



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera de Abogacía

ABUSO DEL DERECHO: SU ALCANCE Y SIGNIFICADO

2016

Tutor: Mirtha Zulma Marengo.

Alumna: Ingrid Leiva.

Título al que aspira: Abogada.

Fecha de presentación: Febrero 2016.

RESUMEN

Para abordar el tema del abuso del derecho, en el primer capítulo veremos una conceptualización, los criterios objetivos, subjetivos y mixtos, los derechos discrecionales, la naturaleza jurídica, los supuestos de procedencia, el modo de invocar este instituto, y haremos una comparación con otras figuras jurídicas.

En el segundo capítulo nos ocuparemos de los criterios identificatorios. Analizaremos el principio de buena fe, luego veremos la moral y el derecho, las buenas costumbres, y la finalidad de la norma. También haremos críticas a los distintos criterios.

En el tercer capítulo estudiaremos nuestra legislación, el Código Civil de Vélez, la Constitución Nacional de 1949, la ley 17.711, el anteproyecto del CCC y el CCC.

En el capítulo número cuatro veremos la evolución histórica, desde el Derecho Romano, la doctrina de la *aemulatio*, el derecho musulmán, el derecho liberal, y el contemporáneo.

En el capítulo VI analizaremos las primeras aplicaciones jurisprudenciales en Inglaterra, Francia, Alemania y España.

En el séptimo capítulo nos ocuparemos de la jurisprudencia argentina, tanto aquella anterior a la reforma del '68, como la posterior, y finalmente entraremos en un análisis profundo de fallos más recientes en materia contractual y de derechos reales.

Cada capítulo comenzará con una introducción y una breve conclusión.

El capítulo final quedará reservado para la conclusión final.

ESTADO DE LA CUESTIÓN

En cuanto a la evolución de este instituto, discutido es su origen. Algunos juristas tales como, M.C. Appleton, Ricardo Gallardo afirman que los antecedentes del abuso del derecho se encuentran en el Derecho Romano, y se pueden encontrar en numerosos aforismos y en fragmentos del Digesto, como así también en la labor pretoriana. Empero existen otros doctrinarios como Planiol, Ripert, P. Molinero, quienes sostienen que este fue un instituto desconocido para los romanos, y que es un error tratar de encontrar sus orígenes en esta época, donde priman las ideas individualistas y de señorío absoluto sobre la propiedad, asimismo se fundan en otros pasajes del Digesto.

Durante la edad media tuvieron lugar los actos de emulación, es decir aquellos que se realizan sin utilidad propia y con la intención de dañar a otro, los cuales eran reprimidos por el derecho. Los cuales podríamos afirmar que son antecedentes directos del abuso del derecho.

A lo largo de la edad moderna, con el tenor individualista exacerbado de la época, ha sufrido esta figura, un retroceso.

No fue sino hasta el siglo XX que este instituto tuvo un desarrollo importante, tanto por la labor doctrinaria al respecto, como así también por las aplicaciones jurisprudenciales. Todo esto ha llevado a ser receptada en numerosas legislaciones.

Refiriéndonos a la doctrina el principal autor que se ha dedicado al estudio de esta figura es Josserand en su obra "El Espíritu de los Derecho y su Relatividad la Teoría del Abuso de los Derechos", y otras subsiguientes. Luego de él fueron numerosos los juristas que les han dedicado obras completas al desarrollo de este instituto.

Si bien en los primeros tiempos se ha circunscripto al abuso del derecho solo a el ámbito civil, luego se ha aceptado como principio que ilumina a todo el ordenamiento jurídico. También se ha ido modificando los distintos criterios identificatorios para configurarla, primero se han aceptado aquellos criterios subjetivos, luego los objetivos, y otros autores como Capitant insisten que es necesario adoptar ambos criterios para determinar al acto abusivo, es decir, utilizar un criterio mixto.

En cuanto a la primera jurisprudencia al respecto en el viejo continente; primero fueron aplicaciones aisladas, sobre todo en Francia en relación a cuestiones de vecindad y de familia. Pero actualmente ya es aceptada y aplicada con mayor asiduidad.

Como es de esperarse las aplicaciones jurisprudenciales le han abierto camino a esta teoría para su inclusión en los ordenamientos jurídicos en el derecho comparado. Algunos países han optado por criterios objetivos, otros por subjetivos, y los menos por criterios mixtos. También existen aquellos casos en que solo reprime al abuso pero sin brindar criterio alguno para su identificación. Más adelante en el capítulo V lo veremos con mayor detalle.

Ahora refiriéndonos a nuestro país, el código civil de Vélez no ha incluido la teoría del abuso del derecho, en concordancia al espíritu individualista de su obra legislativa, en el cual disponía en el art.1071 "El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto."

En 1949, al reformarse la Constitución Nacional, en su artículo 35 del nuevo texto declaró ilícito el abuso del derecho, éste disponía lo siguiente: “Los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, pero tampoco amparan a ningún habitante de la Nación en perjuicio, detrimento o menoscabo de otro. Los abusos de esos derechos que perjudiquen a la comunidad o que lleven a cualquier forma de explotación del hombre por el hombre configuran delitos que serán castigados por leyes”. Desde entonces se advirtió una aplicación más frecuente de esta institución por parte de nuestros jueces. Y aunque dicha reforma fue ulteriormente derogada, la Corte Suprema declaró que el abuso del derecho tiene adecuado reconocimiento y vigencia en nuestro ordenamiento jurídico, sin necesidad de precepto alguno de jerarquía constitucional.

Posteriormente, en 1968, con la reforma de la ley 17.711 nuestra legislación ha receptado esta teoría modificando el art. 1071, el cual ha quedado redactado de la siguiente manera: “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.”

Obsérvese que el primer párrafo reproduce el artículo 1071 original de Vélez, con un importante agregado, que es la palabra regular. Esto modifica sustancialmente el sentido de la norma: no siempre el ejercicio de un derecho está protegido por la ley; debe tratarse de un ejercicio regular, es decir, justo, legítimo, normal. La idea queda explicitada en los dos últimos párrafos, pero tiene particular importancia el tercero, en el que se sientan las pautas en base a las cuales debe apreciarse si un derecho ha sido ejercicio de modo abusivo, es decir los criterios identificatorios. Se considera que hay abuso cuando el ejercicio contraríe los fines tenidos en cuenta por la ley al reconocer el derecho o cuando dicho ejercicio contraríe la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Observamos que todas las pautas son objetivas.

La reinclusión del abuso del derecho en nuestro ordenamiento jurídico ha repercutido en nuestra jurisprudencia haciendo el sancionamiento de las conductas abusivas más frecuente, puesto que ahora existía fundamento normativo expreso para tales decisiones.

En Argentina han existido numerosos proyectos de reforma del Código Civil y sus opiniones en cuanto a este instituto han sido variadas, desde no incluirlo, mantener el art. 1071 sin modificaciones, hasta legislarlo con modificaciones, aunque ningunos de estos proyectos prosperaron. Pero no fue sino hasta el 2014 que el Código Civil y Comercial, se ha convertido en ley y ha entrado en vigencia desde el 1° de agosto de 2015, y éste incluye esta figura, aunque con modificaciones.

La ley 26.994 ha ubicado esta figura en el título preliminar, ha legislado sobre sus efectos y ha incluido a las situaciones jurídicas abusivas y el abuso de la posición dominante, y ha normado especialmente el abuso del derecho en relación a los derechos de incidencia colectiva y al medio ambiente.

Los artículos son los siguientes:

Art. 10.- Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

Art. 11.- Abuso de posición dominante. Lo dispuesto en los artículos 9° y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales.

Art. 14.- Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen:

- a) derechos individuales;
- b) derechos de incidencia colectiva.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

Solo con el tiempo sabremos la repercusión que esta nueva normativa tendrá en las decisiones de nuestros magistrados.

MARCO TEÓRICO

Para lograr responder los interrogantes acerca del abuso del derecho nos es necesario estudiar la doctrina al respecto. Para ello tomaremos las posturas doctrinarias de los siguientes juristas: Louis Josserand, Raymond Salleiles, Jorge J. Llambías, Guillermo Borda, Julio C. Rivera, Georges Ripert, Marcel Planiol, Karl Larenz, Aida Kemelmajer de Carlucci, Fernández Sessarego, Alberto Spota, Ramiro Prieto Molinero, entre otros.

Asimismo será menester tomar las conceptualizaciones de la legislación al respecto. Tanto aquellas que surjan del derecho comparado como así también la que surge de nuestra legislación.

De igual manera se tendrán en cuenta las decisiones judiciales al respecto y las ideas comprendidas en ellas.

INTRODUCCIÓN

Para el desarrollo de este trabajo me centraré dentro del marco teórico del derecho civil. Más específicamente analizaré la cuestión del abuso del derecho desde la perspectiva del código civil, la doctrina, evolución histórica del instituto, legislación comparada y, análisis jurisprudencial al respecto. Todo ello con la hipótesis de desentrañar el alcance y significado de mentada institución.

Abordaré el tema del abuso del derecho, puesto que se plantea la problemática sobre cuando procede su aplicación y cuando no, dado que colisiona este instituto con el ejercicio de los derechos subjetivos que corresponden a toda persona según nuestro ordenamiento jurídico. Por ello corresponde analizar minuciosamente, y darle tratamiento a la interpretación y razonamiento que realizan nuestros jueces para la procedencia de mencionada cuestión.

Si bien el CCC recepta la aplicación del abuso del derecho, y establece una definición y parámetros para conocer cuando se trata de un ejercicio abusivo de los derechos, estos parámetros no son claros al momento de resolver un caso concreto, y será labor discrecional de los jueces determinar si procede o no la aplicación del instituto. Esta problemática se plantea puesto que los límites están dados por la moral, las buenas costumbres, la buena fe y los fines de las normas al reconocer derechos. Tales nociones tan fundamentales, tanto para la sociedad como para el derecho, no son conceptos estáticos, sino que varían a lo largo del tiempo, y por ello, también, merecen ser objeto de estudio para esta tesis.

Para lograr comprender el tema planteado en este trabajo me propongo como objetivo general desentrañar el alcance y significado del abuso del derecho, y para poder arribar a mencionado objetivo es necesario establecer otros objetivos más específicos tales como:

- Explicar las diversas teorías y posiciones doctrinarias respecto de mencionado instituto.
- Analizar legislación comparada.
- Analizar la legislación argentina.
- Comprender como los jueces interpretan y aplican este instituto en nuestro país.
- Establecer cómo ha evolucionado el abuso del derecho.

CAPITULO I

DELINEANDO AL ABUSO DEL DERECHO

SUMARIO: 1- Introducción. 2- Conceptualización del abuso del derecho. 3- ¿Cuándo un derecho ha sido ejercido abusivamente? 3.1- Criterios subjetivos. 3.2- Criterios objetivos. 3.3- Criterio mixto. 4- Derechos que pueden ejercerse discrecionalmente. 5- Naturaleza jurídica. 5.1- Identificación del abuso del derecho con el acto ilícito. 5.2- El abuso del derecho entre lo lícito y lo ilícito. 5.3- El abuso del derecho como un acto ilícito “Sui Generis”. 6- Supuestos para la procedencia. 7- Modo de invocar esta institución. 8- Comparación con otras figuras jurídicas. 8.1- Distinción entre abuso del derecho, el delito civil y el cuasidelito. 8.2- Diferenciación con el conflicto de derechos. 8.3- Comparación con las teorías de la lesión y la imprevisión. 9- Conclusión.

1- Introducción.

En este capítulo nos dedicaremos primeramente a acercarnos a la idea del abuso del derecho, y luego expondremos los distintos criterios identificatorios sobre cuando un derecho debe reputarse que ha sido ejercido abusivamente. Luego trataremos los llamados “derechos discrecionales”. Para finalizar trataremos su naturaleza jurídica, sintetizaremos los supuestos para su procedencia, modo de invocación y haremos su comparación con otras figuras jurídicas.

2- Conceptualización del abuso del derecho.

Partiendo de la afirmación de la existencia de los derechos subjetivos, es menester cuidarse de los excesos en que se suele incurrir en el ejercicio de ellos. Porque si bien la ley los reconoce con un fin útil y justo, suele ocurrir que en determinadas circunstancias se tornan injustos en algunas de sus consecuencias, no previstas por el legislador. Y si bien es legítimo usar de los derechos que la ley nos reconoce, no lo es abusar de ellos.

La doctrina del abuso del derecho se ha ido gestando en el pensamiento contemporáneo, teniendo que sortear serias resistencias. Los juristas han puesto reticencia hacia mencionada teoría. Para ellos, las libertades humanas se asientan en el respeto incondicional de los textos legales. Sólo la ley puede y debe disponer el límite de las actividades del hombre; mientras las personas actúen dentro de aquellos límites, no hay por qué investigar su intención o preocuparse por el perjuicio sufrido por terceros. De lo contrario, no habría derechos; todos estaríamos sometidos a la arbitrariedad de los poderes públicos, la libertad y la seguridad jurídica desaparecerían. Es preciso que los hombres, para desenvolver sus actividades, tengan algo seguro como base para actuar; necesitan saber de una manera clara y definida, qué es lo que pueden y lo que no pueden hacer. Y desde luego la única manera de fijar de un modo cierto ese campo de acción es la ley. Esta es una esfera, dentro de la cual el individuo puede desenvolver sus actividades sin reparos ni temores. Si de ello resulta un perjuicio para terceros, dichos detrimentos ocasionales deben reputarse como un sacrificio en beneficio del bien social superior que resulta de la afirmación absoluta de los derechos individuales.

Inclusive Planiol afirma que la expresión “abuso del derecho” implica una logomaquia: de un derecho se puede usar, pero no abusar; el derecho cesa donde el abuso comienza, porque abuso e ilicitud deben considerarse sinónimos; en realidad, la expresión “abuso del derecho” no hace sino cubrir la condenación de actos cometidos más allá de los límites de un derecho. Más precisamente Planiol sostiene que “la fórmula del uso abusivo de un derecho es una logomaquia, porque si yo uso mi derecho, mi acto es

licito, y cuando sea ilícito es que excede a mi derecho y que he obrado sin derecho, injuria, como dice la ley Aquilia... Todo acto abusivo, por lo mismo que es ilícito, no puede ser ejercicio de un derecho, y, por tanto, el abuso no es categoría distinta del acto ilícito. El uso cesa donde el abuso comienza, y no puede haber uso abusivo de ningún derecho, por la sencilla razón de que un solo y mismo acto no puede ser a la vez acto conforme y contrario al derecho.”¹

Podemos mencionar a otros juristas que, asimismo como Planiol, son opositores de esta teoría, y se expresan de la siguiente manera: dice Ferrini “lo confieso, yo no puedo entender el sentido de estas palabras, abuso del derecho, porque o el acto está realmente comprendido en el derecho, esto es, constituye una facultad protegida por el orden jurídico, y entonces, ¿Cómo hablar de abuso del derecho?, o el acto sale de los límites del derecho, y entonces no es abuso, sino una acción disforme del derecho, contraria al derecho.” Por su lado Brunetti afirma que esta calificación envuelve una contradicción de términos inadmisibles jurídicamente, y dice “si el acto es antijurídico, quien lo realizó ha obrado sin derecho, o lesionando el derecho”. Y Carrara, señala que “pretender que seas injusto un acto realizado en el uso del derecho es el mayor de los absurdos que concebirse puede.”

Otro doctrinario adverso a esta teoría es Duguit, y esto es lógico, dado su posición filosófica de no aceptar el concepto de derecho subjetivo, y entiende que la doctrina del abuso del derecho, es un pretendido correctivo de este sistema tradicional, y que no puede tener cabida en su construcción objetiva del derecho, netamente positivista.

La crítica que realiza Eismen es que considera al abuso del derecho como una confusión del derecho con la moral, y dice que “sustituye la falta moral a la falta jurídica, y que transforma a los jueces en censores.” Otros juristas como Coviello y Demolombe opinan del mismo modo, sostienen que la teoría borra las fronteras entre la moral y el derecho y constituye un verdadero peligro para la seguridad de las relaciones jurídicas al quedar todos los derechos individuales librados al arbitrio judicial. Por ejemplo, Demolombe distinguía entre los límites objetivos del derecho y el acto emulativo, aceptando el primero y rechazando el segundo, por considerarlo exclusivamente del dominio de la moral; parte del concepto absoluto del derecho de propiedad y de su independencia del fin que persigue el propietario al ejercerlo, aunque reconoce algunas restricciones objetivas como las llamadas servidumbres legales.

¹ Citado por J. Calvo Sotelo, La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo, ed. Ibérica, 1917, p. 75.

Por último señalaremos la opinión de Ovejero, afirma que “implica el peligro de la arbitrariedad, el predominio de la impresión personal del juez sobre la regla objetiva de la ley.” Más adelante, dentro del capítulo de los proyectos de reforma del Código Civil, también hablaremos de la crítica que realiza Biblióni, jurista argentino, a esta teoría.

No obstante del espíritu individualista de la legislación y los juristas de antaño, la teoría del abuso del derecho se ha abierto camino y ha sido receptada en la jurisprudencia, doctrina y legislación. Actualmente, no se podría admitir el ejercicio de los derechos más allá de los límites de la buena fe. Los derechos no pueden ser utilizados con la sola voluntad de dañar al prójimo, es decir, de mala fe; tienen un espíritu, que es la razón por la cual la ley los ha reconocido; como bien lo señala Josserand, los derechos "tienen una misión social que cumplir, contra la cual no pueden rebelarse; no se bastan a sí mismos, no llevan en sí mismos su finalidad, sino que ésta los desborda al mismo tiempo que los justifica; cada uno de ellos tiene su razón de ser, su espíritu, del cual no podrían separarse. Si pueden ser utilizados, no es en atención a un objeto cualquiera, sino únicamente en función de su espíritu, del papel social que están llamados a desempeñar: no pueden ser legitimados sin más ni más, sino a sabiendas, para un fin legítimo y por razón de un motivo legítimo. Por ejemplo, no podrían ser puestos en ningún caso al servicio de la malicia, de la mala fe, de la voluntad de perjudicar al prójimo; no pueden servir para realizar la injusticia; no pueden ser apartados de su vía regular; de hacerlo así sus titulares no los ejercitarían verdaderamente, sino que abusarían de ellos, cometerían una irregularidad, un abuso de derechos de que serían responsables con relación a las víctimas posibles".²

Por lo tanto se podría afirmar que es evidentemente ilegítimo ejercerlos en contra de los fines que inspiraron la ley. El derecho no puede amparar ese proceder inmoral.

Por su lado Juan Carlos Molina en su obra “el abuso del derecho, lesión e imprevisión en la reforma del Código Civil” lo define de la siguiente manera: “cuando el titular de una prerrogativa jurídica, de un derecho subjetivo, actúa de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que concede la facultad, pero que resulta contraria a la buena fe, la moral, las buenas costumbres, los fines sociales y económicos en virtud de los que se ha otorgado la prerrogativa; o bien cuando actúa con culpa o dolo, sin utilidad para sí y causando daños a terceros, incurre en un acto abusivo, no ejerce su derecho sino que abusa de él. En tal caso, el acto carece de eficacia y vincula la responsabilidad

²Citado por Llambías, Tratado de derecho civil, ed. Perrot, 1997, T. II, p. 157.

del agente por los daños causados.”³ Esta definición, a mi parecer, es bastante acertada y completa, dado que establece los límites, los criterios identificatorios para identificar al acto abusivo, utilizando una teoría mixta (criterios objetivos y subjetivos), y asimismo establece los efectos jurídicos derivados del abuso del derecho.

La doctora M. A. Leonfanti, en su trabajo titulado “abuso del derecho”, también expone una fórmula jurídica para este instituto, y dice: “La ley no ampara el ejercicio de un derecho realizado por un motivo ilegítimo, manifiesto y determinante del acto, que desvirtúe sus fines naturales y sociales.”⁴ Y luego continúa explicando, que dicha fórmula implica un principio general del derecho, por lo tanto tendrá el lugar que le corresponde en la sistemática del Código Civil, es decir en la parte general, o en el título preliminar (notemos que este trabajo data de 1945, y que recién, con la reforma del 2015, 60 años mas tarde, esta teoría pudo ocupar el lugar que le corresponde en el C. C. C.), por lo tanto su actuación no se limita a la esfera de las obligaciones. Se consideran dos aspectos en la fórmula, el motivo ilegítimo y los fines del derecho; el primero se conecta con la teoría de la causa y con los actos ilícitos. Y la autora recalca que la posición finalista desplaza el problema del criterio de la culpa, ya que el motivo determinante del agente que torna abusivo un acto, debe apreciarse en función de los fines naturales y sociales del derecho que se trate. Continúa diciendo que el motivo ilegítimo debe ser manifiesto, término que indica la exteriorización y la evidencia, ambas circunstancias permiten verificar tal supuesto; y determinante del acto, aun cuando no sea exclusivo. Aclara, la valoración del motivo no es subjetiva, sino objetiva, en el sentido que debe desvirtuar el fin natural del derecho de que se trate. Por tanto el principio es muy flexible y el criterio de valoración del motivo se hará en función de la índole de cada derecho. Y concluye diciendo, que la fórmula implica reconocer el derecho natural como informando el derecho positivo, y por ende tiene como nota determinante el finalismo. Sostiene el criterio del fin natural del derecho para justipreciar al abuso, fin que se impone tanto al legislador como al sujeto de derecho.

Hay quienes piensan, como hemos visto ut supra, que esta facultad en manos de los jueces pueda convertirse en un instrumento de inseguridad jurídica y en una manera de negar a los hombres los derechos que las leyes les reconocen. Empero, los jueces no pueden proceder arbitrariamente; cuando los tribunales niegan la licitud de una conducta de una persona que ha ejercido un derecho reconocido por la ley, declarando

³ Juan Carlos Molina, Abuso del derecho, lesión e imprevisión en la reforma del Código Civil, ed. Astrea, 1969, p. 11.

⁴ Leonfanti, M. Antonia, Abuso del derecho, Ed. Abeledo Valerio, Bs. As., 1945, p. 107.

que ha habido abuso, será porque su conocimiento, su dignidad de magistrados y su sentido moral les imponen necesariamente esa solución. Además de que cada decisión judicial deberá ser debidamente fundamentada. Por lo expuesto, si bien es una doctrina que debe ser tratada con cuidado y aplicada siempre restrictivamente para resolver los casos concretos para no caer en una negación de los derechos subjetivos de sus titulares, ni en inseguridad jurídica, merece aplicación en los casos en los cuales se verifique que según los criterios legales ha existido un ejercicio abusivo del derecho; mencionados argumentos en contra de la aceptación de esta teoría no puede ser óbice para la aplicación de la misma, puesto que existen garantías en contra de un uso arbitrario por parte de nuestros magistrados.

3- ¿Cuándo un derecho ha sido ejercido abusivamente?

Existen diversos criterios para determinar cuando los derechos son ejercidos abusivamente; los cuales han sido elaborados por diversos juristas en sus trabajos doctrinarios, los cuales han tenido acogida en las legislaciones de diversos países. Mencionados criterios, se podrían clasificar, según Salvat en cuatro grupos principales:

1. Sistema de la intención de perjudicar.
2. Sistema de la culpa en la realización del derecho.
3. Sistema de la falta de interés legítimo.
4. Sistema del ejercicio del derecho fuera de su función económica y social.

Spota agrega un quinto criterio o sistema: el del ejercicio del derecho en forma incompatible con la regla moral.

Y siguiendo a Llambías, se podrían clasificar de la siguiente manera:

- *Criterios subjetivos:*

- 1) Intencionalidad: el abuso se identifica con la *intención de perjudicar*.
- 2) Negligencia: el abuso consiste en el ejercicio del derecho con *culpa* del titular.
- 3) Falta de interés legítimo: el abuso consiste en el ejercicio del derecho *sin interés o utilidad*.

- *Criterios objetivos:*

- 1) el abuso consiste en el ejercicio contrario *el fin económico y social* del derecho.

2) el abuso consiste en un ejercicio contrario al fin *de su institución*.

3) el abuso se define por un ejercicio contrario a la moral.

- *Criterio mixto*, que conjuga ideas distintas para definir el abuso.

3.1- Criterios subjetivos:

- **Intencionalidad:** La primera concepción del abuso del derecho lo identifica por el ejercicio efectuado por su titular con la *intención de perjudicar* a otro. Por ello se puede decir que se trata de una actitud dolosa de quien ejercita las prerrogativas o facultades que surgen de la norma con el propósito de causar daño a un tercero.

Dicha posición fue expuesta por Josserand en un primer trabajo sobre la materia, y ha sido adoptada por algunas legislaciones que luego mencionaremos.

Al respecto Josserand dice: “El abuso del derecho es una noción de orden eminentemente subjetivo”... “se caracteriza, no por los resultados del acto, sino por el móvil con que éste se realizó”... “ese móvil es la intención de perjudicar.”

J. C. Molina sintetiza este criterio de esta manera: “el ejercicio de un derecho es abusivo cuando su móvil principal y determinante, haya sido el de causar un perjuicio aunque existan también fines secundarios.”

Llambías critica a esta conceptualización señalando que este criterio es insuficiente; en su tratado de derecho civil establece que “...Si a esto se redujera el principio del abuso del derecho, su función dentro del derecho sería insignificante. En primer lugar, porque nunca el titular ejerce su derecho sólo con el objeto de perjudicar a otro, sino guiado por su propio interés. En segundo lugar, porque entonces el abuso del derecho se limitaría a erigirse en una fuente más de obligaciones, cuando su función es más trascendente. En efecto, ubicado el principio en la misma entraña de los derechos subjetivos, sirve para mantener a éstos dentro de su cauce natural, sin que su desorbitación pueda ser tolerada por el ordenamiento jurídico. La intención de causar el perjuicio es sólo un elemento a tomar en cuenta para graduar la reparación del daño, pues por aplicación de los principios que gobiernan la responsabilidad, el agente que obra

con dolo (intención de perjudicar) responde por las consecuencias inmediatas, mediatas y hasta casuales de su propio hecho...”⁵

Demolombe también es reacio a este criterio, y dice: “es inadmisibile. En derecho a nadie puede pedirse cuenta de los motivos con que obra; cuantas incertidumbres, inseguridades e injusticias se cometerían si aquello se hiciese.”

Por su parte Saleilles sostiene “Nada más peligroso que remitir únicamente a la psicología individual el criterio del abuso del derecho, porque nadie, además, en tal caso confesará que tuvo intención de perjudicar: siempre le será fácil alegar la existencia de un interés particular.” Aunque en un trabajo posterior Saleilles se retractó de este postulado, adoptando un criterio finalista que luego expondremos en este trabajo.

Además de los motivos expuestos anteriormente, otra crítica que también merece esta teoría subjetiva es la dificultad probatoria del dolo, de la intención de dañar a otro. Al respecto Saleilles puntualiza que: “Colocar la existencia del abuso del derecho en la intención de perjudicar es apelar a un recurso ineficaz, porque el sujeto de derecho podrá alegar en todos los casos la existencia de un supuesto móvil, de un supuesto interés individual como impulso de su acto. Y si ha de ser el dañado quien ha de probar la existencia de esta intención, la mayor parte de las veces no lo conseguirá. El sujeto de derecho podrá siempre alegar ese interés individual, y ante tal alegación, el dañado quedará indefenso.”

Por lo tanto se podría decir que dicho criterio, si bien no está completamente errado, puesto que, si existe dolo en el actuar del agente es evidencia de un ejercicio abusivo de un derecho, y esta intención es un punto importante a tener en cuenta al juzgar si existe o no un ejercicio irregular de una prerrogativa legal, no obstante, por sí solo, el dolo es insuficiente para suscribir a esta directriz la teoría del abuso del derecho, ya que ésta es mucho más vasta.

- Negligencia: Esta posición se relaciona a la anterior expuesta pero tiene una visión más amplia, puesto que considera abusivo tanto al ejercicio doloso de los derechos, como también al *ejercicio culpable* de los *mismos*. Esta teoría es adoptada por la doctrina y jurisprudencia francesa, que más adelante explicaremos, dado que el Código de Napoleón establece que el derecho puede ser ejercido de diversos modos, y se admite la responsabilidad del titular cuando

⁵ Llambías, Tratado de derecho civil, ed. Perrot, 1997, T. II, p. 158.

escoge un modo de actuación del que se deriva un daño a un tercero, siempre que el perjuicio pudiera haber sido evitado adoptando las precauciones para el caso. Precisamente en ello consiste el actuar culposo, negligente de un sujeto, y como la culpa es un factor de atribución de responsabilidad deberá reparar el daño causado.

Josserand también se encarga de este tema estableciendo que, el acto puede ser abusivo aunque en el titular no haya existido *animus nocendi*, y que la culpa puede consistir en haber ejercitado su derecho de manera perjudicial para tercero, sin interés apreciable para sí mismo.

Molina, resume este criterio en la siguiente fórmula: “Si en el ejercicio de un derecho subjetivo, el titular del mismo perjudica a otro debido a su dolo o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”

Como ventaja con esta teoría comparada a la de la intencionalidad ya no tendríamos la dificultad probatoria que conlleva demostrar el dolo, sino que basta con probar la conducta negligente. No obstante es criticada, por ejemplo, Llambías opina que al igual que el primer criterio (intencionalidad) este segundo trata al abuso del derecho sólo como una nueva fuente de obligaciones extracontractuales. Este reproche es válido, porque siguiendo esta línea de pensamiento podríamos decir que ambos criterios asimilan el abuso del derecho con el acto ilícito (existe un factor de atribución, un daño causado, un nexo de causalidad, y el deber de reparar el daño) y siendo esto así no existe necesidad de legislar especialmente al abuso del derecho, ya que la conducta podría ser encuadrada y sancionada acuerdo a las directivas de los ilícitos.

- Falta de interés legítimo: Otra tendencia doctrinaria seguida por Saleilles, en un principio, entiende que hay abuso del derecho cuando el titular obra *sin interés legítimo* o sin utilidad alguna para sí. Estos autores consideran que la ausencia de interés en el ejercicio de un derecho que causa un perjuicio a otra persona, hace ver que el titular no ha podido actuar sino con la intención de dañar, lo cual no puede ser amparado por la ley.

Al efecto Saleilles sostiene que “un acto cuyo efecto solo pudo ser el perjuicio para otro, sin interés legítimo y apreciable para quien lo ejecuta, jamás podrá constituir ejercicio legítimo de un derecho.”

Asimismo Hémard sostiene que los derechos son poderes conferidos al hombre para la satisfacción de sus intereses, y ellos no valen sino en la medida que son útiles. Por lo tanto el ejercicio sin utilidad de un derecho nocivo para otro, constituye un abuso, importando poco que el titular haya obrado con dolo o simplemente con culpa.

Baudry-Barde tienen una objeción al respecto, y dicen que: “La apreciación de la utilidad de un acto es necesariamente subjetiva y requiere investigaciones tan delicadas como las que exige una rebusca de la intención.”

Obsérvese que el criterio expuesto ut supra no aporta nada nuevo sobre las opiniones anteriores, ya que al faltar un interés legítimo o utilidad en el titular del derecho no hay otra explicación para su actuar más que su intención dolosa o culposa.

3.2- Criterios objetivos:

- Existe otro criterio en el cual el abuso consiste en el ejercicio contrario *el fin económico y social* del derecho. Siguiendo esta opinión se encuentra Saleilles en su obra “*Étude sur la théorie générale de l'obligation*”, él expresa “...el abuso del derecho consiste en el ejercicio anormal o contrario al destino económico o social del derecho subjetivo”.

Salvat sostiene que “Se tiene en cuenta aquí la finalidad y relatividad de los derechos: ellos se acuerdan para llenar un fin económico y social de la vida individual o colectiva y por consiguiente, su ejercicio no puede ser amparado cuando se aparta de ese fin.”

El doctrinario belga Champion expone que: “Habrà ejercicio antisocial de una facultad reconocida por la ley, cada vez que el interés social dañado por ese ejercicio, sea más considerable que el interés social contenido en la intangibilidad de esa facultad.” Esto significa que el ejercicio de la prerrogativa jurídica debe mantener un equilibrio entre el interés social que exige que los derechos subjetivos se respeten y el interés general la sociedad. Lo que genera el abuso del derecho, en este caso, es la ruptura de ese equilibrio.

Molina sostiene que quienes siguen este criterio, “La verdadera fórmula sería la que viese el abuso del derecho en el ejercicio anormal del derecho, ejercicio reprobado por la conciencia pública y que traspasa, por consiguiente, el

contenido del derecho, desde que todo derecho, desde el punto de vista social, es relativo y no hay derechos absolutos, ni aun la propiedad”.⁶

Sin embargo, hay quienes critican a este criterio, como el Dr. Pedro León, que en la Enciclopedia Jurídica Omeba, se expresa de la siguiente manera: “Me parece que el criterio de la finalidad de los derechos o el ejercicio de ellos fuera de la función económica o social, tiene el grave inconveniente de que, en realidad, se relaciona con un problema que es más bien del legislador que del juez; se trata, en efecto, de determinar los límites dentro de los cuales un derecho puede ser ejercido sin responsabilidad; y si el legislador no los ha determinado, ¿Cómo es posible que el juez lo haga? ¿No hay en una facultad de esta índole, el peligro de quebrantar el valor de todos los derechos?”

Llambías, también reprocha este criterio estableciendo que esta posición exagera la función social de los derechos, pues pareciera que éstos no se conceden al sujeto sino para un destino económico o social, y con ello se desvanece el fin individual, cuestión esencial al momento de reconocer la mayoría de los derechos subjetivos.

Pese a esta crítica numerosos Códigos modernos han adoptado esta fórmula para reprimir el abuso del derecho, sus textos hacen mención a los fines sociales o económicos, a veces como único elemento que sirve para determinar el abuso, y en otros casos unido a elementos de carácter subjetivo.

- Otro punto dentro de esta clasificación es aquel que identifica al abuso con un ejercicio contrario al fin *de su institución*. Mencionada posición contó con la adhesión de Jossierand después de varios años de estudio sobre la materia. Para este autor el acto abusivo es el contrario al objeto de la institución del respectivo derecho, a su espíritu y a su finalidad. Parte desde la idea de que los derechos son conferidos teniendo en miras una finalidad, por lo que los derechos pierden su carácter cuando el titular los desvía de esa finalidad que justifica su existencia. Al respecto dice: “El acto abusivo es el acto contrario al objeto de la institución, a su espíritu y a su finalidad... El acto será normal o abusivo según que se explique o no por un motivo legítimo, que constituye así la verdadera

⁶ Juan Carlos Molina, Abuso del derecho, lesión e imprevisión en la reforma del Código Civil, ed. Astrea, 1969, p. 20.

pedra angular de toda la teoría del abuso de los derechos y como su precipitado visible; debemos poner nuestras facultades jurídicas al servicio de un motivo adecuado a su espíritu, a su misión; de lo contrario no las ejercemos ya, a decir verdad, sino que abusamos de ellas.”

Otrora, Porcherot señalaba que "se abusa de un derecho cuando, permaneciendo dentro de sus límites, se busca un fin diferente del que ha tenido en vista el legislador; se desvía, por así decir, su derecho del destino normal para el cual ha sido creado".⁷

Llambías sostiene que esta concepción es exacta, puesto que los derechos subjetivos son reconocidos al hombre como medios indispensables encaminados a la obtención de los fines humanos, ellos quedan adscriptos al servicio de esos mismos fines y pierden su carácter cuando su titular los desvía de la finalidad que justifica su existencia.

Laurent expresa que, "los derechos son conferidos para una misión... ¿por qué los derechos son sancionados por la ley? Porque son facultades necesarias para cumplir nuestra misión en la tierra".⁸

La profesora doctora María Antonia Leonfanti dice que el derecho "es un instrumento, un medio social, una esfera de acción garantizada para que la persona cumpla sus fines humanos". Agrega también que si el derecho subjetivo es desviado del fin para el cual ha sido reconocido como tal, deja de ser derecho, y aun más, pasa a ser un acto ilícito si provoca el perjuicio de alguien".⁹

- El último de los criterios objetivos sostiene que el abuso se define por un ejercicio contrario a la moral. Es la posición que adoptan autores como Goldschmidt, Spota y Borda, en la cual el abuso se caracteriza por el ejercicio del derecho contrario a la moral y buenas costumbres.

Borda expone que si bien reconoce la utilidad práctica del criterio finalista para orientar en varios casos la decisión justa de la cuestión, sostiene que el punto de vista moral es el más decisivo y fecundo en la dilucidación de este problema. Esto es así porque la teoría del abuso del derecho ha ido evolucionando y ha contado con acogida en las legislaciones y jurisprudencia, justamente por una razón de orden moral. Todos los argumentos de prestigiosos maestros del

⁷ Citado por Llambías, Tratado de derecho civil, ed. Perrot, 1997, T. II, p. 160.

⁸ Citado por Llambías, Tratado de derecho civil, ed. Perrot, 1997, T. II, p. 160.

⁹ Citado por Llambías, Tratado de derecho civil, ed. Perrot, 1997, T. II, p. 161.

derecho en contra de su admisión, han encontrado un problema contra el sentimiento de lo justo que anida en el corazón humano y que no podía admitir la justificación de lo arbitrario, inmoral, dañino, a nombre del Derecho. Dado que la moral ha sido el fundamento de esta institución, es evidente que ella debe dar la norma rectora que permita distinguir el uso del abuso en el ejercicio de un derecho.

Spota sostiene que, “Todas las veces que el titular de un derecho subjetivo pretenda ejercerlo para que sirva a propósitos inmorales o reñidos con las buenas costumbres, o con la buena fe lealtad o la buena fe creencia, o con la reciproca colaboración o confianza ente contratantes, así como en otros aspectos similares, el abuso del derecho existe. Hay una desviación del poder jurídico que la norma otorga en cuanto no media concordancia con la finalidad por la cual ésta confiere aquellos poderes. En estos casos el abuso del derecho se presenta y es deber del juez poner coto a una conducta reñida con la regla moral cuya consagración más alta hállese en el art. 953 de consuno con los arts. 21, 530, 531, 792, 794, 795, 1167, 1659 y 3608 C.C.”

Glodschmidt establece que el acto abusivo se revela por la violación de las buenas costumbres, toda vez que las buenas costumbres encierran un concepto basado en la moral.

Llambías opina que en tal caso hay abuso, pero este parámetro es insuficiente para subsumir en él toda la teoría del abuso del derecho. Es decir que el abuso del derecho es el género, y el ejercicio inmoral una especie de ese género.

Criticas a los criterios finalistas: se entienden dentro de este grupo a los criterios subjetivos y a los objetivos expuestos anteriormente. Por ejemplo Ripert considera que el criterio finalista constituye un serio peligro para el orden jurídico y una amenaza evidente para la existencia de los derechos. Los Mazeaud expresan que mencionado criterio les parece peligroso, no por el arbitrio judicial, sino porque es menester que ellos sepan lo que se les pide, es decir, determinar la función social de un derecho, los fines en base a los cuales el legislador reconoce la existencia del mismo; y dicen: “El juez, obligado a resolver, deberá salir del dominio del derecho; caerá en el de la política. He ahí el peligro del criterio... Es indispensable, proveer a los jueces de un criterio más preciso, bajo pena de ser obligados a replegarse bajo la intención de perjudicar.”

3.3- Criterio mixto:

- Esta concepción acepta y conjuga tanto los criterios objetivos y subjetivos para definir al abuso. Por ejemplo Capitant sostiene la imposibilidad de elaborar una noción del abuso aplicable a toda clase de derechos, y estima que para algunas situaciones se requerirá la intención de perjudicar, bastando para otras la culpa más o menos grave, y aun la ausencia de un motivo legítimo. Y serán los jueces quienes, en cada caso, aplicarán el criterio adecuado.

Podríamos concluir que en la práctica numerosas legislaciones consagran una solución que conjuga ambos criterios. Este tipo de soluciones presentan dos variantes fundamentales: en algunos casos se establece la alternativa, y el acto se considera abusivo cuando se comprueba la presencia del elemento subjetivo (dolo o culpa), o en su defecto, la del elemento objetivo (ejercicio irregular), considerándose que cualquiera de ellos es suficiente. En cambio en otros sistemas se exige que se den conjuntamente ambos elementos (subjetivo y objetivo) que sumados configuran el acto abusivo, lo cual hace prácticamente imposible la aplicación de la fórmula que sanciona el abuso.

4- Derechos que pueden ejercerse discrecionalmente.

Existen algunos derechos que pueden ejercerse arbitrariamente, sin que el sujeto deba rendir cuenta de su conducta o de los móviles justos o injustos que lo han guiado. Se trata de un pequeño número de derechos que escapan al concepto de abuso; como ejemplos, en los que hay acuerdo prácticamente general, podemos citar, el de pedir la división del condominio o partición de la herencia, el de disponer por testamento de la porción que no corresponde a los herederos forzosos, la facultad de adquirir la medianería, etcétera. Se los ha llamado derechos incausados, abstractos, absolutos, soberanos, discrecionales.

Entonces, como se justifica que tales derechos, por excepcionales que sean, escapen al principio de que nadie puede ejercer abusivamente una facultad legal. Se ha intentado algunas justificaciones de carácter general; así por ejemplo, Ripert sostiene que se trata de derechos en que el solo juez posible del deber que le incumbe al titular es éste mismo; para apreciar el abuso, es indispensable que el juez pueda juzgar el valor de los sentimientos que impulsan a una persona; pero hay motivos tan personales, que ninguna apreciación judicial sería posible. A lo que se ha objetado que tal criterio no resuelve el

problema, pues habría que definir el principio de discriminación que permitiera distinguir los móviles que no pueden ser apreciados por los magistrados de aquellos que pueden serlo; de lo contrario, sería plausible sostener que, en cualquier caso, el titular de un derecho es siempre el único juez de su deber, con lo cual se pone en cuestión el fundamento mismo de la teoría del abuso del derecho.

Lo que ocurre es que en determinadas ocasiones y por motivos que varían según los casos, los jueces sienten la necesidad de acordar a ciertos derechos algo así como un privilegio de inmunidad, que permita su ejercicio con razón o sin ella; pues puede ocurrir que haya un interés social superior, en asegurar la aplicación automática del derecho sin necesidad de juzgar los móviles que inspiran el actuar de los hombres.

Recordemos que al respecto nuestra legislación nada dice, algunos doctrinarios como Ripert, Borda, Rivera aceptan la existencia de estos derechos. Otros, por el contrario, sostienen que todos los derechos son plausibles de ser declarados ejercidos abusivamente.

5- Naturaleza jurídica.

Sobre este punto el debate es antiguo y persiste hasta nuestros días. Las opiniones se dividen, entre aquel sector de la doctrina que sitúa al abuso del derecho en el ámbito de la licitud y, aquel otro que lo califica como un acto ilícito.

5.1- Identificación del abuso del derecho con el acto ilícito.

Afirma Larenz que es un acto que se halla por lo regular en el ámbito de la legitimidad, y por ello aparece como ejercicio de un derecho, es ilícito cuando no puede tener otro objeto que el de causar un perjuicio a otro. El autor utiliza el criterio subjetivo para precisar la naturaleza ilícita del acto abusivo.

Borda, al precisar las sanciones de esta figura dice: “el abuso del derecho es un acto ilícito y produce las consecuencias propias de tales actos...”¹⁰

Por su parte la Dra. Kemelmajer de Carlucci, lo caracteriza como un acto ilícito, pero con características especiales y particulares: “Pero es un acto ilícito especial, de características particulares, que lo diferencian dentro de los actos ilícitos, dado que surge como consecuencia de una conducta ilícita, al usar irregularmente un específico

¹⁰ Borda, Tratado de derecho civil parte general, T. 1, ed. Abeledo Perrot, 1999, p.55.

derecho subjetivo, no se lesiona el derecho subjetivo de otro, sino un interés no protegido por una norma jurídica expresa”.¹¹

5.2- El abuso del derecho entre lo lícito y lo ilícito.

Hay una corriente doctrinaria que entiende que un acto abusivo no constituye un hecho ilícito. Argumentan que si se estuviera en presencia de un ilícito carecería de sentido y utilidad remitirse a la idea del abuso del derecho, pues dichos supuestos son abordados por normas diversas del Código Civil. Sostienen que en la institución del abuso del derecho hay un arranque legítimo produciéndose luego la desviación de los propósitos.

Dicha postura la expone Rubio Correa quien, al considerar que el abuso del derecho es una institución válida en sí misma, estima que tiene un lugar intermedio entre las conductas lícitas y expresamente ilícitas. El abuso del derecho se erigiría así como un *tertium genus*, como un género diverso al de los actos lícitos pero también diferente al de los ilícitos. Dicha posición permite al juez calificar de no lícitas las conductas que, al no estar expresamente impedidas, no son ilícitas pero tampoco se conforman a la adecuada marcha de la sociedad.

Por su parte, Martín Bernal sostiene que entre lo lícito y lo ilícito no se puede establecer una antítesis radical sino que existe como una zona intermedia: la que viene dada y constituida por aquellas conductas o cosas que permitidas por el derecho son reprobadas por la conciencia social.

5.3- El abuso del derecho como un acto ilícito “Sui Generis”.

Como lo señala Fernández Sessarego, al desarrollar la teoría Tridimensional del derecho, si estudiamos el fenómeno del “abuso del derecho” en la experiencia jurídica encontraremos que en él, como en cualquier otro fenómeno atinente al derecho, que se produce la dinámica interacción de tres dimensiones que integran “lo jurídico”: a) a nivel sociológico-existencial, de la vida humana social, observamos la presencia de una conducta antisocial que lesiona o amenaza lesionar un interés ajeno; b) esta conducta intersubjetiva, simultáneamente, es contraria, en el nivel axiológico, a una valoración ética, y c) al mismo tiempo que ello acontece, en la dimensión formal, en el ordenamiento positivo, hallamos un principio general del derecho que, al calificar dicha conducta como “abusiva”, la prohíbe de modo expreso. Es decir que, al transgredir

¹¹ Kemelmajer de Carlucci, Principios y tendencias en torno al abuso del derecho en Argentina, Revista de derecho privado y comunitario, N° 16, Santa Fe, 1998, p. 215.

dicha conducta a un deber genérico, la tilda de ilícita, determinando, a menudo, los criterios para aprehenderla como tal, así como sus consecuencias jurídicas. En resumen este autor dice: “Acto ilícito es así 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 prescripto en los principios generales del derecho que impregnan e informan la totalidad del sistema jurídico”¹²

En este mismo sentido, Spota expresa que ni la culpa ni el dolo son requisitos necesarios sine qua non para que promedie un acto abusivo. El ilícito abusivo se rige por criterios propios y tiene específicas consecuencias. Constituye, así, una figura autónoma.

6- Supuestos para la procedencia.

Borda señala que para advertir la existencia del abuso podemos examinar si hubo:

- intención de dañar;
- ausencia de interés;
- si se ha elegido, entre varias maneras de ejercer el derecho, aquella que es dañosa para otros;
- si el perjuicio ocasionado es anormal y excesivo;
- la conducta o manera de actuar es contraria a las buenas costumbres;
- si se ha actuado de manera no razonable, repugnante a la lealtad y a la confianza recíproca.

Siguiendo a la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, podemos definir los presupuestos del abuso del derecho en los siguientes:

- Una conducta permitida por el derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal.
- Un uso contrario a los claros fines de la norma.
- La imputabilidad, pues se presume que se obra con discernimiento, intención y libertad, hasta tanto se demuestre lo contrario.
- Un grave daño, ya que no cualquier daño es suficiente para configurar el ejercicio abusivo del derecho: debe ser grave, desproporcionado, anormal y excesivo; de tal magnitud que resulte una injusticia.

¹² Fernandez Sessarego, Abuso del derecho, Buenos Aires, ed. Astrea, 1992, p. 150 y ss.

En concreto, la calificación de un acto como abusivo parte como primer supuesto de que estemos ante el ejercicio de un derecho, sea por acción u omisión. Luego tal ejercicio debe poder ser considerado como antijurídico, imputado a un sujeto (sea por dolo o culpa), aunque esto en la mayoría de los casos surge deducido de la misma conducta. Además se debe haber causado un daño, actual o inminente, caso contrario tendríamos un abuso en abstracto o abuso por el abuso en sí, lo cual contradice todos los postulados del instituto bajo análisis. Finalmente debe existir una relación de causalidad entre la acción u omisión calificada de ejercicio abusivo y el daño causado y que no exista otra solución legal expresa.

Juan C. Molina concluye que los elementos constitutivos del acto abusivo son:

- Ejercicio de un derecho dentro de los límites y condiciones objetivamente impuestos por la norma. Esto quiere decir que el ejercicio de la prerrogativa debe concordar con las significaciones lógico- racionales del enunciado normativo. De lo contrario, el acto sería, para la teoría del abuso, lisa y llanamente, ilícito y contrario a derecho por violar los límites y condiciones expresados objetivamente en la prescripción legal.
- Producción de un daño.
- Hay que agregar un presupuesto más a los antes mencionados, el cual será variable acorde al criterio adoptado que sustente la existencia del acto abusivo, a saber son la verificación de culpa, dolo, ausencia de un fin legítimo (criterios subjetivos), o que el acto contraría el fin de la institución de ese particular derecho, o que contraría el fin económico y social de los derechos, o que sea repugnante a la moral y las buenas costumbres (criterios objetivos).

Bonnesasse caracteriza al acto abusivo mediante la concurrencia de los siguientes elementos:

- El ejercicio de un derecho.
- La ausencia de toda utilidad para el titular
- La intención dañosa.
- Un perjuicio efectivamente ocasionado a otro.

Para De Gasperi, jurista suizo, los elementos que revelan al acto abusivo, luego de señalar que la intención de dañar no constituye el único y exclusivo elemento del abuso, son:

- El acto incriminado se funda en un derecho formal, es decir, se presenta exteriormente como ejercicio de un derecho subjetivo.
- El ejercicio de ese derecho amenaza u ocasiona daño a otro, sea material o moral.
- El que pretende hacer uso de su derecho, carece de todo interés digno de ser legalmente protegido.
- La existencia de las tres primeras condiciones debe resultar de los hechos y de las pruebas, sin que las intenciones personales del que obra puedan ser tomadas en cuenta.

7- Modo de invocar esta institución.

A pedido de parte: El abuso del derecho puede ser invocado por vía de acción; como por vía de excepción, es decir, como una defensa frente al ejercicio irregular que se pretende por vía de acción.

De oficio por los jueces: Un tema que ha suscitado cuestionamiento en la doctrina y en la jurisprudencia es si el abuso del derecho puede ser aplicado de oficio por los jueces. Lo cierto es que existe jurisprudencia que la ha aplicado de oficio al ser el abuso manifiesto. Por otro lado la Corte Suprema Nacional, sostuvo la improcedencia de la aplicación de oficio de esta figura. Empero la Corte Suprema de Santa Fe ha resuelto que procedía dado que este principio constituye una norma imperativa de orden público. (26/6/1991, en LL 1991-D-349).

8- Comparación con otras figuras jurídicas.

8.1- Distinción entre el abuso del derecho, el delito civil y el cuasidelito.

Comenzaremos conceptualizando al delito civil, para luego distinguirlo del abuso del derecho.

“Infracción dolosa de una obligación civil con daño para tercero” (Sotelo). Son requisitos que haya ilicitud objetiva y dolo; el daño a tercero no es requisito indispensable para que exista el delito civil, y si únicamente para que se resarza la responsabilidad. Al referirse a la *obligación civil* se comprenden tanto las nacidas de la ley, como las nacidas del contrato.

“Violación de una obligación legal o convencional preexistente con daño para tercero” (Planiol). Son elementos esenciales, el dolo (subjetivo) y la ilicitud (objetivo), pero el daño no lo es.

“Hecho ilícito y dañoso, cometido voluntaria y maliciosamente, con la intención de perjudicar a otro” (Demolombe). Este autor si considera además de los anteriores requisitos mentados al daño como el tercer requisito esencial. Asimismo es la opinión de Pothier, Laurent y Baudry.

En cuanto a las similitudes podemos mencionar que ambas figuras podrán causar un daño a tercero, por el cual el agente al cual se le impute el hecho dañoso deberá responder. En cuanto al dolo es elemento esencial si hablamos de delito civil, en cambio en el abuso del derecho podrá darse o no la intención maliciosa. Pero se diferencian en que el acto abusivo es siempre objetivamente lícito, y el delito civil es objetivamente ilícito.

Ahora, pasaremos a cotejarlo con los cuasidelitos. Primero veremos en que se diferencian estos últimos de los delitos civiles, si bien ambos producen responsabilidad al agente por el perjuicio ocasionado; ambos suponen un hecho ilícito y dañoso (elementos objetivos), en lo que se diferencian es en el elemento subjetivo, el delito exige dolo, y el cuasidelito exige, justamente lo contrario, que no exista dolo por parte del agente. Y se los podría definir como “hechos ilícitos y dañosos a tercero, ejecutados voluntariamente, pero sin intención de dañar”.

Encontramos las mismas similitudes y diferencias que con respecto al delito civil. Recordemos que el cuasidelito no exige dolo, el abuso tampoco, aunque podría darse la intención maliciosa en el caso del abuso. Y se diferencian en lo mismo, el cuasidelito es un hecho ilícito, en cambio el abuso será un acto lícito, sino no podríamos hablar de abuso del derecho.

Cabe aclarar que un acto ilícito es un acto *sin* derecho (obra careciendo de derecho), y el acto abusivo es un acto *con o en* derecho (obra usando su derecho), que por ser arbitrario ese ejercicio suscita responsabilidad; o bien como lo dice Tissier: “en el abuso del derecho se sale del fin, en el acto ilícito se sale de los límites del derecho”.

8.2- Diferenciación con el conflicto de derechos.

El conflicto de derechos tiene lugar cuando lesionamos el derecho de otro usando el nuestro. Y para resolver este tipo de conflictos, ya en el Derecho Romano existían reglas tales como *prior tempore potior jure*, o si existe un conflicto entre dos

privilegios o beneficia legis, la ley protege a la persona que quiere evitar una pérdida, sobre la que busca un enriquecimiento.

En este caso no hay más que dos derechos que se contraponen entre sí, y la labor del juez será preferir uno u otro. Pero esto nada tiene que ver con el abuso del derecho, en esta teoría no existe conflicto entre dos derechos, sino que, es un conflicto entre un derecho y un interés.

8.3- Comparación con las teorías de la lesión y la imprevisión.

Comenzaremos estableciendo los conceptos de estas dos teorías:

El C.C.C. en su capítulo 6, sección 1º art. 332 norma a la lesión y dice: “Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando al necesidad, debilidad psíquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.

Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir al momento de la demanda.

El afectado tiene opción de demandarla nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar la demanda.

Solo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción”.

En el título II “contratos en general” en el capítulo 13 se encuentra la imprevisión en el art. 1091, que dice: “Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de sus celebración, sobrevinida por una causa ajena a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o a pedir ante el juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia”.

Podemos observar que el fundamento de las tres teorías en examen son los principios de la moral, la solidaridad, la justicia y la equidad, la buena fe, el finalismo y el funcionalismo jurídico, el bien común.

En cuanto al abuso del derecho apunta al objetivo de adecuar el ejercicio de los derechos subjetivos a las exigencias de la buena fe, la moral, las buenas costumbres, y al funcionalismo social. Actualmente existe la tendencia de entenderlo como un principio general del derecho, y se lo ubica dentro del título preliminar de los Códigos modernos. Su fundamentación y configuración se desempeñan dentro de una concepción muy general, despersonalizada y sin referencias a casos o derechos particulares; es decir que carece de la especificidad que reconocen las teorías de la lesión y la imprevisión, en cuanto que ellas se refieren a cierto tipo de instituciones o actos con características especiales derivadas de su propia constitución o estructura. La lesión se encuentra circunscripta a los actos jurídicos, mientras que la imprevisión se aplica a los contratos.

Dentro de la perspectiva de su dogmática tradicional los juristas, en general, aceptan la autonomía e independencia de cada una de las teorías. Se sustentan, para tal afirmación, en la diversa naturaleza, funcionamiento y fines de cada una de ellas.

Mosset Iturraspe sostiene que ni la lesión, ni la imprevisión son casos especiales de abuso del derecho, afirmándose que mientras el abuso supone el ejercicio de un derecho, la lesión y la imprevisión implican, desde su origen, un acto antijurídico, ilícito, contra derecho.

Sin embargo, Spota parece entender a la lesión y la imprevisión como comprendidas en el principio del abuso. Para dicho autor, el abuso del derecho propugna un criterio finalista encausado a la protección de la solidaridad y el funcionalismo social, y los conflictos que tratan de resolver los principios de la lesión y la imprevisión, pueden solucionarse por aplicación de la teoría del abuso.

Molina adhiere a la posición de Spota, y sostiene que tanto la lesión como la imprevisión, si nos remitimos a sus fundamentaciones, no son sino violaciones a la buena fe, a la moral, a las buenas costumbres, a los llamados fines económicos y sociales del derecho, casos que configurarían el llamado ejercicio abusivo del derecho. Y continúa diciendo que, las especiales modalidades que presentan los institutos de la lesión e imprevisión, no significarían otra cosa que la caracterización de supuestos particulares del acto abusivo. Por lo tanto este autor subsume todo el problema de la diferenciación de estos institutos en un supuesto de género – especie; y concluye diciendo, si lo que en realidad implica la teoría del abuso del derecho es la calificación de ilicitud y la represión de los actos que, cumplidos dentro del marco descriptivo de la

norma, son violatorios de los valores que constituyen su contenido axiológico, bien podría afirmarse que los supuestos de la lesión y de la imprevisión constituirían, una especie de los llamados actos abusivos. Ello es así, porque los sentidos culturales incorporados al sistema jurídico normativo vigente, son claramente incompatibles con la explotación de la ignorancia, la ligereza, la inexperiencia, el estado de necesidad de una persona, para obtener beneficios extraordinarios, y con la exigencia rigurosa y desconsiderada del cumplimiento de las obligaciones que se han tornado excesivamente onerosas por causas sobrevinientes a su establecimiento, y ajenas a la previsión de las partes. Y afirma Molina, que existe identidad de los conflictos y situaciones anormales que pretenden resolver las tres teorías y, bastaría, en principio, la aplicación correcta de la doctrina del abuso del derecho para ponerles remedio, sin necesidad de acudir a las otras dos.

Existen autores que sostienen que mientras la lesión y la imprevisión se mantengan dentro del ámbito doctrinario, sin que reciba consagración legislativa expresa, se tratarían de supuestos de abuso del derecho. Ahora, ambas teorías se independizarían del abuso si tienen acogida por la legislación, porque su incorporación a la ley significa la configuración de actos ilícitos, de la misma naturaleza de los conocidos y legislados, es decir, que la verificación de las conductas descritas y sancionadas por las normas, implicarían la configuración lisa y llana de un acto ilícito violatorio del marco lógico del enunciado legal. De tal manera, ya escaparían a la órbita del abuso del derecho dado que su presupuesto para la procedencia es que el acto sea cumplido dentro de los límites objetivos de la norma legal, y normadas aquellas dos teorías, esto ya no sería posible.

En nuestro país, las tres instituciones tienen acogida legal, y por ello procederemos a un análisis más exegético de ellas. Se diferencian en cuanto a su ubicación en el Código, mientras que el abuso se ubica en el título preliminar, la lesión lo hace dentro del capítulo de los actos jurídicos, bajo la sección de los vicios de los actos jurídicos, mientras que la imprevisión se encuentra en el título II “contratos en general”, dentro del capítulo 13 “extinción, modificación y adecuación del contrato”. Su ubicación nos muestra cual será su campo de aplicación, el abuso al tratarse de un principio general del derecho se aplicará a todos los derechos subjetivos, la lesión se empleará para los actos jurídicos, y la imprevisión quedará destinada a la órbita contractual. También se exigen distintos supuestos especiales para la procedencia de cada instituto; para que se aplique el abuso se debe verificar un ejercicio de una prerrogativa legal en un modo anormal, es decir, el acto abusivo debe, contrariar los fines del ordenamiento jurídico o exceder los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. En

cambio, en la lesión se debe comprobar que una de las partes obtiene una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación, al explotar la necesidad, debilidad psíquica o inexperiencia de la otra parte. Y por último la imprevisión exige que la prestación de una de las partes se torne excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato, sobrevenida por una causa ajena a las partes y al riesgo asumido por la afectada. Finalmente se diferencian en cuanto a sus efectos, que en el abuso son la indemnización, la reposición al estado de hecho anterior, si es posible, y tomar las medidas necesarias para evitar los efectos del acto abusivo (podemos observar que lo que aquí se intenta es prevenir el daño, cuestión que no es posible en los otros dos supuestos). Por su parte, para remediar la lesión se puede demandar la nulidad o la modificación del acto. En tanto en la imprevisión se puede optar por resolver el contrato o adecuarlo y restaurar el equilibrio de las prestaciones, se podrá accionar por vía judicial como extrajudicial. En cambio en el abuso y la lesión solo se tiene la vía judicial.

Para finalizar esta comparación, Molinero establece una fórmula legal sintética para resolver los problemas que se trata de remediar mediante la consagración de los tres institutos. Él propone una norma general que establezca la ilicitud de todo acto, aun cuando se cumpliera dentro del marco descriptivo legal o contractual, contrario al interés social, la solidaridad, la moral, la buena fe, las buenas costumbres, o que implicara la explotación de la inexperiencia, ligereza o el estado de necesidad de una persona.

9- Conclusión.

Para terminar podríamos decir que esta teoría ha ido evolucionando paulatinamente, y ha sido receptada en la segunda mitad del siglo XX. Los opositores fundamentan su reticencia en la inseguridad jurídica que pueden representar los límites a los derechos subjetivos, y sobre todo, cuando la decisión corresponde a los jueces, y a lo que éstos, a discreción, entiendan del caso. Por otro lado, los propulsores de esta institución, se basan en la idea de la importancia de someter el ejercicio de los derechos subjetivos a revisión, cuidando que se ejerzan de buena fe, acorde a la finalidad del derecho que se trate y acorde a la moral. Este control nos permite flexibilizar el ordenamiento jurídico y prevenir abusos imponiendo la justicia en los casos concretos.

También analizamos los distintos criterios que determinan si se ha ejercido abusivamente un derecho o no. En este sentido la doctrina ha ido avanzando en el tiempo. Existen aquellos que apoyan los criterios subjetivos (dolo, negligencia, falta de interés legítimo), sobre los cuales se podría decir que, quien proceda con mencionadas intenciones resulta evidente que su intención era causar un perjuicio, y no utilizar su derecho. Aunque esta intención es de muy difícil prueba. Hay otro sector de la doctrina que propone criterios objetivos, de más simple prueba, pero se les critica la insuficiencia de subsumir toda la aplicación del instituto bajo esas solas directrices. De aquí que han surgido aquellos seguidores de los criterios mixtos, es decir que adoptan ambos criterios, y los combinan para brindar un mayor espectro de aplicación de esta teoría.

Posteriormente hablamos de los derechos discrecionales, y sobre cuya existencia o inexistencia nada se dice en nuestra legislación. Personalmente entiendo que hay ciertos derechos que son reconocidos a su titular para tutelar un interés propio, y el cual, a nadie más incumbe, por ejemplo otorgar testamento sin afectación de la legítima, y en estos casos nadie debe inmiscuirse, ni un tercero, ni el Estado. Se podría decir que guarda relación con el principio constitucional de reserva (art. 19 CN).

Luego nos encargamos de las discusiones doctrinarias que giran en torno a esta figura. Si bien es cierto que en el mundo jurídico existen ciertas cuestiones que se encuentran dentro de los “grises”, podemos decir que esta institución es un ilícito pero con sus particularidades propias. Aunque todos podemos aseverar, en especial hoy con la modificación de la ubicación de esta figura en el CCC que constituye, como lo afirma Rivera un principio general del derecho, es decir una idea rectora o, dicho de otra manera, un pensamiento director de una regulación existente o posible.

Para finalizar hemos sintetizado algunos supuestos que denotan al abuso del derecho, el modo de invocación de la misma y comparación con otras figuras jurídicas, con lo cual queda claro que es una institución que merece autonomía normativa y doctrinaria.

CAPITULO II

LOS CRITERIOS IDENTIFICATORIOS

SUMARIO: 1- Introducción. 2- El principio de buena fe. 2.1-Distintas especies jurídicas de buena fe. 2.2- Buena fe-lealtad u objetiva. 2.3- Buena fe-creencia. 2.4-El principio de buena fe como limite al ejercicio de los derechos subjetivos. 2.5- Analizando este criterio identificatorio. 3- La moral y el Derecho. 3.1- El factor moral en el derecho argentino. 3.2- El rol de los jueces en la moralización del derecho. 4- Las buenas costumbres. 4.1- Conceptualización. 5 - La moral y las buenas costumbres. Una crítica. 5.1- La moral. 5.2- Buenas costumbres. 6 - El último criterio: la finalidad de la norma. 7 - Conclusión.

1- Introducción.

Si se establece que un derecho subjetivo puede ser objeto de abuso y, a partir de tal calificación, se disponen ciertas consecuencias negativas para su titular, el siguiente paso será definir ese abuso fijando los parámetros que servirán para determinarlo. Se trata de algo fundamental, dado que, el abuso del derecho va a importar una verdadera “licencia” para dejar de aplicar una “porción” del ordenamiento, aquella donde se consagra la prerrogativa legal en cuestión, en un caso concreto; de allí, la necesidad de que los criterios a ser adoptados para calificar el abuso sean, ante todo, precisos y sólo permitan acudir al remedio cuando la ley lo autorice y resulte estrictamente indispensable.

Los criterios identificatorios son fundamentales ya que no sólo le darán contenido a la prohibición, sino que serán los que, en definitiva, permitirán que el instituto cumpla con su papel de adaptar el sistema codificado lo suficiente como para flexibilizar comportamientos pétreos, pero sin que esto importe dejarnos desprovistos de seguridad jurídica y el principio de legalidad.

A continuación vamos a estudiar los distintos criterios adoptados por nuestra legislación.

2- El principio de buena fe.

Como dice Díez Picazo, el ordenamiento jurídico exige este comportamiento de buena fe no sólo en lo que tiene de limitación o veto a una conducta deshonestas (no engañar, no defraudar, etc.), sino también en lo que tiene de exigencia positiva prestando al prójimo todo aquello que exige una fraterna convivencia (deberes de diligencia, de esmero, de cooperación, etc.).

La buena fe del agente puede atribuir al acto efectos que éste no tendría en otro caso y, viceversa, la mala fe quita al acto efectos que tendría de no ser así; el mismo acontecimiento produce efectos distintos según el agente tenga buena o mala fe.

2.1- Distintas especies jurídicas de buena fe.

Se distinguen en doctrina dos especies distintas de la buena fe: la buena fe-lealtad, también llamada objetiva, y la buena fe-creencia o subjetiva.

2.2- Buena fe-lealtad u objetiva:

El principio de la buena fe impone a las personas el deber de obrar correctamente, como lo haría una persona honorable y diligente. La ley lo toma en cuenta para proteger la honestidad en las relaciones civiles y comerciales.

Las principales aplicaciones que esta idea tiene en nuestro derecho positivo son: los contratos, la teoría de la imprevisión y la teoría de los actos propios, y por supuesto, el abuso del derecho.

2.3- Buena fe-creencia:

El derecho protege la legítima creencia de haber obrado conforme a derecho y en la razonable ignorancia de que no se daña el derecho de terceros. Como dice Betti, la buena fe debe ser ignorancia pero legítima ignorancia, esto es, tal que con el uso de la normal diligencia no hubiera podido ser superada.

Algunas de las principales aplicaciones de este concepto en nuestro derecho positivo, son las siguientes: a los derechos reales, la teoría de la apariencia (ej. la regla nemo plus iuris), matrimonio putativo, etc.

2.4- El principio de buena fe como limite al ejercicio de los derechos subjetivos.

Afirma Larenz que siempre que exista entre determinadas personas un nexo jurídico, están obligadas a no defraudar la confianza razonable del otro, tratando de comportarse tal como se puede esperar de una persona de buena fe. Y si bien no es posible indicar exhaustivamente cuando se infringe la buena fe en el ejercicio de un derecho particular, por ejemplo obra contra la buena fe quien ejercita un derecho en oposición al objeto para el cual se lo confiere el ordenamiento jurídico (supuesto de abuso del derecho).

2.5- Analizando este criterio identificador.

En lo que a la buena fe respecta, se trata de un criterio de detección muy preciso, pero, al mismo tiempo, de una de las nociones jurídicas más fáciles de usar y, esto, al punto de que basta que a cualquier persona se le plantee lo que debería entenderse por buena fe en un caso concreto para que pueda deducirlo de su propio sentido de justicia. Podrá ser especialista o lego en Derecho, practicante de una u otra religión, pero, si a esa persona se le describe una determinada situación y se le pide analizarla bajo la lupa de

la buena fe, es casi seguro que la respuesta que se obtendrá será la misma. No podría ser de otra manera, dado que el criterio importa aplicar valores básicos como la lealtad, el respeto y la rectitud a efectos de calificar comportamientos y determinar las conductas que eran exigibles.

La buena fe no es, por lo tanto, un concepto ambiguo como ciertos críticos denuncian, sino elástico; que no es lo mismo. La ambigüedad impide contar con un criterio operativo certero; la elasticidad, en cambio, importa estar frente a un parámetro preciso, pero aplicable de manera potencial a cualquier supuesto.

Los valores que la buena fe pregona son además universales.

En conclusión: la buena fe es precisa y comprensiva y, con ello, constituye el mejor criterio posible para dar con conductas abusivas, al punto que bien podría ponerse como único parámetro de determinación. Desde esta perspectiva, toda la revalorización que se le ha dado al principio por la vía de su consagración primero en el art. 9, luego en el art.10 seguidos por los artículos 729 y 961 no puede sino ser bienvenida y constituye una de las novedades más relevantes de la reforma no sólo respecto del tema que nos ocupa, sino también al momento de dotar a la totalidad del ordenamiento de una orientación moral concreta, pero que, a la vez, sólo se limita a valorar la conducta exterior del individuo, y por lo tanto, no tiene la aspiración autoritaria de introducirse en su propia consciencia. Esto, porque, como sostiene Rodolfo L. Vigo, “el Derecho no tiene por sentido hacer buenos a los hombres sino que se conforma con modelar buenos ciudadanos, es decir, que respeten y confieran a los otros lo que les corresponde”.¹³

3- La moral y el Derecho.

Durante largo tiempo en la historia de los pueblos han permanecido entremezclados y confundidos el Derecho, la Moral y la Religión. En las sociedades antiguas esto era muy notorio y todavía en Grecia subsiste la discriminación de los conceptos. En Roma aparece la distinción entre Moral y Derecho, como lo prueba la célebre frase de Paulo: "non omne quod licet honestum est"(No todo lo permitido es honrado), pero no hay todavía una clara delimitación de esas nociones.

El Cristianismo fijó desde un principio una adecuada distinción entre Moral y Derecho sin incurrir en una separación inaceptable.

El racionalismo, en cambio, formuló una separación radical entre el orden jurídico y el orden moral. Como un brote de la Reforma Protestante se inicia esta tesis con Grocio,

¹³ Vigo Rodolfo L., Consideraciones iusfilosoficas sobre el abuso del derecho, Revista de derecho privado y comunitario, N° 16 (abuso del derecho), Santa Fe, ed. Rubinzal Culzoni, 1998, p. 317.

alcanza una apariencia científica con Thomasio y llega a sus últimas consecuencias con Kant.

Para Kant, la moral comprende el orden del fuero interno, el la libertad incondicionada, en tanto que el derecho sólo tiene por objeto la coexistencia de la libertad de cada uno con la libertad de los demás, según una ley universal de libertad. De aquí se desprende que para este autor, el derecho se atenga sólo al resultado de las acciones sin ocuparse de los móviles que las han guiado y, dado esto, podría darse hechos justos o conformes a derecho, reprobados por la moral y viceversa.

Que el derecho no se ocupa de los móviles de los actos humanos es totalmente falso, como se advierte en lo relativo a las teorías de la responsabilidad, del acto jurídico, etc.

Por su parte el positivismo jurídico, cuyo máximo exponente es Hans Kelsen, sostiene que por Derecho sólo debe entenderse el derecho positivo, es decir el conjunto de normas dictadas por el soberano. La moral, la política, son conceptos metajurídicos, no forman parte de la norma jurídica. Ello no significa negar su influencia en el Derecho; por el contrario, el legislador suele generalmente inspirarse, al dictar la ley, en ideas de orden moral o político. Pero el Derecho es tal por el solo hecho de haber sido sancionado por el legislador y estar respaldado por la fuerza pública; no importa que se adecue o no a la moral vigente en esa sociedad; mejor si ello ocurre; pero si no es así, lo mismo es Derecho.

Pero hay que admitir que no es posible aceptar esta separación total entre Derecho y Moral, y como bien lo dice Roubier “Los hombres tienen una fe ardiente en la existencia de la justicia y no se resignarán jamás a un divorcio entre lo que es justo y lo que es jurídico”¹⁴

En oposición a la postura del positivismo jurídico, la escuela del derecho natural afirma que la justicia es un elemento necesario del Derecho. Al ordenar las costumbres y las acciones de los hombres, coopera al logro del fin último, que es el bien común. Se ve claro, pues, que el Derecho está inserto en un orden más vasto, el moral.

Podemos decir que si la ley es conforme al derecho natural, es justa; si es incompatible con él, es injusta. Entiéndase por derecho natural aquel que surge de la naturaleza humana y que es revelado al hombre por la razón. Por esa circunstancia de provenir de la naturaleza misma del hombre, es inmutable y universal.

¹⁴ Citado por Borda G., Tratado de derecho civil parte general, T. 1, ed. Abeledo Perrot, 1999, p. 20.

El derecho positivo, debe ajustarse al derecho natural, lo cual no significa que aquél participe del mismo carácter de inmutabilidad de éste. El derecho natural no hace sino fijar los grandes principios, pero dentro de ellos, caben soluciones distintas, aplicables a diferentes pueblos y épocas, puesto que las circunstancias difieren.

De más está agregar que siendo la justicia una virtud moral, el planteo de la escuela del derecho natural implica que la Moral es un ingrediente necesario del Derecho. Porque, como enuncia Cathrein, si se quita el carácter moral del Derecho y de los deberes jurídicos se quita toda su dignidad y toda su nobleza al orden jurídico entero, rebajándolo a una suma de medidas coercitivas, a un sistema policíaco.

Para terminar estas nociones relativas a las vinculaciones entre Moral y Derecho, agregaremos que Josserand no distingue las fronteras de uno y otro orden, que según él no han existido sino en la imaginación de los autores, pues el Derecho no sería otra cosa que la moral social, la moral en acción, la moral en la medida que es susceptible de coerción.

Por su parte Ripert no cree que haya una diferencia por naturaleza entre Moral y Derecho, pues entiende que éste aun en sus partes más técnicas es siempre dominado por la ley moral, siendo en función de una cierta moral y para realizar sus directivas que las reglas de derecho son impuestas.

Esta verificación demuestra la interrelación existente entre ambos órdenes, pero cabe aclarar que existe una distinción conceptual de uno y otro.

3.1- El factor moral en el derecho argentino.

Desde luego, Vélez Sarsfield no confundió ambos órdenes, el moral y el jurídico. Pero al elaborar las normas jurídicas siempre atendió a las directivas morales para que aquellas no pudieran contradecir a éstas. Ello aparece con evidencia en el tratamiento del contenido moral del acto jurídico; en la elevación a la categoría de valores irrenunciables, que los particulares no pueden desconocer en sus convenciones, a los que hacen al "orden público y a las buenas costumbres", y en la regulación de la sanción de nulidad absoluta que recae sobre los actos jurídicos violatorios del orden moral. No obstante cabe destacar que Vélez no receptó el abuso del derecho en su obra.

Pero la ley 17.711, ha acentuado aun más la penetración de la moral como así también de la buena fe y buenas costumbres en el ordenamiento jurídico, como se lo advierte a través del principio del abuso de derecho, de la equidad, de la importancia que se ha

concedido al principio de buena fe en relación a los contratos, y de la lesión como vicio del acto jurídico.

3.2- El rol de los jueces en la moralización del derecho.

Ahora veremos la actuación de los jueces como influencia de la Moral en el Derecho. Si la tesis de la teoría pura del Derecho fuera exacta, si la norma jurídica no fuera más que un simple juicio hipotético: dado A debe ser B, la tarea de los jueces se limitaría a un simple análisis lógico de las normas que corresponde aplicar; les sería totalmente vedado entrar en valoraciones sociales, políticas o morales.

Favorablemente, dicha teoría está ya superada; el rol de los jueces es otro; como dice Ripert: “El juez, al escuchar las diversas voces que van a dictarle la sentencia, es sensible, ante todo, a la consideración de la ley moral. Tiene la convicción de que debe hacer reinar la justicia; es menos sensible a la utilidad común que a la equidad. Y aun frecuentemente, cuando el legislador haya olvidado o desconocido que la aplicación de la regla puede en ciertos casos conducir a la violación de la Moral, el juez impondrá el respeto de la ley moral contra la regla del Derecho. Colocado en medio de intereses opuestos y de pasiones rivales, se convierte en árbitro y debe tener en cuenta el valor de los litigantes. Ese juez escogido entre los mejores de la Nación, acostumbrado a respetar las reglas de la moral tradicional, aun cuando no las apruebe, ligado además por la disciplina del cuerpo y la jerarquía de las jurisdicciones, pronuncia sobre las acciones de los hombres el fallo que le dicta la regla moral. Esta regla, así consagrada por el juez, se convierte en regla de Derecho”¹⁵

4- Las buenas costumbres.

4.1- Conceptualización.

Existen diversos criterios para definir a las buenas costumbres tales como:

Criterio sociológico: Hay autores como Salvat, Spota y Orgaz, que vinculan las buenas costumbres con aquellos hábitos o comportamientos observables en una comunidad, que se encuentran legitimados por ser los mayoritariamente practicados por sus miembros, en un momento determinado de su evolución histórica. Moral y buenas costumbres será -en este caso- un límite cuyo contenido dependerá de las transformaciones que experimente un pueblo en el tiempo y en el espacio. Concepto mudable, de contenido variable y sujeto a una permanente revisión. Serán buenas costumbres aquellas

¹⁵ Citado por Borda G., Tratado de derecho civil parte general, T. 1, ed. Abeledo Perrot, 1999, p. 23.

conductas reputadas como deseables por ser las que comparte y practica la mayoría. Se prescinde, dentro de esta tendencia, de criterios objetivos, trascendentes e inmutables.

Criterio axiológico: En el extremo opuesto, aparecen autores tales como Borda, Llambías y Mosset Iturraspe que cuestionan la mutabilidad de la corriente sociológica en materia de moral y buenas costumbres. Parecen seguir la inspiración del mismo Vélez Sarsfield quien, en la nota al artículo 530 del código civil, nos da un indicio sobre el criterio por él escogido: "En el lenguaje del derecho, se entiende por buenas costumbres, el cumplimiento de los deberes impuestos al hombre por las leyes divinas y humanas". Evidentemente, constituye una alternativa de fuerte contenido ético. Coinciden quienes suscriben esta posición en afirmar que la moral y buenas costumbres no dependen de apreciaciones subjetivas (ni siquiera siendo las mayoritariamente compartidas) sino de un criterio objetivo y trascendente, perdurable en el tiempo y ligado a una ponderación axiológica.

Criterio ecléctico: existe una tercera posición descrita por Barbero, quien sostiene que para delimitar la noción de buenas costumbres es necesario combinar la posición sociológica con la postura ética o filosófica y conciliar ambas, con los elementos que aportan la teoría dogmático-jurídica y la concepción teológica. Así, las buenas costumbres no serían otra cosa que aquellas reglas básicas de moralidad y pautas de conducta que propone la ética, pero iluminadas por la concepción moral cristiana; nunca exigibles al hombre en su máxima dimensión y profundidad sino sólo en la medida exigida para alcanzar el bien común temporal, sirviendo de referencia las distintas instituciones vigentes en el ordenamiento jurídico positivo y las tendencias dominantes que puedan observarse en la conducta de los miembros de la comunidad.

Las dos primeras tendencias descritas parecen opuestas e irreconciliables. La primera se encuentra en el plano del ser, del factum, de lo que es observable sociológicamente; y la otra refiere al deber ser, al ámbito de los valores. En el medio de ambos extremos (los hechos o conductas, por un lado, y los valores del mundo jurídico, por el otro) y en vista de la concepción trialista, aparece la norma jurídica y con ella el tercer criterio.

5- La moral y las buenas costumbres. Una crítica.

Ahora trataremos de analizar estos criterios que determinan al abuso del derecho, tratando de dilucidar si son los más apropiados para delimitarlo, o si por el contrario no lo son.

5.1- La moral.

En lo que a la “moral”, así a secas, respecta, una cosa es que el fundamento último del abuso del derecho sea moral y otra muy diferente es que ella, en toda su amplitud, pueda servir por sí misma como criterio determinante. Mientras la buena fe importa contar con un criterio ético uniforme que permite identificar obligaciones en cada caso concreto, la moral, en cambio, siempre se ha prestado a toda clase de debates que, en la mayoría de los casos, no hacen más que “enmascarar” lo que, al fin y al cabo, son las preferencias personales de determinado juez o doctrinario.

Al respecto, Llambías en su obra “Tratado de Derecho civil. Parte General”, por ejemplo, señala que la doctrina argentina se ha inclinado por dos tendencias: la idea de una moral “social” y la de la Iglesia Católica Apostólica Romana. Esta última la que este autor considera válida por aplicación del art. 2 de la Constitución Nacional y su alusión a “sostener” el culto católico. Con relación a la “moral social”, basta con analizar cualquier estudio que haya tocado la cuestión para encontrarse con una colección de meras opiniones personales camufladas de rigor metodológico. En lo que a la “moral católica” respecta, ésta al menos sí nos permite contar con una referencia “externa” y concreta. Hasta es posible que al momento de sanción del Código Civil hubiera una equiparación entre “moral” y “moral católica”. No obstante, hoy día resulta bastante improbable que en un país producto de la inmigración tal correlación se siga dando y esto puede verse, por ejemplo, en las normas que se han incorporado con posterioridad relativas a matrimonio, equiparación de hijos y divorcio.

En resumidas cuentas: no hay una respuesta unívoca acerca de lo que deberá entenderse por moral ni siquiera entre los doctrinarios de un mismo país y, esto, pese a tratarse de una noción que pretende justificarse en supuestos valores unívocos, evidentes y perpetuos. Todo ello, sin contar que una cosa es que el Derecho abrevie en la moral y otra que se lo quiera asimilar sin más a ella.

5.2- Buenas costumbres.

Y en cuanto a las “buenas costumbres” Mosset Iturraspe intenta aportar precisiones y sostiene que “la moral” alude a la “moral individual media del hombre argentino”; en tanto que las “buenas costumbres” se refieren a la “moral social”.

Ahora bien, de ser esto efectivamente así, la moral de un “hombre argentino” tendría que coincidir en promedio con la de la sociedad donde está inserto; de manera que no habría diferencia entre uno y otro concepto. Por lo demás, acaba de verse que la moral dista de ser un criterio, dado que siempre será la moral de alguien, o, más precisamente,

la moral de quien ha de juzgar el caso en cuestión. Rabinovich-Berkman hace evidente lo discutible que es este pretendido criterio al señalar que las buenas costumbres no son idénticas en un pueblito serrano de Salta y la Ciudad de Buenos Aires, ni entre los inmigrantes laosianos y los socios del Jockey Club porteño. En un intento final de defensa, se ha expresado que “buena fe y buenas costumbres andan siempre juntas, pues, así como se espera de un hombre de buena fe una conducta honesta y leal, y por el contrario, la mala fe se casa con la inmoralidad, la deshonestidad y la traición. Pero esto es lo mismo que afirmar que las buenas costumbres son útiles porque su criterio de evaluación es la buena fe: el argumento se vuelve circular y, de nuevo, tenemos que el único criterio moral concreto y, por ello, apto para detectar casos de abuso será la buena fe.

6- El último criterio: la finalidad de la norma.

Este criterio no es tan preciso como pudiera parecer y existen por lo menos dos versiones del mismo; cada una con sus propias dificultades.

La primera es la finalista-funcional que pregona originariamente Saleilles disponiendo que habrá abuso cuando se exceda “la finalidad social o económica del derecho”. Esta orientación no deja de ser contradictoria, dado que una cosa es que los derechos deban sujetarse a esa coexistencia social pacífica del ordenamiento jurídico donde se conceden, y otra es que esto implique un perpetuo sometimiento a una finalidad social. El aludir a una finalidad económica y social presupone que toda prerrogativa individual siempre tiene una función general para cumplir. La corriente finalista-funcionalista puede llevar a la paradoja de que el abuso del derecho deje de ser una forma para sancionar abusos derivados del uso de prerrogativas individuales, para transformarse, en un recurso para suprimir tales prerrogativas, de esta manera también opina Prieto Molinero en su trabajo “Abuso del derecho”.

La otra vertiente finalista proviene de los desarrollos que hicieron autores como Porcherot o Josserand y aquí la finalidad de la norma se determina mediante el cotejo de los motivos que llevaron al legislador a reconocer ese derecho en particular. A diferencia de lo que pasaba con el funcionalismo, esta tesis resulta compatible con la idea de derechos subjetivos, pero también presenta inconvenientes. El primero es que el legislador no puede prever el futuro y, por eso, una aplicación dogmática del criterio puede llevar a no tener por abusivas violaciones evidentes, so pretexto de no tratarse de los casos tenidos en cuenta por el legislador al tiempo del dictado de la norma. Esto ha llevado a una segunda interpretación que sostiene que, una vez que las normas se dictan

se independizan del legislador y adquieren vida propia más allá de las finalidades que se perseguían al tiempo de su creación. Lejos de resolver las cosas, esta vertiente puede ser más riesgosa que la anterior, dado que permite ir cambiando por completo el sentido original de la norma y posibilitando la búsqueda de un abuso *a piacere*.

Ahora debemos saber cual es la vertiente adoptada por nuestro texto legal. Se ha establecido que se evita la referencia a los fines pretéritos con la expresión “que se tuvo en mira al reconocer (el derecho)”, pues el texto de una norma no puede quedar indefinidamente vinculado a su sentido “histórico”. Para ello se emplea la noción de “fines del ordenamiento” que evita la contextualización histórica, posibilitando la interpretación evolutiva para juzgar si se han hecho un uso irregular o abusivo.

Se intenta disminuir, el riesgo de la tesis finalista; esto consiste en petrificar a través de una interpretación dogmática los motivos que llevaron a conceder un derecho. Pero para sortear este obstáculo se incurre en un peligro más grave el de “excesiva amplitud” ya que la alusión a “fines del ordenamiento” es muy ambigua y sirve para justificar cualquier cosa. Es más, hasta recuerda a la tesis funcionalista, dado que, se parte de la idea de que siempre habrá “fines superiores” que podrían hacerse valer respecto de cualquier derecho subjetivo. Algo que, en definitiva, importaría desconocer que una persona bien puede perseguir la concreción de intereses completamente individuales y no por ello realizar conductas contrarias con la vida en sociedad.

Resumiendo, la inclusión de este criterio fue cuestionado por uno de los miembros de la comisión redactora del CCC al entender que las leyes casi nunca explicitan o insinúan la finalidad para la cual conceden derechos a las personas, esta es la opinión de Kemelmajer de Carlucci. Pero eso no es todo: lo peor es que el texto propuesto abandona la tesis de la finalidad del legislador para orientarse hacia la funcionalista; algo, que en un país donde prevalece el personalismo en la política y donde la división de poderes es muchas veces más formal que real, puede terminar llevando a afirmar la existencia de abusos de derecho cada vez que lo desee el funcionario de turno que, a todo efecto, será el que nos revelará cuáles son “los fines del ordenamiento”.

7- Conclusión.

No quedan dudas sobre la influencia de la moral en el trabajo legislativo y en el jurisprudencial. Tampoco podemos escindir los conceptos de moral, buenas costumbres

y buena fe. Podemos decir que quien actúa de buena fe, también lo hace acorde a la moral y a las buenas costumbres.

Tampoco quedan incertidumbres respecto que nuestro ordenamiento jurídico adopta distintos criterios objetivos. Ahora bien, cuales serán los mas acertados, lo analizaremos a continuación:

Se podría haber dejado a la buena fe como único criterio de detección del abuso, o bien reemplazar la idea de finalidad por la de “interés protegido”, que se trata de la opción que defendiera Saleilles luego de descartar su propia tesis finalista-funcional.

Empero, como dilucidamos el interés protegido, podría ser tomando en cuenta la idea de Ihering de que la consagración de un derecho subjetivo importa la presencia de un interés que se buscó proteger y, ello, con independencia de cuáles hayan sido las percepciones personales que el legislador haya tenido en su época. Siguiendo esta idea Juan Molina plantea que, el legislador no puede tener en cuenta cosas que no existían al momento del dictado de la norma, afirma que todo derecho se acuerda en función de un interés lógico esencial que se consideró digno de protección; y respecto del cual, al tribunal no le corresponde intervenir. Por eso, nos dice que el juez que quiera declarar un abuso del derecho estará sujeto a dos límites: “uno, constituido por el enunciado lógico-formal de la respectiva norma legal, y otro correlativo, consistente en las fronteras temporales y espaciales señaladas por su contenido axiológico”; de forma tal, que no podrán aplicarse valores extralegales, metafísicos, actuales o futuros, que no sean los encerrados dentro del marco de la ley, vigentes al momento de su sanción.

Resumiendo: En cuanto a los criterios identificatorios que tenemos en nuestro derecho, es decir, la buena fe, la moral y las buenas costumbres resulta redundante. En efecto, luego de consagrar a través de la buena fe al mejor criterio posible, se pretende aportar mayores precisiones agregando otros dos parámetros que, en la práctica, nada aportan.

Legislativamente hablando, sería entonces más que recomendable la directa supresión de cualquier referencia a la “moral y a las buenas costumbres”. Y si establecer como otro criterio al interés protegido, o en su defecto dejar el actual criterio de “los fines del ordenamiento”, apelando al buen sentido de los magistrados cuando lo deban aplicar.

CAPITULO III

EL ABUSO DEL DERECHO EN NUESTRA LEGISLACIÓN.

SUMARIO: 1- Introducción. 2- Código Civil de Vélez. 3- Constitución Nacional de 1949. 4- Antecedentes legislativos. 5- La reforma de 1968. 6- Los proyectos de reforma. 7- Código Civil y Comercial Unificado. Ley 26.994. 7.1- Los fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación. 7.2- Como ha quedado redactado el abuso del derecho en el CCC. 7.3- Diferencias entre el CCC y el CC. Una síntesis y su análisis. 7.4- Abuso del derecho y derechos de incidencia colectiva. 8- Conclusión.

1- Introducción.

En este capítulo analizaremos la acogida de la institución en estudio en el ordenamiento jurídico argentino. Partiremos de lo dispuesto en el Código de Vélez, pasaremos por la reforma constitucional de 1949, seguiremos exponiendo la cuestión en la Ley 17.711, para luego examinar los distintos proyectos de reforma del Código Civil. Finalmente haremos un análisis más exhaustivo del Código Civil y Comercial Unificado.

2- Código Civil de Vélez.

Las ideas filosóficas, políticas y jurídicas vigentes en la época de la sanción de nuestro Código, consagraban en lo político un extremo liberalismo individualista, que se manifestaba en lo jurídico en forma de una concepción absolutista de los derechos civiles, como fortaleza del individuo frente al Estado.

Toda esta cuestión influyó en el pensamiento jurídico de Vélez Sarsfield, el cual plasmó en el art. 1071 según el cual *“el ejercicio de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal, no puede constituir como ilícito ningún acto”*, se puede observar que no recepta el abuso del derecho, y tiene una concepción absoluta de los derechos subjetivos, de la que participaban, al menos en el carácter de interpretación legal, Bibiloni, Bielsa, entre otros. Además, refuerza esta idea individualista la nota al art. 2513, en la que cita un párrafo de Demolombe: *“... Pero es preciso reconocer que siendo la propiedad absoluta, confiere el derecho de destruir la cosa. Toda restricción preventiva tendría más peligros que ventaja. Si el gobierno se constituye en juez del abuso, ha dicho un filósofo, no tardaría en constituirse en juez del uso, y toda verdadera idea de propiedad y libertad sería perdida.”*

Pero la opinión dominante dada por Spota, Salvat, Lafaille, entre otros, se pronunciaban a favor de la doctrina del abuso del derecho. Esta posición mayoritaria era respaldada en el régimen del Código Civil, en el cual si bien falta la expresión de un principio general, puede ser inducido de las diferentes aplicaciones incluidas en el articulado, tales como las contenidas en los arts. 2618, 2619, 2514, 1739 y ss., 1978, 1638, 1644 y 1620.

Otros autores, por diversas razones, indicaban que la veda del abuso del derecho constituye uno de los principios generales del derecho mentados por el art. 16 del Código. Siendo así no podía entenderse el art. 1071 en su significado literal, sino con la aclaración implícita de que el precepto sólo se refería al ejercicio "regular" de los derechos.

3- Constitución Nacional de 1949.

Toda duda acerca de la vigencia del principio del abuso del derecho en nuestro ordenamiento jurídico quedó desvanecida, después de la reforma constitucional de 1949, que lo adoptó expresamente. En efecto, el art. 35 de la Constitución Nacional, según esa reforma, dispuso: *“Los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, pero tampoco amparan a ningún habitante de la Nación en perjuicio, detrimento o menoscabo de otro. Los abusos de estos derechos que perjudiquen a la humanidad o que lleven a cualquier forma de explotación del hombre por el hombre, configuran delitos que serán castigados por las leyes”*.

Esta norma constitucional abría al principio del abuso del derecho una amplia perspectiva, como pudo advertirse, no obstante el corto tiempo de vigor de la reforma, a través de la jurisprudencia de los tribunales. Las decisiones más o menos aisladas resueltas con anterioridad a esa sanción, fueron reanimadas por la sustancial modificación introducida en la Carta Magna.

No obstante, este texto constitucional ha merecido duras críticas, en el sentido de que la fórmula que consagraba establecía un funcionalismo finalista de tipo objetivo de suma peligrosidad, puesto que tal concepción extrema excede todo límite de la teoría en la forma que debe ser entendida, sacando al instituto de la órbita estrictamente jurídica y otorgando al juez poderes ajenos a los correspondientes a su ministerio. Empero lo más criticado de la norma fue atribuir al acto abusivo efectos punitivos de carácter penal, al cual se alude con el término *castigo* que emplea, concepto vinculado con las penalidades de tipo criminal.

Luego de la supresión "de facto" de la reforma constitucional de 1949 dispuesta por la Proclama del 27 de abril de 1956, que fue convalidada por la Convención Constituyente de 1957, la recepción de la teoría del abuso del derecho en nuestro ordenamiento jurídico ha retrocedido.

4- Antecedentes legislativos.

Otros antecedentes legislativos sobre el tema, aunque no lo tratan de forma expresa, pero pueden entenderse que consagran el principio del abuso del derecho, son las prescripciones de las leyes de locaciones urbanas. La ley 15.775 disponía: “En todos los contratos de locación, estén o no comprendidos en esta ley, los tribunales de justicia

tendrán amplias facultades para interpretar y resolver los casos en que se demuestre que cualquiera de las partes lesione las normas de la moral, buenas costumbres, orden público o los fines económicos y sociales del derecho”.

La ley 16.736, luego de incluir una fórmula semejante a la de la ley anteriormente transcripta, agregaba: “... así como también para sancionar con una multa de hasta un año de alquiler, con destino al fondo establecido por el art. 15, la utilización abusiva de las actuaciones judiciales”. Podemos ver que aquí se aplica el abuso del derecho al derecho procesal.

5- La reforma de 1968.

Antes de pasar a la fórmula legal adoptada por la ley 17.711 observaremos la línea de pensamiento de los juristas que han participado de mentada reforma, para ver de qué modo sus opiniones se han plasmado en el texto legal, o han influido en su redacción.

El Dr. Fleitas es partidario de la teoría en estudio, y respecto de ella se expresaba así: “de los criterios que se han propuesto para sistematizar la teoría, nos inclinamos sin vacilación por el de la culpa aceptado por la mayoría de la doctrina francesa y que no tiene serios inconvenientes señalados con justa razón a los otros. El de la intención de perjudicar es notoriamente insuficiente; y los finalistas, excesivamente peligrosos. La fórmula basada en la falta de interés o utilidad, la consideramos prácticamente incluida en la de la culpa, pues la inexistencia de ese interés o utilidad en el titular del derecho, será siempre un orden demostrativo del propósito de perjudicar, o de una torpeza o negligencia”. Y propuso la redacción de la siguiente fórmula: “El que, en ejercicio de su derecho, causare un daño a otro, debido a su dolo o culpa, está en la obligación de repararlo.”

En cuanto a la opinión de G. Borda respecto a los criterios identificatorios decía: “Sin negar la utilidad práctica del criterio finalista para orientar en numerosos casos la decisión justa de la cuestión, creemos que el punto de vista moral es el más decisivo y fecundo en la dilucidación de este problema. Porque si la teoría del abuso del derecho se ha abierto camino, es por una razón de orden moral. Todos los argumentos de prestigiosos maestros del derecho en contra de su admisión, se han estrellado contra ese sentimiento de lo justo que anida en el corazón humano y que no podía admitir la justificación de lo arbitrario, inmoral, dañino, a nombre del derecho. Si, pues, la moral ha sido el fundamento de esta institución, es evidente que ella debe dar la norma rectora que permita distinguir el uso del abuso en el ejercicio de un derecho”. Y agregaba luego lo que el magistrado debe tener en cuenta para resolver un caso de abuso, cuestión

que expusimos en el Capítulo I en “supuestos para la procedencia”, al cual me remito en honor a la brevedad.

La reforma del Código Civil volvió a receptar el principio general que veda el abuso del derecho en el art. 1071 en los siguientes términos: “*El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.*”

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

La innovación aportada por la ley 17.711 es sumamente clara y nos despeja toda duda, la ley no ha de tolerar el abuso de derecho.

Cabe agregar que en correlación con esta norma, se modifican los arts. 2513 y 2514 del C.C., que quedaron redactados de la siguiente manera: art. 2513 “Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular”. Art. 2514 “El ejercicio de estas facultades no puede ser restringido, en tanto no fuere abusivo, aunque privare a terceros de ventajas o comodidades.”

En cuanto al criterio para definir cuándo es abusivo el ejercicio de un derecho, la ley establecía una *doble* directiva, sumamente interesante. La primera, es específica y se relaciona con la índole del derecho que se ejerce, en lo que se sigue la opinión de Porcherot y de Josserand: hay abuso de derecho cuando se lo ejerce contrariando el objeto de su institución, a su espíritu y a su finalidad; cuando se lo desvía del destino para el cual ha sido creado; cuando se contrarían los fines de su reconocimiento, así lo establecía la ley 17.711. Es decir que por los *fines*, a los cuales alude la ley, debe entenderse valores jurídicos, son los significados por la ley, los que conforman su contenido axiológico vigente en el tiempo y el espacio de su sanción, y no otros metajurídicos, o extrajurídicos.

La segunda directiva, es más amplia y traslada a esta situación (el ejercicio de un derecho) la necesaria subordinación del orden jurídico al orden moral. Por ello, siguiendo los reformadores, la idea de Rene Savatier y de Roberto Goldschmidt, compartida por Borda, califican como abusivo el ejercicio de un derecho que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Se puede observar que no se exige como constitutivo del acto abusivo algún elemento de índole subjetiva, como ser dolo o culpa por parte del agente, como lo había

recomendado el Dr. Fleitas. Tampoco se exige la necesidad que exista daño, sea potencial o actual. Ni tampoco regula los efectos del acto abusivo.

Aunque muchos juristas han quedado conformes con la consagración legislativa del principio que veda el abuso de derecho, otros lo han criticado. Pasaremos a continuación a exponer algunas opiniones de distintos doctrinarios en cuanto a la reforma del C.C.

Molina decía que: “En nuestro país, antes de la reforma, era ya un instituto que funcionaba y se aplicaba casi sin discusión, a punto tal que puede afirmarse que su consagración legislativa no ha hecho otra cosa que legalizar formalmente lo que era ya derecho recibido en el derecho judicial y doctrinario. Su incorporación a nuestro Código Civil es, pues, algo mucho menos revolucionario y radical de lo que pudiera creerse.” Y continúa diciendo “... contemplada la cuestión desde su perspectiva dogmática tradicional, la incorporación al Código del principio o teoría implica extenderle su partida de defunción. Ello por lo siguiente: si es de la esencia de la teoría considerar abusivo el acto que se ajusta a los límites normativos, la consagración legislativa del principio, al establecer una descripción normativa cuya violación torna ilícito el acto, elimina la condición esencial para la existencia del acto abusivo, que ya no sería derecho ni, por lo tanto, abuso del derecho, sino simplemente ilícito y contra derecho al violar expresamente la descripción jurídica normativa que lo prohíbe.”

Ramella, analizando los antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios del país, hizo un comentario sobre el art. 1071, y decía: “Razones de dogmática jurídica, conjugados con loables aspiraciones de justicia, llevaron a los autores nacionales a considerar el acto abusivo como una categoría distinta al acto ilícito”... “En lo que respecta a la fórmula empleada para caracterizar al abuso del derecho, tiene el mérito de ser amplia, dando margen de ese modo para que el prudente arbitrio judicial pueda, al resolver el caso particular, reprimir toda manifestación de ese comportamiento injusto. Claro está que para el ejercicio abusivo de un derecho engendre la obligación de indemnizar, es menester, como ya lo hemos dejado puntualizado, que se reúnan los requisitos que la ley prevé para esta especie de sanción, o sea, es necesario que haya mediado el elemento subjetivo de la culpabilidad y el daño causado.”

Los Dres. Garrido y Adorno, entendían que la prescripción establecía dos hipótesis de abuso: el caracterizado por la violación de los fines del reconocimiento del derecho por una parte, y por la violación a la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Y luego

puntualizaban que: “No queremos finalizar el presente comentario sin dejar constancia de que en la presente reforma se ha adoptado con acierto el llamado criterio objetivo en orden a la caracterización del ejercicio abusivo de los derechos, toda vez que se tiene en cuenta una doble directiva, el fin del reconocimiento del derecho, y la buena fe, la moral y las buenas costumbres, correspondiendo al prudente arbitrio de los jueces argentinos determinar, en los distintos supuestos llevados a su conocimiento, cuando ha existido apartamiento de tales principios rectores. De ese modo el ejercicio de los derechos subjetivos conferidos por el ordenamiento jurídico, debe realizarse teniendo en cuenta, fundamentalmente, los valores éticos y humanos que el derecho debe tutelar en toda sociedad justa y bien organizada.”

Manuel A. Castex concluía que, la reforma aporta un cambio profundo en cuanto a la llamada *filosofía del Código* potencialmente par conmocionar nuestro derecho privado. Pensamos que la nueva institución legal no ha de modificar sustancialmente las soluciones que han venido dándose en nuestra jurisprudencia antes de su implantación ya que, con el antiguo o con el nuevo art. 1071, toda sentencia supone la creación de una norma individual que el juez vivencie como justa y que pueda, lógicamente, subsumirse en una norma general vigente, que el juez debe elegir. No hay duda que se reemplazara la fundamentación de muchas sentencias, en las que antes había que realizar una ardua labor interpretativa para elegir la norma que permitía hacer justicia en el caso, y que ahora se fundaran en el nuevo texto. El abuso del derecho es un atajo cómodo para llegar a la solución en casos difíciles.”

Manuel Laquis, luego de un estudio de este instituto, sostenía que “Habríamos visto que el principio del abuso tiene un desenlace arbitrario, extranormativo, ya que su valoración, en definitiva, depende de las concepciones ideológicas, políticas y aun de los sentimientos y visión del mundo del juzgador. Amén, pues de la filiación que le atribuimos a la doctrina que combatimos, ella se desenvuelve en una esfera fuera del formalismo, orden que la favorecería por las críticas hechas, precisamente al formalismo; sin embargo, creemos que trasciende tal problemática, porque nos parece muy claro que encuadra en las definiciones de una postura conservadora, arbitraria y aun irracionalista”. Y concluía diciendo: “la doctrina que hemos examinado y criticado, crea dilemas a los hombres de derecho, en cuanto está ligada a ella la subsistencia de la seguridad jurídica y de los derechos fundamentales que asegura la Constitución de la Nación.”

No obstante a las críticas, nuestra legislación acogió al abuso del derecho, y por tanto ha de aplicarse en nuestros tribunales, como luego lo veremos.

6- Los proyectos de reforma.

Acerca de este asunto ha sido diferente la posición adoptada por los proyectos de reforma del Código Civil.

El *Anteproyecto Bibiloni*, conforme a la opinión de su autor, rechaza la teoría del abuso del derecho. De ahí que ese texto mantuviera el viejo art. 1071, generalmente entendido como incompatible con aquella teoría. En mencionada reforma Bibiloni proyectó una disposición que decía así: “Art. 411. Los derechos pueden ser ejercidos en la extensión de sus límites legales, aunque de ello resulte perjuicio a tercero”, explicando en la nota correspondiente “Nuestro artículo proyectado entiende sólo determinar lo que el ejercicio del derecho envuelve. Cuando otro derecho se le opone, se trata de lo que se llama colisión de derechos...”

El *Proyecto de 1936* optó por una solución tímida. En el seno de la comisión redactora las opiniones estaban divididas. Mientras Salvat, Lafaille y Rébora opinaban a favor de una fórmula general, Pera y Repetto coincidían con Bibiloni en el rechazo del principio, sin perjuicio de su admisión excepcional en supuestos particulares determinados por la ley. La transacción se consumó en una posición intrascendente consistente en la mera supresión del art. 1071 vigente y del art. 411 propuesto por Bibiloni, antes descrito.

No era ésta, sin embargo, la opinión de la mayoría de la doctrina nacional, que ya en el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, sobre la base de una ponencia de Henoch D. Aguiar, recomendó incorporar al Código una fórmula represiva del abuso, que dijera: “El ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal no pueden constituir como ilícito ningún acto, salvo que el derecho se ejercitase sin necesidad o beneficio para el titular y en perjuicio de alguien”. Aunque el profesor León critica esta fórmula por la falta de la *intención de dañar* para que sea acto ilícito.

Por eso, cuando posteriormente la Comisión Reformadora se ocupó del problema, dos de sus miembros (Salvat y Lafaille) propusieron que al artículo 411 del Anteproyecto de Bibiloni se le efectuase un aditamento de manera que después de afirmar que los derechos pueden ejercerse en la extensión de sus límites, aunque de ello resulte perjuicio a terceros, se agregara "si no mediare abuso de parte del agente", y Juan Carlos Rébora entendía que la norma debía quedar redactada en la siguiente forma: "Los derechos pueden ser ejercidos en la extensión de sus límites legales, siempre que su ejercicio condiga con el fin social del derecho", pero ante las divergencias que se

plantearon la Comisión prefirió prescindir tanto del artículo 1071 del Código, como del artículo 411 del Anteproyecto, y no pronunciarse sobre el punto, dejando que la solución quedara librada a los principios generales del derecho, posición que fue muy criticada.

En 1937 se reunió en Córdoba el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil, y se discutió nuevamente el problema del abuso. La Comisión encargada de estudiar el tema recomendó, por mayoría, la inclusión en el Código de una norma que expresase: “El que en el ejercicio de su derecho causare un daño a otro debe repararlo si obró con dolo o con culpa y excedió los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual ese derecho le fue conferido”. Se puede decir que se adoptó un criterio mixto, además los criterios objetivos y subjetivos se exigen sumados, es decir que no basta que se verifique un solo criterio identificatorio, sino ambos. No es una fórmula muy feliz para adoptar, conllevaría a casi ninguna aplicación por tan desmedida exigencia.

Suscribían este despacho los doctores Pedro León, Ernesto Cordeiro Álvarez, mientras que en disidencia, por la no inclusión en el Código de reglas sobre el abuso, se pronunció el doctor Rafael Bielsa.

El *Anteproyecto de 1954* adopta el principio del abuso, en su art. 235 concebido en los siguientes términos: “La ley no tolera el abuso del derecho. Se entenderá abusivo el ejercicio de un derecho, cuando contraríe las exigencias de la buena fe o los fines de su reconocimiento. El ejercicio de los derechos que por su propia naturaleza, o por una disposición legal, deban reputarse discrecionales, sólo será abusivo cuando tenga por fin exclusivo el perjuicio ajeno. El daño proveniente del abuso será indemnizable”.

El texto comienza por enunciar el principio en términos breves. La brevedad debía contribuir a su mejor aplicación y adaptación a la diversidad de los casos que se presentaran.

La fórmula, luego continua estableciendo los criterios identificatorios, habiendo para ello acogido una doble directiva alternativa, la buena fe o el fin del reconocimiento del derecho, ambos son criterios objetivos.

El proyecto le asigna carácter delictuoso al acto abusivo: de ahí la responsabilidad del agente por las consecuencias dañosas. Aquí, si se regulan sus efectos.

Se debe advertir que la tercera parte del art. 235 del Anteproyecto de 1954 se refiere a los derechos llamados discrecionales, para los cuales ha optado por un criterio más restringido acerca del abuso, esto es cuando se ejerza con el fin de perjudicar a otro (criterio subjetivo).

A continuación, el artículo 236 contribuye a delimitar el concepto del acto abusivo, al fijar límites a la legitimación activa:

“Para ejercer o contestar una acción se requiere tener legítimo interés, económico o moral. El interés moral sólo autoriza la acción cuando se refiere directamente al agente o su familia, salvo disposición expresa de la ley”.

Los antecedentes que hemos reseñado sirvieron de base a la reforma que en 1968 se introdujeron con la ley 17.711.

En cuanto al *anteproyecto de unificación del código civil y comercial de 1993*, en sus fundamentos la comisión menciona que “En el Título del ejercicio de los derechos se trata el abuso del derecho subjetivo; se ha mantenido el texto del artículo 1071 del Código vigente, incorporado en 1968, pues no sólo su formulación es correcta, sino que además ha sido intensamente trabajado por la doctrina y la jurisprudencia, las que han hecho valiosísimos aportes para su interpretación y aplicación. Y se dispone expresamente que las reglas sobre abuso se aplican a los casos de abuso de posición dominante”.

Debemos mencionar también el *anteproyecto de unificación de 1998* que en su libro segundo “De la parte general”, en el título IX “Del ejercicio de los derechos”, en su art. 395 instaura el principio de buena fe respecto de los actos jurídicos diciendo: “Los actos jurídicos deben ser celebrados y ejecutados con buena fe y lealtad. La parte que obra de mala fe debe resarcir el daño causado”. En su último párrafo establece una consecuencia jurídica para aquellos que hayan obrado de mala fe y hayan causado un daño por ello.

Y en cuanto al abuso del derecho expresamente dispone en el art. 396: “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines que ella tuvo en mira al reconocerlos, o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral o las buenas costumbres.

El tribunal debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo y, según las circunstancias, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.”

Esta redacción descarta todo el art. 1071 original de Vélez, el cual no receptaba esta teoría. A diferencia de la reforma de la ley 17.711, la cual solo agregó la palabra “regular” al texto original, y en el párrafo posterior introdujo el abuso del derecho.

Parece acertado alejarse del texto del Código de antaño, si se quiere dar acogida a una institución antes rechazada, precisamente por ese mismo artículo.

En lo concerniente a los criterios identificatorios no hizo ninguna modificación ni innovación, toma los mismos que el anterior cuerpo legal.

En el párrafo final del art. 396 si ha introducido un agregado, bastante acertado y esclarecedor, al enunciar que medidas deben tomar los jueces al detectar ejercicios abusivos de los derechos; en tales circunstancias deberán ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo (decretar medidas cautelares), así como también procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización para el damnificado.

Respecto de la nueva ubicación en la parte general, y dentro de ésta bajo el título “Del ejercicio de los derechos” es mas atinada que la anterior en la sección segunda titulada “De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones” y bajo el título VIII “De los ilícitos”. Este nuevo lugar reafirma la idea de que cualquier y cada uno de los derechos subjetivos quedan bajo la lupa del abuso, y dado que se aplica a todos los derechos, inclusive a los que el mismo código prescribe, es lógico ubicarlo al comienzo del cuerpo legal para saber de antemano como ejercer mencionados derechos.

En el artículo siguiente este anteproyecto regulaba lo dispuesto para la posición dominante, y decía: “Lo dispuesto en los dos (2) artículos anteriores se aplica cuando se abusare de una posición dominante.” Es decir que se aplicaban los efectos dispuestos para cuando se actuara de mala fe o con ejercicio abusivo de los derechos.

7- Código Civil y Comercial Unificado. Ley 26.994.

7.1- Los fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación.

La Comisión estuvo integrada por los Doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente y Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci; ellos han redactado el “Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación y sus Fundamentos”, en los que se detallan tanto el método como los principios que inspiran la redacción del cuerpo legislativo.

En cuanto al método del anteproyecto, éste unifica los códigos civil y comercial, aspecto sobre el cual hay una amplia coincidencia en la doctrina jurídica argentina. Se ha ordenado en un título preliminar, que contiene principios y valores aplicables a todo

nuestro sistema jurídico, y luego una parte general para todo el Código, así como partes generales para diversas instituciones que regula.

Dentro del título preliminar se encuentra regulada la materia que nos interesa para este trabajo dentro del capítulo III denominado “Del ejercicio de los derechos subjetivos”, se contemplan principios referidos al ejercicio de los derechos subjetivos dirigidos al ciudadano, tales como buena fe, abuso de los derechos, fraude a la ley, renuncia de la ley, ignorancia o error de la ley.

Haciendo referencia a los fundamentos del capítulo titulado “del ejercicio de los derechos” la comisión dispone que el título referido al ejercicio de los derechos tiene por destinatario principal a los ciudadanos. Las cláusulas generales relativas a la buena fe, el abuso, el fraude, y otras tuvieron un proceso histórico de generalización creciente. Primero fueron utilizados en obligaciones, contratos y derechos reales específicos, luego se extendió su aplicación a las obligaciones, los contratos, los derechos reales, de familia y de sucesiones en general, y finalmente fueron adoptados como principios generales en todo el derecho privado.

Esta calificación como principios generales que ha sido ampliamente receptada en la jurisprudencia, no se condice con la ubicación metodológica en el Código Civil, que sigue siendo específica y sectorial. Por esta razón se propone incluirlos en el título preliminar. De esta manera se están suministrando pautas generales para el ejercicio de los derechos que tienen una importancia fundamental para dar una orientación a todo el código.

En cuanto al tema que nos concierne, la comisión se ha expresado de la siguiente manera, afirmando que las cláusulas generales, por su propia morfología, se integran y consolidan su alcance lentamente a través de la tarea jurisprudencial. Esta circunstancia aconseja conservar la redacción de las mismas, en tanto y en cuanto no existan motivos justificados como para alterar su formulación.

Las modificaciones propuestas son las siguientes:

a) Definición como principio general: se lo incluye como un principio general del ejercicio de los derechos en el título preliminar, lo cual es una importante decisión, porque cambia la tonalidad valorativa de todo el sistema, sin perjuicio de las adaptaciones en cada caso en particular.

b) Abuso de derecho, de situaciones y de posición dominante en el mercado: El abuso en el ejercicio del derecho tiene una extensa tradición en nuestro país tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. Esta elaboración se basa en el ejercicio de un derecho por parte de su titular, pero no comprende otros dos supuestos que han merecido consideración doctrinal: b.1 Las “situaciones jurídicas abusivas”: en este supuesto el abuso es el resultado del ejercicio de una pluralidad de derechos que, considerados aisladamente, podrían no ser calificados como tales. Se crean entonces situaciones jurídicas abusivas, cuya descripción y efectos han sido desarrollados por la doctrina argentina. b.2. El abuso de posición dominante en el mercado: para dar coherencia al sistema, se incluye este supuesto que es diferente del ejercicio abusivo y de la situación jurídica, lo que se hace en un texto separado.

c) Fines del ordenamiento: se evita la referencia a los fines “pretéritos” con la expresión que se “tuvo en mira al reconocer (el derecho)”, pues el texto de una norma no puede quedar indefinidamente vinculado a su sentido “histórico”. En su reemplazo se emplea la noción de fines del ordenamiento que evita la contextualización histórica, posibilitando la interpretación evolutiva para juzgar si se ha hecho un uso irregular o abusivo. Esta decisión tiene una gran importancia por dos razones: Los fines actuales del ordenamiento incluyen no sólo los sociales, sino también los ambientales, dándose así cabida a la denominada función ambiental de los derechos subjetivos. Es coherente con las reglas de interpretación que se proponen en este título preliminar.

También se hace referencia al abuso de posición dominante en el mercado. Estamos de acuerdo con que el ejercicio abusivo incluye la posición dominante, pero debe aclararse que se trata de la posición en el mercado. El fundamento de ello es que el principio protectorio siempre presupone que alguien domina a otro, pero las reglas a través de las cuales se aplica dicho principio de política legislativa son diversas y cada una tiene su fundamento específico: buena fe, abuso del derecho, etc. Si se incluyera una norma que se refiera sólo a la posición dominante, perderían sentido todas las demás y las absorbería, con un gran perjuicio general del sistema, de su adaptabilidad e ignorando la doctrina y jurisprudencia, lo cual no nos parece conveniente.

Finalmente es importante resaltar la noción de abuso del derecho individual respecto del derecho de incidencia colectiva. Esta norma ha sido ubicada en el capítulo referido a los bienes a fin de facilitar su comprensión, porque es novedosa en nuestro sistema. Se trata de que los derechos subjetivos tienen límites respecto de los bienes colectivos, como ocurre con el desarrollo o consumo sustentable o la función ambiental de los derechos.

Cabe agregar que en cuanto a la elevación de la teoría del abuso del derecho a principio general, y por ende ubicarlo, dentro de la sistemática del Código en el título preliminar, ya había sido notado por la Comisión de revisión del Código Civil francés, al expresarse así: “La jurisprudencia relativa al abuso del derecho se ha abrigado bajo el art. 1382 del C.C., pero se puede preguntar si la noción del abuso del derecho no desborda la materia de las obligaciones delictuales y si ella no tiende mas bien a ser un principio general limitando el ejercicio de todos los derechos, al mismo título que el orden público, de modo que debiera encontrar su lugar en el título preliminar cerca de la teoría del orden público de la que ella sería el complemento.”

Por su lado Saleilles también lo había notado diciendo, que la doctrina del abuso del derecho debiera colocarse en el capítulo preliminar junto a los principios del orden público; así como la voluntad jurídica no puede variar el orden público, tampoco el ejercicio del derecho puede variar ese orden que constituye la esencia del mismo y se confunde con el derecho natural que lo informa.

7.2- Como ha quedado redactado el abuso del derecho en el CCC.

En cuanto a la cuestión de la regulación del abuso del derecho en la ley N°26.994 en su art. 10 dispone a lo largo de tres párrafos que: “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

Como puede verse, con la excepción del último párrafo donde se establecen los posibles efectos de la conducta calificada y donde se introduce la figura de la “situación jurídica abusiva”, el resto del texto es casi idéntico al del art. 1071 CC. Con todo, es imposible aislar al art. 10 de los preceptos que lo acompañan. Nos referimos al art. 9, que con el título de “Principio de Buena Fe”, expresa que: “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”; y al art. 11 que, bajo el rótulo de “Abuso de posición dominante”, establece que “Lo dispuesto en los DOS (2) artículos anteriores se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales”.

7.3- Diferencias entre el CCC y el CC. Una síntesis y su análisis.

La reforma referente al tema que nos ocupa podría sintetizarse, de la siguiente manera:

- Cambio de ubicación del instituto, que pasa de la parte referida a la responsabilidad civil en tanto fuente de obligaciones (Título VIII, “De los actos ilícitos”, correspondiente a la Sección II del Libro Tercero) a un nuevo Título Preliminar; siendo uno de los primeros artículos del nuevo código.
- Se dispone una cláusula previa a la de abuso del derecho estatuyendo el deber positivo de que los derechos subjetivos deben ejercerse de buena fe.
- Se mantiene el texto actual en materia de abuso del derecho, aunque con retoques. Así, se modifican algunos tiempos verbales (“Considera” en lugar de “considerará”; “excede” por “exceda”; etc.) y se alude al abuso que “contraria los fines del ordenamiento jurídico”; en lugar de “al que contraría los fines que aquélla (por la ley) tuvo en mira al reconocerlos” del art. 1071 CC.
- Se hace mención expresa a los posibles efectos del abuso del derecho.
- Se alude a posibles “situaciones jurídicas abusivas”
- Se estatuye que lo prescrito en materia de abuso del derecho se aplicará a los casos de abuso de posición dominante.
- Además de lo dispuesto en los arts. 9, 10 y 11, el 14 proscribe el ejercicio abusivo de derechos individuales cuando puedan afectar el medio ambiente y los derechos de incidencia colectiva en general.

Concentrémonos en primer lugar en la nueva ubicación del instituto. Si bien varios autores afirman que, el abuso del derecho, una vez consagrado en un ordenamiento positivo (la única clase de ordenamiento donde, por otra parte, el instituto tiene razón de ser) constituye un ilícito; o mejor dicho por Pedro León: “sólo se puede hablar (...) de abuso del derecho, cuando la teoría no está incorporada a los códigos. El reconocimiento de la teoría importa la muerte de la misma, porque si se establece, en todos los códigos civiles, un principio según el cual sería un acto ilícito el hecho que habría sido lícito, (...) ya no podríamos hablar de abuso del derecho, sino simplemente de actos ilícitos, de acciones y omisiones cumplidas sin derecho y contra el Derecho, o sea, contra la nueva norma legal. El triunfo de la doctrina representaría, por lo menos, la muerte de su denominación”¹⁶.

¹⁶ Citado por R. J. Prieto Molinero, El abuso del derecho y el proyecto del Código Civil y Comercial de 2012, Revista derecho privado, año I N° 2, Infojus.

Dicho esto podríamos aseverar que no es un ilícito “sin más”, en el sentido de que sólo se busca prohibir una determinada conducta que se considera disvaliosa, sino que se trata más bien de un medio para alcanzar el objetivo final de flexibilizar un ordenamiento positivo rígido haciendo que los derechos subjetivos ya no cuenten sólo con los límites reglamentarios previstos para cada uno de ellos, sino también con uno nuevo de carácter genérico fundado en la manera y oportunidad en que se harán valer. O, como lo señala Buteler Cáceres: “aun cuando hayamos dicho que el ejercicio abusivo es tanto como un acto contrario a Derecho, o ilícito, debemos entender que la fórmula represiva del ejercicio de los derechos, no sólo es fuente creadora de obligaciones civiles, sino que al mismo tiempo asume la jerarquía de un principio regular de todos los derechos subjetivos”. Por esa razón, la decisión del CCC de ubicar al abuso del derecho al comienzo mismo del cuerpo legal es certera ya que, metodológicamente hablando, importa reconocer su carácter de regla general.

De esta manera, la presencia del abuso del derecho en ese nuevo Título importa reconocerle no ya efectos frente a todas las normas del Código Civil, sino respecto de todo el ordenamiento argentino.

Refuerza esta concepción de considerar al instituto como elemento central del sistema, junto al artículo 9 y su alusión a que los derechos subjetivos deben ejercerse de buena fe. Este precepto resulta además consecuente con la relevancia que se le da en el Código unificado a la buena fe, que ahora se presenta como una verdadera piedra angular y no sólo figura en los ya citados artículos 9 y 10, sino también como criterio moral básico para las relaciones obligacionales (art. 729) y para las relaciones contractuales (art. 961). Por eso, bien puede decirse que la violación o no de la buena fe será a partir de ahora el criterio por excelencia para dar con el ejercicio abusivo de derechos.

Aun con sus innovaciones, el texto del art. 10 del nuevo Código sigue conservando vínculos con lo que lo redactado en la reforma introducida por la ley N° 17.711, y es que, con excepción del nuevo párrafo final que alude a efectos, el precepto reproduce el artículo 1071 del CC que, a su vez, conserva a modo de primer párrafo el texto original de 1871. Llama la atención que una cláusula prohibitiva del abuso del derecho como el art. 10 empiece afirmando que el ejercicio de facultades legales no puede llevar a responsabilidad alguna. El mantenimiento del texto de Vélez Sarsfield en el marco de una reforma parcial como la de 1968 podía llegar a entenderse, pero no cuando lo que estamos realizando es una reformulación de todo el Código Civil. De hecho, el C.C.C. regula las causas de justificación en el art. 1718, incluyendo en su punto a) el “ejercicio

regular de un derecho” y, de esta forma, todo el primer párrafo del art. 10 deviene redundante y podría suprimirse; tal como lo hacía el Proyecto de 1998.

Ahora analizaremos los efectos de la conducta abusiva regulados en el tercer párrafo del art. 10, cuestión que parece positiva. Esto se ha plasmado al igual que lo que ocurre con un ilícito penal, es decir, el art. 10 se presenta como una cláusula que, consta de tres partes. Cuando se tipifica un delito no basta con decir, por ejemplo, que la “estafa” será castigada, sino que lo que se hace es definir qué se entiende por tal y, sólo entonces, se pasa a regular en qué consistirá la condena. En el abuso de derecho ocurre lo mismo, aquí también la técnica consiste en establecer una prohibición, definir tanto los alcances de la misma a través de los criterios de identificación para, recién allí, disponer los efectos en caso de incurrirse en aquella.

El mentado artículo alude a “evitar los efectos del abuso”, resaltando que el instituto no requiere de un daño efectivo para su procedencia. A modo de ejemplificar podemos decir que una de las formas más usuales de hacer valer nuestros derechos es por la vía judicial y aquí el eventual abuso se daría, en caso de darle curso a las pretensiones de la parte actora. Entonces, cual tendría que ser el efecto de esta figura en este caso, lograr el rechazo de la demanda, de este modo no habría daño alguno que reparar y el instituto estaría cumpliendo un rol preventivo.

Por otro lado, el abuso del derecho también puede llevar a la nulidad parcial de determinadas cláusulas abusivas. Algo que además resulta consecuente con el art. 1119 del CCC que entiende por cláusula abusiva a aquella que “tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”. La reparación del daño no es entonces un efecto inexorable del instituto y, de allí, que el art. 10 aluda a que el juez fije una indemnización “si correspondiere”.

Para terminar diremos que, como es lógico, el precepto se limita a dar una idea general en materia de efectos debiendo acudir, según sea cada caso, a las demás normas que sean pertinentes (responsabilidad civil, nulidades, etc.). Por último, es de destacar la forma categórica en que se expresa el tercer párrafo del art. 10 en el sentido de que “el juez debe ordenar lo necesario”. O lo que es lo mismo: frente a un caso calificado legalmente como abusivo, el juez está obligado a hacer algo; no tratándose de una facultad discrecional.

Respecto de las innovaciones introducidas, nos ocupa tratar las “situaciones jurídicas abusivas”. En la exposición de motivos, ya expuesta, se establece su concepto. Ahora cabe preguntarnos que si ya muchas veces le resulta difícil a los tribunales determinar cuando se encuentran frente a un ejercicio abusivo de derechos pese a contar con parámetros concretos para su detección; tanto más lo es el determinar algo más sutil como el calificar de “abusivo” algo donde se está dando una utilización correcta de facultades legales, que en su conjunto puede constituir abuso. Dicho esto, podríamos decir que nos encontramos frente a una categoría que permite dejar de lado la validez del ordenamiento pese a haberse ejercido derechos de una manera que ni siquiera puede ser calificada de abusiva, ciertamente sería deseable no sólo contar con una definición, sino con parámetros específicos de detección. En efecto, existe una definición parcial y ésta aparece en el art. 1120 del cuerpo legal, correspondiente al capítulo 4 (“cláusulas abusivas”) del Título III del Libro Tercero en el cual se expresa que “se considera que existe una situación jurídica abusiva cuando el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos”. Ahora, cual sería el resultado al que alude la conceptualización de citado artículo; ¿sería el de una cláusula abusiva?. No obstante, estamos lejos de contar con certezas, dado que, la definición sólo comprende un caso particular y, dentro del ámbito concreto de los contratos de consumo. Será labor jurisprudencial delimitar los casos subsumidos en este supuesto.

Empero, vale decir que el caso por excelencia de situación abusiva será el llamado abuso de posición dominante y, de allí, que el art. 11 disponga que las disposiciones relativas al abuso del derecho serán aplicables a tal supuesto. Literalmente el art. 11 dice así: “Abuso de posición dominante. Lo dispuesto en los artículos 9º y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales”.

Podemos observar que se sigue la misma técnica que la del Proyecto del 1998 (art. 397). Debemos considerar si es acertado emplear una cláusula destinada a determinar usos abusivos de derechos subjetivos para calificar casos donde el abuso trasciende el ejercicio de tales derechos. Aquí la situación no se origina, en un ejercicio disfuncional de un derecho, sino que, tenemos un cúmulo de derechos entrelazados en razón de una estrategia cuya complejidad trasciende la figura del abuso del derecho, pero que lleva a la creación de un determinado contexto a través del cual se producirá la lesión. Por esa razón, una cosa es una cláusula general como la del abuso del derecho y otra la posición dominante que, más que una formulación general, requiere de todo un régimen específico con tipificación de supuestos complejos.

Retomemos lo dispuesto en el art. 11, el abuso de posición dominante, para explayarnos sobre el tema.

Podemos observar que el abuso de posición dominante es un supuesto específico de ejercicio abusivo del derecho. El enunciado del artículo establece una aplicación específica para las relaciones de mercado, del principio general que veda el ejercicio abusivo del derecho, enunciado en el art. 10, es decir, que el ejercicio abusivo aquí regulado es el referido a la posición en el mercado y no a todo supuesto de posición dominante en las relaciones humanas.

El principio protectorio parte del presupuesto de la existencia de alguna forma de dominación de uno por otro, pero las reglas por las que se aplica reconocen basamentos diversos según el tipo de relación jurídica de la que se trate, pues mientras en algunos casos opera con asiento en el principio de la buena fe, en otros su fundamento es el abuso de derecho; por lo que se procuró evitar colocar a la posición dominante como un supuesto que pudiera absorber esa diversidad de criterios de aplicación, desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia.

Ahora cabe preguntarnos, ¿Qué significa posición dominante?; La posición dominante en el mercado es la que posibilita que un determinado prestador o conjunto de prestadores se abuse de su posición de fortaleza en la relación establecida con un sujeto que se encuentra en situación de debilidad jurídica, social o económica. Así lo conceptualizó la Corte Suprema de Justicia Nacional.

Es claro que ello puede darse cuando existe una situación de monopolio u oligopolio en la provisión de un determinado bien o servicio; pero también cuando la naturaleza de las relaciones y circunstancias en las que se proporcionan las prestaciones generan un fenómeno de cautividad o de vulnerabilidad en quien las recibe.

Se trata de un concepto originado en el derecho de la competencia, el cual está regulado en la ley N° 25.156, y define a la posición dominante en los arts. 4 y 5, que dicen respectivamente:

Art. 4º: “A los efectos de esta ley se entiende que una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la

viabilidad económica de un competidor participante en el mercado, en perjuicio de éstos”.

Art. 5º: “A fin de establecer la existencia de posición dominante en un mercado, deberán considerarse las siguientes circunstancias:

- a) El grado en que el bien o servicio de que se trate, es sustituible por otros, ya sea de origen nacional como extranjero; las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para la misma;
- b) El grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate;
- c) El grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir al abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder”.

Debemos aclarar que en nuestro país, se admite el poder sobre el mercado y es legítimo poseer una posición dominante, ya que se considera lícito que un mercado sea monopolizado o dominado por una empresa. Como lo ha sostenido la jurisprudencia, ocupar una posición dominante no implica, necesaria e ineludiblemente hacer uso abusivo de aquella posición. Es decir que solo es reprimida cuando existe un abuso de ella.

Volviendo al C.C.C., la incorporación de este concepto jurídico a su texto permite considerar que se ha operado una ampliación de supuestos con relación a lo previsto en la norma de regulación del mercado que hasta ahora lo contenía. Ello permite sostener que no es requisito del abuso de posición dominante en el mercado el que ella provenga del ejercicio injusto realizado por una gran empresa o sistema prestacional sino que también puede darse en relaciones de menor despliegue en el mercado pero de gran incidencia particular, como las establecidas entre locador y locatario en un mercado donde existe escasez de vivienda, por ejemplo.

Veremos sus efectos y su proceso. No cabe requerir que la víctima del ejercicio abusivo de un derecho pruebe la existencia de dolo de parte del sujeto activo de la conducta que

la afecta; le basta con probar la inequidad de los efectos de ella, algo que es de especial importancia cuando el ejercicio abusivo se genera por la estructuración de vínculos contractuales conexos o en situaciones jurídicas abusivas.

La previsión normativa se aplica tanto en caso de verificarse un supuesto de abuso de derechos subjetivos como en el caso de situaciones jurídicas abusivas.

En tales supuestos, los jueces se encuentran habilitados para adoptar las medidas que establece el art. 10, en el marco de despliegue de las tutelas preventivas o resarcitoria.

7.4 - Abuso del derecho y derechos de incidencia colectiva.

Para finalizar, haremos una mínima alusión al art. 14 que expresa que: “En este Código se reconocen:

- a. derechos individuales;
- b. derechos de incidencia colectiva.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”.

Es claro que difícilmente se puedan afectar los bienes protegidos por el precepto si alguien ejerce su derecho de buena fe; de manera que el párrafo final del art. 14 deviene en gran medida redundante cuando se lo correlaciona con el art. 10.

Se pudo haber suprimido esta especial protección al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva, dado que el ejercicio abusivo de los derechos individuales se puede reprimir perfectamente por la aplicación del art. 10, sin importar el objeto de su protección. Se podría decir que no era imprescindible este último párrafo aunque personalmente creo que se ha hecho alusión a mencionados bienes tutelados por cuestiones políticas y porque están en boga en este momento la protección ambiental.

Cabe mencionar también, que se ha hecho una modificación en relación al anteproyecto, el cual no incluía la palabra “abusivo”, sino que decía “La ley no ampara el ejercicio de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”.

La diferencia es sustancial, puesto que así también se podría reprimir al titular de un derecho subjetivo que lo ejerce de buena fe y sin desviarlo de su finalidad, pero, aun así, termina afectando el medio ambiente o algún derecho de incidencia colectiva. Ahora, ¿es esto un caso de abuso del derecho o no? Se puede decir que no ya que, en realidad, el art. 14 con esta redacción no regula un caso de abuso del derecho sino, una

prohibición general de que los derechos subjetivos puedan afectar valores superiores a ellos. O, mejor dicho, podríamos afirmar que el art. 14 del anteproyecto no se vincula tanto con el abuso del derecho como con la llamada “colisión de derechos”, que anteriormente hemos tratado y diferenciado del abuso.

8- Conclusión.

Podemos sintetizar el tema del siguiente modo: Vélez no ha incluido esta figura en concordancia al espíritu individualista de la época, luego, con la reforma constitucional de 1949 se ha hecho un gran avance al incluir en su articulado al abuso del derecho, pero con la supresión de la reforma pocos años después se ha vuelto a retroceder al respecto.

Con la ley 17.711 volvimos a avanzar en la moralización de nuestro ordenamiento jurídico adoptando para esta figura criterios objetivos para configurarla, aunque dejando un vacío legal en cuanto a sus efectos.

Luego le siguieron varios proyectos de reforma que no llegaron a convertirse en ley, donde se ha planteado respecto de este instituto, eliminarlo, adoptar criterios subjetivos para su determinación, regular sus efectos y hasta mantenerlo sin modificaciones.

Finalmente en el 1° de agosto del 2015 uno de los proyectos tuvo aprobación, y entró en vigencia. Este es la ley N° 26.994, de la cual haremos una breve conclusión a continuación:

Haciendo una valoración de las modificaciones incluidas en este nuevo Código en lo que respecta al abuso del derecho, se puede mencionar como positivo a la nueva ubicación en el título preliminar, declarando a este instituto aplicable a todo el ordenamiento jurídico, así como también, nos informa de antemano la forma de ejercer nuestros derechos antes de instaurar cuales son; dicho esto se puede decir que en cuanto a la metodología es mucho más lógica que la anterior. Asimismo se puede mencionar como positivo a las consecuencias jurídicas que ejercer abusivamente un derecho nos puede traer. En el CC no se mencionaban cuales eran los efectos de tales conductas, y ahora ya no queda dudas respecto a esto.

En cuanto a la incorporación de la “situación jurídica abusiva” se verá con el tiempo y con las decisiones judiciales si fue acertado o no incluirlas en el nuevo cuerpo legal, si esto generará inseguridad jurídica o si por el contrario no será de aplicación.

En lo que refiere a los criterios identificatorios no hubo mayores cambios, salvo el criterio que alude a “los fines del ordenamiento jurídico”, no hay mucho más que aportar al tema y me remito a lo anteriormente expuesto en relación a los criterios.

Al incluir el abuso de la posición dominante y someterla a lo expuesto para el abuso del derecho sin más, o sea, sin esclarecer o explayarse sobre el tema, podrá traer problemas al momento de juzgar; aunque también al decir que esta disposición cede en caso de lo dispuesto por leyes especiales, podría no ser de mucha aplicación jurisprudencial.

Además debemos valorar lo dispuesto para el caso especial de dañar el medio ambiente o los derechos de incidencia colectiva. Este supuesto no es positivo ni negativo, se pudo haber prescindido del mismo dado que no agrega nada al tema, pero tampoco perjudica.

Finalmente se pudieron haber tratado e incluido otros temas, como por ejemplo, en cuanto a la procedencia de oficio de este instituto, o si existen o no los llamados “derechos discrecionales”.

Es cierto que es imposible prever y resolver en una reforma tan sustancial como esta todas las posibles situaciones conflictivas que puedan surgir y las lagunas de nuestro derecho. Va a ser labor de nuestros jueces, doctrinarios y operarios del derecho ir modificando y llenando las lagunas legislativas, y solo con el pasar del tiempo podremos saber con seguridad los desafíos que el CCC nos trae.

CAPITULO IV

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL ABUSO DEL DERECHO.

SUMARIO: 1- Introducción. 2- Derecho Romano. 3-Doctrina de la aemulatio. 4- Derecho Musulmán. 5- Derecho liberal. 6- Derecho contemporáneo. 7- Conclusión.

1- Introducción.

Tomando en consideración que la sistematización de los principios y elementos de la teoría del abuso del derecho es obra de los juristas contemporáneos, algunos doctrinarios aceptan que existen ciertos antecedentes remotos de esta figura, tanto en el Derecho Romano, en la época medieval, en el Derecho Musulmán, hasta llegar a nuestros días. Y, justamente de ello nos encargaremos en este capítulo.

2- Derecho Romano.

Es muy discutible afirmar que el derecho romano dibujó los contornos de la teoría objeto de nuestro estudio. Mientras unos sostienen que dicha doctrina fue totalmente ignorada por los juristas romanos, otros entienden que la idea del abuso del derecho sí fue conocida y aceptada por el derecho romano.

Numerosos tratadistas pretenden encontrarle una raigambre romanista a la mencionada teoría invocando a su favor varios fragmentos del Digesto o algunos aforismos conocidos. Henri y León Mazeau se basan en ciertos pasajes de Gayo y Paulo para expresar categóricamente que el problema del abuso de los derechos era conocido y resuelto por los jurisconsultos romanos en forma semejante a la aceptada por el derecho contemporáneo. Plainol y Ripert afirman al respecto que si bien se encuentran en el Digesto ciertas fórmulas que, consideradas aisladamente permiten creer que para los jurisconsultos romanos no se incurría en responsabilidad por el daño causado en el ejercicio de un derecho, otras nos demuestran de modo incontrovertible que esos juristas no admitían el uso de un derecho con el propósito de perjudicar a terceros.

Dentro del derecho romano el jurisconsulto Gayo ya proclamaba “male enim nostro jure uti non debemus” (no debemos usar mal de nuestro derecho), para justificar la interdicción de los pródigos y la prohibición a los dueños de maltratar a sus esclavos. M. Charles Appleton sostenía de la teoría del abuso del derecho “es tan poco moderna que sobre ella reposa toda la evolución del derecho romano, yendo del derecho estricto hacia la equidad”, mejor dicho desde las XII Tablas hasta la afirmación de Paulo “non omne quod licet honestum est” (No todo lo lícito es honesto).

Por lo expuesto, si bien los romanos no conocieron en su terminología jurídica el concepto “abuso del derecho”, es cierto también por lo dicho anteriormente, que es el pretor quien introduce esta teoría ordenando al juez que decida en ciertos casos *quidquid dare facere oportere ex fide bona*, o bien, *ut inter bonos bene agere oportet et*

sine fraudatione, teniendo en cuenta la moralidad, los usos del comercio, las circunstancias particulares del caso. Por eso, cuando Ulpiano pronuncia la fórmula “*juris praecepta haec sunt honeste vivere, neminem laedere suum cuique tribuere*” (Vivir honestamente, no dañar a otros y dar a cada uno lo suyo), no hace más que recoger las enseñanzas del Derecho que él ya conocía.

La *exemptio dolis generalis*, constituyó un medio contra el abuso de los derechos en cuanto que se oponía para impedir que un perjuicio material, revestido de un derecho simplemente formal, triunfara sobre el buen derecho del demandante, puesto que, la intención de dañar encuentra su reprobación por parte de los juristas por ser ella contraria al sentido económico de los derechos; así Ulpiano dice: *denique Marcellus scribit, cum eo qui in suofodiens vicini fontem aver tit, nihil posse agi, nec de dolo actionem; et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit*. Esto quiere decir que, si el propietario procede a hacer excavaciones sobre su propio terreno, causa un daño a su vecino, él no se obliga más que en el caso de que hubiera actuado con la intención de dañarle. Y al respecto Paulo pronuncia: “...*Quae sententia verior est si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat*”, de allí se deduce que es el elemento económico el decisivo para exigir la reparación del daño causado por un acto que, en sí mismo, no es contrario a derecho haciéndose ver el principio “*no quo malitiis indulgendum est*” (no hay que ser indulgente con las malicias), el fundamento de la concepción estricta del abuso del derecho.

Este mismo espíritu impera en la reglamentación de las relaciones de vecindad, siendo la intención de dañar, la generadora de la responsabilidad del agente, exigiéndose del ciudadano el respeto hacia el derecho ajeno. Así lo instaure la máxima “*nam hac actione neminem cogi posse, ut vicino prosit, sed ne noceat aut interpellat facientem, quod jure facere possit*”. Saleilles indica que el origen de la teoría del abuso del derecho radica en el momento en que el legislador impone al propietario ciertas obligaciones legales, obligaciones en razón de la convivencia, de la vecindad.

Por otra parte, en un interesante trabajo sobre el abuso del derecho, el doctor Ricardo Gallardo también defiende el origen romanista de la teoría en mención. Estas son sus palabras: “Hace un poco más de veinticinco años, en momentos en que se anunciaba el renacimiento de la teoría del abuso de los derechos, todos los autores estuvieron de acuerdo en admitir, que por antigua que fuese esta teoría, nunca debía atribuírsele un origen romano. Los mismos partidarios de ella convinieron en esta aserción. Faltos de

textos explícitos sobre la materia, se limitaban, en la mayoría de los casos, a admitir el viejo adagio "summum jus summa injuria", pero sin poder especificar en qué casos y cuando lo usaban los romanos.

No cabe duda que desde el punto de vista filosófico, este aforismo latino, servía como un apoyo primordial para la doctrina. Pero, a pesar de todo, esa reminiscencia era manifiestamente insuficiente. La ciencia del derecho exige, siempre, aseveraciones fundadas sobre textos explícitos de la ley o sobre comentarios acuciosos por parte de sus intérpretes. Nada de eso parecía existir en favor de esta doctrina. Por el contrario, los adversarios indicaban varios textos de los cuales se deducía claramente, la aversión que los romanos tenían por este principio del abuso de los derechos.

Varios textos del Digesto parecían, en efecto, adversos a ella y de allí se sacaba la conclusión de que ninguna responsabilidad era posible establecer contra el individuo que no había hecho más que ejercer su propio derecho ("neminem laedit nemo damnum facit, qui suo jure utitur"), ni contra aquel que no había tenido la intención de causar daño a su vecino (animus vecino nocendi).

Cupo entre todos los autores, a los distinguidos profesores Colin y Capitant de las facultades de París y de Grenoble percatarse del error en que habían incurrido estos intérpretes. Como muy bien dicen los aludidos profesionales, las conclusiones hubieran sido diferentes, si los negadores hubiesen tenido la paciencia y la habilidad de leer hasta el final, los referidos fragmentos del Digesto. En el fragmento 26 del Digesto, intitulado "de damno infecto", Ulpiano nos refiere en realidad el caso del propietario que excava en su propio terreno, y supone que éste no está obligado a reparar el daño causado a su vecino, en caso de que las excavaciones contribuyan a cegar la venas de agua de que dispone este último, siempre que las excavaciones hechas en su propio fundo, no sean tan profundas que hayan causado, imprudentemente, una hendidura en la pared de su colindante. Relativo al fragmento 1, Par. 12, del Digesto, "de aqua et equae pluv", Ulpiano se refiere a una cita de Marcelo, quien dice que el propietario no estará obligado a indemnizar a los vecinos por la ejecución de sus actos lícitos, siempre que aquel haya obrado sin tener "animus vecino nocendi".

Así, pues, resulta que una vez la cosas establecidas en su puesto, podemos, sin temor de equivocarnos, hacer remontar nuestra teoría el abolengo más ilustre que una doctrina jurídica puede llegar a concebir, cual es la tradición romana. Concluyamos afirmando

que, independiente de los textos aludidos, el Derecho Pretoriano, con su maravilloso desarrollo, constituyó una preciosa contribución al desarrollo de esta doctrina en la antigüedad". Así se ha expresado el doctor Gallardo en su trabajo "la teoría civilista de los derechos", publicado en la revista "Ciencias Jurídicas y Sociales" en 1947, en El Salvador.

También existen quienes niegan la influencia romanista en la gestación directa de la teoría del abuso del derecho, se fundan en el carácter estrictamente individualista y de señorío absoluto que entonces se atribuía al derecho de propiedad. Uno de los sostenedores de esta opinión, el profesor uruguayo Blas E. Rossi, nos indica que los jurisconsultos romanos aceptaban como regla general el aforismo "qui jure suo utitur, neminem laedit", el cual significa que "quien usa de su derecho a nadie perjudica"; de donde concluye afirmando que la teoría del abuso jamás tuvo aplicación útil entre los romanos. Pero por el contrario Blumner, analizando la concepción de esta teoría en el derecho romano, dice que es menester constatar que el adagio "neminem laedit qui jure suo utitur" no tiene en las fuentes la misma significación que se le da cuando se quiere designar por aquel el absolutismo de los derechos subjetivos.

Aquellos que no aceptan que la teoría del abuso del derecho tiene cabida en el derecho romano también fundamentan su punto de vista en: "nullus videtur dolo facere qui iure suo utitur" - Gayo (Se ve que no hace ningún daño quien usa de su derecho); "nemo damnum facit nisi quid id fecit quod facere jus non habet" - Paulo (nadie hace daño excepto aquel que no tenga derecho a hacerlo); "non videtur vim facere qui iure suo utitur et ordinaria actione experitur" - Paulo (no necesita utilizar la fuerza el que usa de su derecho y ejercita una acción ordinaria).

Aunque se podría concluir que en esta controversia histórica ambas posiciones son extremistas. La verdad es que los romanos no eran unos fríos aplicadores de reglas jurídicas, sin ningún espíritu de equidad; pero también es cierto que ellos ignoraban las consecuencias filosófico-jurídicas de lo que hoy se denomina función social de la propiedad y de la relatividad de los derechos. Es exagerado, pues, el afán de querer encontrar explicación a cualquiera doctrina jurídica buscando en el derecho romano el único manantial de donde fluye todo el saber jurídico, como lo es querer negar la influencia del ideal de justicia en el derecho positivo de la antigüedad.

3- Doctrina de la aemulatio.

Los conflictos de derechos que tenían lugar debido a la coexistencia de fundos vecinos originarían en la Edad Media la doctrina de los actos “emulativos”, es decir aquellos que sin utilidad propia o sin utilidad propia apreciable, se realizan sólo o principalmente para dañar a otro; los cuales se podrían decir que son el antecedente de la teoría del abuso del derecho.

Los romanistas modernos disienten al considerar si estos actos emulatorios fueron permitidos o no en la legislación romana. Todo parece indicar que en la época clásica estuvieron permitidos por lo dificultoso que resultaba la investigación interna del acto; pero, posteriormente, y en especial por la obra justiniana, bajo los influjos del cristianismo, en materia de aguas y de servidumbres se atempera la rigurosidad apuntada, dilucidándose los principios “*animo vecino nocendi*” y “*malitiis non est non indulgendum*” de un modo más general.

Rotondi y Ruggiero opinan que los compiladores y comentaristas medievales, inspirándose en las máximas citadas, le dieron mayor impulso a esa noción prohibitiva de los actos emulatorios, consagrándola en términos absolutos en la aplicación del derecho de propiedad.

La aemulatio consistía en la ejecución de un acto con *animo nocendi*, o sea con intención dañosa que inspiraba el ejercicio de un derecho, siendo determinado, generalmente por un ánimo envidia, celos, malicia, deprecio, etcétera; si bien puede ser susceptible de aparentar un acto bueno, la imitación de la virtud, su intención no lo es.

Fueron los sabinianos quienes combatieron las reglas que se dieron para oponerse a los actos maliciosos en el ejercicio de los derechos, mientras que los procureyanos propugnaron por la consagración de las normas de la aemulatio. Riccobono nos dice como en el periodo postclásico termina imperando el criterio de los segundos, siendo en ello la influencia de la ética cristiana, que condujo en el Medioevo la máxima evangélica que estima ilícito negar lo que a uno es útil y no daña al que lo pueda conceder; *quod mihi prodest, tibi autem non nocet, si denegetur fit injuria*.

Scialoja se refiere a la significación del vocablo aemulatio evocando a Cicerón en las *Tusculanae* (libro IV, capítulo 8, 17): *aemulatio autem dupliciter illa cuidem dicitur ut et in laude et vitio nomen hoc sit. Nam et imitatio virtutis aemulatio dicitur (sed ea nihil*

hoc locoutimur; est enim laudis), et est aemulatio aegritudo, si eo, quod concupierit, alius potiatur, ipse careat...

En efecto, en este pasaje se refleja un doble matiz en la noción de *aemulatio* y prueba de ello es que este doble significado, uno positivo y otro peyorativo, ha sido utilizado indistintamente por los autores. Por una parte, viene a indicar un aspecto positivo, que se identifica con la noción de *imitatio*, como es la práctica de una virtud o la emulación de una conducta positiva, contenido que se mantiene de modo predominante en la literatura clásica. De esta noción arranca el verbo castellano “emular”, en el sentido de imitar o seguir el ejemplo de alguien o de algo, designando de este modo un estímulo que empuja a llevar a cabo un esfuerzo con la finalidad de igualar o, incluso, superar a aquellos que están por encima. Dentro de esta acepción positiva, Cornelio Nepote se refería a la *aemulatio* como competencia o concurrencia por alcanzar el máximo prestigio, que, precisamente, existía entre Cicerón y Hortensio.

Por otra parte, más extendido y propiamente jurídico es el aspecto negativo que resulta del término *aemulatio* que, en este sentido, viene a convertirse en sinónimo de otros vocablos latinos tales como *invidia*, *obtrectatio*, *rivalitas*, *oppositio* o *adversatio*, dentro del *in malam partem*. Es precisamente este sentido, el malicioso, el que presenta el término *aemulatio* en las fuentes jurídicas que de la misma se ocupan.

Pero lo que realmente tiene importancia es que, especialmente en el derecho intermedio, la noción de *aemulatio* arranca claramente de esta dirección negativa que presenta en el pasaje ciceroniano. Es en época medieval donde alcanza, por consiguiente, su máxima difusión, vinculándose muy especialmente con los actos llevados a cabo por el titular de un derecho, que se dirigen a causar un daño a un tercero, sin que, en cambio, pueda oponerse una utilidad relevante para quien lo practica. Por lo cual se podría decir que por actos de emulación se entiende el ejercicio que se hace de la propiedad sin utilidad del dueño y sólo con la intención de dañar a otro.

Scialoja concluye diciendo, en su artículo en la Enciclopedia Jurídica Italiana que “los actos de emulación no son prohibidos. El propietario puede hacer todo lo que este comprendido en los límites objetivos de su derecho, sin que se admita la indagación acerca de su intención”, y finaliza disponiendo: “Resumiendo, por consiguiente, diremos que no hay prohibición de los actos emulativos como tales; que el propietario es libre en sus acciones cuando no se derive un conflicto de derechos; que finalmente en el caso de conflicto, cuando uno de los derechos tenga su fundamento y sus sustancia en

la utilidad de quien lo ejercita, este último derecho, faltando la utilidad debe desconocerse”.

Es en el Digesto, libro 50, título 10, ley III, donde aparece por primera vez la expresión *aemulatio*, estableciéndose en el texto: *Opus novum privato etiam sine principis auctoritate facere licet, praeterquam si ad aemulationem alterius civitatis pertineat, vel materiam seditionis praebeat, vel circum, vel amphitheatrum sit. I. Publico vero sumptu opus novum sine principis auctoritate fieri non licere, Constitutionibus declaratur. II. Inscribi sitem nomen operi publico alterius, quam principis, aut ejus, cujus pecunia id opus factum sit, non licet.*

Pernice sostiene que los ejemplos dados por los antiguos jurisconsultos, el trabajo de los compiladores no constituían una verdadera novedad, sino solo la aplicación del principio de equidad, de una tutela de los intereses de los particulares, de una represión de inútiles actos maléficis. Contrariamente a este pensamiento de Pernice, consideran los anotadores de Windscheid que “los compiladores justineanos no han dado mayor desarrollo al pensamiento jurídico clásico sino que, o han introducido un nuevo principio o al menos ha acogido un principio desarrollado en el Derecho Romano helénico de los últimos siglos”.

Rotondi hace al respecto una observación, pues los autores no nos indican si aun en las compilaciones se dio importancia al elemento psicológico característico de la *aemulatio*, o si por el contrario, solo se establecieron límites objetivos al ejercicio de los derechos.

Spota entiende que el derecho romano nos ofrece un ejemplo de la lucha constante entre el derecho y la ley; aquel se desarrolla y se perfecciona con las nuevas exigencias sociales con el concepto más humanizado de la convivencia social; la norma, en cambio, en retroceso con la vida, solo puede seguir desempeñando su función reguladora cuando, al lado de los límites objetivos que establece, admite límites subjetivos, vedando el ejercicio del poder jurídico, sea con intención vejatoria, sea no acoplando ese ejercicio a los imperativos de la utilización de los bienes, de modo tal que el individuo proceda de consuno con el fin de la ley.

Un acto ejecutado sin propio o escaso beneficio, generando daño ajeno y con propósito malintencionado asume el carácter abusivo que en el derecho contemporáneo también tiene, aun cuando en éste la doctrina del abuso del derecho haya llegado a ser configurada para supuestos mucho más interesantes y de mayor trascendencia

económica, social y moral que la relativa a los actos ejecutados con la intención de causar un daño a otro, ejerciendo su propio derecho.

Cabe preguntarse si media acto de emulación solo cuando se causa el daño por el daño mismo o también cuando por él se pretende obtener un beneficio propio, un provecho económico.

Sostiene Azzariti en su obra “Diritto civile italiano”, publicada en 1943 que esta interrogante se puede responder diciendo que si los actos emulativos bajo el aspecto de su antítesis con el fin del derecho se encuadran en la general prohibición del abuso del derecho, este concepto se presenta más amplio y comprensivo, en el cual debe prescindirse de la particular y difícil investigación sobre la buena fe el sujeto, puesto que la mala fe es, por el contrario, inseparable del concepto de emulación. De esta forma el abuso del derecho habría de establecerse con criterios meramente objetivos, o sea cuando el acto del particular esté en contraste con el fin para el cual el derecho mismo es concedido.

Para finalizar en España esa teoría se plasmó en un viejo precepto de la Ley de las Partidas que al definir la propiedad nos decía que era el derecho en una cosa para usar de ella, pero agregaba "según Dios o según fuero". En una sociedad organizada teocéntricamente, ese agregado constituía una prohibición general de los actos emulativos que incluso a veces resultaba excesiva por falta de precisión jurídica.

4- Derecho Musulmán.

Respecto al derecho musulmán interesa hacer referencia al trabajo de Mahmoud Fathy, titulado “la doctrine musulmane de l’abus des droits”, publicada en 1903, obra en la cual anuncia al mundo que, esta teoría tan laboriosamente forjada por la jurisprudencia francesa, había sido desarrollada con anterioridad por los jurisconsultos musulmanes.

Chafik Chehata señala en su tesis, Essai d’une théorie generale de l’obligation en droit musulmán, de 1936, el peligro de abordar el estudio de los textos de Derecho musulmán como si formasen un bloque compacto, pues cada escuela posee de hecho una técnica y una terminología propia, no siendo exagerado sostener que existen en realidad varios sistemas jurídicos musulmanes que se yuxtaponen los unos a los otros. Por tanto, es menester remontarse a las primeras fuentes de este Derecho y seguir la evolución de sus instituciones a través del tiempo, respetando el orden cronológico de las obras. Por ejemplo, observamos que mientras Fathy concede amplia importancia a autores tales

como Al Ghazali o Ibn Taymiyya, los cuales, para Chehata no tienen gran trascendencia jurídica.

Es incuestionable que la distinción entre el ius y el fas ha sido siempre vista con claridad por los jurisconsultos musulmanes. El Derecho musulmán es un derecho esencialmente empírico, que parte del caso, es decir, de las “soluciones” que forman la trama misma de todas las obras clásicas. Si nos remontamos a las obras de los primeros fundadores de la escuela, se advierte el espíritu individualista que inspira las soluciones adoptadas. El Compedium de toda la doctrina hanéfita, que es la obra de Mohamed B. Al-Hassan Ach-Chaybâni, uno de los discípulos de Abou Hanifa, recoge el caso siguiente: “Después de la división, el propietario de la construcción puede, no obstante la objeción del vecino propietario de la parcela limítrofe, abrir las ventanas sobre el fundo vecino, incluso en el supuesto que sean a éste perjudiciales”. De aquí podemos concluir que el propietario tenía un derecho absoluto sobre su propiedad, no pudiéndosele imponer restricciones de ninguna clase. As-Sarakhsi, jurisconsulto de la época clásica, sostiene que en conciencia, el propietario deberá evitar a su vecino el perjuicio que resulta del ejercicio de su derecho; lo que es prueba irrefutable de la admisión de la distinción entre derecho y moral, o entre derecho y religión.

Los autores que nos traen nuevas soluciones se sitúan en el siglo VI de la Egira. Son necesarios cuatro siglos para limitar el carácter absoluto del derecho de propiedad. Juristas tales como As-Sadr, Ach-Chabid, Burhan Ad- Din, Ar-Razi, son los que fueron suavizando el tenor de las soluciones individualistas del derecho musulmán. Ellos dan soluciones como la siguiente: “El propietario no puede instalar sobre su propiedad un horno o un molino o una caldera si resulta para el vecino un perjuicio manifiesto”.

Nos cuestionamos como estos autores del siglo VI han modificado el derecho vigente sobre este punto tan esencial. Parece que el punto de irrupción del individualismo extremo, ha sido el caso de los propietarios de diferentes pisos de un mismo inmueble y, de una manera más general, el caso de los propietarios indivisos en la indivisión forzosa. Se podrá observar en las obras siguientes, casos de uso abusivo y los supuestos en que se reglamentan las relaciones de los propietarios de pisos.

El perjuicio manifiesto que debe ser evitado, es el que sobrepasa toda medida, el perjuicio “exorbitante”, o sea el que impediría totalmente al vecino disfrutar de su propiedad. En un sentido objetivo, se entendía que el propietario habría de modificar el estado de sus cosas, causando a su vecino un perjuicio.

Los codificadores del siglo XIX han adoptado una nueva teoría que se encuentra en la “Medjelle” (art. 1197 – 1201) y en el “Status Reel” de Qadri Pacha (art. 59 – 61), consagrando la teoría del abuso del derecho en los límites anteriormente expuestos. Mencionados límites, en el Derecho hanofita se confunden con la institución de las relaciones de vecindad.

También existen grupos moralistas del Islam, quienes sostienen que la moral se entrecruza con el derecho, y por lo tanto aceptan y sostienen que debe ser castigado todo uso abusivo de un derecho, cualquiera que sea.

5- Derecho liberal.

A raíz de la Revolución Francesa y debido a las exageraciones del individualismo liberal, se obscureció por completo la noción prohibitiva de los actos emulatórios. En efecto, el derecho revolucionario, después de haber combatido el absolutismo político, y por vía de reacción, confirió a los particulares un cúmulo de facultades que implícitamente fueron declaradas absolutas e inherentes. La preocupación exclusiva del derecho liberal fue proteger y garantizar a las personas de los abusos del poder público, olvidando que el individuo también tiene deberes fundamentales para con la sociedad en que vive y que, por ende, el Estado debe tratar porque el bien común sea tutelado. Al hablar de la moralización del derecho dejamos dicho que como una consecuencia de los postulados exageradamente positivistas y racionalistas, el derecho se desprendió de gran parte de los principios morales y sociales que le son ahora tan claros. Por esa razón, los avances logrados antes del liberalismo sufrieron un enorme retroceso y el postulado del absolutismo de los derechos se erigió en norma general.

6- Derecho contemporáneo.

En el siglo XX se reacciona con energía frente al estado de cosas creado por la filosofía liberal y, en el campo jurídico, ocurren importantes transformaciones. Una de las tantas instituciones que reflejan la evolución contemporánea del derecho es la teoría en estudio.

Quienes más han contribuido a favor de esta doctrina son los autores galos y sus primeras aplicaciones, como tendremos ocasión de apreciarlo, se realizan a través de la jurisprudencia francesa. Se considera, aparte de algunos precursores como Toullier, Larombière y Sourdat, que fue Bufnoir quien primero suscitó doctrinalmente la cuestión, aunque sin darle grandes alcances, por medio de su obra "Propriété et

Contrat", publicada precisamente en 1900. Pocos años más tarde, Josserand le dio en diversos trabajos un desenvolvimiento tan amplio y profundo que se le considera con justicia como al verdadero creador de dicha teoría. Su libro "El Espíritu de los Derechos y su Relatividad la Teoría del Abuso de los Derechos", es la obra clásica por excelencia sobre esta materia. Con Josserand adquiere sustantividad propia la noción del abuso del derecho, pues anteriormente no se habían establecido claramente sus elementos característicos ni sus distintos aspectos y proyecciones. Después de él, los principales juristas le han dedicado mucho tiempo y espacio al problema del ejercicio abusivo de los derechos, precisando reglas jurídicas que respondan a las nuevas exigencias sociales y al contenido de los valores de justicia, seguridad y bien común. De este modo, la teoría del abuso del derecho ha sobrepasado el campo propiamente civil y se dirige a todo el ámbito jurídico.

Hoy en día, la bibliografía al respecto en casi todos los países es profusa; los tratadistas de derecho civil la mencionan destacadamente en la parte relativa a las obligaciones civiles y existen numerosas obras especializadas que la proyectan a las demás disciplinas jurídicas.

Como testimonio valioso de estas afirmaciones pueden servir las siguientes palabras del eminente jurista francés Julien Bonnet: "La noción del abuso de los derechos, cuyo dominio de aplicación es tan extenso en la actualidad, fue en un principio discutidísima y hasta se tachó de contradictoria. Sin embargo, necesariamente debió haber presentado una realidad, puesto que hoy no se discute su existencia y porque se encuentra a cada paso en la jurisprudencia".¹⁷

7- Conclusión.

Podemos aseverar que el Derecho Romano no conoció la idea del abuso del derecho tal como hoy la conocemos, y mucho menos podemos pensar que ha conocido el término con la que en nuestros días la denominamos. No obstante los pretores solucionaban los conflictos en la antigua Roma basándose en la intención del agente y en el daño producido, sancionando esta conducta inmoral. Debemos reconocer el labor de los pretores, como así también el de los jurisconsultos romanos, los cuales, han propugnado flexibilizar al derecho, y valorar sobre todo a la equidad y a la justicia.

¹⁷ Citado por Jorge S. Ballesteros, Instituciones de responsabilidad civil 2º ed., T.I, p. 60.

En la edad media tuvieron lugar los actos de emulación, estos consistían en el ejercicio que se hace de la propiedad sin ninguna utilidad para su dueño y con la sola intención de dañar a otro. Esta reprobación de estos actos malintencionados guardan relación con la adopción del cristianismo, y los valores que pregona, reinante de esta época. Aunque la aemulatio, lamentablemente, solo quedó circunscripta al derecho de propiedad.

En cuanto al Derecho Musulmán, debemos tener en cuenta que es un derecho de “soluciones”, de análisis en concreto, y no un derecho teórico, abstracto. En una primera etapa las soluciones tenían un tenor individualista, los derechos eran absolutos, mas estaban los hombres obligados, por una cuestión meramente moral, a actuar con respeto hacia su prójimo. Pero, posteriormente si se ha receptado el abuso del derecho, morigerando el individualismo exacerbado de sus soluciones, aunque se ha adoptado un criterio subjetivo (la intención de dañar), y solo se aplica al derecho de propiedad.

Hacia el siglo XIX se ha generado un retroceso en cuanto al abuso del derecho. Esto es así, dado que como respuesta a la revolución francesa en el plano jurídico se plasmó un absolutismo de los derechos subjetivos para reafirmar los ideales y las conquistas de esta revolución.

En el derecho contemporáneo fue cuando esta institución evolucionó rápidamente, esto obedece a la reacción contra el liberalismo desmedido que se venía dando y consecuencia de que el rol del Estado cambió, tiene en nuestros días un papel más activo para/con la sociedad y debe tender siempre a lograr el bien común.

Primero, esta figura, se ha receptado en numerosas aplicaciones jurisprudenciales, y luego diversos doctrinarios han desarrollado esta teoría en sus trabajos. Hoy podríamos decir que ya no se discute su existencia, su aplicación, y su plena vigencia en numerosos ordenamientos jurídicos.

CAPITULO V

EL ABUSO DEL DERECHO EN EL DERECHO COMPARADO.

SUMARIO: 1- Introducción. 2- Europa. 3- Asia. 4- Norteamérica. 5- Latinoamérica.

6-Conclusión.

1- Introducción

En este capítulo haremos un análisis de legislación comparada, primero nos dedicaremos a examinar los países europeos y asiáticos, y luego veremos el ordenamiento jurídico de los países latinoamericanos y centroamericanos para terminar con una breve conclusión.

2- Europa.

Francia

En Francia no se ha elaborado una fórmula legislativa que contemple, en forma especial el abuso del derecho, pero es el país donde se ha dado mayor número de aplicaciones jurisprudenciales de ese principio lo que ha obedecido al contenido amplio de los artículos 1382° y 1383° del Código de Napoleón. El Art. 1382° dice: "Cualquier hecho del hombre que cause al otro un daño, obliga a repararlo a aquél por cuya culpa se ha producido" y el 1383° expresa que: "Es responsable del daño quien lo causó no sólo por su hecho, sino también por su negligencia o por su imprudencia". Prevalece, en Francia la orientación subjetiva, dado que las normas referidas obligan a tener en cuenta el requisito de la culpa.

En una oportunidad en un informe de una subcomisión legislativa, Saleilles propuso la siguiente fórmula: "Un acto que no produce sino el efecto de perjudicar a otro sin interés apreciable y legítimo para el que lo cumple, jamás podrá constituir el ejercicio lícito de un derecho."

Italia

El Código Civil de 1942 en su art. 833 dispone: "El propietario no puede ejecutar actos que no tengan otro fin que el de dañar o acarrear molestias a otros."

El Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y Contratos de 1927 en su art. 7 reglaba: "Nadie puede ejercer su propio derecho no ciñéndose al fin por el cual el derecho mismo le fue conferido." Aunque esta fórmula finalmente no se ha adoptado.

La doctrina y la jurisprudencia se mantienen dentro del precepto del art. 833, el cual se ha hecho extensivo a casos no previstos por el articulado en aplicaciones jurisprudenciales.

Alemania

Fue en Alemania donde el principio del abuso del derecho tuvo una clara expresión legislativa. Tal se deduce del Landrecht Prusiano de 1794 que en sus artículos 27° y 28° legisla el abuso del derecho de propiedad al manifestar que "Art. 27°: Nadie puede abusar de su propiedad para lesionar el derecho de otro y causarle un perjuicio. Art. 28: El abuso de la propiedad es todo uso que por su naturaleza no pueda tener otro fin que el de lesionar a otro". Otra disposición relacionada con el abuso del derecho es el Art. 26° que dice: "El que ejerce en sus límites propios un derecho no está obligado a reparar el daño que resulta para otro. Pero se debe reparación cuando resulta de las circunstancias que, entre varios modos posibles de ejercicio de su derecho, ha elegido aquel que es dañoso para otro, con la intención de perjudicarlo". Esta disposición adopta un criterio subjetivo, puesto que el presupuesto para la existencia del abuso del derecho es la intención de perjudicar a otro.

Más fue en el Código alemán de 1896 donde se introdujo un precepto claro referente al abuso del derecho en su Art. 226° que dice: "El ejercicio de un derecho no es permitido cuando no puede tener otro objeto que causar daño a otro". Según este texto el abuso del derecho tiene lugar cuando se ejerce un derecho con el único objeto de causar un daño a tercero. De su redacción deducimos que el criterio que gobierna la elaboración de dicho precepto es la intencionalidad, es decir, tiene una orientación subjetiva. La institución resulta vinculada a la intención de perjudicar, como el hecho determinante para su procedencia.

Cabe agregar otras normas concordantes del B.G.B. con el abuso del derecho, y tales son, el art. 826 que establece: "Cualquiera que intencionalmente cause perjuicio a otro de una manera contraria a las buenas costumbres, está obligado hacia el mismo a la reparación del daño"; además los arts. 157 y 242 imponen la observancia de la buena fe lealtad y la buena fe creencia para todo el derecho privado.

Austria

El Código Civil austríaco de 1916, reformado el 1° de enero de 1917 en su Art. 1295° establece: "El que causa intencionalmente un daño de modo que hiera las buenas costumbres es igualmente responsable; no lo es, sin embargo, si el daño fue causado por el ejercicio de un derecho, salvo si el ejercicio de ese derecho tiene manifiestamente el fin de perjudicar a otro". Como se desprende de la última parte de la disposición, tiene ésta una orientación subjetiva.

Suiza

El Código Civil suizo de 1907 también denominado Código Federal Suizo, introduce un criterio original al tratar del abuso del derecho. Si bien el anteproyecto de 1900 se refería al abuso del derecho de propiedad (Art. 644°) que se le hace consistir en su ejercicio con la sola intención de perjudicar a otro, el Código Civil de 1907 incorporó la doctrina del abuso del derecho en su artículo 11, que dice: "Cada uno está obligado a ejercer sus derechos y a cumplir sus obligaciones según las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley". Como se ve la amplitud del principio es vasta y comprende cualquier clase de derechos. Virgilio Rossel comenta que lo decisivo no es la intención de dañar sino el elemento subjetivo del ejercicio de un derecho en forma contraria a las reglas de la buena fe, sin que ese ejercicio implique la persecución de un interés digno de la protección legal. Sigue comentando dicho tratadista "No se trata del elemento subjetivo intención de abusar, sino del elemento objetivo, del ejercicio del derecho contrariando las reglas de la buena fe y sin que ese ejercicio implique la persecución de un interés digno de protección legal; el demandante debe probar que el abuso del derecho que ejercita su contrario le causa perjuicio. Como vemos el Código suizo no define el abuso del derecho, pero da un criterio para determinarlo: ejercitar un derecho o cumplir una obligación contrariando las reglas de la buena fe. El Consejo Federal Suizo en su mensaje de 23 de mayo de 1904, refiriéndose al art. 11 del Código Civil decía: "Hemos creado una especie de recurso extraordinario que debe conseguir el respeto a la justicia, en provecho de aquellos que sufrirían con el abuso evidente que un tercero hiciera de su derecho, cuando los medios ordinarios fueron insuficientes para protegerlo".

Polonia

El art. 135 del C.C. de las Obligaciones polaco, prescribe: "El que en ejercicio de su derecho, con intención o por negligencia, ocasiona daño a otro, que excede de los límites fijados por la buena fe o por el fin para el cual ese derecho le ha sido conferido, está obligado a repararlo".

España

En el antiguo derecho español algunos autores, como Ossorio, señalan que ya existía un germen de la teoría del abuso, y al respecto señalan en la Ley 19, Título 32, Partida 3°, según la cual se reconocía al propietario el derecho de hacer en su fundo un pozo aunque cortara las aguas del vecino, y agrega que tal derecho se niega cuando su única

intención es dañar al otro. Y en la Ley 13, Título 32, Partida 3º, establecía que el hombre puede hacer con lo suyo lo que quisiere, pero de una manera que no haga daño, ni perjudique a otro.

Fleitas señala que el C.C. de 1889 si bien no ha legislado de manera expresa la materia, el abuso podría reprimirse mediante la aplicación del art. 1902, que dice: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

El Código Civil de España, vigente desde mayo de 1974 en su Art. 7º contiene una disposición explícita sobre el abuso del derecho; dice: "Los derechos deberán ejercitarse conforme a las reglas de la buena fe. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso". Como podemos observar toma en cuenta la regla de la buena fe y conforme a ella debemos obrar al ejercitar nuestros derechos. Asimismo alude al ejercicio antisocial del derecho. Todo ello denota un criterio objetivo. Sin embargo, luego continua haciendo alusión a la intención del autor (criterio subjetivo), como uno de los elementos para configurar el abuso del derecho, y agrega que también debe tenerse en cuenta "el objeto" o "las circunstancias" en que se realice el acto. Nos hace pensar que tal fórmula acoge el criterio ecléctico de José Calvo Sotelo, ya que la extralimitación subjetiva debe trascender al exterior, es decir que exista cierta "impureza objetiva" como denominaba el tratadista español. Impureza objetiva que debe traducirse en un daño para tercero. Dice el citado jurista que "todo derecho subjetivo posee dos valores de actuación; de un lado es prerrogativa jurídica, de otro lado todo derecho es una fuerza económica-social al mismo tiempo que categoría de índole moral".

Finalmente el Código español regula los efectos, que son: la respectiva indemnización y a la adopción de las medidas "judiciales o administrativas" que impidan la persistencia del abuso.

3- Asia.

Rusia

El Código Civil ruso del 1º de enero de 1923 en el Art. 1º de la Parte General dice, que los derechos civiles están tutelados por la ley, salvo los casos en que sean ejercitados contrariamente a su objetivo económico o social. Por lo tanto el abuso del derecho queda configurado al ejercer un derecho contrariando el objetivo económico y social. Según el tratadista Angel Gustavo Cornejo, la fórmula del abuso del derecho en el Código ruso responde a la orientación del Estado de subordinar el orden jurídico a la realización de su fin.

Túnez y Marruecos

Los Códigos de las Obligaciones y Contratos de Túnez y Marruecos de 1907 y 1913/22 establecen en sus arts. 103 y 94 respectivamente que el ejercicio de un derecho sin intención de dañar no hace incurrir en responsabilidad; de lo cual se deduce que si se obra con dolo, el agente deberá responder por los perjuicios ocasionados.

Turquía

El C.C. de 1926 en su art. 2 dispone: “Cada uno está obligado, en el ejercicio de sus derechos y en la ejecución de sus obligaciones, a someterse a las reglas de la buena fe. El abuso de un derecho que perjudique a un tercero, no es protegido por la ley”.

China

El C.C. de la Republica China, en el art. 148 dice: “El ejercicio de un derecho no puede tener por fin principal perjudicar a otro.”

Líbano

En el C.C. de 1934, en su art. 124 dice: “Debe igualmente reparación aquel que ha causado un daño a otro excediendo en el ejercicio de su derecho los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual ese derecho la he sido conferido.”

4- Norteamérica.

México

El C.C. de 1912 dispone que cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho.

El Código Civil de México de 1932 circunscribe la doctrina del abuso del derecho únicamente al derecho de propiedad, cuando en su Art. 840° dice que no es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no de otro resultado que causar un perjuicio a tercero sin utilidad para el propietario.

5- Latinoamérica.

Venezuela

El Código Civil de Venezuela de 1942, en la segunda parte del Art. 1185° dice que "Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo en el ejercicio de su derecho los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho", por lo tanto la figura queda configurada cuando se ejerza un derecho sobrepasando los límites de la buena fe o del objeto con el que se ha establecido ese derecho, vale decir límites objetivos, causando un daño; y se regula sus efectos, los cuales son la reparación del daño ocasionado.

Brasil

El Código Civil de Brasil de 2002, bajo el título de los actos ilícitos en el art. 187 establece que: "También comete acto ilícito el titular de un derecho que, al ejercitarlo, exceda manifiestamente los límites impuestos por su fin económico o social, por la buena fe o por las buenas costumbres". Por lo que podemos ver que adopta criterios objetivos para determinarlo.

Perú

En el C.C. peruano de 1936 establece, en su art. II del Título Preliminar: La ley no ampara el abuso del derecho. La ley 1137 complementaria del C.C. decía: No son actos ilícitos: inc. 1° Los practicados en el ejercicio regular de un derecho.

La constitución de Perú establece en el art. 103 que "la constitución no ampara el abuso del derecho", y por su parte el Código Civil peruano vigente, establece en el título preliminar en su art. 2 que "La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un

derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”. Si bien no establece ningún criterio objetivo o subjetivo para su determinación, si regula sus efectos, indemnización, otra pretensión y medidas cautelares.

Uruguay

El Código Civil de Uruguay en la parte que trata a los delitos y cuasidelitos, dispone en el art. 1321 “El que usa de su derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte. El daño que puede resultar no le es imputable”. Aunque en la primera parte del artículo pareciera ser que no se recepta el abuso del derecho, luego continúa diciendo con tal de que no haya exceso, lo cual indica que es plausible la aplicación del instituto. La jurisprudencia uruguaya ha optado por seguir un criterio subjetivo para su configuración, y preferentemente el dolo sobre la culpa.

Bolivia

El Código Civil de Bolivia prevé el abuso del derecho solo en relación a la propiedad y debido a su función social, al respecto dice: “El propietario no puede realizar actos con el único propósito de perjudicar o de ocasionar molestias a otros y, en general, no le está permitido ejercer su derecho en forma contraria al fin económico o social en vista al cual se le ha conferido el derecho” (Art. 107). Se puede deducir que adopta un criterio subjetivo (propósito de perjudicar) y otro objetivo (ejercer su derecho en forma contraria al fin económico o social); y nada dice sobre cuales serán los efectos de la inconducta.

Paraguay

El Código Civil de Paraguay en el capítulo III “Del ejercicio y prueba de los derechos”, sección I “Ejercicio de los derechos”, dispone: “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar aunque sea sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos. La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente” (Artículo 372). Mencionado artículo instaura a la buena fe como principio rector, y específicamente, queda configurado el abuso del derecho cuando contraríe los fines que la ley tuvo en miras al reconocerlo, o cuando exista la intención

de dañar, es decir que la norma adopta un criterio mixto. Además aclara que existen derechos discrecionales, los cuales escapan a este instituto. Asimismo se sobreentiende que se podrá reclamar indemnización por los perjuicios sufridos.

6- Conclusión.

Podemos concluir que en el derecho comparado existen diversas situaciones con respecto al abuso del derecho:

Existen aquellas legislaciones que no contienen normas expresas reprimiendo al abuso del derecho, no obstante la jurisprudencia si recepta y aplica esta teoría. Podemos mencionar dentro de este grupo a Francia, Italia, Chile, Colombia, Bélgica.

Otros países si establecen normativas expresas al respecto, algunos como Alemania, Prusia, China, Túnez, Marruecos, México o Austria, adoptan criterios subjetivos exigiendo la intención de causar un daño. Otros como Brasil, Rusia, Suiza, Líbano, Turquía, por el contrario acogen criterios objetivos. Encontramos también los que adoptan criterios mixtos (objetivos y subjetivos), tales como España, Polonia, Venezuela o Paraguay.

Otras legislaciones, como la peruana o uruguaya solo se limitan a reprimir la conducta sin brindar ningún otro parámetro.

Países como México o Bolivia, o el C.C. italiano de 1942 recepta el abuso del derecho pero solo en relación al derecho de propiedad.

Finalmente, podemos agregar que, en algunas legislaciones (peruana, libanesa, polonesa, venezolana, española) se encuentran regulados los efectos de dicho abuso, en otras solo lo reprime sin establecer cuales son sus consecuencias.

CAPITULO VI

PRIMERAS APLICACIONES JURISPRUDENCIALES DEL ABUSO DEL DERECHO.

SUMARIO: 1- Introducción. 2- Jurisprudencia inglesa. 3- Jurisprudencia francesa. 4- Jurisprudencia alemana. 5- Jurisprudencia española. 6- Conclusión.

1- Introducción.

Estudiaremos, antes de avanzar sobre el análisis de nuestra jurisprudencia, aquella que ha sido la pionera en el viejo continente. Nos enfocaremos en aquellas decisiones jurisprudenciales significativas que han impulsado el avance en el mundo jurídico del abuso del derecho.

2- Jurisprudencia inglesa.

Desde el año 1706, la jurisprudencia inglesa, tuvo conocimiento de situaciones vinculadas con el abuso del derecho. Por ejemplo, el leading case de la escopeta (decoy case): un sujeto de apellido Kleeble, dentro de su propiedad, se dedicaba a la caza de pájaros con escopeta para venderlos. Su vecino Hikingill disparaba con su propio fusil para espantar maliciosamente a los pájaros. Se estableció, en la época, que no se podía usar las facultades legales con el solo objeto de dañar a otro.

3- Jurisprudencia francesa.

En Francia merecen comentario dos casos, los cuales se resolvieron aplicando el artículo 1382 del Code, que regula el resarcimiento del daño por responsabilidad civil. El primero data de 1855 y tuvo lugar en la Corte de Colmar. Un propietario levantó una inmensa chimenea no para uso personal, puesto que era falsa ya que no poseía tiro, sino con el sólo propósito de oscurecer la morada del vecino. Se sentenció que se “debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo”. El segundo caso, Clément-Bayard, fue conocido por el Tribunal de Compañía, después por la Corte de Amiens en 1913 y, en última instancia, por la Corte de Casación. El caso consiste en que un especulador compró un terreno, en el cual construyó majestuosas obras con enormes puntas de acero que desgarraban las envolturas de los dirigibles que salían de un hangar vecino para hacer vuelos de ensayo. El propósito de dichas construcciones era vender su terreno a un precio prohibitivo. Se falló que el titular de un derecho no puede ejercitarlo en vista de otro objeto que aquél para el cual ha sido reconocido por el legislador.

La Corte de Apelación de París en 1957, ha considerado como abusiva la conducta de un padre que emancipó a su hijo con la única finalidad de extinguir el derecho de visita de la madre que se había separado de él.

4- Jurisprudencia alemana.

En Alemania, el Tribunal Supremo del Reich en 1909, tuvo que resolver el caso de un padre enemistado con su hijo que le prohibió visitar la sepultura de la madre ubicada en una finca de su propiedad. El padre había alegado como causa de su prohibición, que al encontrarse con su hijo tendría que temer un perjuicio en su salud, ya quebrantada. El Tribunal limitó dicha prohibición a aquellos días que no tuvieran el significado de grandes festividades religiosas.

5- Jurisprudencia española.

En España el Tribunal Supremo, en 1932, entendió en un caso en el cual un consorcio de la Zona Franca de Barcelona tenía una concesión exclusiva para extraer arena de las playas de mentada ciudad, y en una de esas playas donde, haciendo uso de su derecho, el consorcio extraía arena, se ubicaba una central eléctrica. La cuestión es que la extracción de arena fue de tal magnitud que alteró la superficie de la playa y exterminó las defensas naturales contra la erosión del mar. Por este hecho, los temporales produjeron un daño importante a la central eléctrica, la cual demandó pidiendo una indemnización al consorcio. El Tribunal en este caso resolvió: que se estaba en presencia de un uso de un derecho de apariencia legal, pero que producía un daño, que existe una inmoralidad o antisocialidad del daño y por lo tanto se debe indemnizar por los perjuicios ocasionados.

6- Conclusión.

Podemos observar que la mayoría de los casos se originan por problemas de vecindad, en primer lugar, y luego, por cuestiones de familia. Esto quiere decir que los conflictos se motivan por la convivencia, así como también por cuestiones afectivas.

En relación a los casos de familia se ha tomado en consideración la motivación del padre (en ambos casos) para actuar de esa manera, y siendo, ésta, injustificada y sin ninguna finalidad para sí, se ha resuelto por la existencia de abuso.

En el caso de España se ha decidido por otorgar la indemnización, en base a que se trataba del uso de un derecho de “apariencia legal” pero que ocasionaba un daño, y éste es antisocial.

En el caso inglés se ha seguido un criterio subjetivo, es decir la intención de dañar, para determinar el abuso.

Por otro lado la Corte de Colmar optó por justificar su decisión en base a la falta de interés serio y legítimo. Y la Corte de Casación adoptó un criterio objetivo, al reprimir la conducta por la finalidad de la norma.

CAPITULO VII

EL ABUSO DEL DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA.

SUMARIO: 1- Introducción. 2- Resoluciones judiciales sin sanción del abuso del derecho en los textos legales. 3- Jurisprudencia luego de la reforma constitucional de 1949. 4- Decisiones judiciales luego de la Ley N°17.711 5- Fallos contemporáneos. Un análisis profundo. 5.1- En materia contractual. 5.2- Derechos reales y abuso del derecho. 6- Conclusión.

1- Introducción.

En este capítulo analizaremos que aplicación le dan los jueces a esta institución. Primero veremos jurisprudencia anterior a la reforma constitucional de 1949, luego la que tuvo lugar después de la recepción del abuso del derecho en el derecho positivo. Para finalizar desarrollaremos jurisprudencia fundada en el art. 1071 del CC.

2- Resoluciones judiciales sin sanción del abuso del derecho en los textos legales.

El Código Civil de Vélez al tener un tenor individualista, no receptó en forma expresa la doctrina del abuso del derecho.

No obstante la jurisprudencia reconoció en ciertos casos la existencia de un ejercicio abusivo de los derechos.

Para justificar sus soluciones limitativas al ejercicio de los derechos subjetivos, se fundó sustancialmente en el artículo 953 del Código Civil, que exige que el objeto de los actos jurídicos debe ser conforme a la moral y las buenas costumbres.

Es decir que el contenido moral que tiene el ordenamiento se proyecta más allá de las disposiciones específicas, extendiéndose al ejercicio de los derechos derivados de las relaciones o de las situaciones jurídicas.

En diversos fallos los tribunales se han pronunciado a favor de la aplicación del abuso del derecho. Entre esas decisiones ocupan un lugar preferente varias sentencias de la Cámara de Apelaciones de Rosario.

Así se admitió la responsabilidad del acreedor que por su negligencia solicitó y obtuvo la quiebra del deudor, entendiéndose el tribunal que el demandante "no había ejercitado su derecho dentro de los límites" (Cám. Apel. Rosario, 21 de julio de 1933).

En otro caso se dijo que "el abuso del derecho estaría entonces en el ejercicio anormal del derecho... en la falta de diligencia suficiente, en la desviación del fin social y económico del derecho, en la ausencia de interés legítimo, real y serio, y en los derechos ejercitados con malicia o mala fe", condenándose al resarcimiento de los daños causados por una ejecución de prenda agraria de vencimiento sólo aparente (Cám. Apel. Rosario, 21 de julio de 1934, voto del vocal doctor Palacio, R).

El embargo indebido de bienes del deudor ha sido reiteradamente calificado como un abuso del derecho, con la consiguiente responsabilidad del acreedor embargante (Cám. Apel. Rosario, 10 de marzo de 1926).

Igualmente se ha estimado que hay abuso del derecho, cuando se tolera la invasión del propio fundo por la construcción vecina y luego se pretende la demolición parcial y reivindicación de la angosta franja de terreno ocupada (Cám. Civ. 1° Capital, 21 de mayo de 1928); asimismo habrá abuso cuando se intenta demoler ornamentos del edificio vecino que a cierta altura avanzan escasos centímetros sobre el jardín del demandante (Cám. Apel. Dolores, Bs. As., 1936); cuando se instala un prostíbulo y con ello se perjudica a los vecinos (Cám. Civ. 2° Cap., 6 de agosto de 1940); si se niega a un usuario un servicio telefónico que se presta a otro en igualdad de condiciones (Cám. Apel. Rosario, 27 de mayo de 1941).¹⁸

Los Tribunales también han dicho: “El art. 1071 del C.C. contempla el ejercicio normal del derecho, en mira de un beneficio, pero no en el solo perjuicio de otro, porque entonces o hay negligencia o hay intención de perjudicar, y ni lo uno ni lo otro es lícito, porque se encuentra dentro de la zona de la culpa que puede constituir el abuso del derecho con la obligación eventual de reparar el daño.” (Cám. Com. Cap., 14-11-1934); “El abuso del derecho requiere que se obre maliciosamente con el fin de causar un mal, intención que puede deducirse de la inutilidad o escasa utilidad del acto para el autor con conocimiento del perjuicio causado al tercero.” (Cám. Ap. 1ª, La Plata, Sala 1, Julio 1947); “La posesión de una casa de tolerancia constituye un ejercicio indebido y abusivo del derecho de propiedad del vecino que la explota o tolera en su terreno.” (Cám. Civ. 2ª Cap., Julio 1938); “Cuando la posesión de la pequeña franja que se reivindica, sobre la que ha avanzado la construcción del demandado, vendría a privar de luz a las habitaciones a más de dejar sin acceso a las piezas de servicio y a la azotea, todo lo cual podría acarrear la clausura de la propiedad por las autoridades municipales, la negativa del reivindicante a vender esa franja que no le es necesaria, puesto que dispone de una amplia extensión de terreno, sobre la que tiene construido un galpón, configuraría un caso típico de abuso del derecho.” (Cám. Civ. 2ª, Cap., Junio 1939); “La resistencia a admitir el juego implacable del pacto comisorio cuando el vendedor ha satisfecho una parte crecida del precio, si bien no puede sostenerse invocando la teoría del enriquecimiento sin causa, tendría su base en los preceptos del C.C. que como los arts. 530 y 953 se oponen a lo que puede ser contrario a la moral y al abuso del derecho.” (Cám. Civ. 2ª, Cap., Febrero 1940); “Corresponde hacer lugar a la demanda de rescisión del contrato de compraventa por mensualidades si el demandado no ha contestado la demanda y no ha comparecido a absolver posiciones y ha transcurrido

¹⁸ Jurisprudencia citada por J.C. Rivera, Instituciones de derecho civil parte general, T. 1, 3° ed. Abeledo Perrot, 1994, p. 330.

largo tiempo desde el vencimiento del convenio respectivo, ya que esos hechos constituyen causa bastante para no considerar que la actitud del actor comporta un abuso de sus derechos de vendedor que torna inmoral el ejercicio de los mismos.” (Cám. Civ. 1ª, Cap., Agosto 1944); “El nuevo camino para la servidumbre de tránsito pactada, debe atender a la naturaleza y destino de la heredad cerrada y servir al interés y explotación de la misma, pues si se la impone en violación a esos requisitos, se vulnera el derecho del propietario del predio dominante y se abusa del derecho.” (Cám. Ap. 1ª Mercedes, Abril 1944).

3- Jurisprudencia luego de la reforma constitucional de 1949.

Con la reforma constitucional de 1949 se recepta el abuso del derecho en el ordenamiento positivo argentino, otorgándose a los jueces fundamentos más que suficientes para la aplicación de mentado instituto. Aunque mencionada Constitución fue abrogada en 1955, la Corte Suprema de Justicia Nacional ha resultado que el abuso del derecho tenía adecuado reconocimiento y vigencia en nuestro ordenamiento jurídico sin necesidad de recurrir para fundarlo a precepto alguno de jerarquía constitucional.

Tanto la breve acogida del abuso del derecho en nuestra Constitución Nacional, como el pronunciamiento de la Corte Suprema han impulsado a la jurisprudencia a seguir aplicando este límite al ejercicio de los derechos subjetivos. Por ejemplo podemos mencionar que ha existido abuso si se deduce un interdicto de obra nueva interrumpiendo la construcción comenzada, con mala fe o error grosero inexcusable (Cám. Apel. 1º La Plata, 24 de junio de 1952); cuando un condómino que alquila el inmueble pretende la venta con subsistencia de la locación, lo que se traduce en un previsible envilecimiento del precio a obtener (Cám. Apel. Civ. Cap., 23 de noviembre de 1953); cuando el inquilino que dispone de otra vivienda, exige al locador una indemnización para desocupar la casa locada (Cám. Fed. Bahía Blanca, 1953); cuando se promueve una ejecución hipotecaria sin derecho, pero que prospera por la imposibilidad para el deudor de defenderse en el juicio ejecutivo (Cám. Civ., Sala "B", 1952 y Cám. Civ., Sala "A", 20 de febrero de 1959); cuando se logra el desalojo de un garaje haciendo valer la futura reconstrucción con triplicación de la capacidad locativa y luego se edifica un cinematógrafo (Cám. Civ., Sala "B", 1952); cuando se deja transcurrir 10 meses de mora sin gestionar el desalojo ni comunicar la situación al fiador y luego se exige a éste el pago de toda la deuda (Cám. Civ. 2º); cuando se exige

el cambio de destino de una unidad horizontal, en base a lo autorizado por el Reglamento de Copropiedad, si la nueva utilización no causa perjuicio alguno.

De igual forma se ha resuelto cuando se pretendió resolver un contrato en razón del incumplimiento de obligaciones meramente accesorias, o cuando se pretendió también la resolución de un contrato en virtud de un breve atraso del comprador en el pago de los intereses, cuyo monto resultaba exiguuo frente al 75% del precio ya pagado por el comprador y que se encontraba en posesión del inmueble; cuando el acreedor eligió para ser subastado un inmueble habitado por la esposa y los hijos del deudor en trance de divorcio y separación de bienes, pese a que la cónyuge había indicado otros bienes con los cuales podía cobrarse el acreedor. (Cám. Civ. Cap., Sala "B", 20 de mayo de 1954)

Estas reglas se aplicaron también a situaciones no patrimoniales, siendo particularmente interesante la cuestión que se planteó acerca de la autorización paterna para que el hijo menor entrase en comunidad religiosa, negándose el padre indebidamente a ello, lo que fue juzgado como una conducta abusiva (Cám.Civ.,Sala"B", 31 de mayo de 1954); del mismo modo se consideró que mediaba una conducta abusiva por parte del titular de la patria potestad, que sin razones fundamentales impedía el trato entre los nietos y los abuelos (Cám. Apel. 2° La Plata, 15 de julio de 1949).¹⁹

Asimismo se ha dicho que: “Configura abuso del derecho el ejercicio de una derecho positivo contra la recta razón, que ordena, por la naturaleza social del hombre, no dañar a otros con quienes convive... Los abusos de los derechos consagrados por la C.N. y por las leyes que en su consecuencia se dicten, no pueden ser amparados bajo ningún pretexto cuando perjudiquen al bien común o lleven a cualquier forma de explotación del hombre por el hombre. Aunque el texto legal sea expreso y claro no puede interpretarse en el sentido de que ampare actos que desvirtúen los fines naturales y sociales del derecho, actos de los que deriven consecuencias dañosas para el interés social prevalente, o que se realicen excediendo los fines en vista de los cuales el derecho que se ejercía fue conferido, lo contrario importaría autorizar el abuso del derecho.” (SC, diciembre 1952); “La C.N., mediante una norma de jerarquía superior a las leyes que instituyen o reglamentan facultamientos individuales, ha consagrado la tesis de abuso del derecho: la que impide que el perjuicio inmotivado el prójimo pueda caber en los límites de un derecho, por más que la descripción normativa de él lo comprendiera

¹⁹ Jurisprudencia citada por Llambías, Tratado de derecho civil parte general, T. II, 17° ed. Perrot, Bs. As., 1997, p. 165.

formalmente.” (Cám. Nac. Civ., Cap., Sala A, noviembre 1953); “Existe abuso del derecho todas las veces que el titular de un derecho subjetivo pretende ejercerlo para que sirva a propósitos inmorales o reñidos con las buenas costumbres o con la buena fe-lealtad o la buena fe- creencia, o con la reciproca confianza entre contratantes, así como en otros supuestos similares, en que la misión social del derecho subjetivo queda comprendida.”(Cám. Nac. Ap. B. Blanca, 22-7-1952); “Los derecho deben ejercitarse rectamente y en función de su finalidad. Cuando no ocurre así y se los desvía de su verdadero espíritu, dejan de estar tutelados por el ordenamiento jurídico.” (Cám. Nac. Civ., Sala D, noviembre 1963); “El abuso del derecho queda configurado: a- porque se ejerce al derecho de una manera repugnante al sentimiento de moral b- porque se lo desvía de los fines en vista de los cuales se lo ha conferido.” (Cám. Nac. Civ., Sala A, diciembre 1963); “Existe abuso del derecho cuando el titular lo ejerce contrariando los dictados de la buena fe o desviándolos del fin para el cual el derecho ha sido reconocido; los derechos subjetivos son reconocidos al hombre como medios indispensables para la consecución de los fines humanos; y por tanto están adscriptos al servicio de esos fines y pierden su carácter cuando el titular los ejerce desviándolos de la finalidad que justifica su existencia.” (Cám. Civ., Cap., Sala D, 17/2/1967).

4- Decisiones judiciales luego de la Ley N°17.711.

La reforma de 1968 del artículo 1071 del Código de Vélez ha servido de pauta para la aplicación de la idea del abuso del derecho en numerosas cuestiones. Ha sido sustento de pronunciamientos que trataron de evitar que se exigiera el cumplimiento de contratos cuyo equilibrio económico había sido fracturado por los efectos de la inflación; en particular se ha sostenido que constituye un ejercicio abusivo la pretensión de escriturar un inmueble por un precio que había devenido irrisorio como consecuencia de los fenómenos inflacionarios (CNApel. Civ., Sala B, 30 de Septiembre de 1977).

Del mismo modo en algunas sentencias se ha utilizado la doctrina del abuso del derecho para anular contratos celebrados bajo sistemas de ajuste que en definitiva hacían imposible el cumplimiento del deudor; en particular se trataba de los contratos que se ajustaban por la circular 1050 del Banco Central (CNApel. Com., Sala A, 13 de Julio de 1982).

Asimismo se pronunció a favor de la aplicación del abuso del derecho la Cámara Comercial de la Capital Federal que consideró que mediaba abuso en la pretensión de embargar y ejecutar un perro que no tenía ningún valor económico, ya que la intención no era otra que perturbar al deudor, desde que el precio que se obtendría, de obtenerse alguno, ni siquiera cubriría los gastos de publicidad del remate (CNApel. Com., Sala A, 7 de Septiembre de 1973).

La Cámara Apelaciones Civil de Capital, Sala D, declaró abusiva la conducta del acreedor hipotecario en el siguiente caso: la escritura preveía la caducidad del plazo para el caso de demolición de la casa. El propietario obtuvo la desocupación de la casa por el inquilino que pagaba un alquiler congelado, la demolió e inició la construcción de un edificio de ocho plantas, todo lo cual valorizó la propiedad varias veces. Como el motivo de la prohibición de demoler era evitar la desvalorización del inmueble, la pretensión del acreedor de hacer valer la caducidad del plazo fue juzgada por el tribunal como contraria a la buena fe y abusiva (18 de Noviembre de 1963).²⁰

5- Fallos contemporáneos. Un análisis profundo.

Dicho esto, ahora entraremos en un análisis más profundo de fallos más contemporáneos de diversas materias para examinar que alcance le otorgan los jueces al instituto objeto de estudio del presente trabajo.

5.1- En materia contractual.

- La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón se ha pronunciado a favor de la aplicación del abuso del derecho cuando se pretendió resolver un contrato. La cuestión que se suscitó es la siguiente: En primera instancia se ha resuelto condenar a los demandados al cumplimiento del contrato de compra-venta de un inmueble, los cuales no han dado cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia.

Contra esta resolución se interpuso recurso de apelación. La recurrente se agravia de que, subsidiariamente demandó la resolución del contrato si no se lograba su cumplimiento, y conforme el pacto comisorio, esto implicaba la pérdida de las sumas abonadas en concepto de daños y perjuicios y la consecuente restitución del inmueble.

²⁰ Jurisprudencia citada por J.C. Rivera, Instituciones de derecho civil parte general, T. 1, 3° ed. Abeledo Perrot, 1994, p. 332.

Al respecto el señor juez José Luis Gallo dice: "...obviamente la resolución comisoría debe enmarcarse en los principios de relatividad de todos los derechos y de funcionalidad en su ejercicio".

Luego sostuvo que "...Es que una norma legal determinada, no puede ser tomada aisladamente, sino que debe enlazarse con el resto del ordenamiento jurídico, pues aunque resulte admitida una conducta conforme a una disposición de derecho positivo, corresponde su reproche cuando proyectada al conjunto normativo, resulta lesionante. En tal sentido, la teoría del abuso del derecho -o dicho con más propiedad- del ejercicio antifuncional de los derechos subjetivos, puede ser considerada como una derivación lógica y armónica del principio de la relatividad de los derechos subjetivos. La ley, en consecuencia, no ampara el ejercicio de las prerrogativas jurídicas que prescindan del marco fijado por el ordenamiento general, a que ello implica romper la armonía que necesariamente deben guardar ambos conceptos..."

Continúa diciendo: "Será el Juez el que deberá apreciar en cada caso particular que deba resolver, teniendo en cuenta sus tipicidades, si la invocación de un derecho queda atrapada por el segundo párrafo del art.1071 del C.C.A..."

Luego de comprobar que se ha abonado el 92% del total del precio el Juez declara: "...En tal situación concreta estimo que la aplicación de la cláusula comisoría implicaría un claro abuso de derecho... La proporción del precio abonado y del pendiente tornarían antifuncional y absoluto el derecho que los actores invocan y su dinamización excedería el marco de equidad y justicia al cual debemos apuntar agravando los principios de moral, buena fe y buenas costumbres contractuales..."

Para finalizar el Magistrado cita jurisprudencia que respalda su decisión, tal como: "El pacto comisorio es ilícito cada vez que su aplicación puede importar un abuso de derecho por parte del vendedor o un enriquecimiento sin causa a costa del adquirente situación que se ofrece cada vez que este haya pagado la mayor parte del precio (SCJBA 16/11/71 en La Ley 145-390); Cuando se ha pagado una parte importante de precio el vendedor pierde el derecho a hacer funcionar el pacto comisorio y solo puede pedir el cumplimiento del contrato pues en esas condiciones el cumplimiento del pacto comisorio se convierte en excesivo, abusivo y contrario a la lealtad que debe dominar el

cumplimiento de los contratos (Cam.Ap.Civil y Com.de Mercedes, Sala II,4/9/79 El Derecho 86-388)...”²¹

- Analizaremos a continuación un fallo de la Cámara de Apelación en lo civil, comercial, laboral y de minería de Neuquén, con fecha de 5 de Junio de 2014, en el cual se ha resuelto que el ejercicio del derecho de prórroga en un contrato de locación se ha ejercido abusivamente al pretender mantener el mismo canon locativo. Se dijo que la locataria no podía desconocer cuáles eran los valores de plaza para el alquiler de locales comerciales, y no obstante persistió en su posición de ejercer el derecho de prórroga abonando un canon mensual que era manifiestamente irrisorio. La persistencia en el ejercicio de su derecho sin importarle la situación de su cocontratante, para quién el negocio jurídico se convertía en ruinoso, constituye una conducta reñida con la buena fe.

La cuestión en debate es la siguiente: La locadora rechaza la opción de prórroga; impugna la cláusula, por "ser dicha condición abusiva, configurar un quiebre del sinalagma contractual y otorgar una evidente desproporción de las prestaciones a cargo de las partes, teniendo en consideración el canon que Ud. pretende abonar mensualmente por la locación, su relación con el valor de mercado y las actuales condiciones económicas reinantes". La locataria contesta, alegando su derecho a la prórroga, negando la existencia de un quiebre en el sinalagma contractual y una desproporción en las prestaciones, e intimando a que perciba el importe del canon locativo. La actora finalmente consigna judicialmente los alquileres. La demandada, acepta recibir el pago imputándolo a cuenta de mayor valor adeudado y canon locativo que se pacte.

La controversia llegó a la segunda instancia. La locataria se agravia por que considera que no es posible omitir el tratamiento de la nulidad de la cláusula de prórroga que ha originado todo el juicio.

La Dra. Clerici, refiriéndose a la cuestión, dijo: “La a quo ha entendido que el ejercicio de la opción consagrada en la disposición contractual referida por parte de la locataria resulta abusiva y contraria al principio de buena fe y equidad que debe imperar en la formación y ejecución de los contratos...

²¹ C.Apel.CC sala II de Morón, “Paoli, Alfresco c/ Piñero, Luis A. y ot. s/ cumplimiento – resolución de contrato”, 21/02/2006, disponible en www.laleyonline.com.ar.

La jueza cita a Aída Kemelmajer de Carlucci que señala que “Con criterio restrictivo se ha resuelto que por medio del abuso del derecho no pueden introducirse modificaciones en la negociación; ...Sin embargo, son muchos los casos en que los jueces recomponen el negocio merced a la invocación del abuso del derecho” (cfr. aut. cit., "Principios y tendencias en torno al abuso del derecho en Argentina", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 16, pág. 223)”.

Luego señala lo postulado por Rodolfo Vigo “...La reacción desfavorable del Derecho frente al abuso se fundamenta porque se produce un daño a alguien, es decir se lo priva de algo que le corresponde, sin que ello se pueda justificar jurídicamente. Es el juicio de equidad, fruto de la razón práctica jurídica operativa o prudencial, lo que determina que se impida esa conducta abusiva. La apariencia de juridicidad y lo injusto concreto son, en última instancia, las dos notas más características del instituto que estamos analizando. ("Consideraciones iusfilosóficas sobre el abuso del derecho", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 16, pág. 311/312)”.

La Dra. continúa remarcando que el núcleo del problema es el daño. El derecho no puede ni debe tolerar el daño injusto, y esta es la perspectiva de análisis que propongo para la cláusula de prórroga del contrato. Y aclara, “Hablo de daño y no de disminución de la ganancia, o afectación mínima del interés de la parte...”

Para poder calificar el perjuicio sufrido hay que comparar los valores de mercado y el que pretende abonar la actora, y se deduce que el precio pactado por las partes no importa una pérdida de ganancia para la propietaria del inmueble, sino lisa y llanamente la desnaturalización del negocio jurídico. Y en tales condiciones, la pretensión de la parte actora de mantener el precio original de la locación durante el plazo de prórroga se constituye en un ejercicio abusivo del derecho.²²

- Seguidamente analizaremos un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires, con fecha 11 de febrero de 2009. Los hechos son los siguientes: Las partes celebraron un contrato de usufructo de un inmueble, cuyo plazo fue pactado por 20 años. Con el paso de los años el canon devino irrisorio. El nudo considera que tal situación resulta abusiva en los términos del art. 1071, debido a que la revalorización que han tenido los inmuebles son el parámetro para medir el valor del usufructo, y

²² C.Apel.CCLyM de Neuquén, “Cecilia, Martínez c/ María A. Zanoni s/ consignación”, 5/6/2014, disponible en www.laleyonline.com.ar.

solicita la recomposición del canon. También reclama la posibilidad de revisión periódica del canon.

La Dra. Pérez Pardo, refiriéndose a la aplicación del art. 1071 invocado, dijo: “El ámbito de este principio abarca a todo el derecho, desde las "personas" hasta las sucesiones, con incidencia tanto en los derechos subjetivos patrimoniales -obligaciones contratos y derechos reales, como es el caso de autos- como en los extrapatrimoniales (conf. Bueres y Highton, "Código Civil", III-A-121).

La Vocal afirma que el canon debe actualizarse para mantener el sinalagma contractual y evitar la configuración de una situación de abuso de derecho (art. 1071 C.Civ.) por exceder los límites impuestos por la buena fe y el fin tenido en mira al contratar.

En cuanto al pedido de revisión periódico del canon, se pronuncia a favor pues, estima que el derecho debe tender a prevenir situaciones de abuso para cualquiera de las partes contratantes, y que debe consolidarse un ejercicio funcional de los derechos, acorde con el finalismo jurídico, el obrar de buena fe y las costumbres sociales.²³

- Veremos, ahora un fallo de la Cámara 2º de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, del 27 de agosto de 2009, donde los vocales han decidido rechazar el recurso de apelación interpuesto por la actora y confirmar la sentencia anterior.

En primera instancia se ha dictaminado declarar resuelto el boleto de compraventa, debiendo las partes restituirse las obligaciones cumplidas, esto implica que el demandado restituya el inmueble (posesión que en actualidad ya detenta el actor) y que el accionante, restituya la suma de dinero recibida en pago. El sentenciante ha resultado así, por constituir un abuso del derecho lo acordado en el convenio, en la cual las partes establecieron que si el comprador no cumplía con sus obligaciones de pago, el vendedor se quedaría con las sumas percibidas por los perjuicios causados.

En la apelación la actora se agravia que el fallo recurrido lo condene a devolver la suma percibida, por declarar abusivo lo acordado por las partes libremente. Además se queja porque el juez ha actuado de oficio al declarar el abuso del derecho, y de haber sabido, otra habría sido su defensa.

El Dr. Lescano analiza los agravios de la actora y dice que las condiciones pactadas para que surtan efectos plenos, no deben dar lugar al ejercicio abusivo de un derecho. En este

²³ CN.Apel.C sala L de Bs. As., “Las Moras S.A v. Arcos Dorados S.A”, 11/02/2009, disponible en www.abeledoperrotonline2.com.ar.

sentido, la determinación de la existencia de una cláusula abusiva ha sido correcta y prudentemente analizada por el A-quo. Se advierte que la pretensión de quedarse con las sumas entregadas por parte del comprador, en función de lo pactado, luce francamente abusivo, ya que el accionante no sólo obtiene la restitución del inmueble, sino también pretende quedarse con más del 55% del valor del inmueble. Y prosigue, "...La norma del art. 1071 del C.Civ., constituye la directiva legal indicada para proteger a las personas del ejercicio abusivo de un derecho, cuando, como en el caso de autos, se reclama el cumplimiento estricto de una cláusula contractual, pero de dicha exigencia se infiere de manera evidente que la misma excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Tal limitación legal que surge de la normativa analizada, está determinando que exigir el cumplimiento pleno y estricto de un contrato no es absoluto, como pretende el impugnante, ya que a los fines de obtener una respuesta justa a su reclamo, el mismo debe sustentarse en un ejercicio regular, esto es, enderezado a lo que las partes tuvieron en miras al momento de su celebración, teniendo en cuenta al respecto los principios esenciales de la buena fe, la moral y las buenas costumbres..."²⁴

5.2- Derechos reales y abuso del derecho.

- El 10 de Marzo de 2014 se ha resuelto una petición interpuesta por los hijos de una causante, luego de ser excluidos de la vivienda familiar por el cónyuge supérstite, puesto que goza del derecho real de habitación. El tribunal le ha dado una interpretación restrictiva al derecho real de habitación, diciendo que es vitalicio, carácter justificado atento su carácter asistencialista, resulta excesivo otorgarlo a quien contaba con tan sólo 53 años de edad al momento de enviudar, pues llevaría a desvirtuar el fin considerado por el legislador, cual es la protección de viudas y viudos de avanzada edad, con lo que lejos de proteger la situación de quien lo reclama, opera en desmedro del derecho a una vivienda de su descendencia, redundando en un indebido beneficio del actor que ejerce su derecho más allá de los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres en franca violación a lo normado por el [artículo 3573 bis del Código Civil](#).²⁵

- Seguidamente examinaremos un fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de la ciudad de San Francisco, que data del

²⁴ C.Apel.C 2º de Córdoba, "Ibazeta, Juan C. c/ Altamirano Carlos y ot. s/ cumplimiento- resolución de contrato", 27/08/2009, disponible en www.laleyonline.com.ar.

²⁵ C.Apel. CyC, sala II, Azul, Bs. As., "B.N.R. c/ coherederos declarados de M.S.M. s/incidente" 10/03/2014, disponible en www.rubinzalonline.com.ar.

2013.

El tema de este litigio versa sobre los límites y restricciones al dominio que dispone el Código Civil. El caso es el siguiente: los copropietarios de un inmueble promueven demanda contra un Fideicomiso “Edificio Pueyrredón San Francisco”, con el fin de que se lo condene a cerrar las ventanas (tanto las que se encuentran en la pared medianera, como las que se encuentran en los muros privativos) del edificio en construcción lindante a su copropiedad, por ser violatorias de la legislación vigente. Aclaran que las ventanas que se encuentran en la pared medianera violan el art. 2654 del C.C. y las que se encuentran en muros privativos no respetan lo establecido en el art. 2658 del C.C.

En el fallo de primera instancia se ha dictaminado que se considera a las restricciones y límites al dominio privado, pautas de convivencia que deben presidir toda relación de vecindad, por lo que decide que se deben reguardar los derechos de la actora, preservando su privacidad, adecuando las aberturas de la medianera a las exigencias del art. 2655 del C. Civil, debiendo la accionada colocar las rejas de hierro cuyas barras no dejen mayor claro que tres pulgadas como indica la norma para asegurar la privacidad del vecino. No admite la pretensión de cerrar los tragaluces de la pared privativa.

En la apelación la actora se agravia de que en la sentencia impugnada, no se lo condenó a cerrar los tragaluces de la pared privativa. Se queja que lo que corresponde es cerrar las ventanas de la medianera, y no colocarle rejas. Continúa diciendo que el sentenciante menciona que resultaría abusiva la pretensión de cerrar el tragaluz que tiene por finalidad recibir luces si no ocasiona perjuicio alguno al vecino. Al respecto se agravia de que cualquiera puede cambiar los tragaluces existentes por ventanas. Afirma que la pretensión no es abusiva porque se fundamenta en los daños que se pueden producir y porque no se causa perjuicio al demandado ya que la ventilación e iluminación la tienen resuelta por las demás ventanas.

La vocal Dra. Imahorn ilustra la cuestión diciendo: “...Si de lo que trata el art. 1071 es de juzgar el uso del derecho, no a través de la norma exclusivamente, de su literalidad o de su espíritu, sino de la ratio legis, la finalidad de la norma misma (BUERES-HIGHTON, "Código Civil", p. 122, t. 5A, Hammurabi); la actitud asumida por la demandada puede verse en él subsumida, puesto que la limitación fijada por el art. 2655 del Código Civil tiene en miras impedir que de un fundo a otro puedan tenerse ventanas que permitan ver continuamente lo que ocurre en la casa del vecino (Bueres-Highton, ob. cit., p. 723).

Mientras este tipo de aberturas no trasgreda la finalidad de la norma, cual es el de evitar vistas sobre predio lindero, estarían permitidas en toda clase de muros “no medianeros”. ...la afectación de la privacidad, intimidad, seguridad e higiene en la propiedad del lindero, no se vería vulnerada por la instalación de luces con marco fijo y vidrio translúcido opaco que sólo permite la entrada de luz e impide las vistas....”

La sentenciante, por todos los argumentos expuestos, estima que no corresponde el cerramiento total de las ventanas ubicadas en los muros privativos, como pretende el actor apelante.

La parte demandada cuestiona la decisión del a quo al exigir la colocación de rejas de hierro, ya que entiende que la exigencia del art. 2655 C. Civil es anticuada y exagerada.

A esta cuestión la Dra. dice: “...Si la ventana abierta por el accionado sobre un muro privativo con el fin de recibir luces, no ocasiona perjuicio alguno a la actora, la pretensión de cerramiento ejercida por ésta resulta excesiva, máxime si no ha acreditado el beneficio que obtendría si tal hecho se produce, y si en cambio es manifiesto el perjuicio que ocasionaría al accionado no sólo por la privación de la luz que padecería sino además por el costo de las tareas de cerramiento, en estas circunstancias acceder a la pretensión del accionante configuraría un ejercicio abusivo del derecho contemplado en el art. 1071, Código Civil ...En suma, se estiman innecesarias las rejas toda vez que las ventanas de luz colocadas consisten en paños fijos de vidrio translúcido opaco...”

Por lo tanto aquí podemos evidenciar que se han dejado de aplicar normas referidas a los límites y restricciones al dominio con base a considerarse abusiva su exigencia, puesto que no contraria los fines de dicha normativa la conducta de la demandada, pese a que no respeta la letra de la ley. También han basado su decisión los magistrados en que no se ha demostrado daño alguno, máxime al aplicar la figura en cuestión.²⁶

- La Corte Suprema de Buenos Aires, el 21 de setiembre de 2011, entendió en el siguiente conflicto: el dueño de un aeródromo privado reclamó daños y perjuicios debidos a que la pista fue obstaculizada e inhabilitada a raíz de la instalación de una nueva antena para internet en el fundo vecino.

A fin de resolver la controversia, la Cámara de Apelaciones ponderó la necesidad de contar con servicio de Internet y los aspectos preventivos relacionados con la afectación

²⁶ C.Apel.CCyCA de San Francisco, “Giordani, Carlos y ot. c/ Edificio Pueyrredón San Francisco s/ ordnario”, 14/03/ 2013, disponible en www.laleyonline.com.ar.

de artefactos eléctricos como consecuencia de una tormenta. Y entendió que la cuestión controvertida consistía en determinar si los demandados ejercieron abusivamente su derecho de propiedad.

Al respecto el Tribunal resolvió, no ver configurado un comportamiento con connotaciones abusivas de los codemandados. Éstos ejercitaron regularmente el derecho de uso y goce de su propiedad.

Concluyó que la instalación de la antena fue legítima, dado que el lugar designado para ello obedeció a motivaciones de estrategia puramente económica (para aprovechar la parte no inundable de su predio con los cultivos, y no desperdiciarlo con la antena). Acordó que no se encuentran comprometidos intereses públicos o generales. Finalmente, agregó que el accionante pudo haber orientado la pista en otra dirección. Contra esta decisión se alza la actora señala que la instalación de la torre no obedeció a motivos atendibles, puesto que la columna nunca fue utilizada para la instalación de servicio de Internet. Alega que hubo una conducta abusiva del demandado porque este instaló la columna con el único e inequívoco fin de obstruir su actividad aerocomercial. Se queja de las valoraciones efectuadas por el tribunal con relación a la orientación de la pista en tanto que ella fue construida con anterioridad a la instalación de la torre, y por las características del predio, éste no admite otra orientación. Asevera que, por el contrario, la columna podía ser ubicada en otra parte.

En relación al abuso la Corte dice: "...La interdicción del abuso del derecho ha sido expresamente prevista en el art. 1071 del Código Civil. Esa norma establece una doble directiva a los efectos de determinar cuándo media ejercicio abusivo de un derecho. Una primera se relaciona con la índole del derecho que se ejerce: hay abuso de derecho cuando se lo ejerce contrariando el objeto de su institución, su espíritu y su finalidad; cuando se lo desvía del destino para el cual ha sido creado; cuando se contrarían los fines de su reconocimiento (v. Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil. Parte General", Tomo II, pág. 163 y sgtes.). La segunda directiva es más amplia y traslada a esta situación -el ejercicio de un derecho- la necesaria subordinación del ejercicio de las facultades jurídicas a los intereses sociales o generales, deviniendo por tanto abusiva la actividad que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Si bien la evaluación de las circunstancias fácticas tipificantes del ejercicio abusivo o disfuncional de los derechos en los términos del art. 1071 del Código Civil constituye en principio una cuestión privativa de los jueces de grado e inabordable por la instancia

extraordinaria, ello es así en tanto la línea de razonamiento desplegada en la sentencia no evidencie el vicio de absurdo...”

El Dr. Lazzari dice: “...Por otra parte y reforzando la idea de mi colega en el sentido de la configuración patente del abuso del derecho traigo a colación aquí, la evocación del emblemático caso "Clement-Bayard" (ver Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil, Parte General", ed. Abeledo Perrot, 1999, t. I, n. 31) el que desde antaño ha sido faro señero para la interpretación de lo que efectivamente configura un abuso del derecho al considerarse que el titular de un derecho no puede ejercerlo para un fin distinto de aquél para el que le ha sido reconocido por el legislador. Caso que por otra parte guarda llamativa similitud como el ventilado en autos.

Por otra parte y en la interpretación de moderna doctrina sobre el abuso del derecho que comparto, en la sentencia "Clement-Bayard", entre otras se encuentra el núcleo central del problema del abuso del derecho: "que el uso de las permisiones que la titularidad de un derecho implica, puede, en determinados casos que presenten propiedades no previstas por el legislador, encontrarse fuera del alcance justificativo de los principios que justifican esas mismas permisiones" (Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, "Ilícitos Atípicos", Madrid, Editorial Trotta, 2000, págs. 34 y 35)...”

Se ha decidido revocar la sentencia impugnada, dado que no se ha valorado correctamente la prueba, y ha mediado abuso del derecho de propiedad.²⁷

6- Conclusión.

Podemos recalcar que mientras esta figura no tenía acogida en nuestro ordenamiento jurídico, esta situación no ha sido óbice para pronunciamientos judiciales a favor. Encontraban el fundamento para tales decisiones en otras disposiciones de tenor moral de nuestro derecho, como por ejemplo los artículos 953, 502, 530 del CC. Afirmaremos, entonces que aunque no exista sanción expresa, los derechos se deben ejercer conforme a la moral, la buena fe, con un interés legítimo, y sin causar daño a los terceros; y si existen conductas que trasgreden estas reglas, los jueces no las han de tolerar, puesto que ante todo lo que prima es el valor justicia.

Con la recepción de este instituto en nuestra Constitución Nacional, los jueces han tenido argumentos suficientes para sancionar las conductas abusivas. Aun cuando se

²⁷ SCJ de Bs. As., “Fernández, Luis c/ Reyes Terrabusi y ot. s/ daños y perjuicios”, 21/09/2011, disponible en www.cmercedes.org.ar.

abrogó la reforma constitucional del '49 la C.S.N.J. declaró que por mas que no exista norma expresa que reprima al abuso del derecho, éste sigue vigente para su aplicación.

Recién en 1968 se volvió a incluirlo en nuestro Código Civil despejándonos de toda duda acerca de su aplicación en nuestro derecho. Y en consecuencia se han dictado numerosos fallos declarando el abuso del derecho en varias materias.

En un examen de dichos fallos podemos concluir que en materia de contratos prima la declaración del abuso por contrariar a la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Donde pareciera ser que esta trilogía es inseparable, aunque bastaría con aludir a la buena fe, lo cual guarda consonancia con el principio de buena fe en la celebración, interpretación y ejecución del contrato. En un segundo lugar, se reprime la conducta abusiva por contrariar los fines que tuvieron en miras las partes al contratar, lo cual varía en cada contrato en particular, y podría acarrar problemas al momento de que un tercero ajeno al contrato determine sobre esto. Pero si se lo asocia a otro criterio identificatorio al juzgar se sortearía esta problemática.

En cuanto a contratos, la aplicación de esta figura es importante, y sobre todo en un país como el nuestro, con una economía tan inestable; donde se trata de proteger a los negocios jurídicos, a recomponer el equilibrio de las prestaciones, la equidad, con la aplicación de esta figura, que es tan amplia y general para cubrir todas las situaciones que lo ameriten.

En cuanto a materia de derechos reales, podríamos decir que el criterio preferido es el de la finalidad de la norma para la cual se ha reconocido el derecho o instaurado la restricción (en cuanto a límites y restricciones al dominio). Se necesita ejercer estos derechos, que parecieran tan absolutos, regularmente, y frenar los excesos en pos de vivir armoniosamente en vecindad.

CAPITULO VIII

CONCLUSIÓN FINAL

SUMARIO: 1- Conclusión final.

Para finalizar este trabajo debemos hacer una valoración de lo expuesto, comenzando por la evolución de este instituto a lo largo del tiempo, lo cual, nos lleva, a mi entender, hasta el Derecho Romano. Si bien no acuñaron el término “abuso del derecho”, sus soluciones y sus pasajes tenían como principios rectores a la buena fe, a la equidad, a la justicia, y no podemos negar que este principio se relaciona estrechamente con estos ideales, y en definitiva todos estos principios buscan la misma finalidad, la cual es flexibilizar al derecho y encontrar soluciones justas para cada caso en particular.

Aunque, y para resumir podríamos afirmar que esta teoría ha ido evolucionando lentamente durante la edad media, y la edad moderna quedando reservada su aplicación al derecho de propiedad, y solo aceptándose como criterio determinante al dolo; y no fue sino hasta el siglo XX que esta figura tomó impulso. Ha sido aplicada en varios casos jurisprudenciales, y producto de ello varios juristas le han prestado atención y han desarrollado esta teoría tal como hoy la conocemos.

Por supuesto que existen opositores de este instituto, los cuales fundan su reticencia en la inseguridad jurídica que puede representar la limitación de los derechos subjetivos, en base a la moral, las buenas costumbres, la buena fe, la finalidad de la norma, o el haber obrado con dolo o negligencia. Afirman que, se pone más en crisis la seguridad jurídica cuando la decisión corresponde a los jueces, y a lo que éstos, a discreción, interpreten del caso que se les presenta, y que ponderen la situación conflictiva acuerdo a los valores personales que ellos posean.

Por el otro lado encontramos a los que apoyan a esta institución, puesto que consideran importante someter el ejercicio de los derechos subjetivos a revisión, velando que se ejerzan de buena fe, acorde a la finalidad para la cual fue reconocido el derecho, y acorde a la moral. Afirman que este control nos permite flexibilizar el ordenamiento jurídico, para traer justicia en los casos concretos, también sirve como fundamento para reparar un daño inferido injustificadamente, asimismo es útil para prevenir situaciones abusivas. En definitiva, el abuso del derecho como principio que ilumina todo el ordenamiento jurídico, guía el ejercicio de nuestros derechos sobre la base de los distintos criterios identificatorios, con el fin de encausar nuestros comportamientos hacia lo justo.

En cuanto a los criterios que determinan si un derecho ha sido ejercido irregularmente, en un principio se han seguido criterios subjetivos, vale decir, la intención del agente. Pero por su dificultad probatoria, puesto que lo único que podemos juzgar son los actos

exteriores, la doctrina siguió avanzando sobre criterios objetivos de detección como lo son la buena fe, la moral, las buenas costumbres y la finalidad del ordenamiento jurídico. Al respecto, ¿cuál es el criterio identificatorio más acertado?, es discutible. Pero podemos aseverar que los legisladores argentinos siempre han preferido los criterios objetivos, como la mayoría de la legislación comparada. Aunque existen algunas legislaciones que adopta el criterio mixto. También existen otros ordenamientos jurídicos que establecen que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos sin señalar cuáles serán los criterios para determinarlo, situación que no es aconsejable puesto que puede generar dos consecuencias, la primera es la inseguridad jurídica dado que serán los jueces los que determinen cuando procede esta figura sin ningún parámetro, mas que su leal saber y entender; la segunda es generar dudas sobre cuando aplicarlo, y que consecuentemente caiga en desuetudo. Lo cierto que lo conveniente es, si se decide legislar al respecto, incluir criterios de detección, por lo ut supra mencionado, y optar por varios de estos criterios, dado que de esta manera se le da al instituto una mejor posibilidad de aplicación por subsumir mayor cantidad de situaciones posibles. Personalmente, y por lo analizado en la jurisprudencia argentina, puedo afirmar que si debiera legislar al respecto dejaría como únicos criterios identificatorios a la finalidad de la norma y a la buena fe, y explicaré el porqué. No existe una conceptualización clara de lo que es la moral y las buenas costumbres, son criterios muy amplios y mudables. En cambio la buena fe no lo es y se podrían subsumir los otros dos criterios en éste. Dado que aquel que obre de buena fe, también lo hará conforme a la moral y a las buenas costumbres, puesto que no podemos pensar lo contrario, alguien que obre de mala fe no obrará de seguro acuerdo a la moral y a las buenas costumbres. Nuestros jueces también lo piensan así, y utilizan o bien los tres criterios juntos sin hacer distinción entre ellos, o solo la buena fe, pero nunca usan a la moral o las buenas costumbres como únicos criterios para determinar las conductas abusivas.

Cabe agregar que la normativa que reprima el abuso del derecho debería incluir cuáles son sus efectos, si procede la declaración de oficio, y si existen derechos discrecionales. En nuestro país el CCC ha incurrido sobre los efectos, pero existe una laguna legal en cuanto a los otros puntos, que hubiese sido provechoso regular en tan sustancial reforma. Aunque la mayoría de la legislación comparada hace silencio respecto de estas cuestiones, algunas si regulan los efectos, y solo el Código paraguayo alude a los derechos discrecionales. Pero no obstante tan breve critica, nuestra legislación al

respecto en cotejo con el derecho comparado se encuentra dentro de las más completas y avanzadas respecto del abuso del derecho.

Aunque es aconsejable incluir esta teoría como principio aplicable a toda la legislación para sancionar y prevenir ejercicios abusivos de los derechos, debido a que todas nuestras conductas deben ser acorde a la buena fe, la moral, las buenas costumbres, y debemos ejercer los derechos acorde a su finalidad, y con nuestro accionar no debemos causar daños injustificadamente a terceros; y de no estarlo es útil contar con esta herramienta para encausar nuestra conducta; es cierto que en cuanto a la aplicación de esta figura, y estando comprometida la seguridad jurídica, debe ser restrictiva, es decir que en caso de duda en cuanto a su procedencia se debe tener por la negativa siempre.

Y para dejar una breve reflexión acerca del objeto de este trabajo, podemos concluir que el concepto que mejor resume este instituto, y yo no lo podría decir mejor, es “male enim nostro jure uti non debemus”.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

Ballesteros, Jorge Santos, Instituciones de responsabilidad civil 2º ed., Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2006.

Borda, Guillermo A., Tratado de derecho civil parte general, Ed. Abeledo Perrot, 1999.

Código Civil. Ley 340.

Código Civil y Comercial comentado. Ley 26.994. Comentarios por Herrera Marisa, Caramelo Gustavo y Picasso Sebastián. Disponible en infojus.

Constitución Nacional de 1949.

Espinoza Espinoza, Juan, Los principios contenidos en el título preliminar del Código Civil peruano de 1984 2º ed., Ed. Fondo, Perú, 2005.

“Fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación”. Disponible en www.nuevocodigocivil.com.

Ley N° 25.156.

Llambías, Jorge J., Tratado de derecho civil parte general 16º ed., Ed. Perrot, Bs. As., 1995.

Rivera, Julio Cesar, Instituciones de derecho civil parte general 3º ed., Ed. Lexis Nexis, Bs. As., 1994.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

Calvo Sotelo, José, La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo, Ed. Ibérica, Madrid, 1917.

Leonfanti, M. Antonia, Abuso del derecho, Ed. Abeledo Valerio, Bs. As., 1945.

Molina, Juan Carlos, Abuso del derecho, lesión e imprevisión en la reforma del Código Civil, Ed. Astrea, Bs. As., 1969.

Molinero, Ramiro J. Prieto, Abuso del derecho, Ed. La ley, Bs. As., 2010.

Sessarego, Fernández, Abuso del derecho, Ed. Astrea, Bs. As., 1992.

Artículos:

“Consideraciones iusfilosóficas sobre el abuso del derecho”, Vigo Rodolfo L., Revista de derecho privado y comunitario, N° 16 (abuso del derecho), Santa Fe, ed. Rubinzal Culzoni, 1998, p. 317.

“El abuso del derecho”, Enrique C. Ormachea. Disponible en www.revistas.pucp.edu.pe. “La naturaleza jurídica del abuso del derecho”, Esteban Hess, Esteban L. Emiliozzi, José M. Zárate. Disponible en www.cartapacio.edu.ar.

“El abuso del derecho”, Ernesto R. García. Disponible en www.garridorengifo.com.

“El abuso del derecho (teoría de los actos antinormativos)”, Lino Rodríguez- Arias Bustamante. Disponible en www.juridicas.unam.mx.

“El abuso del derecho y el proyecto del Código Civil y Comercial de 2012”, Ramiro J. P. Molinero. Disponible en www.infojus.gob.ar.

“Notas sobre el abuso del derecho”, Luis Moisset Espanés. Disponible en www.acaderc.org.ar.

“Principios y tendencias en torno al abuso del derecho en Argentina”, Aida Kemelmajer de Carlucci, Revista de derecho privado y comunitario, N° 16, Santa Fe, 1998, p. 215.

“Proscripción del abuso del derecho en el proceso civil”, Roberto Loutayf, publicado en la Revista de la asociación de derecho procesal, año IV, N° 6, diciembre 2010, p. 69.

Páginas web:

www.laleyonline.com

www.abeledoperrotonline2.com

www.cmercedes.org.ar.

www.rubinzalonline.com.ar.

www.infojus.com.ar

ÍNDICE

RESUMEN.....	1
ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	1
MARCO TEÓRICO.....	5
INTRODUCCIÓN.....	5

CAPITULO I

DELINEANDO AL ABUSO DEL DERECHO

1-Introducción.....	8
2-Conceptualización del abuso del derecho.....	8
3-¿Cuándo un derecho ha sido ejercido abusivamente?.....	12
3.1-Criterios subjetivos.....	13
3.2-Criterios objetivos.....	16
3.3-Criterio mixto.....	20
4-Derechos que pueden ejercerse discrecionalmente.....	20
5-Naturaleza jurídica.....	21
5.1-Identificación del abuso del derecho con el acto ilícito.....	21
5.2-El abuso del derecho entre lo lícito y lo ilícito.....	22
5.3-El abuso del derecho como un acto ilícito “sui generis”.....	22
6-Supuestos para la procedencia.....	23
7-Modo de invocar esta institución.....	25
8-Comparación con otras figuras jurídicas.....	25
8.1-Distinción entre abuso del derecho, el delito civil y el cuasidelito.....	25
8.2-Diferenciación con el conflicto de derechos.....	26
8.3-Comparación con las teorías de la lesión y la imprevisión.....	27

9-Conclusión.....	30
-------------------	----

CAPITULO II

LOS CRITERIOS IDENTIFICATORIOS

1-Introducción.....	33
2-El principio de buena fe.....	33
2.1-Distintas especies jurídicas de buena fe.....	33
2.2- Buena fe-lealtad u objetiva.....	34
2.3-Buena fe-creencia.....	34
2.4-El principio de buena fe como limite al ejercicio de los derechos subjetivos.....	34
2.5-Analizando este criterio identificadorio.....	34
3-La moral y el derecho.....	35
3.1-El factor moral en el derecho argentino.....	37
3.2-El rol de los jueces en la moralización del derecho.....	38
4- Las buenas costumbres.....	38
4.1-Conceptualización.....	38
5-La moral y las buenas costumbres. Una crítica.....	40
5.1-La moral.....	40
5.2-Buenas costumbres.....	40
6-El ultimo criterio: la finalidad de la norma.....	41
7-Conclusión.....	43

CAPITULO III

EL ABUSO DEL DERECHO EN NUESTRA LEGISLACIÓN.

1-Introducción.....	45
---------------------	----

2-Código Civil de Vélez.....	45
3-Constitución Nacional de 1949.....	46
4-Antecedentes legislativos.....	46
5-La reforma de 1968.....	47
6-Los proyectos de reforma.....	51
7-Código Civil y Comercial unificado. Ley 26944.....	54
7.1-Los fundamentos del anteproyecto del CCC de la Nación.....	54
7.2-Como ha quedado redactado el abuso del derecho en el CCC.....	57
7.3-Diferencias entre el CCC y el CC. Una síntesis y su análisis.....	58
7.4-Abuso del derecho y derechos de incidencia colectiva.....	64
8-Conclusión.....	65

CAPITULO IV

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL ABUSO DEL DERECHO.

1-Introducción.....	68
2-Derecho Romano.....	68
3-Doctrina de la aemulatio.....	72
4-Derecho musulmán.....	75
5-Derecho liberal.....	77
6-Derecho contemporáneo.....	77
7-Conclusión.....	78

CAPITULO V

EL ABUSO DEL DERECHO EN EL DERECHO COMPARADO.

1- Introducción.....	81
2- Europa.....	81

3- Asia.....	85
4- Norteamérica.....	86
5- Latinoamérica.....	86
6-Conclusión.....	88

CAPITULO VI

PRIMERAS APLICACIONES JURISPRUDENCIALES DEL ABUSO DEL DERECHO.

1-Introducción.....	90
2-Jurisprudencia inglesa.....	90
3- Jurisprudencia francesa.....	90
4- Jurisprudencia alemana.....	91
5-Jurisprudencia española.....	91
6-Conclusión.....	91

CAPITULO VII

EL ABUSO DEL DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA.

1-Introducción.....	94
2-Resoluciones judiciales sin sanción del abuso del derecho en los textos legales.....	94
3- Jurisprudencia luego de la reforma constitucional de 1949.....	96
4-decisiones judiciales luego de la ley 17.711.....	98
5-Fallos contemporáneos. Un análisis profundo.....	99
5.1-En materia contractual.....	99
5.2-Derechos reales y el abuso del derecho.....	104
6- Conclusión.....	108

CAPITULO VIII

CONCLUSIÓN FINAL.

1- Conclusión final.....	111
BIBLIOGRAFÍA GENERAL.....	114
BIBLIOGRFÍA ESPECIAL.....	114