y RUIZ los ilícitos se dividen en típicos y atípicos. Los primeros consisten en la oposición entre los actos y las reglas, mientras que los segundos son conductas contrarias a principios de mandato. En los ilícitos atípicos se invierte el sentido de una regla: *prima facie* existe una regla que permite la conducta en cuestión; sin embargo —y en razón de su oposición a algún principio o principios—, esa conducta se convierte, una vez considerados todos los factores, en ilícita. Hay un cambio de *status deontológico*: se pasa de lo permitido a lo prohibido porque el acto, si bien no choca con la regla, sí se encuentra en oposición con el principio.

El abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder, entendidos como ilícitos atípicos, tendrían, según los autores citados, los siguientes cuatro elementos en común:

- a. La existencia, *prima facie*, de una acción permitida por una regla;
- b. La producción de un daño como consecuencia, intencional o no, de esa acción;
- c. El carácter injustificado de ese daño a la luz del balance entre los principios relevantes del sistema;

d. La generación, a partir de ese balance, de una nueva regla que limita el alcance de la primera, al calificar como prohibidos comportamientos que, de acuerdo con aquella, aparecerían como permitidos.

Las tres figuras: abuso, fraude y desviación de poder, dan lugar a principios interpretativos dirigidos al operador del derecho, pero también a principios dirigidos al juez para que legisle de manera que se eviten, en la medida de lo posible, las lagunas axiológicas que estas figuras vienen a remediar.”¹⁴³

El tema del abuso del derecho¹⁴⁴ (y junto con este, el fraude de ley y desviación de poder) no está entre los que suelen ser objeto de estudio por parte de la teoría general del derecho (AUSTIN, KELSEN Y ROSS). JOHN AUSTIN (*lectures on jurisprudence* 1977) consideró que entre los principios, nociones y distinciones que constituyen el objeto de la *general jurisprudente*, solamente algunas de ellos tienen carácter necesario. Una de esas nociones necesarias es la de ilícito o delito (*injury*) las otras cinco son las de deber, derecho, libertad, castigo y reparación (*redress*), pero entre las distinciones a tratar dentro de los ilícitos no aparecen la categoría de ilícitos que ATIENZA y RUIZ llamarán atípicos y a la que pertenece el abuso del derecho. Para AUSTIN las únicas distinciones dentro de los ilícitos que tienen el carácter de necesario son las que permiten separar los crímenes (delitos públicos) de los ilícitos civiles (delitos privados) y dentro de esta última categoría la que tiene lugar entre los Torts por un lado y las rupturas de las obligaciones provenientes de contratos o de cuasi contratos. Hay también otros principios, nociones o distinciones que son estudio de la teoría general del derecho (general jurisprudencia) pero no por razones de necesidad lógica sino por simple utilidad, porque aparece normalmente en los sistemas de derecho evolucionados, AUSTIN no menciona el abuso del derecho.

¹⁴³ Ibid. P. 58-59

¹⁴⁴ ATIENZA y RUIZ. Op. Cit. P. 13.

El concepto de delito o de acto ilícito forma parte del elenco de los conceptos básicos de la teoría kelsseniana del derecho. El delito se define a partir de la sanción. KELSEN establece una distinción entre ilícitos penales y civiles, el acto antijurídico es delito si tiene una sanción penal y es una violación civil si tienen como consecuencia una sanción civil. Para KELSEN la sanción civil es la ejecución forzosa, por tanto el ilícito civil propiamente dicho no es la acción que causa daño sino la reparación de ese daño. Pero KELSEN tampoco menciona el abuso del derecho en esta clasificación.

Una concepción imperativista como la de AUSTIN que ve el derecho como conjunto de mandatos provenientes de un soberano o el normativismo imperativista de KELSEN que identifica como material jurídico únicamente a los enunciados coactivos de cierto tipo; no parecen actos para incluir en su campo temático los principios jurídicos y no configuran el punto de partida adecuado para el estudio del abuso del derecho.

La importancia que atribuye ROSS a elementos como “tradicción de cultura” o “la conciencia jurídica material” en la conformación de las decisiones judiciales frente al sistema de reglas provenientes de las fuentes formales del derecho. Podría haberle habilitado a ROSS para abordar estos ilícitos atípicos (abuso del derecho, desviación de poder y fraude de ley) desde un ángulo que resulta vedado a posiciones puramente imperativistas como la de AUSTIN o KELSEN. La teoría del derecho de ROSS no incluye un tratamiento general de la noción de ilícito, pero si se ocupa extensamente de conceptos como los de derecho subjetivo, disposición privada (negocio jurídico) o norma de competencia. El que en ROSS no se encuentre un tratamiento de los ilícitos atípicos tiene su explicación en el irracionalismo práctico radical de ROSS que lo conduce inevitablemente a una visión algo empobrecida de la manera como el derecho incide en el razonamiento práctico del destinatario: las normas jurídicas de conducta son vistas por él bajo la

forma exclusiva de reglas y la única dimensión de las normas a la que atiende es a la de guía de la conducta¹⁴⁵.

Se hace necesario tener en cuenta los aspectos que determinan el concepto de ilícito porque sin esta definición no se puede llegar a determinar lo que para ATIENZA y RUIZ pueden clasificar en la categoría de típicos y atípicos que ellos proporcionan. Un acto ilícito se puede definir como un acto contrario a una norma regulativa de mandato:

- 1) Lo que califica como ilícito es una acción en sentido amplio, una conducta (activa u omisiva) susceptible de ser calificada deónticamente como obligatoria, prohibida, etc.; o bien la consecuencia de acciones u omisiones cuando deónticamente esté calificada. Los supuestos son distintos cuando en el segundo caso (omisiva) lo ilícito no es propiamente la realización o no de determinada acción, sino el haber realizado una acción o serie de acciones que producen una determinada consecuencia, o el haber omitido todas las acciones o series de acciones que hubiesen conducido a la consecuencia, dado que la producción de estados de cosas requiere la realización de acciones (aunque no estén determinadas) se puede simplificar y hablar únicamente en términos de acción.
- 2) la acción ilícita ha de ser opuesta a una norma regulativa de mandato. Lo que se dice es que:
 - a) una cosa es que el comportamiento contrario a las normas no regulativas (constitutivas) no constituye un ilícito; las normas que confieren poderes (principales tipos de normas constitutivas) no mandan, no prohíben o no permiten realizar una determinada acción o alcanzar un cierto estado de cosas. Lo que establecen es que si bajo ciertas circunstancias se efectúan determinadas acciones, entonces se produce un cierto cambio normativo.

¹⁴⁵ Ibíd. P. 15

- b) Lo otro que se dice es que solo las normas de mandato (prohíben u obligan) definen acciones ilícitas (hacer lo prohibido o no hacer lo debido); los permisos (las normas regulativas permisivas) por el contrario no producen una división de la conducta lícita e ilícita: lo simplemente permitido puede hacerse o dejar de hacerse.
- 3) si los ilícitos son conductas contrarias a normas de mandato y estas últimas pueden ser reglas o principios. Esto significa que se debe trazar una clasificación paralela entre los actos ilícitos según sean contrarios a reglas o a principios. A los actos opuestos a las reglas se les llama ilícitos típicos y a los actos opuestos a los principios se les denomina ilícitos atípicos¹⁴⁶.

Los profesores ATIENZA y RUIZ para aclarar esta clasificación acuden al concepto de tipicidad de los penalistas, distinguiendo entre el tipo de garantía y el tipo sistemático. El de garantía se refiere a que las descripciones de los delitos deben ser precisas, al respecto NINO, escribe: el requisito de que una acción debe ser típica no es más que la reformulación del principio *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, interpretado de tal manera que sigan de él los siguientes subprincipios según FEUERBACH: “*nullum crimen, nulla poena sine lege previa; nullum crimen, nulla poena sine lege scripta; nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*. La idea de tipicidad que nos interesa, es la de garantía, en cuanto consecuencia del principio de legalidad; lo que significa que los delitos penales deben estar establecidos en reglas y no en meros principios.

Por el contrario, la segunda noción (el tipo sistemático) no denota la entera descripción del delito, sino ciertos aspectos de ella, un tipo, es solamente el conjunto de algunos aspectos cruciales de la situación descrita por la ley como necesaria para que se aplique el castigo, que cumple la función de fijar los límites entre la tipicidad y la antijuricidad. Dada la concepción estructurada del delito, se entiende que esta noción de tipicidad cumple un papel sistemático en el sentido de

¹⁴⁶ Ibíd. P. 24-25

que solo se comprueban la antijuricidad y la culpabilidad de las acciones que se consideren típicas.

Si los ilícitos típicos son conductas contrarias a una regla de mandato, los ilícitos atípicos serían las conductas contrarias a principios de mandato, y se traza una distinción entre ilícitos atípicos:

a) ilícitos que son el resultado de extender analógicamente la ilicitud establecida en reglas (*analogía legis*) o el resultado de la ponderación entre principios relevantes del sistema que exige la generación de una regla prohibitiva (*analogía iuris*).

b) los ilícitos atípicos que nos interesan que son aquellos que invierten el sentido de una regla: *prima facie* existe una regla que permite la conducta en cuestión y sin embargo en razón de su oposición a algún principio o principios se convierten considerados todos los factores en ilícita, tal como sucede con el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder¹⁴⁷.

La analogía opera cuando *prima facie* el caso aparece como no subsumible en ninguna regla, es permitido en el sentido de que no está cubierto por una regla prohibitiva y por el contrario en estos tres casos (abuso del derecho, fraude de ley o desviación de poder) de entrada parece cubiertos por una regla permisiva, que *prima facie* está regulado por una regla como permitida, pero que modifica su *status* deóntico una vez considerado todos sus factores.

Según FREDERICK SCHAUER, señala como un rasgo central de las reglas el que estas son potencialmente supraincluyentes e infraincluyentes, en relación con sus justificaciones subyacentes, es decir, que habiendo casos que debiendo estar incluidos en la regla, no lo están y otros que no debiendo estar incluidos lo están. Basándonos en estos, los ilícitos por analogía (*analogía legis*) surgen cuando una

¹⁴⁷ *Ibíd.* P. 25-27

cierta regla prohibitiva es infraincluyente en relación con las exigencias de los principios que constituyen su justificación subyacente: la ilicitud de una conducta descrita en una regla se extiende también a otra conducta que de entrada no resulta o *prima facie* subsumible en la regla pero respecto de la cual son aplicables las razones para la prohibición que justifican dicha regla. En los supuestos de *analogia iuris* se trata de que el balance entre los principios relevantes exige el surgimiento de una nueva regla prohibitiva. Por el contrario, en cuanto al segundo tipo de ilícito, que es el tipo que nos interesa, se trata de supuestos en los que una regla permisiva resulta supraincluyente en relación con las exigencias de los principios que constituyen su justificación subyacente o con las exigencias de otros principios del sistema. Una vez dado el paso de los principios a las reglas aquellos no pierden su virtualidad sino que resulta un elemento esencial al resolver un problema de interpretación¹⁴⁸.

Para ATIENZA y RUIZ las reglas de acción son pautas específicas de conducta que establecen mandatos o promisiones y que se caracterizan por:

- 1) Su estructura consiste en un antecedente o condición de aplicación, que contiene un conjunto cerrado de propiedades; y un consecuente o solución normativa en la que hay dos elementos: una acción o clase de acciones y su calificación deóntica como obligatoria, prohibida, permitida, etc.
- 2) A consecuencia de lo anterior las reglas de acción pretenden regular la conducta de sus destinatarios excluyendo su propia deliberación como base para la determinación de la conducta a seguir.

Hay sin embargo, otro tipo de reglas (reglas de fin) que se diferencian de las anteriores (reglas de acción), únicamente en el consecuente al establecer el deber

¹⁴⁸ Ibid. P. 28-29.

o la permisión de no realizar una determinada acción, sino de dar lugar a un cierto estado de cosas.¹⁴⁹

En nuestros sistemas jurídicos no existen únicamente normas de los tipos descritos (reglas de acción y reglas de fin) sino también otras a las que suele llamarse principios y en las que cabe distinguir entre principios en sentido estricto y directriz o normas programáticas. Tales principios sirven, por un lado, como justificación de las reglas, de las pautas específicas. Pero por otro lado, los principios cumplen también una función de regulación de la conducta, especialmente en la conducta consistente en establecer normas o en aplicar las normas existentes a la resolución en casos concretos; esto último ocurre cuando no existe reglas específicas aplicables, cuando estas presentan problemas de indeterminación en su formulación, o cuando las reglas existentes parecen estar en conflicto con los principios que las justifican o con otros principios del sistema¹⁵⁰.

Lo característico de los principios se halla en que en su antecedente o condición de aplicación no se contienen otra cosa sino la propiedad en que exista una oportunidad de realizar la conducta preescrita en el consecuente y en este último (o solución normativa), se contiene una prohibición, un deber o una permisión *prima facie* de realizar una cierta acción (principios en sentido estricto) o de dar lugar a un cierto estado de cosas en la mayor medida posible (directrices o normas programáticas)¹⁵¹. De esta forma los principios a diferencia de las reglas no pretenden excluir la deliberación del destinatario como base de la determinación de la conducta a seguir, sino que, al contrario, exigen tal deliberación. Cuando los destinatarios son los órganos legislativos o

¹⁴⁹ *Ibíd.* P. 17

¹⁵⁰ *Ibíd.* P. 18

¹⁵¹ *Ibíd.* P. 19. el principio de libertad de expresión establece que si se da la ocasión de expresarse y si no concurre otro principio de mayor peso y que opere en sentido contrario, esta prohibido establecer prohibiciones u obligaciones a esas conductas. Igualmente se aplica al desarrollo y mantenimiento de las lenguas vernáculas.

administrativos estos deben determinar bajo que condiciones un cierto principio (en sentido estricto), prevalece sobre otros (dando lugar a una regla) o bien trazar cursos de acción que aseguren la obtención de diversos estados de cosas causalmente interrelacionados entre si y exigidos por directrices diversas (dando lugar a reglas de fin o reglas de acción que facilitan el objetivo propuesto). Cuando los destinatarios son los jueces, los principios sirven de guía de comportamiento cuando no existen reglas específicas que se apliquen a un caso, cuando estas son indeterminadas en su formulación o aparece algún desacuerdo entre las reglas y los principios que las justifican. En tales supuestos, el juez lleva a cabo una ponderación entre principios cuyo resultado es precisamente una regla. Por tanto, los principios no determinan directamente una solución, precisamente por lo anterior es que la distinción entre reglas y principios solo tiene pleno sentido en el nivel del análisis *prima facie*, pero no una vez establecidos todos los factores.

El resultado al que han llegado ATIENZA y RUIZ, es que las reglas y los principios aparecen interrelacionados: la vocación de los principios es dar lugar a reglas legislativas o jurisprudenciales y las reglas se justifican por su adecuación con los principios.

Al hablar de las normas como razones para la acción, hay que distinguir entre el elemento propiamente directivo (dirigir la conducta) de las normas y el elemento justificativo (la conducta prohibida aparece como disvaliosa, la obligatoria como valiosa y la permitida como indiferente). Existe una relación intrínseca entre las normas y los valores, pero existe una preeminencia del aspecto justificativo o valorativo sobre el directivo (contrario a la tesis de KELSEN). Los principios en sentido estricto incorporan valores que el ordenamiento jurídico considera como últimos y atribuir a una acción o a un estado de cosas un valor último significa que no se toman en cuenta sus consecuencias; ello implica que en el ámbito de los principios en sentido estricto la distinción entre acciones y estado de cosas pierde en buena medida su sentido, los únicos estados de cosas que aquí nos interesa

son los vinculados no causalmente (sin mirar sus consecuencias), sino conceptualmente a las acciones. En el caso de los principios en sentido estricto, se puede determinar que, una acción está justificada con independencia del proceso causal, esto es, sin considerar sus consecuencias o que usamos criterios de corrección, que implican una exigencia todo o nada, en el sentido de que el juicio de corrección no es graduable: una acción o una decisión es o no es correcta (no tiene sentido decir que una decisión es mas correcta que otra puesto que la ultima no seria correcta)¹⁵². A diferencia del juicio negativo (o de incorrección) que si admite grados.

Las cosas son distintas si lo que se considera son los valores incorporados al sistema jurídico por las directrices o normas programáticas: los valores utilitarios que tienen carácter intrínseco pero no último. Lo que caracteriza a los valores utilitarios es que las acciones y los estados de cosas así calificados son susceptibles de un criterio superior de valoración. A diferencia de lo que ocurría con los principios en sentido estricto, en el caso de las directrices, la relación relevante entre estados de cosas y acciones es extrínseca o causal.

Desde el punto de vista de las directrices, una acción justificada es la que respetando las otras normas del ordenamiento es la más eficiente, esto es, facilita la obtención del estado de cosas ordenado con el menor sacrificio de los otros fines. A diferencia del criterio de corrección, el criterio de eficiencia puede ser satisfecho en distintos grados. Pues bien, las reglas regulativas pueden verse como el resultado de ponderaciones entre principios en sentido estricto y/o directrices, y su aspecto justificativo proviene precisamente de los valores. Sin embargo, las reglas regulativas incluyen como condiciones de aplicación, propiedades adicionales a la propiedad que de la oportunidad de realizar la conducta establecida en el consecuente¹⁵³.

¹⁵² *Ibíd.* P.21

¹⁵³ *Ibíd.* P.22

2.4.2. EL ABUSO DEL DERECHO COMO ILÍCITO ATÍPICO

El abuso del derecho y el fraude de ley surgen a partir de un cierto momento del desarrollo de muchos derechos, cuando estos pierden el formalismo característico de las primeras etapas de su evolución y comienza a ser posible una interpretación de las normas que tenga en cuenta las finalidades y los valores que subyacen a las mismas y que, por tanto, vaya más allá de la interpretación meramente literal.

ATIENZA y RUIZ afirman:

“En el abuso del derecho, basta el ejercicio anormal de un derecho para que pueda ser apreciado. La figura del abuso del derecho resulta, así, un mecanismo de auto-corrección del derecho: esto es, de corrección del alcance de reglas jurídicas permisivas que tienen como destinatario al titular de un cierto derecho subjetivo en cuanto tal, cuando la aplicabilidad de las mismas se extiende a casos en los que su aplicación resulta injustificada a la luz de los principios jurídicos que determinan el alcance justificativo de las propias reglas”¹⁵⁴

Para ATIENZA y RUIZ, frente a una divergencia entre el alcance de ciertas reglas jurídicas y las exigencias de los principios relevantes del sistema, actúa el abuso del derecho como mecanismo de salvaguardia de la coherencia valorativa de las decisiones jurídicas.¹⁵⁵ El sentido de la institución del abuso del derecho es el de evitar que se produzcan ciertas consecuencias contrarias a principios jurídicos aunque dichas consecuencias sean producidas sin intención del agente. Esta postura se acomoda al realce que han tomado los principios en el nuevo derecho. Hoy los principios y la Constitución tienen aplicación concreta, un principio del ordenamiento o un principio constitucional abstracto como lo es el abuso del derecho en la constitución del 91, aplicable mediante un argumento interpretativo, puede triunfar sobre reglas explícitas y concretas que pretenden regular una situación concreta, también es de recordar que en razón a la eficacia mediata de

¹⁵⁴ *Ibíd.* P. 59

¹⁵⁵ RENGIFO. *Op. Cit.* P. 57

la constitución las reglas se interpretan de acuerdo a los valores y principios de la Constitución¹⁵⁶.

El primer problema que plantea el abuso del derecho para estos dos autores, es el de determinar cuál es la clase de acciones que pueden ser calificadas, en determinadas condiciones, de abusivas y cuáles son las condiciones o circunstancias que imponen tal calificación. Se trata de acciones que *prima facie* constituye casos de ejercicios de un derecho subjetivo y que son, acciones *prima facie* permitidas. Cuáles son las condiciones bajo las cuales esas acciones *prima facie* permitidas por ser casos de ejercicio de un derecho subjetivo, resultan sin embargo prohibidas por abusivas.

Cuando preguntamos por las condiciones bajo las cuales el ejercicio de un derecho resulta abusivo no estamos preguntando por el significado de las palabras abusivo, sino por algo distinto. En una obra capital de la filosofía moral del siglo pasado "*the language of morals*"(HARE, 1975)¹⁵⁷, se señala que para entender la lógica de las palabras que designan propiedades valorativas, es fundamental percibirse de que dichas propiedades resultan supervinientes o resultantes de otras propiedades. Especificar cuáles son en relación con un cierto contexto es especificar cuáles son los criterios de aplicación de la palabra que designa la propiedad valorativa; las propiedades valorativas no son propiedades simples. Especificar cuáles son estas propiedades es determinar las condiciones de aplicación de la calificación de "abusiva". Para entender como el legislador guía la

¹⁵⁶ De acuerdo con la teoría del efecto mediato en terceros, cuyos representantes principales son DURIG y el tribunal constitucional federal, los derechos fundamentales en tanto decisiones valorativas, normas objetivas o valores iusfundamentales, es decir, en tanto principios objetivos en el sentido que se acaba de presentar, influyen en la interpretación del derecho privado. Esta influencia se llevaría a cabo, sobre todo, en la concreción de las cláusulas generales del derecho privado, pero puede además, estar presente en toda interpretación de una norma de derecho privado y en casos especiales, se extendiera hasta la justificación de decisiones en contra del texto de la ley. No obstante la influencia iusfundamental, las normas del derecho privado deberían seguir siendo normas de derecho privado y los derechos y deberes por ellas fundamentados, derechos y deberes de derecho privado. Para la posición del juez, el efecto de irradiación debería fundamentar el deber de tener en cuenta en su interpretación la influencia iusfundamental en las normas de derecho privado. ALEXANDER. Citado por RENGIFO GARCIA. P. 61.

¹⁵⁷ HARE. The language of morals. citado por: Op cit.. ATIENZA y RUIZ P. 39

conducta empleando el concepto del abuso del derecho, tenemos que en materia penal la idealidad liberal exige que el legislador determine muy precisamente (en términos de propiedades descriptivas) las condiciones de aplicación de la calificación como disvaliosas que después serán prohibidas de ciertas conductas típicamente antijurídicas. Pero es diferente con el abuso del derecho, en este caso el legislador se limita a prohibir aquellas acciones que merezcan ser calificadas valorativamente de “abusivas” (o de sobrepasar manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho). Sin especificar, en términos de propiedades descriptivas en que condiciones una cierta acción merece tal calificación valorativa. Determinar dichas condiciones de aplicación es asunto que el legislador encomienda al aplicador del derecho.¹⁵⁸

La jurisprudencia española desde la sentencia del TS del 14 de febrero del 1944, ha determinado las condiciones de aplicación de la calificación de abusiva, referida a una cierta acción de la siguiente manera: una acción es abusiva siempre que se de conjuntamente las circunstancias siguientes:

- a) “uso de un derecho objetivo (derecho subjetivo establecido por reglas del derecho objetivo) o externamente legal, la acción debe ser descrita *prima facie* como un ejercicio de un derecho subjetivo”
- b) “daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica”, no hay abuso cuando el interés dañado está protegido por una regla y en particular, cuando la regla protege un derecho subjetivo ajeno, pues non encontraríamos ante un supuesto de colisión de derechos y no de abuso.

¹⁵⁸ *Ibíd.* P 41. para entender más lo que Atienza y Manero tratan de decir, es que es común entre los juristas caracterizar el abuso del derecho como un concepto jurídico indeterminado, esto quiere decir que el legislador lo que hace es ordenar o prohibir acciones que merezcan una cierta calificación valorativa sin determinar en propiedades descriptivas cuales son las condiciones de aplicación de la calificación valorativa en cuestión lo que genera una vaguedad radical por que la mayoría de los casos de aplicación resultarán controvertibles. Ejemplos de estas son buena fe, fidelidad, socorro mutuo, respeto, reverencia buenas costumbres, etc.

c) “inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada de forma subjetiva (se actúa con intención de perjudicar o sin fin serio y legitimo) o bajo la forma objetiva (el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho)”.¹⁵⁹

Estas condiciones de aplicación establecidas por la jurisprudencia plantean dos órdenes de problemas:

1. El primero es que en su formulación aparecen palabras que designan propiedades más específicas que la de abusiva, pero igualmente valorativas (inmoralidad o antisocialidad del daño, interés serio o legitimo, exceso o anormalidad) ello hace surgir la cuestión de las condiciones de aplicación de estas palabras valorativas que según la jurisprudencia, deben constituir las condiciones de aplicación de la palabra valorativa abuso. Si fuera posible una enunciación completa de las propiedades descriptivas que deban constituir las condiciones necesarias y suficientes de aplicación de estas palabras que designan propiedades valorativas mas específicas, “el abuso del derecho” dejaría de ser un concepto jurídico indeterminado: dicha enunciación constituiría la determinación del concepto y en tal caso la reglamentación del abuso del derecho abandonaría el terreno de los principios para situarse en el de las reglas y tal cosa no seria deseable.
2. El segundo problema es el de los criterios para evaluar la corrección de dichas condiciones de aplicación, porque la jurisprudencia debería considerar que son estas y no otras las condiciones de aplicación de la calificación de abusiva.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Junto con estas condiciones la jurisprudencia insiste en criterio restrictivo en uso de la calificación abusiva: “el recurso al abuso debe aplicarse con especial cuidado atendiendo a las circunstancias de hecho y procurando la indultada acreditación de los presupuestos de aplicación del artículo 7.2 C.C.E. (LASARTE, 1992,171). *Ibíd.* P. 42

¹⁶⁰ *Ibíd.* P. 42

La idea central que defienden los autores citados es, por un lado, que una concepción del derecho que entienda a este como compuesto exclusivamente por un solo tipo de normas regulativas (reglas que ordenan, prohíben o permiten realizar acciones descriptivamente caracterizadas cuando se dan ciertas condiciones descriptivamente caracterizadas) resulta por completo inadecuada para dar cuenta del abuso del derecho, y por otro lado, que solo una concepción del derecho que en su reconstrucción de las instituciones jurídicas integre principios en sentido estricto, directrices y reglas constituye el marco adecuado para una explicación y justificación satisfactorias del abuso del derecho y de las condiciones de aplicación de esta calificación establecidas por la jurisprudencia¹⁶¹.

Existe una posición en la que las normas jurídicas regulativas tienen forma exclusiva de reglas. Pero el derecho en muchas ocasiones exige de sus órganos de aplicación que resuelvan sobre la aplicabilidad de predicados valorativos (mal uso de la cosa, abuso del derecho, diligencia de un buen padre de familia) a situaciones particulares, en las que los tribunales realizan valoraciones que no se fundan en reglas y por tanto se acude a valoraciones extrajurídicas que se obtienen de la moralidad social vigente.¹⁶² La existencia de la corriente jurídica de DIEZ PICASSO Y GULLÓN se puede tener en cuenta en el entendido de los principios como pautas que por tener arraigo en la conciencia social se incorporan al sistema jurídico y por tanto esta conciencia social proporcionaría un criterio para resolver el problema para las condiciones de aplicación de la calificación de abuso del derecho. El problema que se presenta es que lo anterior no debe ser condición

¹⁶¹ *Ibíd.* P. 43

¹⁶² *Ibíd.* P. 43-46. como ejemplo de esta concepción se presentan dos corrientes jurídicas entre sí alejadas: CARLOS ALCHOURRON y EUGENIO BULYGIN, en su tratamiento de las valoraciones judiciales, para estos autores los predicados valorativos pueden usarse no solo como juicios de valor, sino que pueden describir enunciados no valorativos, proposiciones fácticas que satisfacen criterios valorativos de un grupo social y los jueces solo se limitan a registrar estas valoraciones. para LUIS DIEZ –PICASSO y ANTONIO GULLÓN en la presentación de los principios jurídicos: dicen que son auténticas normas jurídicas en sentido sustancial porque suministran pautas o modelos de conducta (por lo que Atienza y Manero están de acuerdo). los principios jurídicos tiene su fundamento en la comunidad entera en sus convicciones y creencias y para que una norma sea auténtico principio basta su arraigo en la conciencia social.

necesaria, porque el principio jurídico no pierde validez por las variaciones que sufre la conciencia social. ATIENZA y RUIZ formulan que la tesis de DIEZ PICASSO y GULLON necesita de dos condiciones adicionales a la de la conciencia social para que se conviertan en jurídico: a) que la pauta tenga relevancia jurídica y b) que dicha pauta pase el test de su adecuación al derecho establecido, a los principios y reglas expresados en fuentes¹⁶³. La tesis según la cual hay que mirar a la conciencia social para determinar las condiciones de aplicación de un termino valorativo, como abuso del derecho, se ha revelado o bien desprovisto de fundamentación (en el caso de ALCHOURON y BULYGIN) o bien fundamentada en una concepción inaceptable de los principios jurídicos (DIÉZ-PICAZO y GULLÓN)¹⁶⁴.

La figura del abuso del derecho ha surgido históricamente vinculada de manera central a la institución jurídica del derecho de propiedad privada. El derecho de propiedad sobre una cierta cosa es un titulo que constituye el fundamento de un complejo de posiciones normativas¹⁶⁵ no sujetas a límite temporal, dicho complejo comprende:

- a) el derecho subjetivo en sentido estricto, a no ser interferido en el uso y disfrute de la cosa (uso de libertades y poderes normativos) correlativo a este existe el deber de no interferencia por parte de los demás,
- b) una serie de libertades (uso de la cosa, percibir sus frutos, edificar sobre el terreno) correlativo esta el no derecho de los demás a exigir al propietario que realice a se abstenga de realizar dichas conductas,
- c) poderes normativos que posibilitan producir cambios en el estatus normativo de la cosa: poderes normativos para donar la cosa, venderla, arrendarla, darla en

¹⁶³ Ibíd. P 47

¹⁶⁴ Ibíd. P 47

¹⁶⁵ Ibíd. P 48. según Atienza, estas posiciones normativas en la terminología de HOHFELD son modalidades jurídicas activas, por lo tanto analizar el derecho de propiedad en estos términos implica dejar de lado la dicotomía entre derechos reales y derechos personales y entender que no hay derechos que no sean frente a personas.

garantía de una deuda. El correlativo es la sujeción de los demás en el sentido de que el uso de estos poderes genera cambios normativos respecto de la cosa que los demás deben aceptar como vinculantes,

d) inmunidad referida al estatus normativo de la cosa que no puede ser alterado por los demás. Correlativo es la incompetencia de los demás para alterar tal estatus normativo.¹⁶⁶

El derecho de propiedad entendido como un conjunto de posiciones normativas, dentro del cual debe distinguirse las razones que lo justifican y las que lo limitan. Las que justifican el derecho de propiedad son:

a) Justificaciones últimas: se dan en términos de principios y se refieren a derechos que se adscriben universalmente. Las razones que justifican la adscripción de un bien a una persona como su propietaria. Un ejemplo de derecho subjetivo que se refiere a este tipo de justificaciones es el de los derechos de todos a no ser sometidos a torturas, ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, por lo que se protegen la dignidad de la persona como un derecho igual a todos y a cada uno.

b) Justificaciones utilitarias: que se dan en términos de directrices y se refieren a derechos que se adscriben a personas determinadas o a clases determinadas de personas. Como las razones que justifican la institución de la propiedad como as de posiciones normativas respecto de bienes no determinados, accesibles a cualquier persona. Un ejemplo de derecho subjetivo es el que tiene que ver con la cláusula de conciencia y secreto profesional y son las que están relacionadas con la maximización de un bien público, como en el caso de los periodistas y el derecho de información pública.

c) Justificaciones mixtas: integrando las dos anteriores y se refieren a derechos que se adscriben universalmente y en forma desigualitaria.

¹⁶⁶ Ibíd. P 49

Para NINO: “la justificación en términos de principio de la propiedad privada se halla en la relación intrínseca que hay entre el desarrollo de la persona y la necesidad de controlar individualmente algunos recursos económicos, sin ese control es imposible la elección y materialización de planes de vida constitutivos de la autonomía personal.”¹⁶⁷ Esta justificación resulta compatible con las fuertes restricciones a la propiedad que se da en tres direcciones:

- a) respecto de los bienes susceptibles de convertirse en propiedad privada de alguien.
- b) respecto al alcance de las diferentes posiciones normativas particularmente poderes normativos y libertades que integran el derecho de propiedad
- c) respecto a la posibilidad de acumulación desigualitaria de propiedad.

Con todo lo anterior lo que se quiere decir es que la configuración concreta del derecho de propiedad que existe en nuestros sistemas jurídicos no puede explicarse y justificarse por la sola referencia a la autonomía, porque esta exige que todos dispongan del *quantum* de propiedad necesaria para poder llevar una existencia autónoma, para exponer las razones que explican y justifican la propiedad es preciso aludir a directrices y a juicios sobre nexos causales entre los bienes colectivos cuya maximización viene ordenada por las directrices y configuraciones normativas en formas de reglas, que pueden constituir razones para limitar el alcance de las posiciones normativas que las reglas que configuran la propiedad atribuyen al propietario, como ejemplo de estas tenemos la directriz que ordena maximizar la riqueza social y el juicio que considera que un sistema amplio de propiedad privada crea las condiciones adecuada de riqueza social; directriz y juicio confluyen en la llamada *función social de la propiedad*, que no es sino la concreta síntesis de la regulación que atiende a la exigencia de la maximización de todos estos bienes y de otro lado el principio de autonomía que es la razón justificativa última de la propiedad privada y es a la vez razón de limitaciones a esta última, sistema que es el que se acoge en lo que consiste el

¹⁶⁷ NINO, citado por ATIENZA y RUIZ P. 51

Estado Social, en el cual el fin es asegurar a los mas desfavorecidos, el *quantum* de propiedad necesario para lograr una existencia autónoma.¹⁶⁸

Si entendemos por *contenido esencial* del derecho de propiedad privada, la existencia de una institución que consista en un haz de posiciones normativas como las señaladas¹⁶⁹, dicha institución es una condición necesaria, un componente esencial, de la autonomía personal. En segundo lugar, cuando el legislador configura el sistema de reglas que establecen concretamente los alcances y los límites de tales posiciones normativas atiende en tal configuración a la idea de la promoción de bienes colectivos del más variado género a que antes se hacia referencia¹⁷⁰.

En la configuración del sistema de reglas de la propiedad el legislador dispone de un amplio margen de discrecionalidad: con el limite de respeto al *contenido esencial*, (cumplimiento de la función social de la propiedad) puede dictar reglas que fijen de manera más o menos amplia o más o menos restringida, respecto de unas u otras categorías de bienes, el alcance de los derechos subjetivos en sentido estricto, libertades, poderes normativos e inmunidades que constituyen la condición de propietario. Una vez dictadas tales reglas, su respeto y su estabilidad tienen valor de principio. Y esto porque la existencia de un sistema de reglas de la

¹⁶⁸ *Ibíd.* P. 49-53.

¹⁶⁹ *Ibíd.* P. 48. Como un complejo de posiciones normativas que constituyen el derecho de propiedad en un titulo sobre una cierta cosa y que estas posiciones normativas comprenden: el uso y disfrute de la cosa, el deber de no interferencia por los demás, el no derecho de los demás a exigirle a los propietarios que realice o se abstengan de dichas conductas y poderes normativos que le posibilitan el propietario producir cambios en el status normativo de la cosa que los demás deben aceptar estos cambios como vinculantes y una inmunidad referente al status normativo de la cosa que no puede ser alterado por lo demás, por que estos no tienen la competencia para esto.

¹⁷⁰ *Ibíd.* P. 49-53. En la justificación del haz de posiciones normativas que constituye el derecho de propiedad intervienen consideraciones referidas al bien de la persona titular del derecho como las referidas a ciertos bienes colectivos, esta justificación resulta compatible como restricciones de la propiedad en cuanto a bienes susceptibles de convertirse en propiedad privada de alguien, respecto al alcance de las posiciones normativas como poderes normativas y libertades y respecto a la posibilidad de acumulación desigualitaria de propiedad. Respecto de la configuración de la propiedad se alude a las directrices y a juicios sobre nexos causales que constituyen razones que limitan el alcance de las posiciones normativas que se le atribuyen al propietario y la síntesis que resulta es la función social de la propiedad. *Ibíd.* ATIENZA y RUIZ P. 49-53

propiedad (su estabilidad y su no excepcionalidad en casos individuales) constituye la principal condición necesaria de la autonomía personal en el plano patrimonial¹⁷¹.

ATIENZA y RUIZ, señalan que la importancia de las reglas para la autonomía personal reside en que ellas “posibilitan a sus destinatarios desarrollar su plan de vida sin necesidad de ponderar en cada ocasión de que manera su acción podría afectar a los intereses de otros sujetos sociales”.¹⁷² Para este caso de propiedad privada, las acciones que constituyen casos de abuso del derecho son acciones de ejercicio de algunas de las posiciones normativas en que la propiedad consiste y son acciones *prima facie* permitidas, pero que resultan prohibidas. Las razones por las cuales resultan prohibidas estas acciones, no pueden tratarse meramente de razones de directriz, de razones utilitarias que apelen a la maximización de unos u otros intereses colectivos; una acción no puede considerarse como abusiva dependiendo de que produzca mayor o menor utilidad social. El espacio de autonomía personal que las reglas sobre la propiedad garantizan, solo es tal espacio, si quien lo tiene puede tomar decisiones y dentro de este espacio persigue sus propios intereses sin considerar en cada caso que sus decisiones afecten los intereses de otros individuos o intereses colectivos. Pero si las razones que se deben de tener en cuenta al calificar como abusiva una acción y que finalmente será prohibida, son razones de principio y no de directriz¹⁷³.

Lo que nos queda es que las razones de principio que se deben tener en cuenta al clarificar una acción como abusiva son las que se refieren al alcance de la

¹⁷¹ *Ibíd.* P. 54

¹⁷² *Ibíd.* p. 54. Lo que se quiere dar a entender es que difícilmente alguien podría desarrollar su plan de vida si en el plano patrimonial permanentemente le cambiaran el sistema de reglas aplicables porque afectarían negativamente los intereses de otros o a esos intereses colectivos que las directrices ordenan fundamentar.

¹⁷³ *Ibíd.* P. 55. Atienza excluye en este caso las razones de principio derivadas del respeto a derechos de otros, establecidos en reglas, porque no existe el abuso del derecho, sino una colisión de derechos por que el abuso del derecho exige que el interés dañado este protegido por una específica prerrogativa jurídica.

autonomía, que se estima como valiosa a proteger para que una persona pueda desarrollar su propio plan de vida y perseguir sus intereses sin la necesidad de considerar en cada ocasión como su acción afecta los intereses de terceros. Tal autonomía que estimamos digna de ser protegida no es ilimitada y se supedita a dos tipos de límites:

a) las acciones orientadas a dañar los intereses de otros: no se debe entender aquellas acciones que en desarrollo de sus propios intereses los dañan. Aquí podemos ubicar los supuestos de abusos del derecho en los que la inmoralidad o antisocialidad del daño se manifiesta de manera subjetiva, es decir se actúa con la intención de perjudicar o que no tiene un fin serio y legítimo.

b) las acciones que persiguiendo sus propios intereses causa daño excesivo o anormal a otros o a la colectividad. Se ubica aquellas acciones en las que la inmoralidad o antisocialidad del daño se manifiesta de manera objetiva¹⁷⁴.

Todo este recorrido de construcción de la teoría del abuso del derecho como un ilícito atípico que ATIENZA Y RUIZ MANERO hacen para lograr una definición de abuso del derecho. Se manifiesta así:

“la acción A, realizada por un sujeto S, en las circunstancias X, es abusiva si y solo si:

1. Existe una regla regulativa que permite a S realizar A en las circunstancias X. esta regla es un elemento del as de posiciones normativas en que se encuentra S como titular de un cierto derecho subjetivo.
2. Como consecuencia de A otro u otros sujetos sufren un daño D, y no existe una regla regulativa que prohíba causar D.

¹⁷⁴ *Ibíd.* P. 56. no se trata de que las razones de directriz prevalezcan sobre razones de principio, es solo que el alcance del principio de autonomía no puede ser insensible al daño que se le cause a intereses de otros o colectivos, cuando este daño causado resulta excesivo o anormal.

3. D, sin embargo aparece como un daño injustificado por que se da algunas de las siguientes circunstancias:

3.1. Que al realizar A, S no perseguía otra finalidad discernible mas que causar D o que S realizo A sin ningún fin serio y legitimo discernible

Que D es un daño excesivo o anormal.

4. El carácter injustificado del daño determina que la acción A quede fuera del alcance de los principios que justifica la regla permisiva a que se alude en 1 y que surja una nueva regla que establece que en las circunstancias X' (X mas alguna circunstancia que suponga una forma de realización 3.1 o 3.2) la acción A esta prohibida.¹⁷⁵

La definición que se propuso, según ATIENZA y RUIZ, supone una estructura normativa de dos niveles y es porque las acciones abusivas son de *prima facie* que resultan prohibidas ya que proviene de una regla permisiva bajo la cual resultan subsumibles. La prohibición proviene de la restricción a la aplicabilidad de la regla que viene exigida por los principios que determina el alcance justificativo de la regla misma porque a la luz de estos principios la regla resulta supraincluyente es decir que abarca casos que no debería abarcar, por tanto el abuso del derecho surge como un mecanismo de autocorrección del derecho. El segundo nivel de esta figura del abuso del derecho se ha situado fuera del universo jurídico y se ha catalogado como la intervención de la ley moral y la condena moral que hace la conciencia colectiva aunque para el ordenamiento positivo sea licito y consista en ejercer un derecho. Para LINO RODRÍGUEZ ARIAS, J. M. MARTIN BERNAL y L. A. WARAT, el abuso del derecho no es un

¹⁷⁵ Ibid. P. 57. Atienza da un ejemplo de aplicación de esta definición, en la sentencia del 14 de febrero de 1944 de la jurisprudencia española: el consorcio de la zona franca de Barcelona tenía una concepción administrativa para extraer arenas del litoral barcelonés. Una compañía eléctrica poseían una entradle energía situada junto a la desembocadura de un río y en inmediaciones de la playa del consorcio. La extracción de arenas produjo la desaparición de defensas naturales que protegían a la central eléctrica de los desbordamientos del río y de la acción del mar. En medio de esta situación hubo uso temporales fuertes que produjeron daños a la central. La empresa eléctrica se dirigió a los tribunales para ser indemnizada por el consorcio y dicha pretensión fue acogida por los tribunales.

mecanismo de autocorrección del derecho sino es un mecanismo de heterocorrección del derecho desde la moralidad. En esta circunstancia el racionamiento judicial se abriría a todo aquellos que pueda ser alegado en una controversia moral ordinaria¹⁷⁶.

Esta concepción del abuso del derecho es tributaria de una concepción general del derecho en la que la dimensión regulativa se compone exclusivamente por reglas y es de lo extrajurídico lo que no puede ser reducible a las reglas. Esto dificulta el control racional de las decisiones judiciales pues se entiende que el abuso es una situación de desajuste ente la normatividad jurídica y la convicción moral colectiva en la cual se autoriza al juez para que atienda las exigencias de la convicción colectiva puesto que las decisiones judiciales se basan en razonamientos abiertos y no los que proporciona el derecho.

Pero desde la concepción de ATIENZA no se ve una divergencia entre la normatividad jurídica y la convicción moral colectiva sino lo que existe se da en término de una divergencia entre el alcance de ciertas reglas jurídicas y las exigencias de los principios relevantes del sistema. Finalmente la figura del abuso del derecho es un mecanismo de salvaguardia de la coherencia valorativa de las decisiones jurídicas.¹⁷⁷

¹⁷⁶ *Ibíd.* P. 59. En estas consideraciones Atienza menciona a LINO RODRÍGUEZ para quien el abuso del derecho significa una limitación para los derechos positivos y J. M. MARTÍN BERNAL. Igualmente para L. A. WARAT, con un mayor rigor analítico indica que frente la abuso del derecho existe una expresa permisión legal que contrasta con una fuerte presión social que se refleja en la normatividad espontánea o conciencia jurídica colectiva que aspira a una modificación del derecho positivo vigente. El juez al calificar una acción o una omisión como abusiva se valora como más justa la prohibición emergente de la regla de acción social que la permisión del sistema legal y que limiten la vigencia jurídica.

¹⁷⁷ *Ibíd.* P. 60,61

2.4.3. EL ABUSO DEL DERECHO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991.

La figura del abuso del derecho se ha desarrollado históricamente en el ámbito del derecho privado, en relación con el derecho de propiedad y en general con el derecho de contenido patrimonial y ha tenido en este campo su área central de aplicación. Pero una reconstrucción racional de la figura, tal como se expresa en nuestra definición, posibilita su generalización más allá de los derechos de contenido patrimonial, de esta forma el abuso aparece como un supuesto de divergencia entre las exigencias de los principios (con los cuales la adscripción de un derecho esta justificada) y el alcance de algunas de las reglas permisivas en que el derecho se concreta para su titular, aun cuando el dañado por la acción abusiva sea titular de un derecho subjetivo establecido en reglas a no sufrir el daño (supuesto en el que hablamos de conflicto de derechos) el abuso se produce en aquellos casos en que la regla permisiva incluye dentro de su alcance, pero que no deberían estar incluidos en él a la luz de los propios principios que determinan el alcance justificado de la regla como integrante del derecho.

Teniendo en cuenta que en los derechos fundamentales se trata de derechos basados en justificaciones últimas que obedecen a principios en sentido estricto, ¿puede producirse una situación en la que una regla permisiva que constituya una concreción de un derecho fundamental incluya dentro de su alcance casos que a la luz de los principios que determinan el alcance justificado del derecho no debería incluir? A la hora de trazar reglas que concreten el alcance del derecho, el legislador no es omnisciente y no puede, por ello, prever todas las combinaciones de propiedades que los casos individuales puedan presentar.¹⁷⁸ ATIENZA y RUIZ menciona que LUIGI FERRAJOLI identifica que una diferencia importante entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales radica en que los derechos fundamentales son universales (*omnium*), en el sentido lógico de la

¹⁷⁸ *Ibíd.* P. 64

cuantificación universal de la clase de los sujetos que son sus titulares; mientras que los derechos patrimoniales son singulares (*singuli*) en el sentido lógico de que para cada uno de ellos existen un titular determinado con exclusión de todos los demás. A lo cual ATIENZA y RUIZ responden que aunque es cierto, no afecta en absoluto a la posibilidad de que una acción permitida de acuerdo con una regla que sea manifestación de un derecho universal vaya mas allá del alcance justificado de este, aun sin lesionar algún otro derecho establecida en reglas: de que la acción por consiguiente sea abusiva. Algunos de los derechos que FERRAJOLI cita como fundamentales es una de las fuentes mas típicas de abuso, con esto nos referimos al derecho a la capacidad de obrar (aspectos central del derecho a la autonomía personal) a cuyo uso no justificado pertenecen los abusos en la contratación.¹⁷⁹

En Colombia, la figura del abuso del derecho ha trascendido no solo al derecho civil sino también para encontrar otra aplicación en las diferentes disciplinas normativas como el derecho comercial, el derecho administrativo, el derecho de la competencia económica, e incluso ha llegado en su discusión e incorporación al terreno de los derechos fundamentales¹⁸⁰.

En la Constitución de 1991 el abuso del derecho como tal no aparece denominado, pero en el artículo 95, en los deberes del ciudadano aparece en el numeral 1: “*respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.*” Por esta razón RENGIFO considera el abuso del derecho como “un principio constitucional abstracto” aplicado o aplicable mediante un argumento interpretativo y considera que “*puede triunfar incluso sobre reglas explícitas que también regulen una situación jurídica concreta.*” Además en la sentencia T-375/97 C.C., también se hace alusión a la importancia de los principios: *hoy los principios y la constitución*

¹⁷⁹ *Ibíd.* P. 65

¹⁸⁰ RENGIFO. *Op. Cit.* P. 29

tienen aplicación concreta en la solución de los casos jurídicos. Continúa afirmando:

*“en el artículo 95 de la CP subyace un principio fundamental del ordenamiento jurídico que hace imperioso el ejercicio razonable de los derechos constitucionales. Es un desarrollo concreto de la precedente prescripción que se contiene en la misma disposición el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta constitución e implica responsabilidades. Esta posibilidad se extendió al ejercicio de derechos fundamentales, es decir habría dos niveles de abuso del derecho: a) un nivel contenido en una norma constitucional referida al ejercicio no razonable de los derechos reconocidos en el mismo texto constitucional y b) el tradicional que se aplica a las prerrogativas o situaciones de ventaja que el ordenamiento otorga mediante leyes, reglas o normas jurídicas a los sujetos de derecho privado en la medida que el abuso del derecho es un principio del ordenamiento”.*¹⁸¹

Para RENGIFO no hay discusión en el sentido de que la función específica de un derecho se deduce del texto constitucional *ora de la doctrina constitucional, ora de los valores y principios axiológicos de la Constitución*. En este orden de ideas se puede afirmar que el acto será normal o abusivo, en cuanto se encuentren en consonancia con los principios y valores axiológicos extraídos del texto constitucional o de la interpretación dada por la Corte Constitucional. Los principios y valores constitucionales informan e impregnan todo el ordenamiento jurídico (efectos de irradiación del texto constitucional). Los criterios para caracterizar el acto abusivo deben ser los valores y principios constitucionales. La Constitución no es un ordenamiento axiológicamente neutral. Contiene un sistema de valores que debe valer como decisión constitucional fundamental en todos los sectores del derecho, el derecho privado no puede estar en contradicción con ese sistema constitucional de valores y sus normas deben ser interpretadas en el espíritu de ese sistema axiológico.¹⁸²

¹⁸¹ Ibíd. P. 71

¹⁸² Ibíd. p. 75

CAPÍTULO 3: EL ABUSO DEL DERECHO POR PARTE DE LAS CORPORACIONES DE AHORRO Y VIVIENDA Y LOS BANCOS COMERCIALES FRENTE A LOS USUARIOS DE LOS SISTEMAS DE FINANCIACIÓN DE VIVIENDA A LARGO PLAZO MEDIANTE LOS CRÉDITOS EN UPAC Y UVR: ANÁLISIS SOCIO-JURÍDICO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS ILÍCITOS ATÍPICOS.

3.1 ¿POR QUÉ SE APLICA LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO COMO UN ILÍCITO ATÍPICO AL ANÁLISIS DEL UPAC Y DEL UVR?

El abuso del derecho desde la perspectiva de los ilícitos atípicos analiza las conductas de acuerdo a la sujeción que puedan tener a los principios que las fundamentan, lo que permite que se pueda aplicar en los ordenamientos jurídicos propios del Estado Social de Derecho. La conducta abusiva resulta al no adecuarse a los principios constitucionales como la justicia, la igualdad, el orden político, económico y social justo; que son la esencia del sistema jurídico. La diferencia de los ilícitos atípicos con los ilícitos típicos es que los últimos contravienen normas o reglas, por tanto sus conductas son ilícitas desde el punto de vista de la antijuridicidad y el daño que ocasionan se trata de un daño ilegal. Los ilícitos atípicos contravienen principios que el sistema jurídico cataloga como fines en si mismos y sobre los cuales se funda el Estado Social de Derecho, por tanto su desconocimiento o vulneración no contraviene normas del orden legal y las conductas abusivas no son ilegales, pero sí son ilícitas en el sentido de que causaron daño. Esta particularidad y excepción que presentan los ilícitos atípicos permiten que salgan de la esfera civil en la que tradicionalmente se han encontrado y se ubican en cualquier plano del derecho, porque lo que se caracteriza como abusivo está determinado por los principios constitucionales.

Las anteriores apreciaciones permiten el abuso del derecho como ilícito atípico ser el marco adecuado para analizar los daños sufridos por los deudores a causa del UPAC y del UVR. Es también adecuado porque en Colombia la reiterada jurisprudencia constitucional ha introducido la predominancia de los principios sobre las normatividades en la Constitución política de 1991. El profesor RENGIFO al referirse a la importancia que debe tener para el ordenamiento jurídico la aplicación efectiva de la jurisprudencia en los Estados Constitucionales menciona la relevancia creciente de los principios y la superación del legalismo, en la medida en que la ley queda sometida a la normatividad superior de la Constitución y de los principios constitucionales, y la superación del formalismo jurídico, en la medida en que los principios jurídicos, frente a las reglas, reclaman entrar en la solución de los conflictos jurídicos. Es esta razón por la que en materia de la problemática social que causó el UPAC y el UVR la conducta desplegada por las CAV y los bancos comerciales es de carácter abusiva, por lo que esa acción es totalmente dañina. En cuanto el exceso en materia de daños y perjuicios causados a las familias se puede identificar de dos maneras: en el total de las poblaciones afectadas y en particular en cada una de ellas. Lo que traduce en que no solo es excesivo el daño a nivel cuantitativo¹⁸³ en el caso de que hubo muchas familias perjudicadas, sino que tal nivel produjo un perjuicio cualitativo en el sentido de que estas familias tuvieron que sufrir la pérdida económica, pero la pérdida de la familia misma e incluso la pérdida de seres queridos que optaron por el suicidio, sumado a lo que el papel del estado social de derecho jugó y hoy mantiene en materia de represión demostrando aún más la característica legal de la regla regulativa, que es totalmente legal en la medida en que es totalmente injusta.

Esta es la situación social que evidencia la importancia de que tanto los jueces y magistrados de tribunales acaten la jurisprudencia como se determinó en la última sentencia que sobre UPAC se ha hecho (SU-813-2007) en la que se ordena a los juzgados la terminación de los procesos ejecutivos hipotecarios en contra de los

¹⁸³ Estos datos están consignados en el daño causado

deudores del UPAC que antes del 31 de diciembre de 1999 habían iniciado los procesos y a los bancos comerciales que eran antes las CAV, reestructurar los créditos en UPAC. Esta sentencia no es más que la derivación de las suplicas que sobre reestructuración y reliquidación de créditos necesitan los deudores porque después de dictaminada la ley 546 y decretada su exequibilidad la mayoría de tutelas interpuestas por los deudores eran de este carácter, al punto de que en este año existen alrededor de 70 tutelas que piden a la corte ordenar la terminación de procesos en UPAC. La sentencia SU-813 confirma la línea jurisprudencial que sobre la materia la corte ha mantenido, principalmente en la sentencia C-955 del 2000.

Para RENGIFO es claro que los principios son partes integrantes y esenciales (*potissima pars*) de los ordenamientos jurídicos, entendidos como elementos esenciales, contribuyen a la creación y adecuación del ordenamiento y a su interpretación. De ahí que se diga que los principios son integrativos, creativos, interpretativos, delimitadores y productores. De acuerdo con BARTOLE, los principios generales del derecho cumplen las siguientes funciones:

- a. Integradora, en el sentido de colmar las lagunas del dictado normativo;
- b. Interpretativa, en el sentido de ofrecer al juez el modo de subsumir los presupuestos de hecho en un enunciado amplio;
- c. Delimitadora, en el sentido de poner un dique a las competencias legislativas y negociales;
- d. Productora, en el sentido de ofrecer valores sobre los cuales se funda íntegro el ordenamiento.

En Colombia la labor de introducir una función más propia al papel de la jurisprudencia no se dio solo con la Constitución Política del año 91, esta función creativa ya estaba dada, como lo afirma el profesor RENGIFO: “En Colombia fue singularmente significativa la intervención de la Sala de Casación Civil de la Corte

Suprema de Justicia en la segunda mitad de los años 30, que modernizó la concepción, la interpretación y la aplicación del derecho, en esfuerzo simultáneo con las demás ramas del Estado. Así, con mentalidad abierta, introdujo el espíritu de 'jurisprudencia creadora', y con ella, los principios de la buena fe—apariencia, simulación, fraude a la ley, abuso del derecho, responsabilidad civil, imprevisión, móvil determinante, error de derecho, enriquecimiento injusto"¹⁸⁴. Mencionando a HINESTROSA se agrega:

“Los principios generales del derecho han adquirido un valor ‘integrador’ del ordenamiento, concepciones, sentimientos, anhelos, contenidos, que pueden expresarse con fluidez, sin la virulencia de lo reprimido, de manera de agilizar la acomodación del derecho a la ‘modernidad’, no por afán de moda, sino por exigencia de actualidad, coherencia, justicia. En este sentido pudiera hablarse de ellos como ‘derecho flexible’. Por tal razón es inquietante la inclinación, no por explicable menos censurable, a la cristalización de la ‘jurisprudencia’, que se observa en distintos medios y ambientes”. Además precisa: “bien puede sostenerse que los principios resumen de la realidad social y de la experiencia jurídica, y que el intérprete los extrae (inventa?) De la ‘conciencia social’ mediante un proceso de abstracción y generalización, y que al sentarse un principio se introduce un quid novi en el ordenamiento o, al menos, se reafirma esa novedad adicional al conjunto de normas formalmente reconocidas”¹⁸⁵.

En nuestro derecho, la referencia legislativa inicial a los principios generales del derecho como criterios de integración e interpretación del sistema jurídico se encuentran en el artículo 8° de la Ley 153 de 1887: *“Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen*

¹⁸⁴ HINESTROZA, Fernando. De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato, citado por RENGIFO Ernesto. P. 33

¹⁸⁵ *Ibíd.* P. 34

casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”. Como se verá, los principios generales del derecho se han redimensionado a tal punto que en muchos casos no tienen el carácter subsidiario que, como fuente del derecho, les da la norma decimonónica citada y que incluso les otorga el artículo 230 de la Carta Política de 1991: “La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”, sino que pueden ser principales y obligatorios en razón de que si han sido fuente de decisiones de la Corte Constitucional devienen obligatorios dado que, tratándose de jurisprudencia constitucional, la Corte en reiterados pronunciamientos ha señalado que sus decisiones tienen carácter obligatorio para todos, incluyendo a los jueces¹⁸⁶. De modo que en razón del carácter obligatorio de la jurisprudencia constitucional los principios generales del derecho, cuando han servido de base a las decisiones de la Corte, devienen de aplicación principal y obligatoria y no meramente subsidiaria. Al respecto la Corte Constitucional se ha manifestado:

La interpretación de la Corte Constitucional, a diferencia de la jurisprudencia de los demás jueces, en cuanto desentraña el significado de la Constitución, no puede tener valor opcional o puramente ilustrativo, puesto que sirve de vehículo insustituible para que ella adquiera el status activo de norma de normas y como tal se constituya en el vértice y al mismo tiempo en el eje del ordenamiento jurídico. Si en el sistema de fuentes las sentencias de la Corte Constitucional —por ser manifestaciones autorizadas y necesarias de la voluntad inequívoca

¹⁸⁶ *Ibíd.* P. 34. “La Constitución debe, en todo momento, con ley o sin ella, inspirar la actividad judicial. Incluso, si existe ley que regule específicamente la materia, debe interpretarse de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable a su realización concreta. El sentido del término ‘doctrina constitucional’ fijado por la Corte, en su doble acepción como referido a ‘norma constitucional’ y a ‘cualificación adicional’ efectuada por el intérprete autorizado y supremo de la misma, enfatiza su valor de fuente de derecho, bien porque la norma constitucional es ‘ley’, esto es, tiene carácter normativo (art. 4.º C. P.), o porque las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional vinculan a todas las autoridades (art. 243 C. P.)”: aclaración de voto a la sentencia C—083 del 1.º de marzo de 1995, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

de la Constitución— prevalecen sobre las leyes, ellas igualmente resultan vinculantes para las distintas autoridades judiciales, que no pueden a su arbitrio sustraerse a la fuerza normativa de la Constitución, la cual se impone y decanta justamente en virtud de la actividad interpretativa de su guardián, tal y como se refleja en sus fallos. La supremacía y la integridad de la Constitución son consustanciales a la uniformidad de su interpretación. Si el texto de la Constitución se divorcia de la interpretación que del mismo haya dado la Corte Constitucional en ejercicio de sus competencias privativas, de suerte que esta última se convierta en una de las tantas alternativas plausibles de entendimiento, la fragmentación hermenéutica que se propiciaría inexorablemente conduciría a la erosión del valor cierto y vinculante de la Constitución, puesto que entonces habría tantas constituciones como intérpretes¹⁸⁷.

Además, debe recordarse que a la luz del derecho tradicional y legalista los casos jurídicos concretos se resolvían mediante la aplicación de reglas legales específicas y tanto los principios como el texto constitucional rara vez influían en las decisiones de los casos jurídicos concretos. Hoy, los principios y la Constitución tienen aplicación concreta en la solución de los casos jurídicos, como firmemente se verifica en el siguiente aparte:

“La Constitución informa el entero ordenamiento jurídico, cuyas normas se elaboran dentro de los cauces en ella previstos y conforme a los principios, valores y pautas supremas que ella dispone. No obstante el poder de irradiación que se le reconoce a la Carta y que se extiende al universo de las normas infraconstitucionales, la jurisprudencia de la Corte ha sido constante en señalar que el ámbito del contrato, en principio, está librado a la regulación legal y a la autonomía de las

¹⁸⁷ *Ibíd.* P. 35. Corte Constitucional. Sentencia SU-640 del 5 de noviembre de 1998, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

partes. Los litigios comerciales, por consiguiente, normalmente se ventilan ante la jurisdicción ordinaria y a la luz de las fuentes pertinentes y más próximas, las que suelen coincidir con la ley y el contrato. Puede observarse cómo un conflicto de derecho privado fue resuelto con base en la aplicación de valores y principios constitucionales en la medida en que se consideró que con la abstención a contratar se estaba vulnerando un derecho fundamental. Además, del caso se puede observar cómo la fuerza normativa de los derechos fundamentales penetra los sectores del ordenamiento jurídico, incluso el derecho privado. Y es que, en efecto, los derechos fundamentales despliegan un efecto de irradiación sobre todos los sectores del ordenamiento jurídico”¹⁸⁸.

Una de las formas para apreciar lo que se puede llamar la “constitucionalización del derecho privado” es observar que con mucha frecuencia los conflictos se resuelven mediante la aplicación de los principios y valores constitucionales, los cuales se imponen al intérprete en la medida en que el juez debe acatarlos al interpretar y aplicar el derecho. Ya no es lo usual acudir a la contención jurídica como primera opción y a través de ella aplicar tal cual la ley. Hoy el juez no sólo aplica la regla concreta para solucionar un conflicto, sino que también encuentra la solución, para casos específicos, en los principios y valores constitucionales. Y lo que se trata es de identificar e incluso emular por parte del juez lo que al respecto las cortes manifiestan acerca de las normas a aplicar, a esto ROBERT ALEXY en su teoría acerca de los derechos fundamentales expresa:

“La diferencia entre principios y valores se reduce así a un punto. Lo que en el modelo de los valores es prima facie lo mejor es, en el modelo de los principios, prima facie debido; y lo que en el modelo de los

¹⁸⁸ *Ibíd.* P. 35, 36. Sentencia T-375 del 14 de agosto de 1997, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así pues, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente. En el derecho, de lo que se trata es de qué es lo debido. El modelo de los principios tiene la ventaja de que en él se expresa claramente el carácter de deber ser. A ello se agrega el hecho de que el concepto de principio, en menor medida que el de los valores, da lugar a menos falsas interpretaciones”¹⁸⁹

De ahí que se hable de la fuerza normativa de la Constitución, o también, de la eficacia del texto constitucional, la cual puede ser inmediata, es decir, cuando se aplica directamente la norma constitucional, o mediata, que surge de interpretar una norma legal a la luz de los principios o valores axiológicos de la Carta Política. En otras palabras: el sistema jurídico, debido a la vigencia de los derechos fundamentales (los cuales son principios), tiene el carácter de un sistema jurídico materialmente determinado por la Constitución. Esa determinación encuentra expresión en la aplicación directa del texto constitucional o mediante la interpretación de reglas específicas del sistema con base en los valores y principios constitucionales.

Para ROBERT ALEXY “el efecto de irradiación” de las normas iusfundamentales en la totalidad del sistema jurídico encuentra que las normas iusfundamentales contienen no sólo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica jurídico—constitucional, vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia”. “Por lo tanto, la irradiación en todos los ámbitos del sistema jurídico de los derechos fundamentales, en tanto derecho positivo, incluye una irradiación de

¹⁸⁹ ROBERT ALEXY. Teoría de los derechos fundamentales, citado por RENGIFO Ernesto. P. 37.

la idea de la justicia en todos los ámbitos del derecho, exigida por el propio derecho positivo”¹⁹⁰.

En Colombia al respecto la Corte Constitucional ha precisado, con objeto de garantizar los principios de igualdad y de seguridad jurídica, sin afectar el principio de la independencia del juez, que el precedente judicial de la Corte Constitucional obliga y que, por lo tanto, si el juez cambia de criterio deberá justificar de manera suficiente y razonable el cambio de criterio sobre la línea jurisprudencial.

Para esta alta corporación su doctrina es obligatoria en el sentido de que “es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad.

Posteriormente al revisarse la constitucionalidad de la Ley Estatutaria de la Administración de justicia (Ley 276 de 1996), la Corte Constitucional a propósito del examen del artículo 48 de la citada ley, que dice que: “Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces”, hubo de decir en la sentencia 037 de 1996 que: *“La exequibilidad del segundo numeral del artículo 48, materia de examen, se declarará bajo el entendido de que las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas; deberán*

¹⁹⁰ ROBERT ALEXANDER. Teoría de los derechos fundamentales, citado por RENGIFO Ernesto. P. 37.

justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad”¹⁹¹.

En otras palabras, hay un control de la actividad independiente del juez mediante la exigencia de una justificación suficiente y razonable cuando se presenta un cambio jurisprudencial. Esta sería, pues, una forma de control que el mismo sistema crea para limitar la discrecionalidad del juez.

La Corte ha considerado que un cambio jurisprudencia inopinado y no suficientemente expuesto puede dar lugar a ejercitar la acción de tutela por violación del derecho de igualdad. Lo que importa destacar, entonces, es que el argumento de la discrecionalidad del juez en el tema del abuso del derecho —el cual hoy está trasunto en norma constitucional— se atempera con la exigencia que la Corte Constitucional le impone al juez para que justifique de manera suficiente y razonada la modificación de su criterio. En el proveído se sostiene lo siguiente:

“Los principios y normas constitucionales se deben aplicar de manera coordinada y armónica. La interpretación más acorde con la Constitución es la que evita que la escogencia (sic) de un principio lleve al sacrificio absoluto de otro de la misma jerarquía. Si en el caso concreto el juez está normativamente vinculado por los dos principios —igualdad e independencia judicial—, debe existir una forma de llevar los principios, aparentemente contrarios, hasta el punto en que ambos reciban un grado satisfactorio de aplicación y en el que sus exigencias sean mutuamente satisfechas. La Corte considera que existe un medio para conciliar ambos principios. Si el juez, en su sentencia, justifica de manera suficiente y razonable el cambio de criterio respecto de la línea jurisprudencial que su mismo despacho ha seguido en casos sustantivamente idénticos, quedan salvadas las exigencias de la igualdad y de la independencia judicial. No podrá reprocharse a la sentencia arbitrariedad ni inadvertencia y, por tanto, el juez no habrá efectuado entre los justiciables ningún género de discriminación. De otro lado, el juez continuará gozando de

¹⁹¹ *Ibíd.* P. 54. Sobre la obligatoriedad del precedente judicial, cfr. la sentencia T-123 del 21 de marzo de 1995, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, luego precisada por la Corte Constitucional en pleno mediante la sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA

un amplio margen de libertad interpretativa y la jurisprudencia no quedará atada rígidamente al precedente”.

Y en la sentencia T-321 del 2 de julio de 1998, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA, la Corte reiteró su posición:

“Exigir al juez que mantenga inalterable su criterio, e imponerle la obligación de fallar irrestrictamente de la misma forma todos los casos que lleguen a su conocimiento, cuando estos compartan en esencia los mismos elementos, a efectos de no desconocer el principio de igualdad, implicaría una intromisión y una restricción a su autonomía e independencia. Principios estos igualmente protegidos por la Constitución (art. 228), y un obstáculo a la evolución y modernización de las decisiones judiciales, a favor de los mismos administrados. Sin embargo, a efectos de no vulnerar el derecho a la igualdad y el principio de seguridad jurídica (que tiene como uno de sus fundamentos el que se otorgue la misma solución dada a casos similares —precedentes—), el funcionario que decide modificar su criterio tiene la carga de exponer las razones y fundamentos que lo han llevado a ese cambio [...] Dentro de este contexto, es claro que el derecho a la igualdad y el principio de autonomía judicial, en donde los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley (art. 230 C. P.), encuentran un punto de equilibrio y conciliación en el deber que tiene el juez de justificar expresa o tácitamente la modificación de su criterio. En estos casos, el test de igualdad, en el que se exige que ante un mismo supuesto de hecho (caso similar sometido al conocimiento de un funcionario) se aplique la misma razón de derecho (adoptar la misma situación que tomó en un caso anterior), encuentra como elemento diferencial la carga que se impone al juez de motivar las razones de su cambio de criterio”¹⁹²

Según RENGIFO en 1994 la Corte Suprema de Justicia definió la posibilidad de aplicar la teoría del abuso del derecho a asuntos de naturaleza contractual porque, tratándose de la autonomía de la voluntad privada puede darse conductas abusivas que agravan intereses legítimos no amparados por una prerrogativa distinta que da lugar a que el damnificado pueda exigir la indemnización aun encontrándose vinculado por el negocio. El abuso puede ser cometido al celebrar el contrato con la imposición de cláusulas abusivas, al ejecutarlo y al extinguirlo unilateralmente.¹⁹³

¹⁹² *Ibíd.* P. 55. . Corte Constitucional. Sentencia T-123 del 21 de marzo de 1995, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

¹⁹³ *Ibíd.* P. 65

En el caso de Instituciones financieras que por su posición dominante incurren *en Abuso del Derecho objetivamente* (sin intención), al exigir prestaciones complementarias a los usuarios del servicio de crédito que no cuentan con otra alternativa que aceptarla, esa es una situación objetiva porque la anormalidad en el ejercicio del derecho es la que determina la existencia del abuso.¹⁹⁴

En cuanto al abuso del derecho que se ocasiona a los deudores del UPAC, RENGIFO acude a la sentencia del 24 de marzo de 1939 de la Sala de Casación Civil de la CSJ en la cual la Corte afirma: “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”, para el autor este es un criterio objetivo. Además agrega que dependerá de la aplicación del abuso del derecho, las costumbres y las relaciones sociales de nuestros días, pues actualmente existe una gran sensibilidad hacia los deudores y críticas exacerbadas al sistema financiero. Teniendo en cuenta que los contratos de adhesión que firman los usuarios de esas instituciones, no obstante que obran en uso de facultades legítimas (legales), “se desvió de los fines en vista de los cuales ha sido reglamentado su ejercicio por el Estado, desviación que redundará en daño” actitud que se extralimita en la normalidad de sus prerrogativas.¹⁹⁵ Aunque RENGIFO no menciona a los deudores del UVR a pesar de que su obra es del 2004, su planteamiento acerca de la aplicación del abuso del derecho para el UPAC, se puede también aplicar al UVR, con base en que el UVR solo funciona como reemplazo del UPAC.

¹⁹⁴ *Ibíd.* P.138.

¹⁹⁵ *Ibíd.* P.142.

3.2. ¿CÓMO SE APLICA LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO COMO ILÍCITO ATÍPICO AL ANÁLISIS DEL UPAC Y DEL UVR?

Para determinar si una conducta es abusiva, ATIENZA y RUIZ presentan un test de cuatro elementos con variables descriptivas acerca de quien comete la conducta abusiva, quien la sufre y que tipo de daño es el ocasionado en razón a la intención del agente. El test se puede realizar en cualquier campo del derecho **sí y solo sí** la conducta apreciada se realiza en ejercicio de derechos subjetivos que no contravienen normas pero que ocasionan daños.

El test aplicado a los daños causados por el UPAC y el UVR es una herramienta de análisis que sirve al juez para determinar si la conducta es abusiva. En cuanto a los deudores el test resulta ser una herramienta de reclamación de la indemnización a la que tiene derecho por los perjuicios que las CAV y los bancos comerciales les causaron.

La estructura que ATIENZA y RUIZ presentan acerca de la definición del abuso del derecho contiene cuatro elementos:

“la acción A, realizada por un sujeto S, en las circunstancias X, es abusiva si y sólo sí:

3.2.1. EXISTE UNA REGLA REGULATIVA QUE PERMITE A “S” REALIZAR “A” EN LAS CIRCUNSTANCIAS “X.”

Esta regla es un elemento del haz de posiciones normativas en que se encuentra **S** como titular de un cierto derecho subjetivo. Es decir que, existe un marco legal o contexto legal (regla regulativa) conformado por una normatividad (principal y accesoria relacionada con el UPAC y el UVR) que permite que las CAV y bancos comerciales (S= sujeto) puedan conformar una relación contractual (contrato de mutuo) con la otra parte de la relación: los deudores del UPAC y UVR (A); relación

contractual que cumpla las condiciones descritas en los presupuestos fácticos concernientes al contrato de mutuo(X). Contrato que genera para las partes derechos subjetivos.

Los anteriores elementos se definirán así:

REGLA REGULATIVA: se refiere al marco legal acerca del desenvolvimiento y contexto jurídico del UPAC y UVR, en cuanto a sus orígenes y modificaciones: el Estatuto Orgánico del sistema Financiero, el contrato de mutuo en las normas del Código Civil, el Código de Procedimiento Civil, el Código de Comercio, ley 546 de 1999; y como normas accesorias: las resoluciones del Banco de la República, la Superintendencia Bancaria, el Ministerio de Hacienda y el CONPES.

S= sujeto. Es el titular de un cierto derecho subjetivo. Corporaciones de Ahorro y Vivienda (CAV) y a partir de la ley 546 de 1999 se convierten en bancos comerciales.

A= relación que se genera a partir del contrato de mutuo entre las CAV y los bancos comerciales con los deudores del sistema UPAC y los bancos comerciales con los deudores del UVR.

X= son los presupuestos fácticos (contenido que define a aquellas normas o artículos) del contrato de mutuo determinados por la regla regulativa.

DERECHO SUBJETIVO= Según GARCIA MÁYNEZ el derecho subjetivo es un poder o facultad reconocida jurídicamente para hacer u omitir algo. Corresponde al individuo por franca oposición al derecho objetivo, que es aquel que tienen las personas sobre las cosas, es de tener en cuenta que el derecho como facultad no existe sino en relación con una norma. Para el tratadista ROJINA VILLEGAS el derecho subjetivo es la facultad derivada de una norma jurídica para interferir en la

persona, en la conducta o en el patrimonio de otro sujeto o para interferir una interferencia ilícita. El filósofo DEL VECCHIO afirma que el derecho subjetivo es la facultad de querer o de pretender, atribuida a un sujeto, a la cual corresponde una obligación por parte de otros. Según la doctrina tradicional considera que existe oposición entre el derecho y la norma y el derecho y la facultad, pero en el derecho moderno se tiende a la no oposición, sino la conexión entre derecho subjetivo y derecho objetivo. Para KELSEN el derecho subjetivo y el derecho objetivo son una misma cosa desde dos puntos de vista diferentes: pertenecen al mismo género que es el derecho que comprende dos especies (derecho subjetivo y el derecho objetivo).¹⁹⁶

La concepción del derecho subjetivo según el ideario de la Revolución Francesa, resulta como una franca reacción contra el absoluto desconocimiento de las garantías individuales imperantes en las épocas precedentes. El derecho subjetivo vino a ser entendido como una facultad irrestricta de actuación dentro determinadas zonas de posibilidades para asegurarles al individuo su desenvolvimiento, sin restricciones y protegido por el principio de quién obra en ejercicio de un derecho no perjudica a nadie.

El contenido del derecho subjetivo fue de consideración absoluta sin que fuera obstáculo el resultado perjudicial del ejercicio abusivo o antisocial del derecho. Pero el concepto del derecho subjetivo ha sufrido una reevaluación completa: “la facultad individual otorgada por el derecho objetivo se estima ponderada por los intereses de toda la colectividad”. La prerrogativa es concedida para asegurar un radio de acción al individuo pero de manera de que todas las actividades individuales confluyan en el bienestar general. Por tanto no es paradójico pensar la idea de la relatividad del derecho, del derecho-deber, o del derecho función propio de la moderna concepción del derecho subjetivo es entender el derecho como una facultad que merece la protección de los organismos públicos en

¹⁹⁶ ROJAS. Op cit. P.85.

procura de la armónica coexistencia social y el progreso colectivo. Fiel expresión de este criterio es el artículo primero del código soviético: *“los derechos civiles son protegidos por la ley salvo en los casos en que sean ejercidos en un sentido contrario a su finalidad económica y social”*¹⁹⁷.

Las formas del derecho subjetivo según AFTALIÓN¹⁹⁸:

1. Como pretensión: el derecho que tiene el acreedor a exigir del deudor el pago de lo debido.
2. Como derecho de libertad o facultad de señorío: el derecho a la vida, a la Integridad personal, a la intimidad, etc.
3. Como poder creador: crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Contratos y testamentos (autonomía privada).
4. Como derecho a cumplir el propio deber: el derecho del obligado. El pago de un canon de arrendamiento por consignación en el evento de que el arrendador no lo acepte.

En cuanto a la clasificación de los derechos subjetivos, RODRIGUEZ Y SOMARRIVA¹⁹⁹, presentan la siguiente:

- a) según la eficacia y la naturaleza
 - absolutos y relativos
 - originarios y derivados
 - puros y simples y sujetos a modalidades
- b) según el objeto y contenido intrínseco
 - públicos derechos patrimoniales
 - privados derechos extrapatrimoniales

La anterior clasificación la complementa JELLINEK así:

- a) Derechos públicos:

¹⁹⁷ . TAFUR. Op. Cit. P. 140-141.

¹⁹⁸ ROJAS. Op. Cit. P.82.

¹⁹⁹ Ibid. P.89.

-Particulares, ejemplo: el derecho de demanda.

-Estado, ejemplo: crear impuestos.

b) Derechos privados

-Patrimoniales: Derechos reales, Derechos creditorios, Derechos intelectuales.

-Extrapatrimoniales: Derechos de la personalidad, Derechos de familia.

Los derechos subjetivos según la doctrina tradicional²⁰⁰ se caracterizan por:

1. son derechos innatos.
2. son vitalicios.
3. son necesarios.
4. se constituyen en derechos esenciales.
5. son inseparables de la persona (orden interno o interior).
6. son inherentes.
7. son extrapatrimoniales.
8. constituidos en derechos absolutos: relativamente indisponibles, intransferibles, irrenunciables, inajenables, inembargables, imprescriptibles e insubrogables.
9. son derechos autónomos.

3.2.1.1. MARCO LEGAL PRINCIPAL DEL UPAC: son los decretos que modifican directamente la determinación del valor del UPAC de acuerdo a diferentes factores económicos y la legislación que tiene que ver con su funcionamiento.

ORIGEN UPAC: decreto 677 del 2 de mayo de 1972, por el cual se estableció el sistema de ahorro en valor constante para ahorro y préstamo para la construcción, a su vez el decreto 678 por el cual se autorizó la constitución de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda (CAV). A lo largo de la existencia del UPAC sufrió distintas modificaciones:

²⁰⁰ Ibíd. P.93.

CUADRO 1: PRINCIPALES DECRETOS QUE ESTRUCTURAN EL UPAC Y EL USO DE SUS CRÉDITOS²⁰¹

DECRETO	DISPOSICIÓN
Dto.671 Mayo 2 1972	Préstamos para construcciones urbanas y compras de edificaciones nuevas y existentes y ejecución de proyectos de renovación urbana.
Dto.678 Mayo 2-1972	Préstamos de corto y largo plazo para compra o construcción de edificaciones y proyectos de reparación urbana
Dto.1229, art. 3 18 Julio 18-1972	La junta de ahorro y vivienda calculara e informara mensualmente o con idéntica periodicidad las CAV para cada uno de los días del mes siguiente, los valores el UPAC en moneda legal, de acuerdo a la variación resultante del promedio del IPC para empleados y obreros, elaborado por el DANE para el periodo trimestral inmediatamente anterior.
Dto.359 Marzo 9 1973	Préstamos para renovación o subdivisión de vivienda existente y financiación de obras de urbanismo para vivienda de clase media y popular
Dto. 969, art. 1 Mayo 24-1973.	Promedio del IPC correspondiente a los 12 meses inmediatamente anteriores
269 bis. Artículo1. febrero 21-1974	Igual al anterior pero las estimaciones son sobre el cambio del IPC durante los 24 meses inmediatamente anteriores.
Dto. 1728, art. 1, agosto 12-1974.	Se limita el cálculo del valor del IPC a un máximo del 20% anual, sin importar la estimación decretada anteriormente.
Dto 1685, art. 1 Agosto 21-1974	Promedio del IPC correspondiente a los 24 meses inmediatamente anteriores con límite al aumento de su valor del 19% anual.
Dto.58, art. 1y art 2. Enero 15 -1976.	El cálculo del UPAC se hará sobre la variación del IPC en los 12 meses inmediatamente anteriores. El aumento máximo del UPAC será del 18% anual.
Dto 1110, art.5 Junio 4-1976.	Se suprime la junta de ahorro y vivienda y sus funciones serán adquiridas por la Junta monetaria del banco de la república.
Dto. 664 Junio 4-1976	Supresión de la junta de ahorro y vivienda y sus funciones las adquiere la junta monetaria del Banco de la República
Dto. 664, art. 11 Mar. 27-1979.	Deroga disposiciones anteriores y define los nuevos préstamos para construcción y adquisición de vivienda nueva o edificaciones diferentes a vivienda con relación directa con proyectos de desarrollo habitacional, construcción de hoteles, oficinas, obras de infraestructura o ampliación de capacidad industrial de zonas francas.
Dto.664 Mar. 27-1979.	El aumento máximo del UPAC será del 19% anual.
Dto. 1412 Junio 5-1979	Construcción y adquisición de bodegas y locales de tipo industrial o comercial.
Dto. 2475. Art. 1 Sep. 17-1980	El aumento máximo del UPAC será del 21% anual.
Dto.2929, art. 1 Octubre11-1982.	Deroga las disposiciones anteriores y define los nuevos préstamos para construcción de vivienda propia o para venta, producción de viviendas

²⁰¹ MONOGÍA ORTIZ, Edwin Wilson y AFANADOR VILLAMIZAR Luís Eduardo. El sistema de financiación de vivienda en Colombia. Economía UIS. 2003. pág. 108-110 y 113-115.

	prefabricadas, proyectos de renovación urbana
Dto. 1131, art. 1 Mayo 16-1984	El cálculo del UPAC se hará sobre la variación del IPC los 12 meses inmediatamente anteriores más el 1.5% del cuadrado de la diferencia entre el promedio de la variación del IPC y el rendimiento efectivo ponderado de los certificados de depósito a 90 días, emitidos por bancos comerciales y corporaciones financieras calculadas por el banco de la república para el mes inmediatamente anterior.
Dto. 272, art. 2 Enero 24-1986.	Promedio del INPC correspondiente a los 12 meses inmediatamente anteriores con límite al aumento de su valor del 21% anual
Dto. 530 Marzo 25-1988.	Promedio del INPC correspondiente a los 12 meses inmediatamente anteriores con límite al aumento de su valor del 22% anual.
Dto. 911, art. 1 Mayo 13-1988.	Se elimina el tope existente de 100 UPAC para la expedición de los certificados de ahorro de valor constante sin importar su plazo.
Dto. 1319, artículo 1 Julio 7-1988	40% del Promedio del INPC correspondiente a los 12 meses inmediatamente anteriores, más el 35% del promedio de la tasa variable DTF correspondiente al mes inmediatamente anterior.
Dto. 93 Enero 11-1989.	La ejecución de nuevos programas de compra, mejora, construcción o subdivisión de VIS no podrá pactarse en signos monetarios diferentes a la moneda legal. Prohibiéndose a las CAV destinar créditos para este tipo de vivienda con precios de venta inferiores a 2168,1927, 1606 UPAC.
Dto. 166. Enero 20- 1989	Se autoriza la adquisición de vivienda usada y no solo la reparación, ampliación y subdivisión de estos inmuebles.
Dto. 1127, art. 1 Mayo 29-1989.	45% del Promedio del IPC correspondiente a los 12 meses inmediatamente anteriores, más el 35% del promedio de la tasa variable DTF correspondiente al mes inmediatamente anterior.
Dto. 1710, art. 2.1.2.3. julio 4-1991	El cálculo del UPAC es igual al 45% de la variación del IPC total ponderado para los 12 meses inmediatamente anteriores más el 35% de la tasa variable DTF del mes inmediatamente anterior
Dto. 678, art. 2.1.2.3.7 Abril 21-1992	20% del Promedio del INPC correspondiente a los 12 meses inmediatamente anteriores, más el 50% del promedio de la tasa variable DTF correspondiente a los dos meses inmediatamente anteriores.
Dto. 915, art 3 y 2 Mayo 19-1993	El plazo de los créditos que otorguen las CAV para la construcción de vivienda, proyectos de urbanismo y edificaciones distintas de vivienda será igual al inicialmente previsto para la construcción o prefabricación más de 18 meses, si los inmuebles están destinados parcial o totalmente a la venta. En todo caso las corporaciones podrán convenir plazos inferiores. A partir del 1 de julio de 1993 las CAV pueden otorgar créditos de consumo sin hipoteca.

CUADRO 2: LEGISLACIÓN ACERCA DEL UPAC

Ley 45 de 1990	En su artículo 64 dispone que para efectos del artículo 884 del C. Co. (que tiene que ver con los límites en el cobro de intereses) o cláusula de reajuste, la corrección monetaria o el ajuste se computará como interés, lo que demuestra la diferencia entre los intereses y la corrección monetaria, este artículo 64 el gobierno lo plasmó en el artículo 121 del Estatuto Orgánico Financiero, artículo declarado inexecutable por la Corte en la sentencia 747 de 1999 que era el referente a la capitalización de intereses
Ley 9 de 1991	Sustituyó el decreto 444 de 1967. Ley marco en intercambio internacional. Con la llegada de la apertura económica se necesitaba cambiar una política restrictiva del país y también el régimen de control de cambio (estatuto cambiario). Junto con la resolución 57 de 1991 y la resolución 21 de 1993 se otorga libertad al manejo de divisas que desempeñan importante función en determinar las tasas de cambio.
Ley 31 de 1992	por la cual se dictan las normas a las que deberá sujetarse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones, el Gobierno para señalar el régimen de cambio internacional, para la expedición de los Estatutos del Banco y para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control del mismo, se determinan las entidades a las cuales pasaran los fondos de fomento que administra el Banco y se dictan otras disposiciones
Ley 35 de 1993	Artículo 36. Facultad que otorga al gobierno para sistematizar el artículo 64 de la ley 45 de 1990.
ESTATUTO ORGÁNICO DEL SISTEMA FINANCIERO	Decreto 663 de 1993. En materia de regulación del sistema de financiación de vivienda UPAC, los artículos 18 al 23 y del 134 al 140, fueron declarados inexecutable por la corte constitucional en sentencia C-700 del 16 de septiembre de 1999

3.2.1.2. MARCO LEGAL ACCESORIO DEL UPAC²⁰²

CUADRO 3: RESOLUCIONES DEL BANCO DE LA REPÚBLICA.

BANCO DE LA REPÚBLICA
<p>-Resolución²⁰³ 15 del 2 de Marzo de 1988: los nuevos préstamos de las CAV</p> <p>-Resolución 36 de mayo 11 de 1988: se baja en un punto porcentual el porcentaje de las inversiones forzosas.</p> <p>-Resolución 2 de enero 12 de 1989: se amplía el valor máximo de los créditos para vivienda popular de 2000 a 3000 UPAC, con precios de venta de 2243 a 3000 UPAC.</p> <p>-Resolución externa No 19 de 1991: modelo relativamente liberalizado de las tasas remuneratorias de interés.</p> <p>-Resolución 6 Marzo 15-1993: a partir del año 1993 ya no son decretos los que modifican el cálculo del UPAC, sino resoluciones. El cálculo del UPAC será igual al 90% del costo promedio ponderado de las captaciones en las cuentas de ahorro de valor constante y certificados de ahorro de valor constante del mes anterior.</p> <p>-Resolución 10 Abril 14-1993 El UPAC se informará por el banco de la Republica calculado con base en la metodología prevista en la resolución 6 del 93 o aplicando una tasa del 19% efectivo anual.</p> <p>-Resolución externa No 12 de 1993</p> <p>-Resolución externa No 26 de Sep.9-1994: calculo de la UPAC en el 74% del promedio móvil de la tasa la DTF de las 12 semanas anteriores a la fecha de certificación.; vuelve a cobrar vigencia con la sentencia del Consejo de estado del 21 de mayo de 1999.</p> <p>-Resolución externa No 18 de 1995: calculo de la UPAC en el 74% de la DTF; declarada nula por el Consejo de Estado el 21 de mayo de 1999.</p> <p>-Resolución 6 de marzo 5 de 1999.</p> <p>-Resolución 8 de mayo 14 de 1999.</p> <p>-Resolución externa No 10 de junio 1 de 1999: se expidió en cumplimiento de la sentencia C-383 del 27 de mayo de 1999.</p>

²⁰² MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Constitución y vivienda: estudios sobre la liquidación y reliquidación de los créditos de vivienda en los sistemas UPAC y UVR. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. P. 184-245.

²⁰³ MONOGÁ ORTIZ y AFANADOR VILLAMIZAR. Op. Cit. p. 108-110

3.2.1.3. MARCO LEGAL PRINCIPAL DEL UVR

El marco legal en el que se desenvuelve principalmente el UVR para la financiación de vivienda es la ley 546 de 1999, ley que apareció como consecuencia de los pronunciamientos de la Corte Constitucional acerca de la necesidad de la creación de una ley marco que regulara un sistema de financiación de vivienda, tal como lo define su artículo 1: *“es la encargada de establecer las normas generales y señalar los criterios al gobierno nacional para regular un sistema de financiación de vivienda a largo plazo y determinar las condiciones para vivienda de interés social urbana y rural”*.

CUADRO 4: MARCO LEGAL PRINCIPAL DEL UVR

ORIGEN	Aunque la UVR fue creada inicialmente en el decreto 856 de 1999 para mantener el poder adquisitivo de las inversiones en títulos de deuda pública (TES) a largo plazo, en la ley 546 de 1999 en su artículo 3 la define así: <i>“la unidad de valor real UVR es una unidad de cuenta que refleja el poder adquisitivo de la moneda, con base exclusivamente en la variación del índice de precios al consumidor.”</i>
PRINCIPALES MODIFICACIONES A LA LEY 546 DE 1999²⁰⁴	En el artículo 3 se determina que el valor de la UVR lo calculaba el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) pero dicha sentencia declaró esto inexecutable, puesto que es la Junta Directiva del Banco de la República a partir de esta sentencia, la que determina el valor de la UVR. En el artículo 5 las Corporaciones de Ahorro y Vivienda se convierten a Bancos Comerciales. La principal modificación tuvo que ver precisamente con el artículo 17 en el cual originariamente no establecía que los intereses remunerarios deberían ser los mas bajos del mercado, este postulado se ordeno a partir de la sentencia C-955 del 2000. Los artículos 38 al 45 de la ley 546 de 1999, consagraron un régimen de transición para los antiguos deudores del UPAC en el que se ordenaron la reliquidación asumida por el Estado de los créditos de vivienda vigentes, este alivio se aplicará entre el 1 de enero de 1993 al 31 de diciembre de 1999.
DECRETO 856 DE 1999	Por el cual se autoriza la denominación en Unidades de Valor Real Constante de los Títulos de Tesorería -TES- Clase B de que trata el artículo 4o. del Decreto 2599 de 1998.
DECRETO 2703 de 1999	Señala el valor de la UVR a 31 de diciembre de 1999 y adopta la metodología sugerida por el CONPES.

²⁰⁴ *Ibíd.* P. 71-72.

3.2.1.4. MARCO LEGAL ACCESORIO DEL UVR

CUADRO 5: MARCO LEGAL ACCESORIO DEL UVR

<p>BANCO DE LA REPÚBLICA</p>	<p>-Resolución externa No 13 del 11 de agosto del 2000. En cumplimiento de la providencia C-955 del 2000 en la que la Junta Directiva del Banco de la República quedó encargada de ser la autoridad que fija y certifica el valor de la UVR, esta resolución aporta la fórmula para calcular el valor en pesos de la UVR a la vez que coincide con la metodología propuesta por el CONPES (documento 3066 de 1999) recogida en el decreto 2703 de 1999. Actualmente esta resolución es estudiada por el Consejo de Estado que negó la suspensión provisional de la acción de nulidad que se tramita (auto 7 de octubre del 2004).</p> <p>-Resolución externa No 14 del 3 de septiembre del 2000. Fija la tasa máxima de interés remuneratoria en el 13.1% nominales al año. Esta resolución fue demandada ante el Consejo de Estado (Sentencia del 12 de octubre del 2001, sección cuarta) bajo dos acusaciones: a) se alega que desconoce la fuerza de cosa juzgada constitucional de la Sentencia C-955 de 2000 (intereses deben ser los mas bajos del mercado) y b) se considera que la tasa del 13.1% que la Junta Directiva del Banco de la República convalido de la superintendencia Bancaria, no se ajustaba al procedimiento señalado por la Corte Constitucional y realmente no era la mas baja del mercado. En consecuencia se niega la demanda. Nuevamente esta resolución se demandó porque violaba el artículo 17.2 de la ley 546 de 1999 (interpretado por la CC en Sentencia C-955 del 2000) porque el índice del DANE era del 9.29 y no del 13.1% anual y el Consejo de Estado encontró el fenómeno de cosa juzgada y se dispuso a la anterior sentencia.</p> <p>-Resolución externa No 20 del 2000. -Resolución externa No 9 del 2003. -Resolución externa No 3 del 2005.</p>
<p>MINISTERIO DE HACIENDA</p>	<p>Resolución externa 2896 del 29 de diciembre de 1999. Definió el valor de cada UVR para el periodo del primero de enero de 1993 y le 31 de diciembre de 1999. Con base en esto se efectuaron las reliquidaciones a los créditos vigentes. Se expidió teniendo en cuenta el documento CONPES del 23 de diciembre de 1999, fue acusado ante el Consejo de Estado (sentencia del 10 de octubre del 2002) por que se expidió por un órgano carente de facultades e incluía valores que calculaban la UVR por encima de la inflación, lo cual desconocía el principio de cosa juzgada, argumentos desestimados por el Consejo de Estado.</p>
<p>SUPERINTENDENCIA BANCARIA</p>	<p>Circular externa No 007 del 2000. Procedimiento a seguir para la reliquidación de los créditos de vivienda del antiguo sistema UPAC. Fue acusado ante el Consejo de Estado (sentencia del 27 de febrero del 2003) por que se expidió por un órgano carente de facultades y desconocía el principio de cosa juzgada, argumentos desestimados por el Consejo de Estado, en el cual reiteran los efectos no retroactivos de la sentencia C-955 del 2000. Además recoge lo relativo a los intereses remuneratorios y explica por que debe respetarse lo acordado por las</p>

	partes. Fue demandada ante el Consejo de Estado por que no incluyo la formula de reliquidar los intereses causados y pagados bajo el UPAC para hacer beneficiario de la reliquidación lo que constituía un detrimento patrimonial de los deudores y afectaba el artículo 371 de la Constitución Nacional (el Banco de la República fija las tasas de interés) .Pretensiones desestimadas por el Consejo de Estado.
CONPES	Documento 3066 de 1999. Se recomendó la formula para calcular el valor de la UVR que la adoptó el Banco de la República por mandato de la Corte Constitucional.

3.2.1.5. MARCO LEGAL COMÚN A UPAC Y UVR

CUADRO 6: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL:²⁰⁵ PROCESO EJECUTIVO HIPOTECARIO.

Art. 554	<p>Modificado por la Ley 794 de 2003, Art. 65. Requisitos de la demanda. La demanda para el pago de una obligación en dinero con el solo producto de los bienes gravados con hipoteca o prenda, además de cumplir los requisitos de toda demanda ejecutiva, deberá indicar los bienes objeto de gravamen. A la demanda se acompañará título que preste mérito ejecutivo, así como el de la hipoteca o prenda, y si se trata de aquella un certificado del registrador respecto de la propiedad del demandado sobre el bien inmueble perseguido y los gravámenes que lo afecten, en un período de veinte años si fuere posible. Cuando se trate de prenda sin tenencia, el certificado deberá versar sobre la vigencia del gravamen. El certificado que debe anexarse a la demanda debe haber sido expedido con una antelación no superior a un (1) mes. La demanda deberá dirigirse contra el actual propietario del inmueble, la nave o la aeronave materia de la hipoteca o de la prenda. Si el pago de la obligación a cargo del deudor se hubiere pactado en diversos instalamentos, en la demanda podrá pedirse el valor de todos ellos, en cuyo caso se harán exigibles los no vencidos. Cuando el acreedor persiga, además, bienes distintos de los gravados con la hipoteca o la prenda, se seguirá exclusivamente el procedimiento señalado en los anteriores capítulos de este título.</p> <p>En el caso del artículo 539, en la demanda deberá informarse, bajo juramento, la fecha en que fue notificado el acreedor.</p> <p>Parágrafo. El registrador deberá inscribir el embargo, aunque el demandado haya dejado de ser propietario del bien. Acreditado el embargo, si el bien ya no pertenece al demandado, el juez de oficio tendrá como sustituto al actual propietario a quien se le notificará el mandamiento de pago.</p>
Art. 555	<p>Modificado. Decreto 2282 de 1989, art. 1o. Num. 303. Trámite. El trámite se sujetará a las siguientes reglas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Si la demanda reúne los requisitos legales, el juez librará mandamiento ejecutivo en la forma prevista en los artículos 497 y 498, el cual se notificará conforme al artículo 505, y no tendrá apelación. 2. El ejecutado podrá proponer excepciones previas y de mérito en el término de cinco días, en la forma que regula el artículo 509, las cuales se tramitarán como dispone el artículo 510. 3. Respecto de la regulación de perjuicios, cumplimiento de la obligación y condena

²⁰⁵ Biblioteca jurídica digital

	<p>en costas, beneficio de excusión y eficacia de la sentencia, se aplicarán los artículos 506, inciso primero del 507, 511 y 512, respectivamente.</p> <p>4. Simultáneamente con el mandamiento ejecutivo el juez decretará el embargo y secuestro del bien hipotecado o dado en prenda, que se persiga en la demanda.</p> <p>5. En el mandamiento ejecutivo se ordenará la citación de los terceros acreedores que conforme a los certificados del registrador acompañados a la demanda, aparezca que tienen a su favor hipoteca o prenda sobre los mismos bienes, para que en el término de cinco días contados desde su respectiva notificación hagan valer sus créditos, sean o no exigibles. La citación se hará en la forma prevista en el artículo 505 y si se designa curador ad litem el plazo para que éste presente la demanda será de diez días a partir de su notificación.</p> <p>6. Si no se proponen excepciones y se hubiere practicado el embargo de los bienes perseguidos, se dictará sentencia que decrete la venta en pública subasta de dichos bienes y su avalúo, para que con el producto de ella se pague al demandante el crédito y las costas. El secuestro de los bienes inmuebles no será necesario para proferir sentencia, pero sí para practicar el avalúo y señalar la fecha del remate.</p> <p>7. Si se proponen excepciones, en la sentencia que las decida desfavorablemente se procederá como dispone el numeral 6.</p> <p>8. Cuando no se pueda efectuar el secuestro por oposición de poseedor, o se levante por el mismo motivo, se aplicará lo dispuesto en el parágrafo tercero del artículo 686, sin que sea necesario reformar la demanda.</p> <p>9. En este proceso no son aplicables los artículos 517 a 519. En todo lo no regulado en el presente Capítulo, se aplicarán las normas de los Capítulos I a IV de este título.</p>
Art. 556	<p>Modificado. Decreto 2282 de 1989, art. 1o. Num. 304. Demanda de terceros acreedores. Citados los terceros acreedores, se procederá así:</p> <p>1. Todas las demandas presentadas en tiempo se tramitarán conjuntamente con la inicial, y el juez librará un solo mandamiento ejecutivo para las que cumplan los requisitos necesarios para ello; respecto de las que no los cumplan se proferirán por separado los correspondientes autos. La sentencia contendrá lo que dispone el numeral 6 del artículo anterior. En ella se fijará el orden de preferencia de los distintos créditos y se condenará al deudor en las costas causadas en interés general de los acreedores y en las propias de cada uno, que se liquidarán conjuntamente.</p> <p>2. Si cualquiera de las demandas fuere de competencia de un juez de mayor jerarquía, se le remitirá el proceso para que resuelva sobre su admisión y continúe el trámite.</p> <p>3. Vencido el término para que concurren los acreedores citados, se adelantará el proceso hasta su terminación. Si hecho el pago al demandante y a los acreedores que concurren sobrare dinero, se retendrá el saldo a fin de que sobre él puedan hacer valer sus créditos los que no hubieren concurrido, mediante proceso ejecutivo que se tramitará a continuación del mismo expediente y deberá iniciarse dentro de los sesenta días siguientes al mencionado pago, vencidos los cuales se entregará al ejecutado dicho saldo.</p>
Art. 557	<p>Modificado por la Ley 794 de 2003, Art. 66.- Remate y adjudicación de bienes. Para el remate y adjudicación de bienes se procederá así:</p> <p>1. Se dará aplicación a los artículos 523, 525 a 528, 529 en lo pertinente y 530.</p> <p>2. El acreedor con hipoteca de primer grado, podrá hacer postura con base en la liquidación de su crédito; si quien lo hace es un acreedor hipotecario de segundo grado, requerirá la autorización de aquél y así sucesivamente los demás acreedores hipotecarios.</p> <p>3. Desierta la licitación podrá el acreedor, dentro de los cinco días siguientes, pedir que se le adjudique el bien para el pago de su crédito y las costas, por el precio que</p>

	<p>sirvió de base. Si fueren varios los acreedores, la misma facultad la tendrá el de mejor derecho.</p> <p>4. Si el precio del bien fuere inferior al valor del crédito y las costas, se adjudicará el bien por dicha suma; si fuere superior, el juez dispondrá que el acreedor consigne a orden del juzgado la diferencia con la última liquidación aprobada del crédito, y de las costas si las hubiere, en el término de tres días, caso en el cual hará la adjudicación. Las partes podrán de común acuerdo prorrogar este término hasta por seis meses. Si el acreedor no realiza oportunamente la consignación, se procederá como lo dispone el inciso final del artículo 529, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda solicitar nueva licitación.</p> <p>5. Si son varios los acreedores y se han liquidado costas a favor de todos, se aplicará lo preceptuado en el numeral 8o artículo 392.</p> <p>6. Cuando el proceso verse sobre la efectividad de la prenda y ésta se justiprecie en suma no mayor a un salario mínimo mensual, en firme el avalúo, el acreedor podrá pedir su adjudicación dentro de los cinco días siguientes en la forma prevista en los numerales 3 y 4 del presente artículo, que se aplicarán en lo pertinente.</p> <p>7. Cuando a pesar del remate o de la adjudicación del bien la obligación no se extinga, el acreedor podrá perseguir otros bienes del ejecutado, siempre y cuando éste sea el deudor de la obligación. En este evento, el proceso continuará como un ejecutivo singular sin garantía real, sin necesidad de proferir de nuevo mandamiento ejecutivo ni sentencia. El ejecutante no estará obligado a prestar caución para el decreto y práctica de las medidas cautelares.</p> <p>En el nuevo proceso se admitirán demandas de tercerías de acreedores sin garantía real que se presenten antes de que quede en firme la providencia que señale fecha y hora para el nuevo remate, y en lo pertinente se aplicará el artículo 540.</p>
<p>Art. 558</p>	<p>Modificado. Decreto 2282 de 1989, art. 1o. Num. 306. Prelación de embargos. En caso de concurrencia de embargos sobre un mismo bien, se procederá así:</p> <p>1. El decretado con base en título hipotecario o prendario sujeto a registro, se registrará aunque se halle vigente otro practicado en proceso ejecutivo seguido para el pago de un crédito sin garantía real sobre el mismo bien; éste se cancelará con el registro de aquél. Por consiguiente, recibida la comunicación del nuevo embargo, simultáneamente con su registro, el registrador deberá cancelar el anterior, dando inmediatamente informe escrito de ello al juez que lo decretó, quien, en caso de haberse practicado el secuestro, remitirá al juzgado donde se adelanta el ejecutivo hipotecario o prendario copia de la diligencia para que tenga efecto en éste y oficie al secuestre para darle cuenta de lo anterior. En tratándose de bienes no sujetos a registro cuando el juez del proceso con garantía prendaria, antes de llevar a cabo el secuestro, tenga conocimiento de que en otro ejecutivo sin dicha garantía ya se practicó, libraré oficio al juez de este proceso para que proceda como se dispone en el inciso anterior. Si en el proceso con garantía real se practica secuestro sobre bienes que hubieren sido secuestrados en proceso ejecutivo sin garantía real, el juez de aquél, libraré oficio al de éste para que cancele tal medida y comunique dicha decisión al secuestre.</p> <p>2. Si para el cumplimiento de una obligación hipotecaria o prendaria se embargan tanto el bien objeto del gravamen como otros de propiedad del deudor, y a la vez en proceso ejecutivo para el cobro de una obligación de igual naturaleza se embarga el bien gravado, prevalecerá el embargo que corresponda al gravamen que primero se registró. El demandante del proceso cuyo embargo se cancela, podrá hacer valer su derecho en el otro proceso. En tal caso, si en el primero se persiguen más bienes, se suspenderá su trámite hasta la terminación del segundo, una vez que en aquél se presente copia de la demanda formulada por el ejecutante y del mandamiento de pago. Si el producto de los bienes rematados en el proceso cuyo embargo prevaleció,</p>

	<p>no alcanzare a cubrir el crédito cobrado por el demandante del otro proceso, éste se reanudará a fin de que se le pague la parte insoluta. Si en el proceso cuyo embargo se cancela intervienen otros acreedores, el trámite continuará respecto de éstos, pero al distribuir el producto del remate se reservará lo que corresponda al acreedor hipotecario o prendario que hubiere comparecido al proceso cuyo embargo prevaleció. Satisfecho a dicho acreedor total o parcialmente su crédito en el otro proceso, la suma reservada o lo que restare de ella se distribuirá entre los demás acreedores cuyos créditos no hubieren sido cancelados; si quedare remanente y no estuviere embargado, se entregará al ejecutado.</p> <p>3. Cuando el embargo se cancela después de dictada sentencia de excepciones, no podrá el demandado proponerlas de nuevo en el otro proceso.</p> <p>4. Si el embargo prevalente fuere el decretado en el proceso en el que se persiguen más bienes, el acreedor hipotecario o prendario que adelante el otro proceso podrá prescindir de éste y hacer valer sus derechos en aquél, en la oportunidad señalada en el artículo 539</p>
Art. 559	Modificado. Decreto 2282 de 1989, art. 1o. Num. 307. Acumulaciones. Podrán acumularse conforme a las reglas generales dos o más procesos ejecutivos en los cuales se persigan exclusivamente bienes gravados con hipoteca o prenda, cuando en ellos se decrete el embargo de un mismo bien.
Art. 560	Modificado. Decreto 2282 de 1989, art. 1o. Num. 308. Obligaciones distintas de pagar sumas de dinero. Si la obligación garantizada con hipoteca o prenda es de entregar un cuerpo cierto, bienes de género, de hacer o de no hacer, el demandante procederá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 495; la regulación de los perjuicios se tramitará y decidirá conforme a lo previsto en el artículo 492.

CUADRO 7: CÓDIGO DE COMERCIO.²⁰⁶

Art. 830	El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.
Art. 884	Modificado por la Ley 510 de 1999, Art. 111. Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990. Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria.

²⁰⁶ Biblioteca jurídica digital.

CUADRO 8: CÓDIGO CIVIL²⁰⁷: EL CONTRATO DE MUTUO

Art. 2221	El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad.
Art. 2222	No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio.
Art. 2223	Si se han prestado cosas fungibles que no sean dinero, se deberán restituir igual cantidad de cosas del mismo género y calidad, sea que el precio de ellas haya bajado o subido en el intervalo. Y si esto no fuere posible y no lo exigiere el acreedor, podrá el mutuario pagar lo que valgan en el tiempo y lugar en que ha debido hacerse el pago
Art. 2224	Si se ha prestado dinero, sólo se debe la suma numérica enunciada en el contrato. Podrá darse una clase de moneda por otra, aún a pesar del mutuante, siempre que las dos sumas se ajusten a la relación establecida por la ley entre las dos clases de moneda; pero el mutuante no será obligado a recibir en plata menuda o cobre, sino hasta el límite que las leyes especiales hayan fijado o fijaren.
Art. 2225	Si no se hubiere fijado término para el pago no habrá derecho de exigirlo dentro de los diez días subsiguientes a la entrega
Art. 2226	Si se hubiere pactado que el mutuario pague cuando le sea posible, podrá el juez, atendidas las circunstancias, fijar un término
Art. 2227	Si hubiere prestado el que no tenía derecho de enajenar, se podrán reivindicar las especies mientras conste su identidad. Desapareciendo la identidad, el que las recibió de mala fe será obligado al pago inmediato, con el máximo de los intereses que la ley permite estipular; pero el mutuario de buena fe sólo será obligado al pago con los intereses estipulados, y después del término concedido en el artículo 2225.
Art. 2228	El mutuante es responsable de los perjuicios que experimenta el mutuario, por la mala calidad o los vicios ocultos de la cosa prestada, bajo las condiciones expresadas en el artículo 2217. Si los vicios ocultos eran tales que, conocidos, no se hubiera probablemente celebrado el contrato, podrá el mutuario pedir que se rescinda
Art. 2229	Podrá el mutuario pagar toda la suma prestada, aún antes del término estipulado, salvo que se hayan pactado intereses
Art. 2230	Se puede estipular intereses en dinero o cosas fungibles
Art. 2231	El interés convencional que exceda de una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, será reducido por el juez a dicho interés corriente, si lo solicitare el deudor
Art. 2232	Si en la convención se estipulan intereses sin expresarse la cuota, se entenderán fijados los intereses legales. El interés legal se fija en un seis por ciento anual.
Art. 2233	Si se han pagado intereses, aunque no estipulados, no podrán repetirse ni imputarse al capital
Art. 2234	Si se han estipulado intereses, y el mutuante ha dado carta de pago por el capital, sin reservar expresamente los intereses, se presumirán pagados
Art. 2235	Se prohíbe estipular intereses de intereses

²⁰⁷ Biblioteca jurídica digital

3.2.2. COMO CONSECUENCIA DE" A", OTRO U OTROS SUJETOS SUFREN UN DAÑO²⁰⁸, "D", Y NO EXISTE UNA REGLA REGULATIVA QUE PROHIBA CAUSAR "D".

Es decir: Como consecuencia del contrato de mutuo celebrado entre las corporaciones de ahorro y vivienda y los bancos comerciales con los deudores de los sistemas UPAC y UVR, estos sufren un daño, y no existe en el marco legal una norma que prohíba el perjuicio. Esto se da porque la prohibición para que en materia legal se presente debe ser de carácter taxativo, por lo tanto, si no está prohibido significa que está permitido. Desde el punto de vista de ATIENZA y RUIZ, la contradicción que se presenta entre el perjuicio causado a los deudores y los sistemas UPAC y UVR no se da entorno a la normatividad (marco legal) sino en cuanto a los principios constitucionales que inspiraron dicho marco legal.

La crisis económica²⁰⁹ que se dio a finales de la década de los noventa a raíz de la implementación de las nuevas políticas imperialistas de carácter neoliberal²¹⁰, que reflejaron en una problemática social que afectó a la mayoría de la población colombiana, incluyendo a los deudores del UPAC y a sus familias. Poco antes de la llegada de Cesar Gaviria a la presidencia, desde 1988 se empezó a calcular el

²⁰⁸ MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. La responsabilidad civil extracontractual en Colombia. Bogotá: biblioteca jurídica Dique. Novena edición. 1996. P. 221. Lesionamiento o menoscabo que se ocasiona a un interés lesionado este o no consagrado como un derecho real u objetivo. Basta que sea un interés que se encuentre en el patrimonio del ofendido el que se erosione o afecte para que exista el daño. Si el interés se encuentra protegido normativamente como un derecho real o subjetivo no pierde la categoría de interés y su violación o detrimento origina el daño jurídico.

²⁰⁹ Esta crisis hizo parte de los ciclos económicos de la economía mundial, la desaceleración de la economía manifestada en la caída de las bolsas de valores internacionales, en especial las del Sur de Asia (después de 30 años de auge económico que incluyó a Colombia) se impuso en el país, aunque a un ritmo propio "la recesión se desencadenó en Colombia desde 1996, catalizada por el acoso a la clientela narcotraficante. Campeó el desempleo. La destrucción de capital..." MONDRAGÓN, HÉCTOR. La crisis internacional 1997-1998 y Colombia. Artículo de Internet. EN: www.gratisweb.com. Mayo 5, 2000. Esto muestra que los regañíos presidenciales con la llamada "cultura del no pago", correspondió más a la incapacidad económica de las familias colombianas desempleadas que a cualquier intento por evadir sus deudas.

²¹⁰ En relación a la política de vivienda en el primer capítulo se presentaron las imposiciones del FMI, el Banco Mundial y la ONU.

UPAC²¹¹ sumándole al porcentaje de la variación resultante del IPC un determinado porcentaje de la tasa del DTF (el 35%) que estuvo constante hasta 1992 año en que la DTF subió del 50%. Para el ingeniero DARÍO PLATARRUEDA, esta situación se dio porque:

*“El UPAC nació con una tasa de interés mas 7.5 %, este sistema se rompe completamente a partir de 1991 cuando ingresa al poder Cesar Gaviria y se implanta el modelo del Consenso de Washington que busca la liberalización de capitales a través de todo el mundo y esto lógicamente es un modelo económico que precisamente protege el capital, entonces en el congreso se introduce la modificación a la ley 31 en el sentido de que en las cuotas o las tasas de interés en créditos superiores a 120 días no podían ser reguladas por ninguna entidad”...”se dice que la corrección monetaria no debe estar atada a la inflación sino a las tasas de interés del mercado y las personas empezaron a notar que sus cuotas subían exageradamente y ese modelo se rompe definitivamente en el año 1998 cuando prácticamente el 40 % de los deudores hipotecarios entraron en mora”.*²¹²

En el gobierno de Samper, para 1994, la DTF era del 74%, siendo imposible el pago de las cuotas, lo que hizo que los deudores se constituyeran en mora con las Corporaciones de Ahorro y Vivienda que recurrieron a los procesos ejecutivos hipotecarios con el fin de rematar los inmuebles o recibirlos en dación de pago, un síntoma que reflejó los efectos negativos que sufrieron los usuarios con la crisis del modelo de financiamiento de vivienda hipotecaria que significa la pérdida de la vivienda por parte de las familias colombianas. A pesar de que en un inicio las corporaciones no quisieron recibir los inmuebles en dación de pago, alegando pérdidas financieras, en la sentencia ST C-136 de marzo 4 de 1999 la Corte les ordenó que lo hicieran y ante el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (FOGAFYN) obtienen un crédito por la diferencia patrimonial que esa perdida

²¹¹ ALBA CARDENAZ Y FAJARDO SUÁREZ. Op. Cit. P.34-38. Al principio de su aplicación el valor de cada unidad de poder adquisitivo era de 100 pesos, evaluada según el índice de precios que mostraba el DANE, después sufrió 23 arreglos, quedando de acuerdo al comportamiento de diferentes variables económicas, en especial de carácter monetario. La corrección monetaria, para 1990, en su cálculo tenía mayor participación de las tasas de interés en el mercado financiero y una menor participación del índice de la inflación. En 1994, la manera de calcular el UPAC se hizo exclusivamente con la DTF.

²¹² Entrevista realizada al Ingeniero DARÍO PLATARRUEDA, Presidente Asociación Nacional de Usuarios del Sistema Financiero, (ANDUSIF) Bucaramanga, 31 de enero 2007.

representa. Esta norma permaneció durante 12 meses.²¹³ Por ejemplo, GRANAHORRAR recibió en total en bienes en pago, incluidos remates: 965 inmuebles por valor de \$68.694 millones que comparados con los 483 bienes por valor de \$24.406 millones del año 1999 representan un aumento de 181%.²¹⁴

Los deudores del UPAC no solo perdieron su vivienda, sino además los abonos a la deuda que se consignaron antes del proceso ejecutivo. Muchos de ellos con el ánimo de no perder su inmueble recurrieron a la venta de otros bienes de la familia o a la restricción de servicios básicos como la salud, la educación y hasta la alimentación, como se muestra en los siguientes casos representativos:²¹⁵

1. El señor César Julio Herrera Badillo que en 1991 adquirió una casa con la Corporación Ahorramas en el barrio la Cumbre de Floridablanca, Santander, con cuotas de \$38.000 que con el tiempo ascendieron a \$ 70.000. Además realizó un nuevo préstamo para las mejoras en la vivienda con la misma corporación por un precio de \$450.000, por lo que el total de las deudas aumentaron a \$520.000. el señor Herrera se atrasó en el pago de las cuotas por 4 meses al quedar desempleado, esta situación lógicamente no le interesó a Ahorramas que mediante el abogado Sergio Serrano presionaron y acosaron constantemente al deudor, que este intentó suicidarse. Situación que no impidió al juez ordenar el desalojo de la familia Herrera utilizando la violencia legal mediante la fuerza pública.
2. En otro caso una familia que adquirió una vivienda en el barrio Hacienda San Juan de Floridablanca con cuotas iniciales de \$300.000 terminaron pagando cuotas de \$700.000, este aumento desmesurado obligó a la

²¹³ MONOGÁ ORTIZ y AFANADOR VILLAMIZAR. Op.Cit. P.109-110.

²¹⁴ Ibid. P.103.

²¹⁵ Más de 1 millón de personas para 1999 quedaron sin vivienda por los altos intereses del sistema UPAC. Video realizado en 1999 por la Asociación Comunitaria Unida de Santander (ACUS), como prueba y anexo de la denuncia presentada a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por la violación al derecho de propiedad.

familia a vender la moto y el carro para pagar las cuotas. La situación económica de esta familia se agravó más cuando el jefe del hogar quedó desempleado, motivo por el cual se atrasaron en el pago de las cuotas, y como a la familia Herrera a esta familia también la desalojaron. Evento que se produjo en horas de la madrugada en un operativo en el que participaron alrededor de 100 policías para sacar de la casa a la señora del hogar que estaba embarazada, un niño y una señora mayor de edad. además de esto para presionar se cercó toda la cuadra minutos antes y con tres días de anterioridad se cortó el agua.

Esto dos ejemplos no son los únicos en el video citado. Existen alrededor de 25 casos que denuncian situaciones similares, que reflejan la problemática social de los deudores del UPAC. Pero estas cifras son solo una pequeña muestra de la situación real en el país como es la existencia de 840.000 procesos que había en 1999 antes de crearse el UVR²¹⁶, 78.000 personas debieron entregar su vivienda en forma de pago a los bancos y 550.000 créditos fueron mal liquidados pagando hasta dos veces la vivienda. Otros 114.000 casos en este año esperan que se frene los procesos ejecutivos que cursan contra igual número de familias de todo el país.²¹⁷

En la Sentencia C-383 de mayo 27 de 1999 de la Corte Constitucional se demuestra las anteriores afirmaciones:

“la actualización a valor presente de las obligaciones dinerarias contraídas a largo plazo con garantía hipotecaria para la adquisición de vivienda, no vulnera por si misma la Constitución. Con ello se mantiene el equilibrio entre acreedor y deudor, pues quien otorga el crédito no vera disminuido su valor, ni el adquirente de la vivienda y deudor hipotecario la cancelación en desmedro del poder adquisitivo de la moneda cuándo se contrajo la obligación, por lo cual al incluir en el calculo del UPAC los movimientos en la tasa de interés en la economía implica que se introduzca en la corrección monetaria un nuevo

²¹⁶ EMPERATRIZ CASTILLO, presidenta del Comité para la Defensa del Consumidor y el Usuario Financiero en Cali, COMDEFIN, www.elpais.com. 3 de octubre de 2007.

²¹⁷ FERNANDO SALAZAR, presidente de ANUPAC. [EN: www.elpais.com](http://www.elpais.com). 3 de octubre de 2007.

factor, el del rendimiento del dinero, es decir los réditos que este produce que resulta ajeno a la actualización del valor adquisitivo de la moneda, pues son cosas distintas el dinero y el precio que se paga por su utilización, el cual se determina por las tasas de interés”.

Además, organizaciones de viviendistas se han visto en la tarea de ofrecer no solamente asesorías legales, sino también asesorías financieras, sociales y psicológicas a raíz del estado en que llegan los deudores a pedir su colaboración; situaciones de desalojos y remates son las que más causan daños morales y psicológicos²¹⁸, el estigma de ser “mala paga” ante vecinos y familiares y el solo hecho de quedar sin un techo para la familia, originan finalmente separaciones, divorcios y en ultimas la desaparición del núcleo familiar, desconociendo que es “inherente a la condición de dignidad del individuo la vivienda y no puede ser considerado esto como un asunto ajeno a las preocupaciones del Estado”²¹⁹. Los anteriores ejemplos son una muestra del exceso en el que incurrieron las Corporaciones, al dejar a los deudores en condiciones económicas más adversas de las que se encontraban antes de solicitar el crédito; si bien es cierto que en esos créditos hipotecarios para vivienda se manifiestan las disposiciones legales que el artículo 51 de la C. P. ordena para que las personas tengan derecho a una vivienda digna, eso no implica causar una desmejora en la situación económica de quienes son objeto de protección de ese derecho.

Una de las conclusiones a las que se llegó en la tesis sobre la financiación de la vivienda en Colombia respecto al daño causado por las CAV, se da en los siguientes términos:

“...estas fueron las principales gestoras de los cambios en la fórmula de la corrección monetaria. Estas entidades han tratado de modificar la legislación con el objetivo de mejorar su competitividad y rentabilidad en

²¹⁸ Entrevista realizada al Dr. Reinaldo Gómez, director de la ONG POR UNA VIVIENDA DIGNA. 5 de febrero del 2007.

²¹⁹ ST 383/99. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

*el mercado financiero. Lo anterior fue en contravía a la idea original del sistema ya que la corrección monetaria no debe ser un indicador de los excesos de oferta o de demanda del mercado monetario, sino que debe garantizar que las deudas y los depósitos mantengan su poder adquisitivo constante durante el lapso que toman los créditos hipotecarios.*²²⁰

Con el UVR se creía que se solucionaría el problema causado por el UPAC, pero hay quienes afirman lo contrario, para el senador JORGE ROBLEDOS:

*“a junio de 2004, la cartera vencida fue del 24,19%, básicamente la misma de antes de comenzar la crisis (se refiere al UPAC) y se presentaron alrededor de 300 mil familias en mora y cien mil procesos judiciales. En el mismo año se calculó que a medio millón de personas se les estuvo quitando sus casas y los ahorros. Según las organizaciones de viviendistas mediante distintos trucos las Corporaciones de Ahorro y Vivienda “se echaron la plata al bolsillo pero no terminaron los procesos, a pesar de que hay sentencias de la Corte Constitucional que ordenan darles fin, también denuncian que las corporaciones se las han ingeniado para aumentar los intereses de mora mediante trucos contables. Es el eterno viacrucis de los colombianos con los banqueros, la letra menuda que nadie entiende pero con la que hacen lo que se les antoja”.*²²¹

La diferencia entre el UPAC y el UVR no se puede determinar solo en términos de definiciones dadas por la ley 546 de 1999 que precisa el carácter del UVR, sino que debe ser estudiada de acuerdo a la función que cumple actualmente en la financiación de vivienda a largo plazo y si dicha función es acorde a los principios

²²⁰ MONOGÁ ORTIZ y AFANADOR VILLAMIZAR. Op. Cit. P.102.

²²¹ ROBLEDOS. EN: www.moir.org

y valores que la Carta Constitucional promueve en el Estado Social de Derecho.

En este sentido para ROBLEDO:

“La UPAC y el UVR resultaron ser la misma cosa, “el mismo juego semántico para separar el interés de lo que se presenta ante el público como la corrección monetaria o el costo de la vida o el IPC, y para establecer otra vez el sistema de cuota creciente y poder administrar las tasas de interés, que son altísimas. Estamos hablando de tasas reales de interés, que se le suman de la UVR, que se supone es la inflación, de más de 13,92%. “El doctor Sergio Clavijo, de la Junta Directiva del Banco de la República, publicó un estudio comparativo en el que muestra cuáles son los costos del crédito para vivienda en distintos países. Cotejemos el porcentaje más bajo de Estados Unidos con el más grande de Colombia y nos da que el de Colombia lo supera en más de cuatro veces. Sería bueno detallarlo, porque creo que en el cambio de sistema el gobierno modifica la fórmula de cálculo buscando que resulte mejor negocio para los banqueros ante la caída de la tasa de inflación. Según Robledo: “las denuncias puestas en los juzgados, hay en varias de las corporaciones trucos para cobrar por encima de lo legalmente permitido”.²²²”

Las afirmaciones de ROBLEDO sobre el mismo carácter del UPAC y el UVR como solución a la problemática de quienes acceden a una vivienda: son compartidas por los entrevistados, por ejemplo el ingeniero PLATARRUEDA afirma:

“todos los sistemas indexados, los sistemas donde hay aumento mensual de cuotas son aumentos lesivos para el trabajador porque el trabajo nunca ha sido al ritmo, digamos, la remuneración con el trabajo nunca sube con la inflación, la historia nos dice que siempre la remuneración esta por debajo de la inflación; tenemos unas cuotas que van subiendo con la inflación y un trabajo que nunca sube con la inflación y esto crea una brecha.”

Teniendo en cuenta que quienes acceden a estos créditos son capas medias, asalariadas con ajustes económicos menores a la inflación, mientras que las cuotas además de la inflación, tenían agregados, las tasas de interés. Para el

²²² Ibíd.

abogado JOSÉ ÁNGEL GÓMEZ, este sistema “es de lo más inadecuado que hay, básicamente es un sistema en el que usted entre más paga, más debe; una unidad que está cada 24 horas valorizándose, que cada vez que va usted a pagar su cuota maneja un saldo más alto”²²³. Esta situación se presenta porque los supuestos alivios por la reliquidación de los créditos y la redenominación en UVR no tuvieron mucho impacto sobre las cuotas que los usuarios debían pagar, ya que los sistemas de amortización (en pesos y en UVR), aunque cambiaron, siguieron manteniendo la esencia del sistema UPAC y los montos del capital prestado continuaron manteniendo su ritmo ascendente, aún con el nuevo cálculo de la UVR.²²⁴

Para el abogado JOSÉ ÁNGEL GÓMEZ: *“la diferencia del sistema UVR y el sistema en pesos radica en que se maneja una tasa adicional a la UVR que es la que ha estado alta, porque los bancos en los créditos en pesos prest a una tasa del 12% efectivo anual, pero en términos de UVR’s está en el 17% anual que es la inflación más el 12.7% que está el limite actual a la tasa de los créditos. Actualmente la superintendencia financiera tiene autorizados cinco sistemas de de pago , tres en UVR y dos en pesos, si usted sacó un crédito en UVR es como si le prendieran un taxímetro y comienza a correr, entonces a los 30 días que usted saco un crédito sus 2000 uvr o 3000 no valen los 5 millones que le prestaron , sino que valen 5 millones trescientos mil pesos, le van a liquidar intereses sobre cinco millones trescientos y se hace un pequeño abono a capital, pero igual al nuevo mes ya debe menos unidades, pero por la valorización las unidades que quedan pendientes van a quedar valiéndole 5 millones quinientos, es similar a una deuda en dólares, con la diferencia que el dólar ha tenido estabilidad en os últimos años ”*

En cuanto tiene que ver con los intereses en el UVR, ROBLEDO afirma que estos siguen siendo cobrados de forma más alta: *“Y hay una información de la*

²²³. Entrevista realizada a Dr. JOSÉ ÁNGEL GÓMEZ, Abogado ANDUSIF el 31 de enero del 2007.

²²⁴ MONOGÁ ORTIZ y AFANADOR VILLAMIZAR. Op. Cit. P. 102.

*Superintendencia Bancaria que confirma que por lo menos en varios meses, como ocurrió en abril en un determinado banco, se cobran intereses bastante más altos que las tasas comerciales e incluso que las tasas de usura. Aquí tengo datos de la Superintendencia Bancaria, cuentas de intereses anualizados, en los que el interés bancario comercial, en abril, está en 17.87 por ciento, el límite de usura en 26.81 por ciento y la tasa resultante que se les está aplicando a los viviendistas, en 44.68 por ciento, que supera el interés de usura en 17.87 por ciento*²²⁵

La situación en el UVR se agrava más, teniendo en cuenta la reforma que para el año 2003 se realizó al código de procedimiento civil para agilizar los términos en el proceso hipotecario con el único objetivo de perjudicar a los deudores, por ejemplo se eliminó la audiencia de conciliación y la perención de los procesos y ahora se pueden convertir en procesos singulares los hipotecarios y en cinco meses en cualquier proceso se da el remate, con estas medidas se pierde para el deudor más instancias de defensa buscando que los procesos sean más ágiles²²⁶.

En el UVR tampoco han sido ajenos los desalojos y la represión por parte del Estado Social de Derecho, por ejemplo. el desalojo que se pretendía realizar a una familia en Bogotá compuesta de 30 adultos y 10 niños que resistieron el ataque de dos centenares de policías del ESMAD. Aunque ese caso fue presentado en los medios de comunicación como una noticia nacional, solo es parte de los miles que a diario se presentan en el país y que no son registrados como noticias, lo que no significa que estos enfrentamientos por la defensa que de su vivienda y de su familia que tienen que hacer los deudores no hagan parte de las violaciones a los derechos. El caso en cuestión es del señor MODESTO SALCEDO y su familia, en el barrio El Encanto de Bogotá. El señor MODESTO recibió un crédito por 65 millones y hoy debe 80 millones de pesos, a pesar de que ya ha pagado 115 millones. Los bancos abonan las cuotas como pago de intereses y por años el

²²⁵ ROBLEDO. Op Cit.

²²⁶ Entrevista realizada a José Ángel Gómez. 31 Enero del 2007.

monto adeudado no sólo no varía sino que genera nuevos intereses. Si una familia cree que ya no podrá pagar esa deuda inflable y decide vender la casa, el banco no acepta que al comprador se le transfiera la deuda tal y como está, con los abonos a intereses, sino que le hace un crédito nuevo, con lo que el pago de intereses vuelve a comenzar, por lo que casi nadie acepta comprar, pues o el vendedor pierde parte de lo que pagó o el comprador paga doble. Esta situación es comparada con la de Estados Unidos: analistas prevén que el índice de ejecuciones hipotecarias en Estados Unidos está alcanzando cifras nunca vistas desde la Gran Depresión; el año pasado se presentaron 1,2 millones de ejecuciones hipotecarias y este año se prevé que la cifra superará los dos millones.²²⁷

Esta problemática del UPAC en todos sus aspectos es heredada ahora por el UVR, inclusive en el último fallo de la Corte Constitucional acerca del UPAC en relación con los efectos de la denominada sentencia SU-813 del 4 de Octubre de 2007, en el salvamento parcial de voto, el Magistrado JAIME ARAUJO RENTERÍA propone devolverle la vivienda a todos los que habían sido privados de ella, y como quiera que ***el problema de la UVR es el que un crédito se paga varias veces (4 o 5 veces)*** propuso que nunca un crédito concedido por una institución financiera se pudiera cobrar en una suma superior al doble de lo que había sido prestado; de modo que si una persona recibe un préstamo por valor de \$20.000.000 lo máximo que debía pagar sería \$40.000.000.

3.2.3. “D” APARECE COMO UN DAÑO INJUSTIFICADO PORQUE SE DA ALGUNAS DE LAS SIGUIENTES CIRCUNSTANCIAS:

3.2.3.1. Que al realizar “A”, “S no perseguía otra finalidad discernible más que causar “D” o que se realizó a sin ningún fin serio y legítimo discernible.

²²⁷ www.colombia.indymedia.org. 3 septiembre de 2007.

En esta circunstancia aparece evidente el aspecto subjetivo de la conducta. Lo anterior impide para nuestro trabajo que esta primera opción se tenga en cuenta.

3.2.3.2. Que D es un daño excesivo o anormal. Para ATIENZA y RUIZ el elemento del daño en el abuso del derecho tiene un carácter directo en el sentido de que se produce al realizar el hecho y no surge un cambio institucional o normativo (contrato, acto administrativo, ley) sino que basta el ejercicio anormal de un derecho para que surja el daño.

Esta es la definición que sobre el carácter del daño se aprecia en el presente trabajo, porque se considera que los perjuicios causados por las CAV y los bancos comerciales en contra de los deudores no son solo injustificados porque no es a la luz de los principios deseable, sino porque no hubo frente a estas lesiones un límite o una protección.

En el anterior punto se presentó el daño desde el punto de vista de los deudores, con el objetivo de describir los perjuicios a los que ellos quedaron inmersos. Se describió el daño excesivo desde los datos suministrados por las organizaciones ANDUSIF y POR UNA VIVIENDA DIGNA, también los testimonios de algunos deudores del UPAC. En el presente ítem se presentará el carácter excesivo del daño desde el punto de vista de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es decir, desde la interpretación de la Corte acerca del problema social y la interpretación de la regla regulativa del UPAC y del UVR de acuerdo a los preceptos constitucionales y la vulneración que las CAV y los bancos comerciales hicieron contra los principios del sistema jurídico y los derechos de los deudores.

La magnitud del problema social y económico causado por el UPAC llevó al Ejecutivo, amparado en las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 215 de la Constitución, a promulgar el Decreto 2330 del 16 de noviembre de 1998 en

el que se declaró el *ESTADO DE EMERGENCIA ECONÓMICA Y SOCIAL* que remitió a la Corte Constitucional para su respectiva revisión.

La Corte declaró en sentencia C-122 del 1 marzo de 1999 la exequibilidad del decreto 2330, pero solo en relación y en función de las personas y sectores materialmente afectados o sectores económicamente más vulnerables por las circunstancias críticas: los deudores individuales del UPAC, el sector de las organizaciones solidarias que desarrollan actividades financieras de ahorro y crédito y las instituciones financieras de carácter público, en lo demás es inexecutable. Las consideraciones que la Corte tuvo en cuenta para fallar son las siguientes:

-La crisis del sector financiero no es sistémica, porque no lo afecta en su conjunto y no refleja índices de insolvencia que ponga en peligro la estabilidad de la economía nacional

-Los subsectores del sistema financiero a los que concurre la población económicamente más vulnerable si presenta síntomas de deterioro y para estos la Corte encuentra justificada la emergencia que adoptó el gobierno.

-Estos subsectores tienen una protección constitucional específica y especial que justifican las medidas de excepción: se imponen sus intereses de acuerdo a sus necesidades básicas y a la realización de sus derechos fundamentales.²²⁸

A la anterior decisión (dto. 2330/98), el Ejecutivo necesitaba una serie de medidas encaminadas a desarrollarla, medidas contenidas en el Decreto 2331 del 16 de noviembre de 1998, en sus artículos 11 al 17, que se refieren a atender de manera eficiente y pronta la situación emergente producida por la pérdida de solvencia y liquidez de unos determinados sectores de la población, como es el caso de los deudores del UPAC, a través del FOGAFYN. Sin embargo, los alivios y estímulos

²²⁸ ST C-122/1 de marzo 1999. M. P. Fabio Morón Díaz. EN: Jurisprudencia y Doctrina LEGIS, Bogotá, mayo de 1999. No 329. P. 915, 916.

otorgados por el Ejecutivo fueron discriminatorios entre los deudores que se encontraban al día en el pago de la deuda, (31 de diciembre de 1998) y los que no lo estaban a esa fecha, estos últimos estigmatizados injustamente por el Gobierno como los patrocinadores de la *“cultura del no pago”*. En cuanto a los alivios otorgados, la Corte Constitucional en sentencia C-136 de marzo 4 de 1999, con el objeto de revisar el Decreto 2331/98, se pronunció declarando en su mayoría exequibles a los artículos 11,13,15,16 y 17 y con exequibilidad condicionada: el artículo 12 y el artículo 14.²²⁹

Las decisiones tomadas para conjurar la crisis económica no fueron suficientes, haciéndose necesaria la intervención nuevamente de la Corte Constitucional mediante sentencia C-383/99 declaró la inexecutable de las tasas de interés para fijar el cálculo de la UPAC *por ser contraria materialmente a la Constitución*, dicha inexecutable incluye la liquidación de nuevas cuotas causadas por créditos adquiridos con anterioridad y a créditos futuros, lo que deja sin efecto retroactivo, porque al incluir la variación de las tasas de interés para determinar el valor en pesos del UPAC se distorsiona el justo mantenimiento del valor de la obligación por lo que se rompe el equilibrio de las prestaciones y esto da como consecuencia un aumento patrimonial a favor de la entidad crediticia prestamista y en desmedro directo y proporcional del deudor. Además a los intereses de la obligación se les capitaliza con elevación de la deuda liquidada de nuevo en UPAC que devengan nuevamente intereses que se traen otra vez a valor presente en UPAC, para continuar produciendo nuevos intereses indefinidamente, lo que vulnera los artículos 1 y 2 C.P. por ser contrario a la vigencia de un orden justo basado en la equidad y la justicia como fines supremos del Derecho; el artículo 51, el derecho a una vivienda digna; el artículo 334, que dicta que la dirección de la economía esta a cargo del Estado y finalmente el artículo 335 sobre la democratización del crédito como postulado básico del Estado Social de Derecho.

²²⁹ ST C-136/4 de marzo 1999. M. P. José Gregorio Hernández Galindo. EN: jurisprudencia y Doctrina LEGIS, Bogotá, mayo de 1999, No 329. P. 920-976.

Además al Congreso le estaba vedado ordenar a la Junta Directiva del Banco de la República, que el UPAC reflejara los movimientos de la tasa de interés en la economía(ley 31 de 1992, art. 16, literal f), porque invade las funciones constitucionales de la Junta (art. 372 C.P.), si bien es cierto en dicho artículo se le ordena fijar la metodología para los valores en moneda legal del UPAC, es a la Junta a quien le corresponde autónomamente utilizar los instrumentos apropiados, pero no atarse a esa determinación (que el UPAC reflejara los movimientos de la tasa de interés en la economía).²³⁰

Finalmente, la Corte Constitucional declaró la inexecutable del sistema UPAC, estructurado en los artículos 18 al 23 y 134 al 140 del Estatuto orgánico del sistema financiero (decreto 663 de 1993), en sentencia C-700 de septiembre 16 de 1999, en concordancia con las anteriores sentencias constitucionales (que declararon inconstitucionales lo relativo a las Tasas de interés para el cálculo de la UPAC). Los efectos de la sentencia C-700 se difieren hasta el 20 de junio del 2000 como efectos ultraactivos para que no exista vacío legal entre el UPAC y el nuevo sistema creado por el Congreso y desarrollado por el ejecutivo, sin perjuicio que se cumpla de inmediato lo dispuesto en la sentencia C-383/99. Este fallo no revive las normas que antecedieron a las que declaró inexecutable y la parte motiva se encuentra en relación inescindible y necesaria con la inexecutable. Si bien es cierto que se declara su inconstitucionalidad la norma sigue siendo executable con un plazo máximo del 20 de junio del 2000.

²³⁰ST C-383, 27 de mayo 1999. M. P. Alfredo Beltrán Sierra. EN: jurisprudencia y Doctrina LEGIS, Bogotá, julio del 2000. No 343. P. 1269-1290. Es de tener en cuenta que antes de esta Sentencia el Consejo de Estado había declarado la nulidad parcial del acto administrativo (resolución externa 18 del 30 de junio/95) que tomaba como único factor para el cálculo del UPAC la DTF en razón de que violaba la norma superior del artículo 134 del decreto 663 de 1993. Igualmente la Junta Directiva del Banco de la República quebrantó en forma directa el artículo 16, literal f de la ley 31 de 1992 y los artículos 372 y 373 de la C. P. La Junta Directiva determinó el nuevo valor del UPAC en resolución del primero de junio de 1999 en sesión extraordinaria. Sentencia de mayo 21 de 1999 radicación 9280 C.E. sala de lo contencioso administrativo, sección cuarta. Consejero ponente DANIEL MANRIQUE GUZMÁN. Jurisprudencia y Doctrina LEGIS, Bogotá, julio de 1999. No.331. P. 1244-1246.

La declaratoria de inexecutable tuvo como argumento que hace falta una normatividad marco en materia de financiación de vivienda a largo plazo como lo exige el carácter especial del artículo 51 de la C. P. La expedición del decreto-ley 663/93 violó la Constitución porque el Ejecutivo en sus facultades extraordinarias al actualizarlo invadió las competencias del Congreso, (art. 113, art. 150, numeral 10, numeral 19, literal d y artículo 189, numeral 24 y 25, art. 335, art. 51 y art. 3 de la C.P.)²³¹. Además, los deudores afectados por pagar más de lo que debían gozan de las acciones judiciales para obtener la revisión de sus contratos, la reliquidación de sus créditos y la devolución de lo que hayan calculado en exceso.

Igualmente en la sentencia C-747 de octubre 6 de 1999, la Corte Constitucional declaró la inexecutable del numeral 3 del artículo 121 del decreto ley 663/93 y la expresión: “que contemple la capitalización de intereses” del numeral 1 del mismo artículo, únicamente para créditos de financiación de vivienda a largo plazo, la sentencia tiene los mismos efectos ultractivos de la sentencia C- 700/99. Esta inconstitucionalidad material se decreta a pesar de que el artículo 121 se encuentre en la parte general del estatuto, regulando sistemas de pago e intereses en créditos de mediano y largo plazo que les son aplicables a los créditos de vivienda, aunque la capitalización de intereses a créditos de mediano o largo plazo no son violatorios de la Constitución, por lo que su inexecutable solo se aplica a los créditos de vivienda. Dicha capitalización de intereses en adquisición de vivienda viola el artículo 51 de la C. P., según la sentencia C-383/99; es el derecho a la vivienda digna uno de los derechos sociales y económicos que por su propia índole es de realización progresiva por ello se ordena al Estado fijar las condiciones necesarias para serlo efectivo, así como promover planes de vivienda de interés social y sistemas adecuados de financiación a largo plazo. La alteración de la relación entre deudor y corporación crediticia se presenta en desventaja al más débil (el deudor), pues la capacidad de pago de este es desbordada con la

²³¹ST C-700/99 M. P. José Gregorio Hernández Galindo. EN: jurisprudencia y Doctrina LEGIS, Bogotá, noviembre 1999, No. 335. P. 2173-2211.

elevación de la deuda liquidada en UPAC, además que los reajustes periódicos de los ingresos de los trabajadores y de las capas medias no se realizan conforme a la variación de las tasas de interés, sino bajo otros criterios²³².

Con la sentencia SU-846 de julio 26 del 2000 la Corte Constitucional decide si el mecanismo de tutela es el procedente para ordenar la suspensión de los procesos ejecutivos en curso para obtener reliquidación de los créditos bajo el UPAC. Considera la Sala que corresponderá a los jueces ordinarios establecer la aplicación de la Doctrina Constitucional contenidas en las Sentencias C-383, C-700 y C-747 de 1999, teniendo como punto de partida que la Corte reconoció que el sistema de financiación de vivienda a largo plazo UPAC era contrario a los postulados de la Justicia y Equidad de la Constitución, postulados que los jueces han de prevalecer para garantizar los derechos de las personas y que están obligados a hacerlos imperar. Es de no olvidar que la función de los jueces en el Estado Social de Derecho es la de materializar en sus decisiones los principios y fines del Estado por lo que en su labor interpretativa no pueden dejar de lado la doctrina constitucional. Por lo anterior se entiende que corresponde a los jueces ordinarios y no al juez de tutela garantizar los derechos de los diversos usuarios en el sistema UPAC en aplicación de los principios generales del Derecho como de las normas del Código Civil y del Código de Comercio. Por tanto la Corte no puede señalar en esta providencia la vía legal a la que los usuarios pueden acudir para obtener, entre otros la reliquidación de sus créditos. Agrega la Corte que es de tener en cuenta que para créditos de adquisición y conservación de vivienda los contratos de mutuo con garantía hipotecaria no se rigen absolutamente por el principio de la autonomía de la voluntad porque obedecen a la intervención del Estado, estos doctrinariamente se definen dirigidos por el interés público. Pero antes de dictar esta sentencia, la Corte en la sentencia C-664, de junio 8 del 2000, manifiesta que la hipoteca sobre bienes e inmuebles no viola el derecho a la

²³² ST C-747, octubre 6/99. M. P. Alfredo Beltrán Sierra. EN: Jurisprudencia y Doctrina LEGIS, Bogotá, diciembre 1999, No 336. P. 2331-2347.

vivienda digna porque también son bienes inmuebles los que por destinación o adhesión se les configura, además las formas procesales como los mandatos que consagran derechos subjetivos forman parte de la Constitución Política de 1991 y por tanto los contratos de mutuo se rigen por el carácter voluntario y los acreedores ejercen en la hipoteca y al interponer los procesos ejecutivos hipotecarios, derechos subjetivos protegidos por la Constitución²³³

Con la Sentencia C-955 de julio 26 del 2000 se declaró exequible la ley 546 del 23 de diciembre de 1999 con algunas excepciones en sus artículos. Esta es la ley marco que consagra el UVR como nuevo sistema de financiación de vivienda a largo plazo. En cuanto a la participación que el legislador tuvo al formular esta ley encuentra la Corte que se anticipó a reconocer su responsabilidad y asumió voluntariamente los costos del resarcimiento del daño causado a los deudores del UPAC cambiándolo al UVR porque la situación social se encontraba con 800.000 deudas hipotecarias vigentes al momento de la expedición del UVR y con amenaza de igual números de procesos ejecutivos hipotecarios.

Para la Corte la ley 546 es ley cuadro porque se le puede distinguir por su contenido, concibe que una ley no tiene que ser ciento por ciento marco, lo que interesa es que respete el principio de unidad de materia previstos en el artículo 158 y 169 de la C. P. En lo que tiene que ver con la financiación de vivienda a largo plazo, debe ser ley marco (artículo 150, numeral 19, literal d, de la Constitución y ST C-700/99) lo referente a los artículos que toquen con la actividad financiera o de intermediación, es decir con la operación y gestión de las instituciones financieras en lo relativo a los créditos de largo plazo para adquisición y construcción de vivienda y en lo referente a la intervención del Estado en esas actividades y escapan a ese concepto los artículos acerca de las funciones del gobierno y a la Junta Directiva del Banco de la República.

²³³ Sentencia C-664 de junio 8 del 2000. M.P. Fabio Morón Díaz.

En cuanto al artículo 3 que define la UVR puede el legislador sin violar la Constitución, en una ley marco que regula el sistema de financiación de vivienda, contemplar una unidad de cuenta que refleje en cantidades adeudadas el comportamiento del proceso inflacionario, es decir que refleje el poder adquisitivo de la moneda con base exclusivamente en la variación del IPC certificado por el DANE, en este sentido es que la Corte lo declara inexecutable, lo que además implica que la Junta Directiva del Banco de la República a partir de esta sentencia calculará la UVR y no será el CONPES, porque violaba el artículo 372 de la C. P. Las denominadas Corporaciones de ahorro y vivienda en el artículo 5 se convierten a Bancos Comerciales.

No hay que olvidar que en el artículo 17 se establecieron los criterios para los créditos de vivienda en los cuales se implanta una tasa de interés remuneratoria *que se considera que no contraviene a la Constitución porque es lícito que el prestamista tenga un rendimiento, lo que es opuesto es que esa tasa no tenga límite, lo que implica, por ser el acceso a la vivienda digna un derecho constitucional, que las instituciones financieras por su posición dominante impongan a los deudores tasas excesivamente altas, por lo que se establece las tasas aplicables a vivienda serán menores a la tasa mas baja del mercado que se cobre y se entiende que lo que debe ser actualizado son los saldos insolutos a medida que se paguen las cuotas, amortizando desde el principio a capital y que se cobren los intereses de forma vencida y que la tasa de interés sea fija durante toda la vigencia del crédito salvo que se pacten una reducción de la misma*.²³⁴ Los apartes que la Corte declaró inexecutable por prever una regulación distinta para los créditos en mora fueron los artículos 41 y 42 en cuanto que distinguen injustificadamente (para reliquidaciones y abonos) entre los créditos que se encontraban al día al 31 de diciembre de 1999 y los que se hallaban en mora, en el sentido de que las obligaciones no desaparecían por la mora y como se trataba

²³⁴ Sentencia C-955 de julio 26 del 2000. M. P. José Gregorio Hernández Galindo. EN: Jurisprudencia y Doctrina LEGIS, Bogotá, Octubre del 2000. No. 346. P. 1981-2049.

de cosas diferentes (abono y mora) no podía tomarse la situación del crédito como factor para dilatar la reliquidación, ni tampoco para que por vencimiento del plazo a los morosos para solicitar sus reliquidaciones quedaran sin los abonos . Esta situación es para la Corte contraria a la igualdad constitucional, aunque no amplió la cobertura a los créditos que estaban cancelados a la expedición a la ley 546²³⁵. Finalmente la Corte encontró ajustado a la Constitución el sistema UVR porque resultaba legítimo para el legislador diseñar un sistema para atender los problemas de protección de vivienda digna de los colombianos, en particular para enfrentar los derivados de la comparación entre las sumas que adeudaban y las que efectivamente cancelaron; la opción de readquisición de vivienda para quienes la habían perdido y la suspensión de los procesos ejecutivos iniciados.

En la sentencia C-1140 de agosto 30 del 2000 la Corte declaró exequible los artículos 43,44 y 45 de la ley 546 de 1999 e inexecutable los artículos 35, 36 y 37 y un aparte del artículo 19. Para el magistrado EDUARDO MONTEALEGRE no se puede anular toda posibilidad de reclamación judicial contra la institución financiera presumiendo que el pago hecho por el deudor cubre completamente lo que esta debía al demandante originando violación de los artículos 29, 229 y preámbulo de la Constitución²³⁶. No excluye la Corte la posibilidad de reclamación de perjuicios porque no se ve una responsabilidad pecuniaria colectiva del Estado y las CAV por lo que deja a consideración de los jueces el otorgar la indemnización de perjuicios a los deudores. Esta sentencia cambia el sentido de la sentencia C-383 de 1999 que si acepta la responsabilidad del Estado, debe ser porque la anterior sentencia se dictó sin la expedición de la ley 546, pero esa ley no cambia el hecho de que los deudores del UPAC sufrieron un daño.

La jurisprudencia de la Corte acerca de la terminación de los procesos ejecutivos iniciados antes del 31 de diciembre de 1999 no tuvo aplicación por parte de los

²³⁵ MONTEALEGRE. Op. Cit. P. 118

²³⁶ *Ibíd.* P. 121,122.

jueces y a partir del 2001 las sentencias que la Corte tuvo que asumir pertenecen a tutelas que pretendían que la Corte amparara su derecho al debido proceso porque los jueces no acogían la jurisprudencia del UPAC (alrededor de 90 tutelas fueron examinadas). Esto lo corrobora para la fecha de la entrevista el abogado Dr. JOSE ÁNGEL GÓMEZ, el 31 de enero del 2007, afirmando que para esa fecha estaban en curso 43 tutelas para que la Corte ordenara a los jueces acogerse a la jurisprudencia sobre la terminación de los procesos del UPAC. Esta cifra al último fallo de la Corte, el 4 de octubre, ascendió a 70 tutelas que finalmente fueron analizadas en el fallo SU-813 de 2007, que configura la terminación real del UPAC.

En la sentencia SU-813 del 4 de Octubre de 2007, la Corte reiteró su posición en el sentido de sostener que todos los procesos ejecutivos hipotecarios que se encontraban en curso a 31 de diciembre de 1999 han debido declararse terminados por parte del juez competente, conforme al entendimiento que del artículo 42 de la citada Ley 546 de 1999 hizo la Corporación, inicialmente en la Sentencia C-955 de 2000, la Corte reiteró que: *“la decisión de los jueces de no dar por terminado dichos procesos es constitutiva de una vía de hecho por defecto sustantivo, violatoria del derecho al debido proceso en conexidad con el derecho a la vivienda digna, por cuanto desconoce el verdadero sentido de la ley y el precedente constitucional aplicable.”*

La Corte precisó, además, que los casos en los cuales los jueces no hayan dado por terminados los procesos ejecutivos hipotecarios iniciados antes del 31 de diciembre de 1999, cabe la protección constitucional por vía de tutela, siempre que se cumplieran los siguientes requisitos:

- (i) que el afectado haya sido diligente en su actuación procesal y

- (ii) que la acción de tutela haya sido presentada de manera oportuna, antes que se hubiere registrado el auto aprobatorio del remate o adjudicación del inmueble.²³⁷

Conforme con ello, la Corte decidió extender con carácter general los efectos de este pronunciamiento a todos los procesos ejecutivos en curso, iniciados antes del 31 de diciembre de 1999, que se refieren a créditos de vivienda²³⁸, y en los cuales no se haya registrado el auto aprobatorio del remate o adjudicación del inmueble. La reestructuración deberá tener en cuenta criterios de favorabilidad y viabilidad del crédito, así como la situación económica actual del deudor. En ningún caso podrá cobrarse intereses causados antes de definida la reestructuración del crédito. No será exigible la obligación financiera hasta tanto no termine el proceso de reestructuración.

Los efectos de esta sentencia se surten a partir de la fecha y se extienden con carácter general a todos los procesos ejecutivos en curso, iniciados antes del 31 de diciembre de 1999, y que se refieran a créditos de vivienda, y en los cuales no se haya registrado el auto de aprobación del remate o de la adjudicación del inmueble y respecto de los cuales no se hubiere interpuesto tutela.²³⁹ En cuanto a

²³⁷ Sin embargo el salvamento parcial de voto que hizo el Dr. JAIME ARAUJO RENTERÍA, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución política y la sentencia de la Corte Constitucional que examinó el decreto reglamentario sobre tutela, no existe término para interponer una tutela cuando ha sido violado un derecho fundamental, en consecuencia estas tutelas podían interponerse en cualquier tiempo por lo que no es exigible ningún requisito de inmediatez.

²³⁸ La orden de terminar los procesos provenía del propio legislador, orden que debían cumplir los jueces aún sin solicitud de los demandados y eso precisamente es lo que explica que todos los procesos debieron terminar; salvamento parcial de voto que hizo el Dr. JAIME ARAUJO RENTERÍA.

²³⁹ En consecuencia, con el fin de asegurar la terminación del proceso ejecutivo hipotecario y el archivo del expediente, el juez civil respectivo, en estos casos: (a) procederá a solicitar al deudor que manifieste si está de acuerdo con la reliquidación y, en caso de objeción, la resuelva de conformidad con los términos establecidos en la ley; (b) definida la reliquidación, sujetándose a las condiciones fijadas en la parte motiva de esta sentencia, el juez procederá de oficio a dar por terminado el proceso, sin que haya lugar a condena en costas. En la misma providencia, ordenará al acreedor que reestructure el saldo de la obligación, e impartirá las demás órdenes que correspondan, según las circunstancias del caso. Si entre el 16 de agosto de 2006 y el 4 de octubre de 2007, se hubiere registrado el auto aprobatorio del remate o de adjudicación del

la reestructuración, se deberá tener en cuenta criterios de favorabilidad y viabilidad del crédito, así como la situación económica actual del deudor. En todo caso, deberá atender a las preferencias del deudor sobre alguna de las líneas de financiación existentes o que se creen. En el caso en el que exista un desacuerdo irreconciliable entre la entidad financiera y el deudor corresponderá a la superintendencia financiera definir lo relativo a la reestructuración del crédito en estricta sujeción a los criterios mencionados y dentro de un plazo no superior a treinta (30) días, contados a partir de la solicitud presentada por cualquiera de las partes. En ningún caso podrá cobrarse intereses causados antes de definida la reestructuración del crédito. No será exigible la obligación financiera hasta tanto no termine el proceso de reestructuración. Otorga a los jueces que estén conociendo acciones de tutela relativas a la terminación de procesos ejecutivos que se refieran a créditos de viviendas iniciados con anterioridad al 31 de diciembre de 1999, que deberán seguir, entre otros, el precedente sentado en la presente sentencia de unificación. Por lo tanto:

- (a) Deberán conceder la acción de tutela cuando i) esta haya sido interpuesta de manera oportuna antes de que se haya registrado el auto aprobatorio del remate o de adjudicación del inmueble y ii) cuando el demandante en dicho proceso ejecutivo haya actuado con una diligencia mínima dentro del mismo;
- (b) La acción de tutela se considerará improcedente cuando se hubiere interpuesto con posterioridad del registro del auto de aprobación del remate o de adjudicación del inmueble.

inmueble, y no se hubiere hecho la entrega material del bien, el juez civil ordenará la cancelación de este registro y el reembolso del dinero al rematante a cargo de la entidad ejecutante. (c) Para los efectos anteriores, el juez también ordenará a la entidad financiera ejecutante que reestructure el saldo de la obligación vigente a 31 de diciembre de 1999, de conformidad con la Ley 546 de 1999 y la sentencia C-955 de 2000 y sin el cómputo de los intereses que pudieren haberse causado desde el 31 de diciembre de 1999.

Esta sentencia es muy importante porque termina 8 años después con los estragos que el UPAC causó al momento de declararse exequible y después, al no terminarse los procesos que se habían iniciado en su nombre. También es importante porque alberga los llamados que la Corte hace a los diferentes estamentos del Estado para que se encaminen a llevar a cabo políticas que favorezcan a los deudores, llamados que la Corte Constitucional para 1999 hizo al Estado y que hoy confirma el perjuicio causado a los deudores.

La Corte exhorta al Congreso de la República y al Gobierno Nacional para que, en cumplimiento de sus respectivas obligaciones constitucionales, expidan las disposiciones y ejerzan las funciones conducentes a hacer efectivo el derecho a la vivienda digna, haciendo reales los planes de interés social y el acceso a sistemas equitativos y adecuados de financiación a largo plazo, promoviendo la verdadera democratización del crédito, para impedir la repetición de situaciones como las analizadas en la presente sentencia. En todas las políticas de viviendas que se adopten, se dará prelación a las personas que perdieron su vivienda como efecto del incumplimiento de lo dispuesto en la Ley 546 de 1999. Así mismo, se restablecerá su elegibilidad para acceder a los subsidios de vivienda de interés social, la actualización de la información en los bancos de datos de las entidades financieras y la redefinición de líneas de crédito, con tasas de interés y plazos adecuados que puedan realmente ser satisfechos por los deudores.

Ordena al Procurador General de la Nación y al Defensor del Pueblo que, en el ámbito de sus respectivas competencias, tomen todas las medidas orientadas a asegurar el efectivo cumplimiento de esta sentencia. Y dispone que el Consejo Superior de la Judicatura, de manera inmediata, comunique la parte resolutive de esta sentencia a todos los jueces y magistrados de la República y divulgue su texto.

3.2.4. El carácter injustificado del daño determina que la acción “A” quede fuera del alcance de los principios que justifica la regla permisiva a que se alude en 3.2.1 y que surja una nueva regla que establece que en las circunstancias X’ (X más alguna circunstancia que suponga la forma de realización 3.2.3.2) la acción “A” está prohibida.²⁴⁰

De acuerdo a la definición del abuso del derecho como un ilícito atípico existe la conducta abusiva por parte de las CAV y los bancos comerciales en contra de los deudores del UPAC y del UVR. Esto significa que esta conducta viola los principios fundamentales del ordenamiento jurídico como son los siguientes:

Preámbulo: asegurar a sus integrantes la justicia, la igualdad, la libertad y la paz dentro de un marco jurídico democrático y participativo que garantice el orden político, económico y social justo.

Artículo 1, Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República..., democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

En la Jurisprudencia colombiana la Corte Constitucional expresa que la cláusula: *Estado Social de Derecho* (artículo 1 C.P.) tiene poder jurídico para concretar un modo de vida público y comunitario que ofrezca condiciones materiales adecuadas en una igual libertad y tras este poder jurídico se consagran los derechos Sociales,

²⁴⁰ ATIENZA y RUIZ. Op. Cit. P. 57-58. Atienza da un ejemplo de aplicación de esta definición, en la sentencia del 14 de febrero de 1944 de la jurisprudencia española: el consorcio de la zona franca de Barcelona tenía una concepción administrativa para extraer arenas del litoral barcelonés. Una compañía eléctrica poseían una entradle energía situada junto a la desembocadura de un río y en inmediaciones de la playa del consorcio. La extracción de arenas produjo la desaparición de defensas naturales que protegían a la central eléctrica de los desbordamientos del río y de la acción del mar. En medio de esta situación hubo uso temporales fuertes que produjeron daños a la central. La empresa eléctrica se dirigió a los tribunales para ser indemnizada por el consorcio y dicha pretensión fue acogida por los tribunales.

Económicos y Culturales como parte del desarrollo económico y social a la vez relacionados con la función social de la propiedad privada.²⁴¹

Artículo 2, Son fines esenciales del Estado: Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación;... la vigencia de un orden justo. 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.

Artículo 4, La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...

Artículo 5, El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

Artículo 16, Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Desde el punto de vista de la teoría los ilícitos atípicos, los derechos fundamentales hacen parte de los principios de los ordenamientos jurídicos por lo que los derechos fundamentales que resultan vulnerados con la actuación de las CAV y los bancos comerciales son:

²⁴¹ Sentencia C-595 18 agosto de 1999. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Artículo 13, Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Artículo 16, Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

Artículo 29, El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

En la sentencia SU-813 del 2007 la Corte Constitucional tuteló el derecho al debido proceso en conexidad con el derecho a la vivienda digna y DECRETO LA NULIDAD de todo lo actuado dentro de los procesos ejecutivos hipotecarios a

partir de la actuación siguiente a la reliquidación del crédito²⁴² y que se ordene a las entidades financieras ejecutantes que reestructuren el saldo de la obligación vigente a 31 de diciembre de 1999, de conformidad con la Ley 546 de 1999 y la sentencia C-955 de 2000 y sin el cómputo de los intereses que pudieren haberse causado desde el 31 de diciembre de 1999.

Los derechos sociales, económicos y culturales que con las acciones que tanto CAV's y bancos comerciales vulneraron son:

Artículo 51, Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda.

Para la estrategia mundial de vivienda, la vivienda adecuada se define así:

“disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable”.

La relación que existe entre la vivienda y los derechos humanos es aquella que tiene importancia para la dignidad humana, la salud física y mental el lugar donde

²⁴² Con el fin de asegurar la terminación del proceso ejecutivo hipotecario y el archivo del expediente, y ordena a los juzgados que: a) Dentro del término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de la sentencia, proceda a solicitar al deudor que manifieste si está de acuerdo con la reliquidación y en caso de objeción, la resuelva de conformidad con los términos establecidos en la ley; y (b) definida la reliquidación, sujetándose a las condiciones fijadas en la parte motiva de esta sentencia, procederá a dar por terminado el proceso, sin que haya lugar a condena en costas. En la misma providencia, ordenará al acreedor que reestructure el saldo de la obligación, e impartirá las demás órdenes que correspondan, según las circunstancias del caso. En el evento de que durante el trámite de la presente tutela se hubiere registrado el auto aprobatorio del remate, el juez civil ordenará la cancelación de este registro y el reembolso del dinero al rematante, a cargo de la entidad ejecutante. Cumplido lo anterior, en caso de que se hubiere efectuado la entrega del inmueble, dispondrá la restitución del mismo al deudor.

vivía. La relación o permeabilidad entre algunos derechos humanos y el derecho a una vivienda adecuada permite apreciar claramente que los conceptos de indivisibilidad e interdependencia son fundamentales en el pleno disfrute de todos los derechos, como el derecho a la dignidad humana, el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho a la libertad de elegir el lugar de residencia, el derecho a la seguridad de la persona (desalojamientos forzados u otras formas de acoso) y el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en la vida privada, la familia, el hogar y la correspondencia.

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), la vivienda es el factor ambiental que mas influencia tiene sobre las condiciones de enfermedad y el aumento de las tasas de mortalidad y morbilidad²⁴³. Los derechos económicos, sociales y culturales aunque se configuren como derechos humanos de segunda generación no alcanzan la caracterización que siempre van a tener los derechos de primera generación (derechos humanos) en atención a su carácter individual y subjetivo, en este caso las preocupaciones acerca de la aplicación de los derechos de segunda generación seguirán existiendo, hasta que existan las condiciones económicas, sociales y políticas para realizarlos. En atención a este punto el abuso del derecho hace un esfuerzo por limitar el carácter absoluto de los derechos subjetivos, pero coexiste sin reñir, con la propiedad, de ahí que se manifieste que es una autocorrección (reforma o revisión) sobre el ordenamiento jurídico para fortalecerlo mas como Estado Social de Derecho de acuerdo a sus principios que promulga como valores supremos.

Al adoptarse la declaración universal de derechos humanos en 1948 el derecho a una vivienda adecuada pasó a formar parte del conjunto de normas jurídicas internacionales de derechos humanos universalmente aplicables y universalmente

²⁴³ www.colectivodeabogados.org. Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo. Folleto Informativo No.21, El Derecho Humano a una Vivienda Adecuada.

aceptadas. En muchos de los instrumentos que reconocen el derecho a una vivienda adecuada se señala que se trata de un derecho que corresponde a todos.

El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha sido ratificado por Ciento ocho (108) Estados o se han adherido a él. Este texto contiene el que quizás sea el fundamento más importante del derecho a la vivienda enunciado en todos los principios jurídicos que integran las normas internacionales de derechos humanos. En el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto se dice que:

"Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento."

Igualmente este derecho se reconoce en por lo menos en doce textos aprobados y proclamados por las Naciones Unidas:

-Art. 25, párrafo 1, declaración universal de los derechos humanos.²⁴⁴

-Convención sobre los estatutos de los refugiados de 1951.

-Declaración de los derechos del niño. 1959.

-Art. 11, párrafo 1: Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social, de las naciones unidas, 1969.

-Declaración de Vancouver sobre asentamientos humanos de las unidas, 1976

-Convención internacional sobre la eliminación de toda las formas de discriminación racial. Art. 5, párrafo e.

²⁴⁴ *"Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad."*

-Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979. Art. 14.

-La Declaración sobre el derecho al desarrollo, aprobada por la Asamblea General en su resolución 41/128 de 4 de diciembre de 1986. El artículo 8 1) de la Declaración dice así: *"Los Estados deben adoptar, en el plano nacional, todas las medidas necesarias para la realización del derecho al desarrollo y garantizarán, entre otras cosas, la igualdad de oportunidades para todo, en cuanto al acceso a los recursos básicos, la educación, los servicios de salud, los alimentos, la vivienda, el empleo y la justa distribución de los ingresos. Deben adoptarse medidas eficaces para lograr que la mujer participe activamente en el proceso de desarrollo. Deben hacerse reformas económicas y sociales adecuadas con objeto de erradicar todas las injusticias sociales."*

-Convención sobre los derechos del niño. 1989, art. 27.

-Convención Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares, 1990, art. 43.

-Recomendación numero 115, sobre la vivienda de los trabajadores de la OIT y otros 37 convenios y recomendaciones de la OIT.

-Resolución 42/146 asamblea general de las Naciones Unidas

-Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías en su resolución 1991/26.

Considera la Corte Constitucional que por ser el derecho a la vivienda digna perteneciente a los derechos económicos, sociales y culturales no otorga a la persona un derecho subjetivo para exigir al Estado en forma directa e inmediata su plena satisfacción y por lo tanto no obliga al Estado Social de Derecho la obligación de proporcionar vivienda a la totalidad de los habitantes del país que adolezcan de dicha necesidad, pues este solo esta obligado a fijar condiciones y promover planes de vivienda, en la medida de las capacidades que su estructura protectora le permita teniendo en cuenta las condiciones socioeconómicas del país y las apropiaciones presupuestales definidas para estos rubros. Lo contrario seria

obligarlo a lo imposible y llevarlo a desconocer o a abandonar otros campos de acción social sobre los cuales también le asiste responsabilidad. Los derechos constitucionales de desarrollo progresivo solo producen efectos una vez se cumplan ciertas condiciones jurídico-materiales que los posibilitan²⁴⁵.

En este último aspecto la concepción de la propiedad es determinante para tener en cuenta que en el Estado Social de Derecho se siguen manteniendo las mismas relaciones económicas del Estado de Derecho. Por tanto resulta necesario aclarar que los derechos económicos, sociales y culturales a pesar de estar contenidos en la Carta Constitucional no son posibles de realizarse directamente por las condiciones económicas que rigen el sistema de economía de mercado. Al respecto las normatividades internacionales acerca de estos derechos son esfuerzos por lograr el derecho a la vivienda digna rezagada a las pretensiones que el ordenamiento jurídico considere primordiales como son las referentes a la protección de la propiedad (derechos subjetivos). Esta situación prevista en la concepción de los ilícitos atípicos coloca a la función social de la propiedad como “*remedio económico*” a la disparidad en la que se encuentran los más desfavorecidos, más no es una solución a su situación económica y exige jurídicamente a través de la promulgación de los principios del sistema jurídico que se proteja la propiedad privada y se sostenga, es por tal que el abuso del derecho es un límite a los excesos en el ejercicio del derecho de propiedad, más no la negación de ella o su transformación.

Artículo 42, La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. ...El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia...La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Este derecho es también incluido dentro del Art. 25, párrafo 1, de la declaración universal de los derechos humanos, en la cual se proclama: “***Toda persona tiene***

²⁴⁵ Sentencia T-251 de junio 5 de 1995. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad."

Artículo 44, Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

En la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social de las Naciones Unidas (1969) y en la Declaración de Vancouver sobre los asentamientos humanos de las Naciones Unidas (1976), se reconoce el derecho de todos a una vivienda adecuada.²⁴⁶ En especial atención se encuentran los niños por su vulnerabilidad, es por tal que la declaración de los derechos del niño de las Naciones Unidas de 1959 y la Convención sobre los derechos del niño de 1989 se ocupa del derecho especial del niño a la vivienda en el artículo 27, en el cual se

²⁴⁶ www.colectivodeabogados.org. Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo Folleto Informativo No.21, El Derecho Humano a una Vivienda Adecuada.

exige a los Estados partes que adopten medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables del niño a dar efectividad al derecho a un nivel de vida adecuado y en caso necesario [que proporcionen] asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

Artículo 58, Modificado por Acto Legislativo 01 de 1999.- Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. La propiedad es una función social que implica obligaciones...

Considera la Corte Constitucional que la función social de la propiedad tiene el significado de moderar y restringir el alcance del derecho de propiedad y le corresponde implicar una mayor afirmación de ciertas clases de propiedad (st-C-589/95). Además considera que existe la vinculación intrínseca de la propiedad privada a su función social y se ha querido subordinar la garantía de la misma a los requerimientos de la producción y de la generación de riqueza (st-C-066/93). La función social de la propiedad privada presenta diversas caracterizaciones que para la Corte están determinadas por la naturaleza de los bienes, su clase y la entidad quien es titular de los derechos que emana, así como la posición económica de las personas que la poseen. Dentro de esta definición entra las formas de economía solidaria que son una alternativa para satisfacer necesidades apremiantes mediante la distribución democrática de excedentes que según la Corte excluye el afán de lucro y es una pedagogía contra el exceso del individualismo (st C-589/93).²⁴⁷

El derecho de propiedad privada y su función social es determinante en la concepción que ATIENZA y RUIZ tienen acerca del abuso del derecho como un ilícito atípico. Los autores plantean que el abuso del derecho ha surgido

²⁴⁷ Sentencia C-595 del 18 de Agosto de 1999. M. P. Carlos Gaviria Díaz

históricamente a partir del derecho de propiedad privada. A este derecho le asisten razones que lo justifican como son las justificaciones últimas, que se manifiestan como principios y se refieren a derechos universales (derechos humanos) y son estas justificaciones las que se tienen en cuenta para calificar una acción como abusiva, porque ellas se refieren al alcance de la autonomía que una persona puede tener para desarrollar su plan de vida. Esta autonomía aparece en el ordenamiento jurídico como un valor de principio, que por ser real es muy cierto: solo es autónomo quien es propietario. Derivada de esta condición de propietario es que el respeto y estabilidad por las reglas que el legislador hace para protegerlo, son el resultado de la condición de tener propiedad, sin la cual no puede desarrollar su plan de vida, que se materializa sin tener en cuenta los intereses de terceros. Sin embargo, esta autonomía no se puede realizar para todos, porque no tienen el mismo *quamtun* para desarrollar una existencia autónoma.

La manera en que ATIENZA y RUIZ resuelven esta contradicción es asegurarle a los más desfavorecidos dicho *quamtum*, y se requiere tener como límite al derecho de propiedad privada: *la función social de la propiedad privada*²⁴⁸, derivada de la exigencia de la directriz del Estado Social de Derecho, que ordena la maximización de la riqueza social de acuerdo a las reglas que representan aquellas razones que limitan la condición de ser propietario (el contenido esencial del derecho de propiedad privada: el *as* de posiciones normativas) y el juicio según el cual en un sistema amplio de propiedad privada se crean las condiciones

²⁴⁸ En la sentencia C-595 del 18 de agosto de 1999, la función social se funda en nuevos valores-derechos consagrados en la segunda y tercera generación de Derechos Humanos y se manifiesta en especial en la consagración de un catálogo de principios y derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y funcionamiento de la organización política. La renovada concepción de propiedad permite que el desarrollo económico y social provoque la mutación del concepto y del sentido que se le asigne a la propiedad privada. El alejamiento de la matriz subjetivista del código civil en la constitución del 91 es notorio y denuncia un cambio de la base económica y del fundamento del derecho de propiedad que se conserva y garantiza a partir de la función social y del interés social como postulados constitucionales. La propiedad privada no puede reclamar la arbitrariedad ni el carácter absoluto que en tiempos pasados era inherente a ella (st-C-431/94). Esta Sentencia es importante porque bajo estas consideraciones se declaró inexecutable el adverbio “arbitrariamente” que acompañaba la definición de propiedad en el artículo 669 del Código Civil.

adecuadas de riqueza social. Esta directriz y este juicio son el fundamento del Estado Social de Derecho, que busca asegurar a los *más desfavorecidos* el *quantum* necesario para lograr la existencia autónoma.²⁴⁹ Al respecto la Corte Constitucional manifestó que el derecho de propiedad en el Estado Social de Derecho se trata de un concepto creado para dar respuesta a las múltiples demandas sociales que demandaban por la transformaciones del Estado liberal en una entidad que se encargara de garantizar patrones mínimos dentro de los que fuera posible vivir dignamente que serian asegurados para todos bajo la idea de derecho.

En estas condiciones es que se crea el contexto propio para la aplicación de la figura del abuso del derecho, porque requiere que integre principios y reglas en la concepción que se debe tener del derecho, ya que un contexto en el cual solo se integren normas es inadecuado. Esta definición aplicada al marco legal del UPAC y del UVR encuentra su acervo en el sistema jurídico colombiano en la medida en que es un sistema de Estado Social de Derecho que vincula la función social de la propiedad privada como un elemento de garantía frente a los excesos del absolutismo de la propiedad privada, frente a lo cual la Corte Constitucional reafirma que en los principios básicos que inspiran el Estado Social de Derecho (artículo 1) como son el respeto a la Dignidad humana, la solidaridad de las personas y la prevalencia del interés general, se encuentran incorporados los artículos 333, 334 y 335 de la Carta Política, que se refieren a la función social que se le impone a toda actividad económica (para el UPAC y el UVR son actividades económicas: la financiera, bursátil, aseguradora..) en cuanto a desarrollar el principio de la igualdad mediante el ejercicio de la autoridad pública que tiene a su

²⁴⁹ Lo anterior no significa que se dotará del mismo quantum a los más desfavorecidos para alcanzar la condición de propietarios; sino que los más desfavorecidos, de acuerdo a la función social de la propiedad privada obtienen el quantum necesario para *producir y mantener su status dentro de la sociedad alcanzando un nivel de vida lo suficiente para reproducirse*, porque la función social de la propiedad privada opera como limite a la propiedad y no como negación de ella, arreglado al principio de la propiedad privada como derecho fundamental protegido y defendido especialmente por el Estado Social de Derecho.

cargo la garantía de efectividad de los principios y derechos con lo que finalmente se busca realizar la función social del crédito junto con los propósitos de racionalizar la economía para conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo.²⁵⁰

Los derechos sociales, económicos y culturales a pesar de que no son derechos de exigencia inmediata y su desarrollo es de carácter progresivo, resultan ser principios en la Constitución Política a través del bloque de constitucionalidad que tiene en cuenta la incorporación real del papel de los valores y de los principios en la Constitución. A través de la función normativa que se hace de los derechos fundamentales y de los derechos que devienen de los Tratados y Convenios tenidos en cuenta por Colombia, la interpretación que de ellos haga la Corte Constitucional son verdaderos principios y reglas de valor constitucional. En la sentencia hito C-225/95 se hace el estudio del lugar que ocupan los Tratados y Convenios sobre derechos humanos aprobados y ratificados por Colombia como parte del *ius cogens* que busca proteger la dignidad humana y que está compuesta por normas y principios que sin aparecer formalmente en el artículo constitucional son parámetros de control de constitucionalidad de las leyes, porque han sido integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato de esta misma. Esta sentencia obedece a la necesidad de incorporar al orden interno el bloque de constitucionalidad como herramienta para adaptar los textos normativos a la historia y a la realidad social y económica del país²⁵¹ y la Corte Constitucional en reiteradas sentencias manifiesta la sujeción de la Constitución de 1991 a los principios y valores partiendo de que la Justicia y la Igualdad deben garantizar un orden político, económico y social justo.

²⁵⁰ Sentencia C-560 de diciembre 6 de 1994. M. P. José Gregorio Hernández Galindo. En la que se declaró la exequibilidad de la ley 35 de 1993 en la que se señalaban los criterios del G.N. para el desarrollo de las actividades financieras.

²⁵¹ ESTRADA VÉLEZ, Sergio Iván. Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad. Medellín: Universidad de Medellín. Segunda edición, 2006. P. 99-102

En este orden de ideas la figura del abuso del derecho aplicada a la difícil situación de miles de familias damnificadas por el UPAC y el UVR desde el punto de vista de los ilícitos atípicos encuentra la suficiente argumentación para ser tenida en cuenta a la resolución de los conflictos entre las corporaciones financieras y los deudores, por la importancia que para el ordenamiento jurídico tiene la sujeción a los principios y derechos internacionales. Es de tener en cuenta que la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos son un principio aceptado desde hace tiempo y constantemente reafirmado por las instancias internacionales. Es decir, el respeto de los derechos civiles y políticos no puede separarse del disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y por otra parte las libertades políticas y civiles son necesarias para participar en el proceso de un autentico desarrollo económico y social.²⁵²

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁵³ ha ayudado a aclarar las diversas obligaciones que asumen los gobiernos al reconocer el derecho a una vivienda adecuada. Para ello ha adoptado diversas iniciativas, entre las cuales figuran las siguientes:

- a) ha mantenido "un debate general" sobre este derecho;
- b) ha llevado a cabo una revisión a fondo de las directrices relativas a los informes que deben presentar los Estados de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (anexo 2);
- c) adoptó la Observación General N° 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada (anexo 3);

²⁵² Conferencia internacional de Derechos Humanos- Teherán, 13 de Mayo de 1968.

²⁵³ www.colectivodeabogados.org. Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo Folleto Informativo No.21, El Derecho Humano a una Vivienda Adecuada

d) en sus observaciones finales sobre los informes de algunos Estados partes ha señalado que los Estados en cuestión violaban el derecho a una vivienda adecuada porque recurrían a la práctica de los desalojamientos forzados.

De estas medidas, así como de las normas del Pacto y las demás fuentes legales del derecho a la vivienda que se han reseñado, surgen diversos niveles de obligaciones gubernamentales respecto de la realización de este derecho. Las obligaciones de los gobiernos en cuanto al derecho a la vivienda son:

- i) las obligaciones que figuran en el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto; y
- ii) las obligaciones más concretas de reconocer, respetar, proteger y realizar este y otros derechos.

El párrafo 1 del artículo 2 del Pacto es de importancia capital para determinar qué deben y qué no deben hacer los gobiernos en el proceso que lleva al disfrute por toda la sociedad de los derechos consagrados en el Pacto. El artículo dice lo siguiente:

"Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos."

Tres frases de este artículo son de especial importancia para comprender la obligación de los gobiernos de dar plena efectividad a los derechos reconocidos en el Pacto, entre ellos el derecho a una vivienda adecuada:

- a) "se compromete a adoptar medidas... por todos los medios apropiados";
- b) "hasta el máximo de los recursos de que disponga";
- c) "para lograr progresivamente".

a) "Se compromete a adoptar medidas por todos los medios apropiados"

Se trata de una obligación inmediata. Los Estados deben adoptar medidas inmediatamente después de ratificar el Pacto. Una de las primeras de estas medidas consiste en que el Estado parte emprenda una revisión a fondo de toda la legislación pertinente con miras a armonizar las leyes nacionales con las obligaciones jurídicas internacionales.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha reconocido que en muchos casos es muy deseable contar con medidas legislativas en este sentido y que, en algunos casos, esto resulta indispensable para la realización de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto. Sin embargo, el Comité ha subrayado al mismo tiempo que la adopción de medidas legislativas, o la existencia de una compatibilidad legislativa, no bastan por sí solas para que el Estado parte cumpla con las obligaciones que ha asumido en virtud del Pacto.

El término "por todos los medios apropiados" ha sido objeto de una interpretación amplia. Además de medidas legislativas, deben adoptarse otras de carácter administrativo, judicial, económico, social y educativo.

En términos generales, los gobiernos también deben adoptar medidas efectivas, concretas y dirigidas lo más claramente posible a cumplir las obligaciones reconocidas en el Pacto. Por consiguiente, deben tomarse rápidamente medidas para diagnosticar la situación en que se encuentran los derechos previstos en el Pacto. Los Estados partes también tienen la obligación de elaborar políticas y fijar prioridades compatibles con el Pacto, sobre la base de la situación en que se encuentren los derechos de que se trate. También deben evaluar los progresos logrados con esas medidas y prever recursos jurídicos o de otro tipo para sancionar las posibles violaciones. Tratándose, más concretamente, del derecho a una vivienda adecuada, los Estados partes deben elaborar una estrategia nacional en materia de vivienda. En ellas se definirán los objetivos para crear las

condiciones necesarias, determinar con qué recursos se cuenta para alcanzar esas metas y la forma más eficaz de utilizarlos, y fijar responsabilidades y plazos para la aplicación de las medidas necesarias.

Las estrategias deben ser fruto de consultas auténticas y generalizadas que se efectuarán con la participación de todos los sectores sociales, entre ellos las personas sin hogar y las que no disponen de una vivienda adecuada, así como sus representantes y organizaciones. También es preciso adoptar otras medidas para lograr una coordinación efectiva entre los ministerios nacionales pertinentes y las autoridades regionales y locales a fin de conciliar todas las políticas afines (en materia de economía, agricultura, medio ambiente, energía, etc.) con las obligaciones dimanantes del artículo 11 del Pacto.

b) "Hasta el máximo de los recursos de que disponga"

Esto significa que los recursos del Estado, así como los que proporcionen otros Estados o la comunidad internacional, deben utilizarse para dar efectividad a cada uno de los derechos enunciados en el Pacto. Aun cuando los "recursos de que disponga" sean a todas luces insuficientes, los Estados partes deben hacer lo que esté a su alcance para garantizar el más amplio disfrute que sea posible de los derechos pertinentes en las condiciones urgentes. Un aspecto importante es que, para hacer realidad este principio, el uso de los recursos disponibles y el acceso a ellos deben ser equitativos y eficaces. Aunque muchas veces se alega la falta de recursos para justificar la no realización de determinados derechos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha subrayado que incluso en momentos de grave contracción económica y cuando un Estado aplica medidas de ajuste estructural, se puede y sin duda se debe, proteger a los miembros vulnerables de la sociedad adoptando programas específicos a un costo relativamente bajo.

Si un Estado afirma que no puede hacer frente ni siquiera a sus obligaciones mínimas debido a la falta de recursos, por lo menos debe estar en condiciones de demostrar que ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone con objeto de cumplir, de manera prioritaria, con sus obligaciones mínimas. De cualquier modo, la falta de recursos no puede en ningún caso justificar el hecho de que el Estado no cumpla con su obligación de vigilar la falta de aplicación de los derechos consagrados en el Pacto.

Fundamentalmente la obligación de los Estados consiste en demostrar que, en conjunto, las medidas adoptadas son suficientes para la realización del derecho a una vivienda adecuada por todos en el plazo más breve utilizando al máximo los recursos de que se dispone.

c) "Para lograr progresivamente"

Esta frase impone a los Estados la obligación de avanzar con la mayor rapidez y eficacia posible hacia la meta de la plena efectividad de todos los derechos mencionados en el Pacto. En pocas palabras, los Estados no pueden aplazar indefinidamente las actividades encaminadas a asegurar la plena efectividad. Sin embargo, no todos los derechos consagrados en ese texto son objeto de una aplicación progresiva. Inmediatamente después de la ratificación, los Estados deben adoptar medidas legislativas relativas a las cláusulas del Pacto que se refieren a la no discriminación y observar en qué situación se encuentra la realización de los derechos de que se trata. Esta obligación de "lograr progresivamente" debe interpretarse en el marco del párrafo 1 del artículo 11 del Pacto, en particular la referencia al derecho a "una mejora continua de las condiciones de existencia". Toda medida que implique deliberadamente un retroceso en ese sentido debe ser objeto de un examen cuidadoso y tendrá que justificarse con referencia a todos los derechos consagrados en el Pacto y en el marco del pleno aprovechamiento del máximo de los recursos de que se disponga.

Además, la obligación de la realización progresiva existe independientemente de todo aumento de los recursos. Sobre todo, es preciso hacer un uso eficaz de los recursos disponibles.

d)"Obligación fundamental mínima"

En virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, todos los Estados partes, cualquiera sea su nivel de desarrollo económico, tienen la obligación fundamental mínima de alcanzar, por lo menos, los niveles esenciales mínimos de cada uno de los derechos enunciados en ese instrumento. Conforme al mismo Pacto, si en un Estado parte un número considerable de personas se ven privadas de una vivienda básica, dicho Estado no cumple prima facie con las obligaciones que le impone el Pacto. Además de esta condición fundamental hay cuatro niveles de obligaciones gubernamentales relativas al derecho a una vivienda adecuada.

e)"Reconocer"

La obligación de los Estados de reconocer el derecho a la vivienda se manifiesta en varias esferas importantes. En primer lugar, todos los países deben reconocer que la vivienda tiene una dimensión de derecho humano y asegurarse de que no se adopten medidas de ninguna clase con intención de menoscabar la condición jurídica de ese derecho. En segundo lugar, las medidas legislativas, unidas a políticas adecuadas para la realización progresiva del derecho a la vivienda, forman parte de la obligación de "reconocer". Debe revocarse o modificarse toda ley o política en vigor que sea contraria al derecho a una vivienda adecuada. Las políticas y leyes no deben tener por objeto beneficiar a los grupos sociales que ya se hallen en una situación más favorecida a costa de los que viven en condiciones menos favorables.

Otro aspecto del deber de reconocer este derecho puede expresarse en términos de política. Más concretamente, las cuestiones relativas al derecho a la vivienda deben ser parte de los objetivos generales de los Estados en materia de desarrollo. Además, debe adoptarse una estrategia nacional encaminada a la realización progresiva del derecho a la vivienda para todos mediante el establecimiento de metas concretas. En tercer lugar, el reconocimiento del derecho a la vivienda significa que los Estados deben adoptar medidas para evaluar el grado en que la población ya disfruta de este derecho al momento de procederse a la ratificación. Más importante aún, los Estados deben esforzarse por determinar en qué medida este derecho no está vigente, y elaborar políticas y leyes de vivienda para que todos puedan disfrutar de él lo antes posible. Los Estados deben asignar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables, acordándoles especial atención.

f)"Respetar"

La obligación de respetar el derecho a una vivienda adecuada implica que los gobiernos deben abstenerse de toda medida que impida a la población satisfacer este derecho por sí misma cuando está en condiciones de hacerlo. Muchas veces, para respetar este derecho, basta que el gobierno se abstenga de ciertas prácticas y se comprometa a facilitar la autoayuda de los grupos afectados. En particular, la responsabilidad de respetar el derecho a una vivienda adecuada significa que los Estados no deben ejecutar o promover de cualquier otra manera el desalojamiento forzoso arbitrario de personas y grupos.

Uno de los obstáculos a la realización del derecho a la vivienda ha sido la falta de una definición universalmente reconocida de todos los elementos que integran esta norma. Tal vez esto sea resultado de una concepción del tema más que de un análisis jurídico auténtico. En los últimos tiempos, se han tomado distintas medidas para ahondar en el enfoque jurídico de la cuestión. En particular en la

Observación General N° 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho a una vivienda adecuada se define este derecho como integrado por diversos aspectos concretos. En conjunto, estos elementos constituyen las garantías básicas que se confieren jurídicamente a todas las personas en virtud del derecho internacional.

En cuanto a la violación del derecho a la vivienda varios órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas han confirmado que los gobiernos pueden violar el derecho a la vivienda. En una de sus primeras observaciones sobre esta cuestión, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló en su cuarto período de sesiones en 1990 que: "El derecho a la vivienda puede ser objeto de violación. El Comité tendrá que examinar los actos y omisiones que constituyen una violación, en particular en el contexto de los desahucios."

También durante el cuarto período de sesiones, en su Observación General N° 2 sobre medidas internacionales de asistencia técnica, el Comité consideró que las instituciones financieras internacionales y los organismos de desarrollo deben evitar escrupulosamente toda participación en proyectos que entrañen la expulsión o el desplazamiento en gran escala de seres humanos sin proporcionarles toda la protección y compensación adecuadas. En cada una de las fases de los proyectos de desarrollo debe hacerse todo lo posible por que se tengan en cuenta los derechos reconocidos en los Pactos.

Desde entonces, el Comité ha adoptado una actitud más estricta sobre el cumplimiento por los Estados partes de sus obligaciones en materia de derecho a la vivienda. En dos ocasiones, el Comité determinó que el hecho de que los gobiernos toleraran los desahucios forzados en sus territorios constituía una violación de las normas del Pacto. En la Observación General N° 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada el Comité ahondó en sus opiniones sobre la cuestión: "El Comité considera que las instancias de desahucios forzados son *prima facie* incompatibles con los requisitos del Pacto y sólo podrían justificarse en

las circunstancias más excepcionales y de conformidad con los principios pertinentes del derecho internacional."

Del mismo modo, en su resolución 1991/12 la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías señaló que "el hecho de que la práctica de los desalojamientos forzosos constituye una violación patente de los derechos humanos, en particular del derecho a la vivienda adecuada [así como] la necesidad de que se tomen en todos los niveles medidas inmediatas destinadas a eliminar la práctica de los desalojamientos forzosos."

Más recientemente, la Comisión de Derechos Humanos, en su resolución 1993/77 afirmó: "*la práctica de los desalojamientos forzosos constituye una violación grave de los derechos humanos, en particular del derecho a una vivienda adecuada.*"

Hasta ahora las Naciones Unidas sólo han examinado las violaciones del derecho a la vivienda en el marco de los desalojamientos forzosos realizados o tolerados por el Estado. Sin embargo, es probable que en el futuro se examinen también otras violaciones reales o posibles del derecho a la vivienda. En 1991, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresó la opinión de que: "un deterioro general en las condiciones de vida y vivienda, que sería directamente atribuible a las decisiones de política general y a las medidas legislativas de los Estados partes, y a falta de medidas compensatorias concomitantes, contradiría las obligaciones dimanantes del Pacto".

Entre los actos y omisiones que pueden ser motivo de preocupación en cuanto a una posible violación del derecho a una vivienda adecuada figuran, entre otros, los siguientes: actos de discriminación racial o de otro tipo en la esfera de la vivienda; demolición o destrucción de viviendas como medida punitiva; el hecho de no adoptar las "medidas adecuadas" que se han descrito antes; el hecho de no modificar o derogar las leyes incompatibles con el Pacto; el hecho de que un

número significativo de personas no dispongan de albergue o vivienda, a un nivel mínimo básico.²⁵⁴

Las consideraciones anteriores por parte de estas autoridades internacionales deben ser tenidas en cuenta en nuestro ordenamiento interno como lo afirma la Corte Constitucional acerca del bloque de constitucionalidad y la interpretación que de él debe hacerse. En la sentencia T- 1319 del año 2001, la Corte Constitucional considera que esos contenidos normativos de los instrumentos internacionales de derechos humanos, ratificados por Colombia, son relevantes para resolver casos, en la medida en que, hacen parte del bloque de constitucionalidad, en virtud del mandato del inciso segundo del artículo 93, según el cual, los derechos y deberes constitucionales deben ser interpretados “*de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*”. Al respecto, la Corte Constitucional en un comienzo hizo una interpretación restrictiva que limitaba el bloque a aquellos asuntos previstos en el inciso primero del artículo 93 de la Constitución y el derecho internacional humanitario, por su imposible suspensión conforme con el artículo 214 de la Carta. Con el tiempo se ha incluido dentro del bloque, entre otros asuntos, los tratados de derechos humanos. La otra opción que existe es acoger la idea de que el bloque está conformado por todos los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Sin embargo, esta concepción del bloque de constitucionalidad ha de ser precisada, pues no resulta claro el lugar desde el cual se apoya dicha interpretación ampliada.

La interpretación constitucional tiene que partir del texto constitucional pues de manera reiterada, la Corte ha señalado que la integración de una norma en el bloque de constitucionalidad exige una remisión textual expresa, en la sentencia C-578 de 1995, en el fundamento 3 señaló que siempre que se “habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y

²⁵⁴ www.colectivodeabogados.org. Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo Folleto Informativo No.21, El Derecho Humano a una Vivienda Adecuada.

exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior. Al respecto el artículo 93 de la Constitución contempla dos hipótesis normativas distintas, Cada una de las hipótesis establece mandatos de incorporación al bloque de constitucionalidad, de alcance diferente:

El inciso primero incorpora, por vía de prevalencia, los derechos humanos que no pueden limitarse bajo estados de excepción. La norma constitucional no establece relación alguna entre normas constitucionales y las disposiciones que se incorporan al ordenamiento jurídico nacional. De ahí que pueda inferirse que se integran al bloque de constitucionalidad inclusive derechos humanos no previstos en la Constitución, que cumplan con el requisito mencionado.

El inciso segundo, por su parte, ordena que los derechos y deberes previstos en la Constitución se interpreten de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Así, esta vía de incorporación está sujeta a que el derecho humano o el deber, tengan su par en la Constitución pero no requiere que el tratado haga referencia a un derecho no suspendible en estados de excepción. En tales condiciones, el inciso primero del artículo 93 de la Carta permite incorporar ciertos derechos y principios al bloque de constitucionalidad, incluso cuando éstos no han sido reconocidos por el articulado constitucional, pero para ello se requiere que sean derechos no limitables en estados de excepción. Este artículo 93-1 adquiere entonces una verdadera eficacia cuando se trata de derechos o principios que no aparecen expresamente en el articulado constitucional, pero que se refieren a derechos intangibles incorporados en tratados ratificados por Colombia. Por su parte, el inciso segundo del artículo 93 superior tiene otra finalidad pues esa norma completa y dinamiza el contenido protegido de un derecho que ya está consagrado en la Carta, puesto que, conforme a ese inciso, tal derecho debe ser interpretado de conformidad con los tratados ratificados por Colombia. Ahora bien, los convenios en esta materia suelen

incorporar una cláusula hermenéutica de favorabilidad, según la cual no puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos en un Estado en virtud de su legislación interna o de otros tratados internacionales, invocando como pretexto que el convenio en cuestión no los reconoce o los reconoce en menor grado.

La Corte, en varias sentencias, ha reconocido el carácter vinculante en el ordenamiento colombiano de esta regla hermenéutica²⁵⁵, según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan los derechos humanos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos. En ese contexto, la Corte concluye que el artículo 93-2 constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos. A su vez la Constitución dispone que la incorporación se realiza por vía de interpretación: “...se *interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*”. Ello obliga a la Corte a indagar sobre lo que realmente se incorpora por esta vía, pues no puede interpretarse una norma positiva de textura abierta (como las que definen derechos constitucionales) con otra norma que reviste las mismas características. Considera la Corte que sólo es posible:

- (i) fundir ambas normas: la nacional y la internacional- caso fusión-, ha de observarse que por lo general los tratados internacionales disponen que sus contenidos no pueden entenderse o interpretarse en contra de aproximaciones normativas más amplias. Esta regla se traduce en el ordenamiento interno en el principio de maximización de la esfera protegida por las normas constitucionales.
- (ii), acoger la interpretación que las autoridades competentes hacen de las normas internacionales e integrar dicha interpretación al ejercicio hermenéutico de la Corte.

²⁵⁵ sentencias C-406 de 1996 y C-251 de 1997.

Esta solución es necesaria por cuanto la interpretación conforme a un texto no puede hacerse al margen del sentido asignado a dicho texto. Por ello esta Corte ha señalado, en varias oportunidades, que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados y por ende de los propios derechos constitucionales.²⁵⁶ También ha de otorgarse un peso distinto a las opiniones, pues la naturaleza judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y su competencia sobre Colombia, implican que sus opiniones, más que tenidas en cuenta, no pueden ser ignoradas internamente.²⁵⁷

Por tal motivo con la introducción del Estado Social de Derecho adoptado con la Constitución Política de 1991, también se adoptaron criterios materiales como los principios y los valores que eran considerados por el Estado de Derecho como subsidiarios, en virtud del principio del imperio de la ley. El lenguaje de los principios generales se incorpora a los principios constitucionales como de nivel superior a la ley. Estos principios no solamente tienen una vinculación ética sino también imperativa-deontológica. Es así como la incorporación de normas implícitas como tratados, convenios y derechos no incorporados formalmente en la Constitución (pero que no por esta razón dejan de ser normas materialmente constitucionales) son el conjunto que aproximadamente se le puede denominar bloque de constitucionalidad y por lo tanto incorporan los principios en los que ellos se fundan y configuran una unidad constitucional que se emplea como

²⁵⁶ “es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”. sentencia C-010 de 2000, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, citada en la sentencia 1319 de 2001.

²⁵⁷ Sentencia 1319 de 2001. M.P. Rodrigo Uprimny.

parámetro de constitucionalidad de las restantes normas del ordenamiento.²⁵⁸ La incorporación del bloque de constitucionalidad exige la inexistencia de conceptos jurídicos absolutos. Existe el criterio material que busca la conformación de ese bloque de constitucionalidad no por la autorización de una norma constitucional sino que parte de un contenido axiológico para ser incorporada.

Según la Corte en la sentencia C-191 de 1998 se concretó los dos sentidos del bloque de constitucionalidad: en sentido estricto o *stricto sensu* y en sentido simple o *lato sensu*. El sentido estricto se considera conformado por principios y normas de valor constitucional, que son los que se encuentran en el texto de la Constitución y los tratados internacionales que consagren derechos humanos que no pueden ser limitados en Estado de excepción. Adicionalmente la Corte ha adoptado la noción simple que es la que predica que estaría compuesto por las normas de diversas jerarquías (leyes orgánicas y algunas estatutarias) que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación.

La sentencia C-067/2003 la Corte confirma la idea de que la Constitución no se agota en su texto y que existen otros principios estimados como constitucionales incorporados en los instrumentos internacionales. Esto muestra una aparente apertura material para reconocer principios de otros textos, pero no emplea un criterio material que se relacione con el principio para su incorporación. En esta sentencia, además se afirma el reconocimiento expreso del artículo 94 de la Constitución para formular el concepto de bloque de constitucionalidad. Las normas del bloque son disposiciones básicas que reflejan los valores y los principios fundacionales del Estado y también regulan la producción de las demás normas del ordenamiento por su rango cumplen una cuádruple finalidad que según BOBBIO sirven para: 1) como regla de interpretación respecto de las dudas al aplicarlas, 2) integrarla normativa cuando no exista norma directamente

²⁵⁸ ESTRADA. Op. Cit. P. 97

aplicable, 3) orientar al operador jurídico, 4) limitar la validez de las regulaciones subordinadas. Estas funciones son las que se les encomienda a los principios jurídicos y que son extensivas a los principios constitucionales y por lo tanto los principios explícitos, los implícitos y los consagrados en los tratados internacionales de derechos humanos, por su naturaleza y función conforman una unidad normativa constitucional.²⁵⁹

El contenido axiológico de los principios y su importancia como pretensión de corrección de las normas positivas en el actual Estado Social de Derecho debe estudiarse por parte de la Corte para justificar su incorporación material a la Constitución. Finalmente la teoría del bloque de constitucionalidad refleja a partir de una posición garantista, la reivindicación de la dignidad del hombre²⁶⁰.

²⁵⁹ ESTRADA. Op. Cit. P 103-105.

²⁶⁰ ESTRADA. Op. Cit. P 112-114

CONCLUSIONES

La figura del abuso del derecho en Colombia se remonta a la década de 1930 cuando la Corte Suprema de Justicia, recurrió a esta teoría para interpretar los conflictos civiles, no de una manera aislada como había sido la tradición legal, sino incorporando modernas teorías de doctriantes de la época como JOSSERAND.

El precedente que marcó la Corte Suprema de Justicia para la aplicación del abuso del derecho a otros tipos de conflictos jurídicos permite reconocer la adaptabilidad y extensión que de esta teoría se puede hacer para resolver conflictos de trascendencia social, como la problemática generada por las corporaciones de ahorro y vivienda y los bancos comerciales contra los deudores de los sistemas de financiación de vivienda mediante los créditos en UPAC y UVR.

La problemática social se generó a partir de la existencia del daño que esas entidades causaron y siguen causando a los deudores con ocasión de la celebración de los contratos de mutuo permitidos dentro de un marco legal para reglamentar el UPAC y el UVR. La generación de estos perjuicios no está prohibida normativamente porque estos contratos están inmersos en las relaciones jurídicas y también inseparablemente lo están en el contexto económico, social y político de Colombia y del mundo. Este contexto es la fuente verdadera del derecho; las tasas de interés y el cálculo del UPAC están determinadas por el libre mercado donde los denominados organismos multilaterales con sus imposiciones a Colombia como país dependiente (en los consensos de Washington 1 y 2), determinan las políticas económicas a seguir, que en el UPAC eran determinadas de acuerdo a la DTF.

Fue así como las tasas de interés se elevaron a cantidades impagables, a esta situación se sumó la crisis financiera de las bolsas de valores de Singapur y Tokio. Con las nuevas políticas neoliberales se pasó de la oferta de vivienda a la

demanda de la misma, asumida por los bancos comerciales que solo buscan el máximo de ganancias y no pretenden garantizar el acceso a la vivienda. La anterior situación económica, ocasionó un daño particular a los deudores del UPAC, quienes al momento del inicio de la relación contractual gozaban de una seguridad económica constante y a largo plazo, pero con la crisis que la liberalización de la economía desató, se afectó profundamente a las familias, principalmente con la falta de empleo, disminuyendo la capacidad de pago de elevadas cuotas calculadas en la DTF y no en el IPC.

La Corte Constitucional finalmente declaró la emergencia económica para los deudores. El perjuicio causado a estas familias a consecuencia de los créditos en UPAC no estaba previsto como prohibitivo o por lo menos no existía una normatividad que protegiera a los deudores. El hecho de que este daño no este prohibido legalmente significa que implícitamente se permita, esta es una formalidad que provoca que ese daño sea totalmente injusto aún actuando legalmente. En cuanto al UVR a pesar de que se preceptuó en la ley 546 de 1999 que solo se tiene en cuenta la inflación sin la capitalización de intereses, este concepto normativo implícitamente conlleva su revalorización que es la que se cobra finalmente al deudor.

Por lo tanto estas clases de actuaciones propias del abuso del derecho a la luz de los ilícitos atípicos son acciones que se realizan como ejercicio de los derechos subjetivos otorgados a las CAV y a los bancos comerciales por la normatividad contemplada bajo el manto de la legalidad que prima facie están permitidas y que considerando todos sus factores son abusivas (que en el UPAC son la determinación del mismo en DTF junto con la capitalización de intereses y en el UVR la revalorización constante a partir de la cual se establece el cobro de intereses con una tasa del 17% anual que es la inflación más el 12%) degenerando en prohibición.

El estado deóntico de estas actuaciones es transformado por las acciones que al causar daño en ejercicio de esos derechos subjetivos contravengan los principios (en sentido estricto) del ordenamiento jurídico.

Es decir, basta el ejercicio anormal de un derecho en el cual se genere un daño en condiciones de exceso o de anormalidad para que se configure el abuso del derecho, aunque para el ordenamiento positivo dichas conductas sean lícitas y consistan en ejercer un derecho sin intención de causar daño. Esta situación ubica la conducta fuera del universo jurídico porque interviene la condena moral de la conciencia colectiva. La no prohibición legal del ordenamiento jurídico a las CAV y a los bancos comerciales de causar daño a los deudores hipotecarios no implica que dicho daño no contraría los principios en los que está fundado el Estado Social de Derecho.

Esa falta de prohibición legal coloca a los usuarios del UPAC y a los del UVR en una situación de más alta vulnerabilidad porque a ellos solo les queda acudir a la Jurisprudencia Constitucional, que no es tenida en cuenta por los jueces, ni magistrados de los tribunales. La reforma del código de procedimiento civil en el año 2003 añadió un perjuicio que intensificó e intensifica la grave problemática social: a los procesos ejecutivos hipotecarios se les agilizaron los términos en contra de los deudores, teniendo en cuenta que la defensa técnica de ellos es limitada frente a los ejércitos de abogados de que disponen los bancos. A pesar de que existen diferentes organizaciones vivendistas que los defienden y los apoyan no solo jurídicamente, sino prestando un apoyo moral y psicológico; en estas condiciones enfrentarse al aparato judicial de la mano con el aparato financiero no parece un vaivén jurídico, sino una guerra.

Si bien en Colombia a través de la jurisprudencia constitucional se otorga la protección del derecho a la vivienda digna en su acceso y mantenimiento, estos pronunciamientos no son valorados por los jueces. Además, el legislativo

tampoco ha diseñado más planes adecuados para promover el derecho al acceso y mantenimiento de una vivienda digna, preocupación que la Corte Constitucional resalta en su último pronunciamiento.

Frente al problema social que representó y representa el UVR, la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional se basa en el acatamiento a los principios constitucionales en atención a los derechos contenidos en el bloque de constitucionalidad cuyo fundamento es el Estado Social de Derecho, contexto propio para la aplicación de la figura del abuso del derecho que requiere que el ordenamiento jurídico en el que se aplique integre principios y reglas en la concepción del derecho. En este orden de ideas el ordenamiento jurídico colombiano es de este carácter, porque integra en su Carta Constitucional los diferentes tipos de reglas y los principios constitucionales como el orden justo, la justicia y la equidad, así como los derechos fundamentales y los derechos económicos, sociales y culturales que por bloque de constitucionalidad pertenecen a los derechos ratificados por Colombia en los convenios y tratados.

Para la teoría de los ilícitos atípicos, los derechos fundamentales y los derechos económicos, sociales y culturales pertenecen a la categoría de los principios constitucionales que por su carácter universal trata de derechos humanos, derechos basados en justificaciones últimas porque obedecen a principios en sentido estricto, por tanto al incorporasen los derechos al ordenamiento, también se incorporan los principios en los que están sustentados. Los principios no pierden su virtualidad al convertirse en derechos y por tanto siguen siendo principios. Este es el fundamento por el cual los derechos alcanzan la categoría de principios.

Los principios junto con los valores constitucionales están por encima de la legalidad de la norma y son los criterios para caracterizar el acto abusivo porque resultan violentados en el cumplimiento de normas que causaron un daño sin

intención y que no estaba previsto. En la teoría de los ilícitos atípicos el abuso del derecho es un mecanismo de autocorrección del derecho, corrige el alcance de las reglas jurídicas permisivas cuando su aplicabilidad es injustificada y en esta divergencia entre principios y reglas surge para salvaguardar los valores. La autocorrección del derecho que hace la figura del abuso del derecho opera al declarar que la acción abusiva debe ser prohibida para evitar que se reproduzca el daño injustificado. Sirve para limitarle a las CAV y a los bancos el derecho absoluto de propiedad que les asiste al ejercer sus derechos subjetivos (derivados de la propiedad o lo que se denomina el as de posiciones normativas).

La prohibición es el límite que se le coloca a estas instituciones financieras. A partir del resultado del test es que resulta la petición de declarar prohibida la conducta teniendo en cuenta los *demás factores* particulares a cada caso. Por tanto el abuso del derecho puede ser aplicado a cualquier campo del derecho de acuerdo a los cuatro elementos del test que permiten ubicar la conducta abusiva; el daño provocado y el campo legal en el que la conducta se desenvuelve, además de los factores o circunstancias propias de cada situación.

En el caso del UPAC y del UVR los principios constitucionales (principios en sentido estricto, derechos fundamentales y derechos económicos, sociales y culturales, que son de adscripción universal a todos los seres humanos) están por encima de la normatividad que regula la materia de financiación de vivienda en sus aspectos sustanciales y procedimentales (normatividad principal) y la normatividad que en desarrollo de esa materia proporcione facultades y derechos subjetivos a las CAV y a los bancos comerciales como destinatarios de tales normas (normatividad accesoria).

En este contexto legal se desarrollan por merito de la ley conductas por parte de las CAV y los bancos comerciales que conllevan a cumplir los fines propuestos por la norma, ocasionando un daño excesivo o anormal que resulta ser injustificado o

antisocial porque no va de acuerdo a los principios y valores de la colectividad, principios que son incorporados a la Constitución y resultan ser vulnerados. Esas conductas bajo los criterios de los principios y valores son abusivas, por lo que deben ser prohibidas, configurándose la autocorrección que el abuso del derecho hace a la normatividad del UPAC y del UVR y a la vez como salvaguarda de los principios constitucionales.

Teniendo en cuenta que el UPAC fue declarado inexecutable y hoy no existe jurídicamente, pero aún existen procesos en UPAC que no han sido terminados en virtud de la ley 546 y resultan al análisis de la teoría de los ilícitos atípicos como actuaciones de carácter abusivo y en ese sentido se debe declarar prohibida su conducta y ese daño causado por las CAV a los deudores debe ser reparado. En cuanto tiene que ver con el UVR es igualmente abusivo por los daños que los bancos comerciales están causando a los deudores y debe ser declarado prohibido junto con la reparación que a los deudores se debe hacer.

PROPUESTAS

1. En los procesos ejecutivos hipotecarios los deudores del UPAC y del UVR pueden proponer en su defensa que se declare probada la excepción perentoria del abuso del derecho por existir un daño excesivo de acuerdo al test de la teoría de los ilícitos atípicos y como consecuencia se ordene el pago de los perjuicios con base en el material probatorio allegado al proceso.

Los deudores del UPAC y del UVR en su calidad de demandados en los procesos ejecutivos hipotecarios tienen como un mecanismo de defensa las excepciones perentorias cuyo fin es el desconocimiento de las pretensiones del demandante (las CAV y los bancos comerciales). Estas excepciones las pueden alegar en cualquier momento del proceso, pero conviene presentarlas en la contestación de la demanda (que es el momento que el juez fija para la defensa del demandado) con el fin de que las pruebas presentadas se orienten hacia la estructuración de los hechos generadores de la excepción. Aunque no es necesario denominar la excepción, ni tampoco relacionar los hechos que la fundamentan, porque su eficacia está en el material probatorio allegado; se debe considerar para una mejor comprensión, que se denomine la excepción: abuso del derecho y también mencionar los hechos que la generaron, con el objetivo de darle mayor claridad al juez al momento de considerar el material probatorio.

La declaración de la excepción la hace el juez de oficio, con base en las pruebas que los deudores alleguen del daño ocasionado por las CAV y los bancos comerciales. Esto significa que el daño causado a los deudores debe probarse y por supuesto a ellos les corresponde allegar el material probatorio suficiente y preciso, porque este aspecto es el que permite al

juez decretar la existencia del abuso con el fin de que se pueda efectuar la respectiva indemnización.

2. Como existió un daño injustificado por abuso del derecho, los usuarios de los sistemas UPAC y UVR pueden acudir a las Acciones de Grupo de acuerdo a la ley 472 de agosto 5 de 1998, por existir la vulneración a derechos colectivos como los derechos de los consumidores y usuarios. La acción se tramita en un proceso abreviado que concluya con la sentencia que disponga la indemnización de perjuicios con efectos de cosa juzgada en relación con quienes fueron parte del proceso y deberá promoverse dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se causó el daño.

Las acciones de grupo son aquellas acciones interpuestas por un número al menos de 20 personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que les originó perjuicios individuales. Las condiciones uniformes se refieren a la causa común que originó el daño, como es el sistema de financiación del UPAC y del UVR en las circunstancias señaladas como las que hicieron posible el daño objetivo. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad, es decir, que son comunes a todos los individuos que impetran la acción. Las CAV y los bancos comerciales como personas jurídicas que originaron el daño excesivo o anormal en sentido objetivo son un elemento común a los deudores del UPAC y a los del UVR respectivamente.

La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización pecuniaria de los perjuicios. Su determinación está dada en el artículo 88 de la Constitución. Las acciones de grupo hacen referencia a la vulneración de los derechos subjetivos por la violación de derechos colectivos. La indemnización que se tiene es de

carácter individual y se requiere siempre la existencia y la demostración de que existió un perjuicio o daño que afecte directamente. Estas acciones buscan la reparación del daño y por supuesto debe demostrarse en la etapa probatoria de acuerdo al test de la teoría de los ilícitos atípicos.

Se trata de una acción de derecho público y por defender derechos humanos de tercera generación (derechos e intereses colectivos) los procesos son ágiles y sumarios, pero diferentes al habeas corpus y a la tutela. Deben ser presentadas por conducto de abogado. Por ser el abuso del derecho ocasionado por particulares, se presenta ante la jurisdicción civil ordinaria, la demanda debe reunir los requisitos del código de procedimiento civil y conocerán del proceso en primera instancia los jueces civiles del circuito y en segunda instancia la sala civil del tribunal del distrito judicial.

3. Al existir el abuso del derecho contra los deudores se genera un daño o perjuicio que debe ser reparado, a esta reparación pueden acceder los deudores a través de un proceso ordinario del código de procedimiento civil, para que se declare la responsabilidad civil extracontractual por el daño excesivo o anormal y se proceda a la indemnización de perjuicios. Para declarar el abuso el interesado aporta las pruebas para demostrar el daño, es el deudor quien tiene la carga de la prueba.
4. El daño ocasionado a los deudores del UPAC y del UVR también le corresponde asumirlo al Estado en virtud del artículo 90 de la Constitución. En este aspecto la Corte en la sentencia 383 de 1999 afirma que al incluirse en las cuotas los elementos inconstitucionales de la DTF y la capitalización de intereses, agregándolos a la corrección monetaria, a los intereses remuneratorios y a las amortizaciones de capital se excedió en los montos a cancelar. Los créditos se debían reliquidar para compensar o devolver los

pagos efectuados, por lo que la Corte ubica este tema no exclusivamente en la responsabilidad patrimonial del art. 90 de la Constitución, sino en la justicia y la equidad quebrantadas por la ruptura del equilibrio económico entre deudores y acreedores. Por los anteriores motivos debe darse la compensación para realizar el objetivo constitucional de un orden justo y esto solo se logra si se reliquidan los créditos, pero no quiere decir que el Estado absoluta y exclusivamente asuma la obligación de restituir los recursos, pues tal carga se plasma sin perjuicio de la responsabilidad competente a sus organismos y antiguos servidores por adoptar y expedir normas que propiciaron el injusto traslado de fondos de los deudores hipotecarios a las instituciones crediticias.

El daño antijurídico realizado por el Estado en una actividad lícita armoniza con el principio de la solidaridad y la igualdad en el sentido de quienes sufren un daño no tiene porque soportarlo y debe ser asumido solidariamente por los asociados. También quebranta el principio de la justicia y la equidad por la ruptura del equilibrio económico entre deudores y acreedores. Estos elementos la Corte los deja al análisis del juez.

BIBLIOGRAFÍA

ALBA CARDENAZ, Laura V. Y FAJARDO SUAREZ, Lina M. Evolución de la política de vivienda y crédito hipotecario en Colombia de 1972- 2000. Bucaramanga, 2003, 130 P. Trabajo de grado (ECONOMÍA). Universidad industrial de Santander. Facultad de ciencias humanas. Escuela de economía.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Ilícitos atípicos: sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación del poder. Madrid: editorial Trotta, 2000.

BERMÚDEZ PORTILLA, Diana Zeudy y PÉREZ BLANCO, Marly Johana. Evaluación de la política social de vivienda en Colombia: 1980-2000. Bucaramanga, 2005, 112 p. trabajo de grado (economía). Universidad Industrial de Santander. Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de economía.

Circular externa no 007 del 2000. Superintendencia bancaria

Código civil.

Código de comercio.

Código de procedimiento civil.

Conferencia internacional de Derechos Humanos- Teherán, 13 de Mayo de 1968.

Decreto 856 de 1999.

Decreto 2703 de 1999.

Documento 3066 de 1999. CONPES

Estatuto orgánico del sistema financiero. Decreto 663 de 1993.

ESTRADA VÉLEZ, Sergio Iván. Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad. Universidad de Medellín. Segunda edición, Medellín: 2006

JARAMILLO, Samuel. Entre el UPAC y la autoconstrucción: comentarios y sugerencias a la política de vivienda. Bogotá: CINEP, 1985.

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Tomo V. Julián Motta Salas, relator de la Corte. Talleres Gráficos Mundo al día. Bogotá. 1941. Volumen I.

KALMANOVITZ, Salomón. Economía y nación. Una breve historia de Colombia. CINEP, Universidad Nacional y Siglo XXI editores. Medellín: 1985

Ley 45 de 1990

Ley 9 de 1991

Ley 31 de 1992

Ley 35 de 1993

Ley 546 de 1999

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. La responsabilidad civil extracontractual en Colombia. 9ª edición. Bogotá: biblioteca jurídica Dique. 1996.

MOLINA, Humberto (editor). Colombia: vivienda y subdesarrollo urbano. Bogotá: FINISPRO

MONOGÁ ORTIZ, Edwin Wilson y AFANADOR VILLAMIZAR Luís Eduardo. El sistema de financiación de vivienda en Colombia. Escuela de Economía, Universidad Industrial de Santander, 2003.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Constitución y vivienda: estudios sobre la liquidación y reliquidación de los créditos de vivienda en los sistemas UPAC y UVR. Universidad Externado de Colombia. 1ª edición. Bogotá: 2006. 257 páginas.

RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2004,

Resolución externa No 13 del 11 de agosto del 2000. Banco de la República.

Resolución externa No 14 del 3 de septiembre del 2000. Banco de la República.

Resolución externa No 20 del 2000. Banco de la República.

Resolución externa No 9 del 2003. Banco de la República.

Resolución externa No 3 del 2005. Banco de la República.

Resolución externa 2896 del 29 de diciembre de 1999. Ministerio de Hacienda.

ROBLEDO, Jorge Enrique. El drama de la vivienda en Colombia y la política del sí se puede. Bogotá: el Áncora editores, 1985.

RODA F. Pablo, PIRAQUIVE G. Gabriel y GAITÁN D. Fernando. Etapas de la financiación de vivienda en Colombia: La financiación de vivienda en Colombia. Instituto colombiano de ahorro y vivienda. Bogotá: 1992.

ROJAS PIÑERES, Ezequiel Fernando. Introducción al derecho. Editorial Ieyer. Bogotá: 1977.

Sentencia C-560 de diciembre 6 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

Sentencia T-251 de junio 5 de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

Sentencia C-122 de Marzo 1º de 1999. M. P. Fabio Morón Díaz.

Sentencia C-136 de Marzo 4 de 1999. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia de Mayo 21 de 1999, radicación 9280. Consejo de Estado. Consejero ponente. Daniel Manrique Guzmán.

Sentencia C-383 de Mayo 27 de 1999. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C-595 de Agosto 18 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia C-700 de Septiembre 16 de 1999 M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia C-747 de Octubre 6 de 1999. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C-664 de Junio 8 de 2000. M. P. Fabio Morón Díaz.

Sentencia C-955 de Julio 26 del 2000. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia C-1140 de Agosto 30 de 2000.M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia 1319 de 2001. M.P. Rodrigo Uprimny.

Sentencia SU-813 de Octubre 4 de 2007.M.P. Rodrigo Escobar Gil

TAFUR MORALES, Francisco. La nueva jurisprudencia de la corte. Editorial óptima, Bogotá. 1939, segunda edición.

VEGA CANTOR, Renán y RODRÍGUEZ RUIZ, Eduardo. Economía y Violencia. El Antidemocrático desarrollo capitalista en Colombia en los años 50. Fondo Editorial Universidad Distrital Francisco José de Caldas. Bogotá: 1990.

VELÁSQUEZ, María Nury. Ganar indulgencias con avemarías ajenas, la nueva política de vivienda. EN: Deslinde, revista de CEDETRABAJO. No 9, diciembre, 1990.

PUBLICACIÓN SERIADA

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA. Revista mensual. Bogotá: Editorial LEGIS.

INTERNET

www.colectivodeabogados.org

www.colombia.indymedia.org

www.gratisweb.com

www.icav.com

www.elpais.com.

www.minambiente.gov.co

www.moir.org.co.

ENTREVISTAS

Ingeniero Darío Platarrueda, Presidente Asociación Nacional de Usuarios del Sistema Financiero, (ANDUSIF). Bucaramanga, enero 2007.

Dr. José Ángel Gómez, Abogado de la Asociación Nacional de Usuarios del Sistema Financiero, (ANDUSIF). Bucaramanga, 31 Enero del 2007.

Dr. Reinaldo Gómez, director de la ONG POR UNA VIVIENDA DIGNA. 5 de febrero del 2007.

VIDEO

Asociación Comunitaria Unida de Santander (ACUS). Prueba y anexo de la denuncia presentada a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por la violación al derecho de propiedad. Bucaramanga, 1999.