

El abuso del derecho y el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012

por RAMIRO J. PRIETO MOLINERO⁽¹⁾

I | Nociones introductorias

I.1 | Errores de perspectiva y anacronismos

En caso de ser sancionado como ley, el Proyecto redactado por la comisión designada por el decreto 191/2011 representará el mayor cambio que la Argentina haya experimentado en su Derecho Privado en más de 140 años. Un nuevo Código Civil y Comercial importa todo un replanteo de las instituciones jurídicas existentes y, como es lógico, la figura del abuso del derecho no es una excepción. De esta manera, el nuevo Proyecto constituye una excelente oportunidad para analizar este instituto, pero no sólo desde la perspectiva de aquellos aspectos que son tocados por la reforma, sino también en su misma esencia. Esto último, porque son tantos los errores que a lo largo de décadas se vienen reiterando en la materia, que hasta parece mentira que estemos frente a algo que se encuentra regulado expresamente hace más de 40 años en el actual art. 1071 CC. Y no se trata de una cuestión de mero interés teórico, dado que, en la práctica, toda esta confusión se termina traduciendo en casos donde se acude al abuso del derecho aunque no corresponda⁽²⁾ y en otros en los

.....
(1)

(2) CNCiv, Sala K, LL 2005-C-719.

que se estará por su no aplicación, pese a ser obvia su procedencia⁽³⁾. Las equivocaciones empiezan desde su misma génesis histórica y, así, son mayoría los estudios que se concentran en el debate de si el abuso del derecho existía o no en Roma⁽⁴⁾. El planteo mismo carece de sentido. ¿Por qué? En primer lugar, porque, en contra de lo que suele creerse, en Roma aún no se había desarrollado la noción de derecho subjetivo que recién comenzaría a esbozarse de manera precaria en la Edad Media⁽⁵⁾. Al igual que lo que ocurría en otros pueblos de la Antigüedad, el Derecho romano era de naturaleza objetiva y, no existiendo derechos subjetivos, difícilmente pueda hablarse de conductas que importen abusos con relación a los mismos. Pero eso no es todo ya que, como se verá enseguida, el abuso del derecho sólo tiene sentido en el marco de los ordenamientos codificados que recién harán su aparición por influencia del racionalismo en el siglo XVIII. Estos sistemas jurídicos parten de la idea de que la ley positiva, susceptible de ser conocida por los hombres, era la única que podía limitar la libertad humana. Ella es la que determina lo que está prohibido

(3) CNCiv, Sala B, 6/2/1990, LL 1990-D-173.

(4) Ver, entre otros: PLANIOL, MARCEL; RIPERT, GEORGES y ESMEIN, PAUL, *Tratado Práctico de Derecho Civil francés*, La Habana, Cultural S.A., 1946, tomo sexto, p. 788; MAZEAUD, HENRI; MAZEAUD, LÉON; MAZEAUD, JEAN y CHABAS, FRANÇOIS, *Derecho Civil. Obligaciones*, trad. Luis Andorno, Buenos Aires, Zavallía Ed., 2006, tomo II, p. 50; SPOTA, ALBERTO, *Tratado de Derecho civil*, Buenos Aires, Depalma, 1947, tomo I, Vol. 2, p. 800; PRATES, TITO, *Abuso de Derecho*, en JA tomo 50, pp. 5 y 6 (sección doctrina); CASTIGLIONE, JOSÉ F.L., "El abuso del derecho", en JA 15, p. 47 (sección doctrina); SALVAT, RAYMUNDO M., "Teoría del abuso del derecho", en *Revista Jurídica La Ley*, tomo, 6, p. 51 (sección doctrina); MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, *El abuso del derecho*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p. 1 (ver texto en: <http://www.acader.unc.edu.ar/artabusodelderecho.pdf>); ANDORNO, LUIS, "Abuso del derecho", en Zeus, Rosario, tomo 16, p. D 22, 1979; FLEITAS, ABEL, *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil argentino*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 1944, pp. 75 y ss.; CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO, *Tratado de Direito privado*, 4ta Edición, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1998, tomo 53, nro. 5.500, punto 2; DE AGUIAR DIAS, JOSÉ, *Da responsabilidade civil*, XI edição (revisada, atualizada e ampliada de acordo com o Código Civil de 2002 por Rui Berford DIAS), Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 12 (nota 1) y pp. 45/ 46; MOLINA, JUAN C., *Abuso del derecho, lesión e imprevisión en la reforma del Código Civil*, Buenos Aires, Astrea, 1969, p. 12 (nota 1) y pp. 45/46; MOSSET ITURRASPE, JORGE, "Artículo 1071" (comentario), en Bueres, Alberto J. (dir.), Highton, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, tomo 3 A, p. 4; BUTELER CÁCERES, JOSÉ A., *Manual de Derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Ed. Ábaco, 1979, pp. 390/ 391.

(5) VILLEY, MICHEL, "La génesis del derecho subjetivo en Guillermo de Occam", en *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976; TIERNEY, BRIAN, "The idea of natural rights-origins and persistence", en *Northwestern Journal of International Human Rights*, Chicago, volume 2, spring, Northwestern University School of Law, 2004.

o no y, por esa razón, el verdadero debate detrás del abuso del derecho pasa por determinar si, por el hecho de ser legales, los derechos subjetivos importan poderes irrestrictos en cuanto su titular se mantenga dentro de los límites que han sido expresamente fijados; o si, por el contrario y más allá de su licitud, aquellos pueden ser sometidos a un control judicial para evitar que puedan utilizarse para perjudicar a las personas. El Derecho codificado, basado en principios como la generalidad y la abstracción, tiende a la rigidez y el abuso del derecho aparece como un “mecanismo” para introducir algo de flexibilidad en un ordenamiento estático que, de otra manera, puede llevar a injusticias en aquellos casos concretos que no “calzan” con exactitud en los razonamientos que llevaron a elaborar una determinada regla jurídica que, no obstante, se pretende hacer valer de manera ritualista⁽⁶⁾.

En razón de esto, en Roma tampoco pudo haber abuso del derecho por la simple razón de que no había un sistema cerrado que hubiera que flexibilizar. A los romanos jamás les importó la formulación de reglas abstractas, sino la resolución concreta de casos reales⁽⁷⁾ y durante el llamado “período clásico” lo que encontramos es exactamente lo opuesto a la legalidad que pregona el Derecho codificado, dado que los pretores reunían en gran medida tanto funciones legislativas como judiciales y resolvían libremente⁽⁸⁾.

El anacronismo de buscar los orígenes del abuso del derecho donde no podía ser encontrado proviene de finales del siglo XIX y comienzos del XX; momento en el cual la doctrina francesa recurrirá a lo expresado en una u otra decisión, según la postura que quisiera defender. Esto puede verse, por ejemplo, con la apelación a las máximas de un mismo juriscónsulto, PAULO: en contra del instituto, se citará su afirmación de que “no

(6) PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., “El abuso del derecho y las relaciones de consumo”, en Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto, *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2011, tomo III, p. 167.

(7) MEGÍAS, JOSÉ J., “El subjetivismo jurídico y el Derecho romano en los textos romanos”, en *El derecho subjetivo en su historia*, Cádiz, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003, pp. 17/18.

(8) LAQUIS, MANUEL, “Desde Vélez Sarsfield hasta la actualidad (Lesión, Abuso del derecho, Imprevisión)”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1987-D-914, p.11 (edición electrónica); VIGO, RODOLFO L., “Consideraciones iusfilosóficas sobre el abuso del derecho”, en *Revista de Derecho Comunitario Privado y Comunitario*, Santa Fé, Rubinzal Culzoni Editores, nro 16 (*Abuso del derecho*), 1998, p. 310.

hace daño sino quien hizo lo que tiene derecho a hacer" (*nemo damnum facit, nisi quid id fecit quod facere jus non habet*)⁽⁹⁾; mientras que, a favor, se acudirá a su "no todo lo lícito es honrado" (*non omne quod licet honestum est*)⁽¹⁰⁾. O lo que es lo mismo: la doctrina francesa incurría en una falacia de autoridad fundada en el predicamento que seguía teniendo el Derecho romano, pretendiendo inferir reglas generales a partir de frases aisladas sacadas del contexto de lo que fuera un caso particular. Como sea, y a partir de tales debates, otro lugar común consiste en atribuirle a los autores galos el nacimiento del abuso del derecho y, ello, en tanto reacción contra un racionalismo que no veía abuso alguno en las limitaciones de la ley escrita. Una verdad a medias ya que, en contra de lo que suele decirse, el racionalismo no sólo tuvo en cuenta el problema de la inflexibilidad de la ley positiva, sino que hasta vio necesario crear una cláusula general destinada a prevenir los daños que pudieran derivarse "lícitamente" de la propia lógica del sistema. Así es que, aun cuando todavía no se hablara de "abuso del derecho", la cuestión ya es tratada en la que podríamos considerar como la primera codificación moderna de la historia, el *Allgemeines Landrecht* prusiano de 1794⁽¹¹⁾: aunque se partía de la validez de todos los derechos subjetivos, su parágrafo 37 de la Parte Primera del Título VI prescribía que el titular del derecho debía "reparación cuando resulta claramente de las circunstancias que, entre las diversas maneras posibles de ejercer su derecho, él ha elegido con el designio de dañar a otro, la que podía perjudicar a éste"⁽¹²⁾. En definitiva, la primera cláusula de abuso del derecho aparece diez años antes que se dictara el mismísimo Código Civil francés. ¿Por qué entonces la impronta que se le concede a los franceses en la materia? Pues bien, a diferencia del cuerpo legal prusiano, el Código napoleónico no tuvo en cuenta la posibilidad

(9) ANTUNEZ, MARÍA CRISTINA y GOSENDE, JORGE HORACIO, "Ejercicio abusivo de los derechos", en *ED*, n° 62, p. 500.

(10) SALVAT, RAYMUNDO M., op. cit., p. 51 (sección doctrina); MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, op. cit., p. 1.

(11) CALVO SOTELO, JOSÉ, *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*, Madrid, Librería V. Suarez, 1917, p. 140; CAZEUX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX, *Derecho de las Obligaciones*, La Plata, Ed. Platense, 1976, tomo IV, p. 102; PRATES, TITO, op. cit., p. 6; ANDORNO, LUIS, op. cit., p. D 22.

(12) LEÓN, PEDRO, "Voz, abuso del derecho" en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Alcala S.A., 1954, tomo I-A, p. 130. También, con diferencias mínimas de traducción, FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 209; ALTERINI, ATILIO y LÓPEZ CABANA, ROBERTO, "El abuso de derecho. Estudio de Derecho Comparado", en *Revista Jurídica La Ley*, 1990-B, nota 20.

de abusos a partir de prerrogativas legales y los franceses se vieron en la necesidad de comenzar a buscar soluciones para una encerrona en la que ellos solos se habían metido. Para ese momento, el *Code* se había convertido en el texto base de casi todos los códigos civiles dictados durante el siglo XIX y, de allí, que un problema local se terminara transformando en uno de interés "universal". Con todo, los primeros casos de "abusos" daban de ser realmente novedosos y versaban sobre problemas de vecindad derivados del derecho de propiedad que ya habían sido solucionados en la Edad Media mediante la teoría de los actos emulativos conocida en toda Europa a través del *Ius Communae*⁽¹³⁾. En razón de esto, el recordado jurista brasileño De Aguiar Dias se permite decir que lo único que el abuso del derecho tiene de novedad es su nombre⁽¹⁴⁾.

1.2 | Confusiones en cuanto a su naturaleza

Hasta hoy, el Código Civil francés no cuenta con una cláusula proscribiendo expresamente al *abus des droits*. Por eso, desde mediados del siglo XIX la doctrina gala se ha visto en la necesidad de buscar explicaciones más o menos ingeniosas para justificar el motivo por el cual deben conjurarse determinados usos de facultades legales pese a no haber ilicitud alguna. El más famoso de estos desarrollos será el de Josserand con su "acto abusivo", a mitad de camino entre lo legal y lo ilegal. Y la impronta de este autor francés todavía se hace sentir, llevando al otro gran error en que se incurre al encarar esta cuestión: considerar que, puesto que el abuso del derecho importa un correctivo de justicia que obsta a una facultad legal, estamos frente a una noción que no puede ser aprehendida por las ideas de "licitud" o "ilicitud" de los ordenamientos positivos y que constituye un verdadero "tercer género".

Esta supuesta contradicción que importa el estar "prohibiendo lo permitido" sigue teniendo a mal traer a buena parte de la doctrina civilista y

(13) La teoría sería desarrollada por el glosador Cino De Pistoia y sostenía que aquellos que utilizan su propiedad con intención dañina (*animus nocendi o vexandi*) (ej: desviar un curso subterráneo que pasa por el propio fundo para que el vecino no tenga agua) deberán indemnizar los daños ocasionados. El dolo se presumía cuando no existía causa justificada para el comportamiento del propietario. Ver PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., *Abuso del derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2010, pp. 79/84.

(14) DE AGUIAR DIAS, JOSÉ, op. cit., p. 679.

explica también las divergencias de la jurisprudencia a la hora de aplicar el art. 1071 CC. También ha dado lugar a una discusión bizantina entre dos grupos irreconciliables: los positivistas extremos, contrarios al instituto; y la doctrina moralista, favorable al mismo. Los primeros tratarán al abuso del derecho como un engendro incompatible con la lógica del ordenamiento codificado y aducirán que lleva a su colapso⁽¹⁵⁾. Por su parte, la segunda vertiente opina exactamente lo contrario, pero, como tampoco logra salir de la pretendida encerrona de la "ilicitud legal", suele justificar el instituto aludiendo a supuestos valores morales indubitables que, por lo general, no serán más que meras opiniones personales; todo lo cual, termina llevando a esa falta de certeza en el Derecho que critican los dogmáticos. La cuestión no es menor ya que el abuso del derecho importa un verdadero permiso concedido a los jueces para inaplicar esas porciones del ordenamiento positivo donde está regulada la prerrogativa en cuestión. Estamos así frente a un instituto cuya operación requiere de rigor y responsabilidad, so pena de terminar atomizando con soluciones dispares lo que debería ser un único sistema de Derecho. Incluso contando con una cláusula prohibitiva expresa como la del 1071 CC, buena parte de la doctrina y jurisprudencia argentina sigue acudiendo a las ideas que Josserand pregonara hace unos 100 años y, así, son muy frecuentes las alusiones a que el precepto prevé un "acto abusivo" que, como tal, es "contrario a Derecho, pero legal"⁽¹⁶⁾. De esta forma, se adopta una tesitura en virtud de la cual la "ilicitud" sólo importa lo contrario a la ley en tanto Derecho positivo; mientras que la "antijuricidad" alude a la contradicción con todo el Derecho, que no es sólo el escrito, sino también toda una serie de valores superiores que, claro está, serán los que se le "revelen" al doctrinario o juzgador de turno.

Ahora bien, si la procedencia o no de una determinada facultad queda librado a la mera "opinología", el sistema de Derecho positivo deja de ser tal y termina volviéndose cierta la vieja crítica de la doctrina liberal en el sentido de que el abuso del derecho lleva al colapso de la seguridad jurídica. Al fin y al cabo, un sistema de Derecho escrito como el codificado parte del hecho de establecer previsiones concretas que, en esencia,

.....

(15) CONDORELLI, EPIFANIO, *El abuso del derecho*, La Plata, LEP, 1971, pp.37/ 50.

(16) Ver MOSSET ITURRASPE, JORGE, "El abuso en el pensamiento de tres juristas trascendentes: Risolía, Spota y Llambías. Una situación concreta: el abuso y el Derecho ambiental", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Nro 16, Rubinzal Culzoni Editores, 1998, p. 153.

actúan como autorizaciones y prohibiciones. No hay, pues, cabida para una tercera categoría representada por “lo abusivo” y esto no es mero capricho, sino algo que hace nada menos que al principio constitucional de legalidad y, en definitiva, a la preservación de la libertad humana como regla esencial del ordenamiento. Por esa razón, si los actos están permitidos, son lícitos, y si la ley los prohíbe o establece una pena o sanción para el caso de abstenerse de realizarlos; entonces, son ilícitos⁽¹⁷⁾.

Ahora bien, se objetará aquí, ¿cómo se hace para prohibir lo que, en esencia, es legal si no es acudiendo a la idea de un “acto abusivo”? De la manera en que lo han venido haciendo todas las legislaciones que consagraron expresamente el instituto desde el *Landrecht* de 1794: acudiendo a esa lógica de prohibiciones y permisiones para establecer una cláusula expresa de prohibición destinada a ilegalizar el ejercicio abusivo de los derechos subjetivos. Llegados a este punto, casi con certeza aparecerá una segunda objeción: que lo que decimos es erróneo ya que, sin importar las prohibiciones expresas respecto del abuso del derecho que los ordenamientos hayan establecido, nada de esto borra la contradicción de estar ilegalizando algo que es legal; de manera que no queda más remedio que el seguir aludiendo a un “acto abusivo” o a alguna terminología similar que se estime más adecuada, pero que siga reflejando una “tercera posición” entre lo lícito y lo ilícito⁽¹⁸⁾. Tal planteo importa, sin embargo, no comprender el objeto de la prohibición en el abuso del derecho, dado que la misma no se refiere al derecho subjetivo —que, como es lógico, por el sólo hecho de ser tal, es legal— sino a ciertas formas de ejercicio que, en virtud de determinados parámetros también fijados por la ley, se reputan como “abusivas”⁽¹⁹⁾. Es más, aquí conviene hacer una aclaración adicional: el abuso del derecho no es, como parecen sugerir algunos autores, un factor de atribución de naturaleza objetiva⁽²⁰⁾, sino un acto ilícito del

(17) AGUIAR, HENOCH, *Actos ilícitos. Responsabilidad civil*, Buenos Aires, TEA, 1950, tomo II, vol. 1, p. 114. Ver también RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO D., *Derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Astrea, 2000, p. 97.

(18) Así, por ejemplo, VENINI, JUAN C., “El abuso del derecho y su declaración de oficio por los jueces”, en JA, 1980-3, pp. 782/783.

(19) PRIETO, MOLINERO, RAMIRO J., *Abuso del derecho*, op. cit., pp. 118/119.

(20) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 6ta Edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1989, pp. 411/ 417; LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 404; ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE,

que puede llegar a derivarse una responsabilidad y que, como tal, incluirá factores de atribución que podrán ser tanto subjetivos como objetivos, según lo establezca la legislación respectiva.

Y dado que estamos frente a algo que resulta perfectamente aprehensible a través del concepto de licitud o ilicitud, no sólo resulta innecesario intentar dar con una “cuadratura jurídica del círculo” como la “abusión”⁽²¹⁾ o el “acto abusivo”, sino que también es erróneo sostener, como por lo general se hace, que en el abuso del derecho nos encontramos ante un acto en principio lícito, pero que termina siendo ilícito⁽²²⁾. En efecto, cuando el abuso del derecho consta en un Código Civil, la prohibición está allí desde un principio. Dicho de otra manera: el ejercicio de un derecho entrará en el terreno de lo que la ley toma por “abusivo” cuando se incurra en alguna de las hipótesis previstas por la propia ley para calificarla de esa manera. Y, cuando esto ocurra, habremos entrado en el terreno de la ilicitud, dado que nos encontraremos ante una conducta contraria a la ley. Por eso, el ejercicio calificado como “abusivo” respecto de una facultad que, por lo demás, es legal, importa una conducta ilícita y, con esta ilicitud, estamos frente a uno de los requisitos necesarios para no darle amparo a dicha conducta y, de ser el caso, para proceder a la reparación del daño que se haya ocasionado⁽²³⁾.

.....
Resarcimiento de daños. Presupuesto y funciones del Derecho de daños, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, tomo 4, p. 355. Esta última autora también aludirá al abuso del derecho como “acto ilícito” y como “acto antijurídico”.

(21) ROCCA, IVAL, “Abuso del derecho”, en *Revista Jurídica La Ley* 104, p. 979. Acuden a su uso: CARRANZA, JORGE A., “Abuso del derecho”, en *JA* 1969-3, pp. 674/ 676; GANC, DIANA B., “Calificación y sanción de la conducta abusiva”, en *JA* 2001-I-966, p. 2 (documento Lexis 0003/007991); ANDORNO, LUIS, op. cit., p. D 24; SILVA TAMAYO, GUSTAVO E., *Desviación de poder y abuso de derecho*, Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo-Perrot, 2006, pp. 85/87 y 93.

(22) Así, por ejemplo, KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “Artículo 1071”, en Belluscio, Augusto C. (dir.) y Zannoni, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, 1ra reimpression, Buenos Aires, Astrea, p. 70, tomo 5; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “Principios y tendencias en torno al abuso del derecho en Argentina”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Nro 16 (*Abuso del derecho*), Rubinzal Culzoni Editores, p. 213, 1998; GANC, DIANA B., op. cit., p. 11; SILVA TAMAYO GUSTAVO E., op. cit., p. 87; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, *Doctrina y jurisprudencia del Código Civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, 1984, p. 28; ORTIZ Y BUSTOS, BELISARIO M., “Acerca del abuso del derecho”, en *Prudentia Iuris* IX, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Abril, p. 47, 1983.

.....
 (23) PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., op. cit., p. 119.

El debate sobre un eventual “acto abusivo” puede darse en el terreno de la Filosofía del Derecho en los pocos sistemas que al día de hoy no lo han contemplado, como es el caso de Francia. Pero en países como la Argentina donde la prohibición respecto de determinadas formas de ejercicio de derechos subjetivos es expresa, el aludir a un supuesto *tertius genus* a caballo entre lo legal y lo ilegal no sólo representa un sinsentido, sino incluso algo contrario al ordenamiento jurídico. O como lo expresara León hace muchos años con singular claridad: “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”⁽²⁴⁾.

2 | El texto de la reforma

2.1 | La ubicación en un título preliminar

¿Cómo regula el Proyecto la cuestión del abuso del derecho? 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 actualmente vigente. Con todo, es imposible aislar al

(24) LEÓN, PEDRO, “La teoría del abuso del derecho en la doctrina nacional”, *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, Año XVIII, Nro 5 y 6, p. 40.

art. 10 de los preceptos que lo flanquean. 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".

La reforma propuesta en el tema que nos ocupa podría sintetizarse, pues, 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"; en lugar de "al que contraría los fines que aquélla [por la ley] tuvo en mira al reconocerlos" del actual 1071 CC.
- Se hace mención expresa a los posibles efectos del abuso del derecho.
- Se alude a posibles "situaciones 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 proscribiera 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. Antes se aludió al hecho de que, una vez consagrado en un ordenamiento positivo (la única clase de ordenamiento donde, por otra parte, el instituto tiene razón de ser) el abuso del derecho constituye un ilícito. Ahora bien, 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 or-

denamiento 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⁽²⁵⁾. 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"⁽²⁶⁾. Por esa razón, la decisión del Proyecto de emplazar al abuso del derecho al comienzo mismo del Código es de lo más afortunada ya que, metodológicamente hablando, importa reconocer su carácter de regla general. Se trata de algo que venía pidiendo la doctrina nacional⁽²⁷⁾ y que sigue la estela de otras codificaciones como, por ejemplo, el Código Civil peruano y el Código Civil español. En palabras de la propia comisión, el nuevo Título Preliminar se funda en "una tradición histórica y en el presupuesto de que el código civil es el centro del ordenamiento jurídico referido al derecho privado y, por lo tanto, allí deben consignarse las reglas generales de todo el sistema"⁽²⁸⁾. 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, el proyectado artículo 9 y su alusión a que los derechos subjetivos deben ejercerse de buena fe. Con esto, se sigue el modelo de otras legislaciones como el ya mentado Código Civil español y, en gran medida, estamos ante el anverso y reverso de una misma cosa ya que, si existe la obligación de ejercer los derechos de buena fe, a contrario

.....

(25) PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., *Abuso del derecho*, op. cit., p. 132.

(26) BUTELER CÁCERES, JOSÉ A., op. cit., pp. 400/ 401.

(27) Ver LEOFANTI, MARÍA A., *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo, 1945, p. 88; LEOFANTI, MARÍA A., "Abuso del derecho. Visión panorámica y prospectiva", en *Revista Jurídica de San Isidro*, nro 12-13, p. 36; SILVA TAMAYO, GUSTAVO E., op. cit., p. 99; LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, op. cit., p. 400; GOLDSCHMIDT, ROBERTO, "La teoría del abuso del derecho y el Anteproyecto brasileño de un código de las obligaciones", en *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba*, Córdoba, julio-agosto, p. 353, 1942; PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., op. cit., p.276.

(28) Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Punto III.1.

sensu, habrá abuso de derecho cuando tal obligación no se respete. Este precepto resulta además consecuente con la relevancia que se le da en el Proyecto a la buena fe, que ahora se presenta como una verdadera piedra angular y no sólo figura en los ya mentados 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.

2.2 | La prohibición del abuso

Aun con sus innovaciones, el texto del art. 10 del Proyecto sigue conservando vínculos con lo que redactara Vélez Sarsfield y es que, con excepción del nuevo párrafo final que alude a efectos, el precepto reproduce virtualmente al actual 1071 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, pero existe una explicación histórica: la reforma de 1968 se limitó a “reciclar” el antiguo 1071 CC y éste regulaba al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de obligaciones como causas de justificación que suprimían la ilicitud y la posibilidad misma de que pudiera haber una responsabilidad civil⁽²⁹⁾. 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 analizando es una reformulación de todo el Código Civil que, como tal, no requiere de “injertos”. De hecho, el Proyecto 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, por otra parte, lo hacían el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 y el de 1998.

(29) Aunque perfectible, Vélez Sarsfield había creado un sistema muy lógico de responsabilidad civil, en particular, y de las obligaciones, en general. Un sistema en virtud del cual, y anticipándose 30 años al BGB alemán, se partía de que no podía haber responsabilidad si primero no se violaba alguna norma legal. De hecho, el requisito de ilicitud se mantiene en los principales códigos europeos del siglo XX (alemán, suizo, italiano, portugués y holandés) y hace al principio de legalidad en tanto salvaguardia de la libertad de las personas; de manera que está lejos de ser la aberración que buena parte de la doctrina argentina se ha convencido que es.

El primer párrafo del precepto consiste, pues, en la antigua redacción del art. 1071 de Vélez Sarsfield; sólo que agregándole, al igual que se hiciera en 1968, la palabra "regular" a la hora de aludir al ejercicio de la facultad legal. ¿Qué deberá entenderse por "regular"? La doctrina ha caído en toda clase de disquisiciones a la hora de fijar los alcances de este vocablo⁽³⁰⁾; sin embargo, la propia construcción lógica del art. 10 nos lleva a que el ejercicio de un derecho será considerado "regular" en tanto no sea abusivo y será abusivo cuando se lo ejerza violando alguno de los criterios identificatorios que se especifican en el segundo párrafo del precepto. De esta manera, el ejercicio de un derecho subjetivo seguirá actuando como causa de justificación, pero ello en tanto y en cuanto no se incurra en una conducta abusiva. En tal caso, el uso deja de ser "regular" y, lejos de constituir una conducta justificada, se habrá incurrido en una conducta ilícita⁽³¹⁾. Así, el "ejercicio regular" importa no incurrir en la hipótesis prevista en la primera oración del segundo párrafo del precepto que expresa que "la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos". ¿Qué alcances hay que darle a esa alusión a un "no amparo"? Es probable que los autores de la reforma de 1968 acudieran a ella como forma de salir "por la tangente" respecto de un tema donde no les quedaba del todo clara la antijuricidad⁽³²⁾. O, lo que es lo mismo: de nuevo, los ecos de la falsa encerrona de que el abuso, del derecho importaría prohibir lo que es legal. Ahora bien, es obvio que el "no amparo" importa una prohibición legal expresa⁽³³⁾, dado que si el Código Civil, en tanto ley que es, no ampara el abuso esto se debe precisamente a que se trata de una conducta contraria al mismo. La prohibición y la ilicitud que ésta crea son evidentes⁽³⁴⁾ y ésta última consiste en ejercer una prerrogativa de una manera que se considere "abusiva"; algo que tendrá lugar cuando su uso pueda encuadrarse dentro de

(30) HERNÁNDEZ, HÉCTOR H, "Abuso del derecho y derecho subjetivo", en *ED*, n° 118, p. 967; VIGO, RODOLFO L., op. cit., p. 314; CARRANZA, JORGE A., op. cit., p. 679; ALTERINI, ATILIO, *Responsabilidad en la reforma civil*, Cathedra, 1970, p. 70; BUTELER CÁCERES, JOSÉ A., op. cit., p. 398.

(31) ALTERINI, ATILIO y LÓPEZ CABANA, ROBERTO, op. cit., p. 3; FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, op. cit., p. 265.

(32) Ver RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO D., op. cit., p. 102.

(33) Ver BUTELER CÁCERES, JOSÉ A., op. cit., p. 399.

(34) Una situación parecida puede verse en el Derecho penal. En efecto, en este ámbito a nadie se le va a ocurrir decir que un delito no es un ilícito y, ello, aun cuando, en su formulación literal, el Código Penal no prohíbe nada, sino que se limita a describir conductas y asignarles una pena.

alguno de los parámetros que se consignan en la segunda oración del segundo párrafo del art. 10 del Proyecto⁽³⁵⁾.

2.3 | Los criterios identificatorios

2.3.1. La buena fe

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, como ya lo indicáramos, el abuso del derecho va a importar una verdadera "licencia" para inaplicar una "porción" del ordenamiento, aquélla 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⁽³⁶⁾.

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 flexibilizar el sistema codificado lo suficiente como para conjurar comportamientos ritualistas, pero sin que esto importe tirar por la borda la seguridad jurídica y el principio de legalidad. ¿Qué criterios adopta el art. 10 del Proyecto para identificar los casos de abuso? Al emplearse virtualmente el mismo texto que el actual 1071 CC, los criterios son los ya existentes; algo que no es necesariamente bueno. ¿Cómo es esto? Por un lado, el precepto establece dos de los criterios de detección más aceptados: la buena fe y la regla de la desviación de la norma; sin embargo, por otro lado, no conformándose con ello, también acude a la "moral y las buenas costumbres" y aquí es donde aparecen los principales problemas.

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

(35) CONDORELLI, EPIFANIO, op. cit., p. 111.

(36) WARAT, LUIS A., *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, p.68.

de usar y, esto, al punto de que basta que a cualquier persona se le plante lo que debería entenderse por buena fe en un caso concreto para que pueda deducirlo de su propio sentido de justicia⁽³⁷⁾. 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 el prisma de la buena fe, es casi seguro que la respuesta que se obtendrá será la misma⁽³⁸⁾. No podría ser de otra manera, dado que el criterio importa aplicar valores básicos como la lealtad, el respeto y la probidad a efectos de calificar comportamientos y determinar las conductas que eran exigibles⁽³⁹⁾.

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. En la práctica, estamos frente a un criterio tan concreto que hasta autores positivistas contrarios al abuso del derecho lo defenderán como forma de preservar la paz social entre los individuos⁽⁴⁰⁾. Y precisamente, la relevancia de la buena fe en el abuso del derecho es que parece ser el criterio perfecto para dotarlo de contenido. Esto, porque lo convierte en una regla operativa concreta que cubre inclusive casos poco comunes y muy difíciles de ser previstos de antemano por un texto legal⁽⁴¹⁾.

Los valores que la buena fe pregona son además universales. Algo fundamental en un país como la Argentina que cuenta, más allá de las alusiones formales de la Constitución a una religión del Estado de conformidad con la coyuntura existente a mediados del siglo XIX, con una población de orígenes muy diversos⁽⁴²⁾. En conclusión: la buena fe es precisa y dúctil

.....

(37) PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., *Abuso del derecho*, op. cit., p. 140.

(38) PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., *Abuso del derecho*, op. cit., p. 141.

(39) Ver DIEZ PICASO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Volumen Primero. Introducción teoría del contrato*, 5ta. edición, Madrid, Ed. Civitas, 1996, p. 50; GALGANO, FRANCESCO, *El negocio jurídico*, Blasco Gasco, Francisco de P. y Prats Albentosa, Lorenzo (trads.), Valencia, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, p. 453.

(40) CONDORELLI, EPIFANIO, op. cit., p. 58; BIBLIONI, JUAN A., *Reforma del Código Civil. Anteproyecto de Juan Antonio Bibiloni*, Buenos Aires, Kraft, 1939, tomo I, p. 195.

(41) PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., *Abuso del derecho*, op. cit., p. 141.

(42) PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., *Abuso del derecho*, op. cit., p. 285.

y, con ello, constituye el mejor criterio posible para dar con conductas abusivas, al punto que bien podría ponerse como único parámetro de detección. 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 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 a la hora 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 conciencia. Esto, porque, como sostiene 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"⁽⁴³⁾

2.3.2. La "moral y las buenas costumbres"

Al mantener en gran medida la redacción del actual 1071 CC, el Proyecto no se ha limitado a incorporar a la buena fe como criterio moral, sino que también alude a la "moral" y a las "buenas costumbres". Una de los objetivos declarados de la reforma de 1968 fue "moralizar" las relaciones jurídicas y no cabe duda de que la insistencia en el mismo texto importa reafirmar aquella postura, pero se termina incurriendo en el grave error metodológico de introducir dos criterios adicionales que, en realidad, no son tales. Es justo destacar que el Código Civil argentino no está solo en esta tesitura, pero, y al menos que nos conste, sí es el único que decide reunir los tres parámetros "morales" en una única cláusula legal. Con relación al 1071 CC, la decisión ya ha sido calificada de "muy poco sobria por su exceso de amplitud"⁽⁴⁴⁾ y es que, ciertamente, estamos ante una acumulación de conceptos que, lejos de enriquecer, resta. 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 identificador. Mientras la buena

(43) VIGO, RODOLFO L., "Consideraciones iusfilosóficas sobre el abuso del derecho", en *Revista de Derecho Comunitario Privado y Comunitario*, Nro 16 (*Abuso del derecho*), Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1998, p. 317.

(44) BUTELER CÁCERES, JOSÉ A., op. cit., p. 400.

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, 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⁽⁴⁵⁾. 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 ⁽⁴⁶⁾. 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” como parecen indicarlo el antiguo art. 33 CC y la nota de Vélez Sarsfield al art. 530 CC. No obstante, hoy día resulta bastante improbable que en un país producto de la inmigración (una inmigración que, no hay que olvidarlo, es posterior a la sanción de la Constitución y el propio Código Civil) 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 abreve en la moral y otra que se lo quiera asimilar sin más a ella.

¿Y las “buenas costumbres”? ¿Acaso no son útiles como criterio? Mosset Iturraspe intenta aportar precisiones y sostiene que “la moral” alude a la “moral individual media del hombre argentino”; en tanto que las “bue-

(45) LLAMBIÁS, JORGE J., *Tratado de Derecho civil. Parte General*, 19 edición (actualizada por Patricio Raffo Benegas), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, tomo II p. 290.

(46) Para un desarrollo más extenso del asunto, ver PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., *Abuso del derecho*, op. cit., pp. 143/ 146.

nas costumbres” se refieren a la “moral social”⁽⁴⁷⁾. 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 opinable 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”⁽⁴⁸⁾. En un intento final de defensa, se ha expresado que “buena fe y buenas costumbres andan siempre juntas, como hermanos siameses, pues, así como se espera de un hombre de buena fe una conducta honesta y leal, la recíproca es verdadera: la mala fe se casa con la inmoralidad, la deshonestidad y la traición”⁽⁴⁹⁾. 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.

Resumiendo: la decisión del Proyecto de seguir acudiendo en simultáneo a la buena fe, la moral y las buenas costumbres no sólo resulta redundante, sino que importa vaciar de contenido a ese instituto que es el abuso del derecho. 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, terminan desdibujando por completo aquello que pretenden delinear.

Legislativamente hablando, sería entonces más que recomendable la directa supresión de cualquier referencia a la “moral y a las buenas costumbres”. Era incluso de esperar que un proyecto que aspira a erigirse como una de las primeras codificaciones del siglo XXI se liberara de las formulaciones arcaicas y vacías de las codificaciones del siglo XIX; sin embargo,

(47) MOSSET ITURRASPE, JORGE, “Artículo 1071”, op. cit., § 3. El mismo autor tampoco parece darle a la buena fe su verdadera relevancia ya que alude a ella como un complemento de la moral y las buenas costumbres.

(48) RABINOVICH- BERKMAN, RICARDO D., op. cit., p. 103.

(49) CAVALIERI FILHO, SERGIO, *Programa de responsabilidade civil*, 8va edição, Sao Paulo, Editora Atlas, 2008, p. 162.

el proyecto está lejos de hacer eso y acude a la misma terminología en otros preceptos como los arts. 344, relativo a condiciones prohibidas de los actos jurídicos, y 957, sobre límites a la libertad de contratación. Como sea, y en atención al protagonismo que pasa a tener el art. 9 en el sistema creado por el Proyecto, entendemos que lo razonable, e intelectualmente honesto, sería considerar a la buena fe como único parámetro moral válido para determinar la conducta abusiva.

2.3.3. La finalidad de la norma

La tendencia actual en materia de abuso del derecho pasa por buscar la mayor precisión combinando varios criterios identificatorios. Desde esta perspectiva, la inclusión en el art. 10 de un parámetro que alude a la finalidad de la norma para calificar la conducta disfuncional no sólo sigue al art. 1071 CC, sino a lo que es dominante en el Derecho comparado. Con todo, el 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 pregonara originariamente Saleilles y que aparece en Códigos como el griego de 1941, el portugués de 1967 y el brasileño de 2002 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⁽⁵⁰⁾. El aludir a una finalidad económica y social presupone que toda prerrogativa individual siempre tiene una función "general" para cumplir⁽⁵¹⁾. Una idea que el español Yzquierdo Tolsada rebatirá expresando que "un excesivo celo puede convertir a cada ciudadano en funcionario del orden económico y social"⁽⁵²⁾. Es más, un ejemplo en esa línea puede verse en el art. 5 del Código soviético de 1964 que expresaba en dos párrafos que "la ley protege los derechos civiles, salvo cuando sean ejercidos en contradicción con la significación de esos derechos en una sociedad

(50) PLANIOL, MARCEL ; RIPERT, GEORGES y ESMEIN, PAUL, op. cit., p. 792.

(51) LLAMBIAS, JORGE J. y RAFFO BENEGAS, PATRICIO, Jorge J. Llambías (dir.), *Código Civil anotado. Doctrina-Jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979, tomo II-B, p. 160.

(52) YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 118.

socialista, en el período de edificación del comunismo. En el ejercicio de los derechos y en la ejecución de las obligaciones, los ciudadanos y las organizaciones deben observar las leyes, respetar las reglas de la comunidad socialista y los principios morales de una sociedad que edifica el comunismo”⁽⁵³⁾. De esta forma, la corriente finalista-funcionalista puede llevar a la paradoja de que el abuso del derecho deje de ser una forma para conjurar abusos derivados del uso de prerrogativas individuales, para transformarse, lisa y llanamente, en un recurso velado para suprimir tales prerrogativas⁽⁵⁴⁾.

La otra vertiente finalista proviene de los desarrollos que hicieran autores como Porcherot o Josserand⁽⁵⁵⁾ y aquí la finalidad de la norma se determina mediante el cotejo de los motivos que llevaron al legislador a acordar 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 exactamente tenidos en cuenta por el legislador al tiempo del dictado de la norma que establecía la prerrogativa. Este riesgo ha llevado a una segunda interpretación que sostiene que, una vez dictadas, las normas se independizan del legislador y adquieren vida propia más allá de las finalidades estrictas que se procuraban al tiempo de su creación. Lejos de resolver la cosas, esta vertiente es más riesgosa que la anterior, dado que directamente permite “pecar por exceso”, cambiando por completo el sentido original de la norma y posibilitando la búsqueda de un abuso a piacere⁽⁵⁶⁾.

¿Qué vertiente adopta el art. 10 del Proyecto? Como se ha señalado, el Proyecto optó por modificar el texto del 1071 CC “modelo 1968”, apartándose incluso de lo que hicieran los cuatro proyectos inmediatamente anteriores. Las razones para ello se explicitan en la exposición de motivos

(53) LEOFANTI, MARÍA A., “Abuso del derecho. Visión...”, op. cit., p. 48.

(54) PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., *Abuso del derecho*, op. cit., p. 158.

(55) LLAMBIAS, JORGE J., “Estudio de la reforma del Código Civil ley 17.711”, en JA, 1969, p. 73; BORDA, GUILLERMO, “La reforma del Código civil. Abuso del derecho”, en ED 29, p. 725.

(56) Ver CONDORELLI, EPIFANIO, op. cit., p. 117.

donde se expresa 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”. En su reemplazo, 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”⁽⁵⁷⁾. Se intenta conjurar, pues, el primer riesgo de la tesis finalista; esto es, el de “congelar” a través de una interpretación dogmática los motivos que llevaron a conceder un derecho, limitando la aplicación del instituto. Pero en el intento por hacerlo, entendemos que se incurre en el peligro más grave de “excesiva amplitud” ya que la alusión a “fines del ordenamiento” es muy ambigua y sirve para justificar virtualmente cualquier cosa. Es más: hasta recuerda en demasía a la tesis funcionalista, dado que, al parecer, 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 reñidas con la vida en sociedad. Así, por ejemplo, nada hay más individualista que el derecho a la privacidad y, no obstante, difícilmente alguien pueda cuestionar que el mismo resulta fundamental para el desarrollo de cualquier persona⁽⁵⁸⁾. En síntesis, la nueva redacción introduce más ambigüedad en un criterio finalista que años atrás incluso había sido cuestionado por uno de los miembros de la comisión redactora al entender que las leyes casi nunca explicitan o insinúan la finalidad para la cual conceden derechos a las personas⁽⁵⁹⁾. Pero eso no es todo: lo peor es que el texto propuesto abandona la tesis de la finalidad del legislador para rumbear 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”.

(57) Exposición de motivos, punto III.6.3.

(58) Ver BARROS, ENRIQUE, “Lo público y lo privado en el Derecho”, en *Estudios Públicos*, Santiago de Chile, nro 81, Centro de Estudios Públicos, 2001, p. 27.

(59) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “Artículo 1071”, op. cit., p. 58.

¿Qué opciones hubieran sido mejores? O bien dejar a la buena fe como único criterio de detección del abuso, o bien reemplazar la idea de finalidad por la de "interés protegido", que, de hecho, se trata de la opción que defendiera Saleilles luego de descartar su propia tesis finalista-funcional. ¿En qué consiste? Básicamente, soluciona los problemas de la "finalidad histórica" del legislador, pero, ello, sin llegar al extremo de cambiar completamente tales finalidades por lo que se le ocurra al juzgador. ¿Como lo hace? 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. Aunque aludiendo a una posible interpretación del actual 1071 CC, Molina resume muy bien estas ideas y, partiendo del hecho innegable de 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; más allá del cual, al tribunal no le corresponde intervenir⁽⁶⁰⁾. 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"⁽⁶¹⁾.

2.3.4. Los efectos de la conducta abusiva

Si el mantenimiento de la "moral y buenas costumbres" y la nueva formulación del criterio finalista aparecen a nuestro entender como los dos puntos flacos del Proyecto en lo que hace al abuso del derecho, no ocurre lo mismo con la decisión de dedicar el tercer párrafo del art. 10 a los posibles efectos que traerá aparejados la conducta disfuncional. Se sigue aquí la línea de codificaciones como la española y la peruana, y no sólo contribuye a darle precisión a un instituto cuyo correcto desempeño requiere dejar de lado toda ambigüedad, sino que permite delinear todavía

(60) MOLINA, JUAN C., op. cit., pp. 90/ 91. En igual sentido, BUTELER CÁCERES, JOSÉ A., op. cit., p. 399.

(61) MOLINA, JUAN C., op. cit., pp. 91 y 104/105.

más al abuso del derecho como ese ilícito que es. ¿Cómo es esto? Al igual que lo que ocurre con un ilícito penal, el abuso del derecho tal como lo propone el art. 10 del Proyecto se presenta como una cláusula que, en esencia, 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 tal como lo propone el Proyecto ocurre virtualmente lo mismo y, no en vano, 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. Esa alusión, siquiera breve, constituye un buen ejemplo del llamado "efecto pedagógico de la ley" y, en ese sentido, no está de más recordar que no son pocos quienes consideran al abuso del derecho como una mera causal de responsabilidad civil, pese a que su función y posibles consecuencias resultan bastante más complejas. Se trata de algo que ya señalara Llambías hace años cuando en sus notas al Anteproyecto de 1954 expresara que "Aun cuando del acto abusivo no se siga ningún daño, con lo que no podrá ser considerado acto ilícito civil, no por esto dejará de ser eficaz aquel principio, ya que entonces se erigirá en una causa legal de la paralización del derecho desviado de sus fines regulares"⁽⁶²⁾. Precisamente, el art. 10 alude a "evitar los efectos del abuso"; resaltando que el instituto no requiere de un daño efectivo para su procedencia. Es más, una de las formas más usuales de hacer valer derechos subjetivos es por la vía judicial y aquí el eventual abuso se daría, precisamente, en caso de darle curso a las pretensiones de la parte actora⁽⁶³⁾. ¿Cual tendría que ser el efecto del abuso del derecho aquí? Lograr el rechazo de la demanda, en cuyo caso no habría daño alguno que reparar y el instituto estaría cumpliendo un verdadero 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 proyecto 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

(62) LLAMBIÁS, JORGE J., *Anteproyecto de Código Civil de 1954 para la nación argentina*, Universidad de Tucumán, 1968, nota al artículo 235, p. 155.

(63) PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., *Abuso del derecho*, op. cit., p. 333.

art. 10 alude 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 acudirse, 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.

2.3.5. Las "situaciones abusivas" y el abuso de posición dominante

El tercer párrafo no sólo alude a los efectos del abuso, sino también a los de la "situación abusiva". Ahora bien, ¿qué vendría a ser este segundo supuesto? La explicación aparece en la exposición de motivos del Proyecto donde se expresa que "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, cuya descripción y efectos han sido desarrollados por la doctrina argentina"⁽⁶⁴⁾. Pero 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. La exposición de motivos del Proyecto también expresa que "se ha tratado de incluir sólo aquellas definiciones que tienen efecto normativo y no meramente didáctico, en consonancia con la opinión de Vélez Sarsfield, primer codificador, expresada en la nota al artículo 495 del Código Civil"⁽⁶⁵⁾. Ahora bien, encontrándonos frente a una categoría que ahora 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 probidad, existe una definición parcial y ésta aparece en el art. 1120 del Proyecto, correspondiente al capítulo 4 ("cláusulas abusivas") del Título III del Libro Tercero en el cual se expresa que "se considera que existe una situación

(64) Fundamentos del Proyecto, III. 6.3.

(65) Fundamentos del Proyecto, II.1.3.

jurídica abusiva cuando el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos". ¿Qué resultado? El de una cláusula abusiva en los términos del ya mentado art. 1119. No obstante, estamos lejos de contar con verdaderas precisiones, dado que, en última instancia, la definición sólo comprende un caso particular y, ello, dentro del ámbito concreto de los contratos de consumo.

El caso por excelencia de situación abusiva será el llamado abuso de posición dominante y, de allí, que el art. 11 del Proyecto disponga que las disposiciones relativas al abuso del derecho serán aplicables a tal supuesto. Aquí se sigue la misma técnica que el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 (art. 584) y el Proyecto de 1998 (art. 397), que en su momento fuera criticado por la doctrina. Y es que, ¿puede emplearse una cláusula destinada a determinar usos abusivos de derechos subjetivos para calificar casos donde el abuso trasciende el ejercicio de tales derechos? La respuesta debe ser negativa y, ciertamente, o bien se dispone una cláusula general, pero específica para tales cuestiones, con la que el Proyecto no cuenta, o bien se tipifican los casos concretos en que tales situaciones abusivas se producen, que es precisamente lo que, por ejemplo, intenta hacer el ya mentado art. 1120 y, con serias limitaciones, la propia ley 25.156 de Defensa de la Competencia⁽⁶⁶⁾. Aquí, el perjuicio que se causa no está tanto en un abuso del derecho que afecta intereses no protegidos de otra forma, sino, más bien, en una conducta material que termina afectando otros derechos como el de libre concurrencia de los competidores y el de libre elección de los consumidores. La situación no se origina, pues, de un ejercicio disfuncional de un derecho, sino que, más bien, tendríamos que hablar de 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

(66) La ley 25.156 intenta aportar precisiones, pero su fórmula es vaga. Así, su art.1 expresa que "Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general". Como puede apreciarse, se echan en falta parámetros de detección o, cuando menos, una enumeración de supuestos que, en caso de darse, se presumirán abusivos, salvo prueba en contrario.

la lesión⁽⁶⁷⁾. 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 común, requiere de todo un régimen específico con tipificación de supuestos complejos, entre los cuales, hasta se ha propuesto que actúe como causa autónoma de ineficacia de los actos jurídicos⁽⁶⁸⁾.

Para finalizar, haremos una mínima alusión al párrafo final del art. 14 del Proyecto que expresa que "La ley no ampara el ejercicio 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. Ahora bien, imaginemos un supuesto de laboratorio donde el titular de un derecho subjetivo lo ejerce de buena fe y sin desviarlo de su finalidad, pero, aun así, termina violando el medio ambiente o algún derecho de incidencia colectiva. ¿Podría tal caso llegar a darse? Es obvio que no ya que, en realidad, el art. 14 no regula un caso de abuso del derecho sino, lisa y llanamente, una prohibición general de que los derechos subjetivos puedan afectar valores superiores a ellos. Y, al ser una prohibición general, no puede dar lugar a un abuso dado que, como ya lo hemos señalado, éste se da cuando no hay límites legales definidos y aparece la posibilidad de causar daños no previstos por el ordenamiento. Aquí la prohibición existe y es categórica, de manera que el art. 14 no se vincula tanto con el abuso del derecho como con la llamada "colisión de derechos".

3 | Consideraciones Finales

En la obra que dedicáramos íntegramente al tema, y luego de considerar todos los proyectos de reforma que sobre la materia había en la Argentina, expresábamos que "no es irrazonable suponer que el día que finalmente se reforme la cláusula de abuso del derecho el enfoque a ser adoptado

(67) LORENZETTI, RICARDO, "Nuevas fronteras del abuso de derecho", en *Revista Jurídica La Ley*, 1995-E-593, p. 4 (edición electrónica).

(68) TOBIAS, JOSÉ y GOLDENBERG, ISIDORO, "Abuso de posición dominante", en *Revista Jurídica La Ley*, 2005-D-1002, p. 8 (edición electrónica).

será más bien tímido en relación a lo que se podría hacer para darle al instituto más coherencia y precisiones. Como sea, al menos éste contará con algunas disposiciones básicas destinadas a regular sus efectos y darle autonomía en tanto ese ilícito particular que es"⁽⁶⁹⁾. A la luz de lo que se ha venido analizando hasta aquí y de sancionarse el Proyecto, nuestra predicción habrá sido casi certera. Decimos "casi" porque, pese al intento (a nuestro modo de ver, infructuoso) de aportar más precisiones al criterio de la desviación de la finalidad, no podemos evitar que nos embargue la sensación de que la idea real del Proyecto ha sido dejar al abuso del derecho envuelto en cierto velo de ambigüedad y, esto, por considerarse que estamos frente a una cuestión respecto de la cual resulta imposible dar precisiones, de manera que debe ser dejada a las intuiciones de los jueces. Esta postura era muy frecuente a comienzos del siglo XX cuando recién comenzaba a codificarse el instituto y las teorías tendientes a su calificación no se encontraban correctamente desarrolladas, pero hoy día no existen motivos para sostenerla. Con todo, la Exposición de Motivos alude al instituto considerando 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". La idea parece sostener que es la jurisprudencia la que fijará los casos que se considerarán abuso de derecho y no las precisiones que aporte la cláusula prohibitiva desde el interior del propio sistema. De ser nuestra intuición correcta, el art. 10 del Proyecto deviene en gran medida en letra muerta y bien puede darse que se disponga la existencia de abusos de derechos cuando sea indudable que no proceden o que los jueces se nieguen a aplicar el instituto pese a haber una conducta disfuncional. Y esto no es una mera conjetura, dado que una revisión de la jurisprudencia actual demuestra casos en uno y otro sentido.

¿Puede dejarse la cuestión del abuso del derecho librada al puro arbitrio judicial? A nuestro modo de ver, quienes sostienen esto confunden el "ser" con el "deber ser", no reconociendo, o no queriendo reconocer, que los jueces son personas y como los hay buenos, también los hay malos. Es más, si la tesis de la "perfección de la magistratura" fuera llevada a su extremo, ni siquiera harían falta leyes positivas o, mejor dicho, bastaría una

(69) PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., *Abuso del derecho*, op. cit., p. 274.

sola conteniendo un único precepto que dispusiera que el Derecho pasa a ser lo que los jueces dicen que es. Se podrá decir que nuestro ejemplo es extremista; sin embargo, aplicado al tema que nos ocupa, no creemos que lo sea: si la disparidad de criterios se da nada menos que respecto de la procedencia o no del ejercicio de prerrogativas legales, bien podemos hablar de un único Derecho codificado que, en la práctica, termina convirtiéndose en “varios” según los jueces consideren que hay que aplicarlo o no en base a las ideas de cada uno. En resumidas cuentas, allí donde una facultad legal subjetiva “funcionará”, en otros casos idénticos no lo hará, atomizando el sistema. Todo ello, al tiempo que “se corre el riesgo de destecnificar las instituciones, ante la comodidad que supone prescindir de toda construcción dogmática y escapar hacia la noción de abuso del derecho cada vez que el juez, el práctico o el estudioso no puedan, no sepan o no quieran argumentar con el esfuerzo debido”⁽⁷⁰⁾.

Aun con todas esas reservas, ¿puede valorarse la reforma que hace el Proyecto en materia de abuso del derecho como positiva? Eso, sin duda y entre los puntos a valorar tenemos la nueva ubicación, la consagración de la buena fe como criterio básico de detección (quizás, lo que vaya a darle verdadera vida operativa a la cláusula), la mención a la “situación abusiva” y la alusión a las consecuencias jurídicas de las que es pasible la conducta abusiva. En contrapartida, el mantenimiento de la “moral y buenas costumbres”, la reformulación de la finalidad de la norma y la falta de mayores precisiones sobre la “situación abusiva” pueden colocarse en el “debe”. Al mismo tiempo, también podrían haberse regulado otras cuestiones (como, por ejemplo, la procedencia de oficio del instituto o la existencia o no de esa categoría que se ha dado en llamar “derechos incausados”) que habrían contribuido a delinearlos mejor con vistas a una aplicación más precisa. Como sea, es evidente que ninguna reforma del Código Civil, por muy buena que sea, puede contentar a todos en todo. Son demasiados los temas involucrados para que esto pueda ocurrir. Teniendo esto presente, no dejaría ser positivo que, a diferencia de lo ocurrido en ocasiones anteriores, las opiniones personales sean dejadas de lado y lo que ahora es un Proyecto se transforme en ley. Es más, sospechamos que detrás de todos los fracasos previos existe otra visión que también tendría que ser superada: aquella que afirma que, una vez dictado, el Código Civil debe

(70) YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, op. cit., p. 118.

convertirse en un monumento pétreo que sólo debe tocarse en ocasiones especiales. De hecho, ése es el legado que nos han dado las generaciones anteriores respecto del Código de Vélez Sarsfield y no ha sido positiva ya que ha contribuido al convencimiento por parte de la doctrina y de la judicatura de que la ley debe ser dejada de lado cuando se estime conveniente. Una tesis que ha jugado su rol en el desarrollo de la anomia general que hace décadas sufre nuestro país⁽⁷¹⁾ y que contrasta con el pragmatismo y sentido común que imperaba al sancionarse el Código. En efecto, el art. 2 de la ley 340 disponía que “La Suprema Corte de Justicia y Tribunales Federales de la Nación darán cuenta al Ministro de Justicia, en un informe anual, de las dudas y dificultades que ofreciere en la práctica, la aplicación del código, así como de los vacíos que encontrasen en sus disposiciones para presentarlas oportunamente al Congreso”⁽⁷²⁾. Algo que, hoy día, con la tecnología informática existente, es perfectamente realizable y no puede haber excusas para no concretarlo. Pese a nuestras objeciones, esperamos tanto que el actual Proyecto sea aprobado y valorado como lo que es: el sistema de Derecho positivo básico para organizar las relaciones

.....

(71) Aquí se podrá decir que la adaptación de la Ley positiva a las circunstancias cambiantes de la sociedad es indispensable para hacer prevalecer la justicia y que la Argentina no es el único país que practica “interpretaciones creativas”. Dos cosas se le pueden replicar a esto. En primer lugar, que la justicia es una cuestión opinable y, así, lo que resulta “justo” para uno, no lo es para otro. Incluso dentro de un mismo Estado los valores son diversos; de allí, que en democracia tengamos que referirnos, más bien, a “valores de consenso” y, guste o no, quien plasma ese consenso es el Poder Legislativo, en tanto órgano que, con sus muchas limitaciones, sigue siendo el de mayor representación política de todos los estamentos de la sociedad. Por otra parte, la Argentina tampoco cuenta con un sistema donde los jueces queden vinculados por un precedente obligatorio como en el *Common Law*, tampoco con Tribunales de Casación que unifiquen de manera general los criterios del apartamiento de la Ley positiva, ni con un Tribunal Constitucional que, ajeno al Poder Judicial, declare sin más las inconstitucionalidad de normas contrarias a la Carta Magna. Por todo esto, en nuestro país la “aplicación creativa de la ley” ha llevado a la virtual atomización del sistema y a que los justiciables no sepan, en definitiva, dónde están parados.

(72) En la misma línea, puede mencionarse el caso del Código Civil uruguayo de 1968, cuyo art. 14 expresa que “La Suprema Corte de Justicia, siempre que lo crea conveniente, dará cuenta al Poder Legislativo de las dudas y dificultades que hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes y de los vacíos que note en ellas, a fin de estimular, sea la interpretación de las leyes preexistentes, sea la sanción de nuevas leyes”. Por otro lado, algo similar sucede con uno de los códigos más relevantes y modernos de la actualidad: el holandés. En efecto, pese a venirse desarrollando hace más de medio siglo en un proceso de aprobación progresiva de sus Libros que todavía sigue adelante; esto no ha obstado que haya sido enmendado en varias ocasiones conforme el dictado de nuevas Directivas de la Unión Europea importara la necesidad de modificar sus contenidos. Ello, en un esfuerzo por mantener todo dentro del Código y en contra del proceso de decodificación que predominaba hace dos décadas.

personales entre los ciudadanos de un país y, como tal, susceptible de ir siendo mejorado según los desarrollos de la doctrina especializada y las propias necesidades de la sociedad.

Bibliografía

- AGUIAR, HENOCH, *Actos ilícitos. Responsabilidad civil*, Buenos Aires, TEA, 1950, tomo II, vol. 1.
- ALTERINI, Atilio, *Responsabilidad en la reforma civil*, Cathedra, 1970.
- ALTERINI, Atilio y LÓPEZ CABANA, ROBERTO, “El abuso de derecho. Estudio de Derecho Comparado”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1990-B-1101.
- ANDORNO, LUÍS, “Abuso del derecho”, en *Zeus*, Rosario, D-21, 1979, tomo 16.
- BARROS, ENRIQUE, “Lo público y lo privado en el Derecho”, en *Estudios Públicos*, Santiago de Chile, nro 81, Centro de Estudios Públicos, 2001.
- BIBLIONI, JUAN A., *Reforma del Código Civil. Anteproyecto de Juan Antonio Bibiloni*, Buenos Aires, Kraft, 1939, tomo I.
- BORDA, GUILLERMO, “La reforma del Código civil. Abuso del derecho”, en *ED* 29, p. 723.
- BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 6ta Edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1989.
- BUTELER CÁCERES, JOSÉ A., *Manual de Derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Ed. Ábaco, 1979.
- CALVO SOTELO, JOSÉ, *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*, Madrid, Librería V. Suarez, 1917.
- CARRANZA, JORGE A., “Abuso del derecho”, en *JA* 1969-3.
- CASTIGLIONE, JOSÉ F.L., “El abuso del derecho”, en *JA* 15, p. 45 (sección doctrina).
- CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO, *Tratado de Direito privado*, 4ta Edición, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1998, tomo 53.
- CAVALIERI FILHO, SERGIO, *Programa de responsabilidade civil*, 8va edição, Sao Paulo, Editora Atlas, 2008.
- CAZEAUX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX, *Derecho de las Obligaciones*, La Plata, Ed. Platense, 1976, tomo IV.
- DE AGUIAR DIAS, JOSÉ, *Da responsabilidade civil*, XI edição (revisada, atualizada e ampliada de acordo com o Código Civil de 2002 por Rui Berford DIAS), Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- CONDORELLI, EPIFANIO, *El abuso del derecho*, La Plata, LEP, 1971.
- DIEZ PICASO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Volumen Primero. Introducción teoría del contrato*, 5ta. edición, Madrid, Ed. Civitas, 1996.
- FLEITAS, ABEL, *El abuso del derecho en la reforma del Código Civil argentino*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 1944.
- GANC, DIANA B., “Calificación y sanción de la conducta abusiva”, en *JA* 2001-I-966.

- GALGANO, FRANCESCO, *El negocio jurídico*, Blasco Gasco, Francisco de P. y Prats Albentosa, Lorenzo (trads.), Valencia, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992.
- HERNÁNDEZ, HÉCTOR H., “Abuso del derecho y derecho subjetivo”, en *ED*, n° 118, p. 949.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- GOLDSCHMIDT, ROBERTO, “La teoría del abuso del derecho y el Anteproyecto brasileño de un código de las obligaciones”, en *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba*, Córdoba, julio-agosto, p. 353, 1942.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “Artículo 1071”, en Belluscio, Augusto C. (dir.) y Zannoni, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Ira reimpresión, Bs. As., Astrea.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “Principios y tendencias en torno al abuso del derecho en Argentina”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Nro 16 (*Abuso del derecho*), Rubinzal Culzoni Editores, 1998.
- LAQUIS, MANUEL, “Desde Vélez Sarsfield hasta la actualidad (Lesión, Abuso del derecho, Imprevisión)”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1987-D-914.
- LEÓN, PEDRO, “Voz, abuso del derecho” en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Alcala S.A., 1954, tomo I-A.
- LEÓN, PEDRO, “La teoría del abuso del derecho en la doctrina nacional”, *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, Año XVIII, N° 5 y 6.
- LEOFANTI, MARÍA A., *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo, 1945.
- LEOFANTI, MARÍA A., “Abuso del derecho. Visión panorámica y prospectiva”, en *Revista Jurídica de San Isidro*, nro 12-13.
- LLAMBÍAS, JORGE J., *Tratado de Derecho civil. Parte General*, 19 edición (actualizada por Patricio Raffo Benegas), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, tomo II.
- LLAMBÍAS, JORGE J., “Estudio de la reforma del Código Civil ley 17.711”, en *JA*, 1969.
- LLAMBÍAS, JORGE J., *Anteproyecto de Código Civil de 1954 para la nación argentina*, Universidad de Tucumán, 1968.
- LLAMBÍAS, JORGE J. y RAFFO BENEGAS, PATRICIO, Jorge J. Llambías (dir.), *Código Civil anotado. Doctrina-Jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979.
- LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.
- LORENZETTI, RICARDO, “Nuevas fronteras del abuso de derecho”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1995-E-593.
- MAZEAUD, HENRI; MAZEAUD, LÉON; MAZEAUD, JEAN y CHABAS, FRANÇOIS, *Derecho Civil. Obligaciones*, Luís Andorno (trad.), Buenos Aires, Zavalía Ed., 2006, tomo II.
- MEGÍAS, JOSÉ J., “El subjetivismo jurídico y el Derecho romano en los textos romanos”, en *El derecho subjetivo en su historia*, Cádiz, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003.
- MOISSET DE ESPANÉS, LUÍS, *El abuso del derecho*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Ver texto en: <http://www.acader.unc.edu.ar/artabusodelderecho.pdf>

- MOLINA, JUAN C., *Abuso del derecho, lesión e imprevisión en la reforma del Código Civil*, Buenos Aires, Astrea, 1969.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE, "Artículo 1071" (comentario), en Bueres, Alberto J. (dir.), Highton, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, tomo 3 A.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE, "El abuso en el pensamiento de tres juristas trascendentes: Risolía, Spota y Llambías. Una situación concreta: el abuso y el Derecho ambiental", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Nro 16, Rubinzal Culzoni Editores, 1998.
- ORTIZ Y BUSTOS, BELISARIO M., "Acerca del abuso del derecho", en *Prudentia Iuris* IX, Bs. As., Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Abril, p. 47, 1983.
- PLANIOL, MARCEL; RIPERT, GEORGES y ESMEIN, PAUL, *Tratado Práctico de Derecho Civil francés*, La Habana, Cultural S.A., 1946, 6to tomo.
- PRATES, TITO, *Abuso de Derecho*, en *JA* tomo 50-1 (sección doctrina).
- PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., "El abuso del derecho y las relaciones de consumo", en Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto, *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2011, tomo III.
- PRIETO MOLINERO, RAMIRO J., *Abuso del derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2010.
- RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO D., *Derecho civil. Parte general*, Bs. As., Astrea, 2000.
- ROCCA, IVAL, "Abuso del derecho", en *Revista Jurídica La Ley* 104, p. 977.
- SALVAT, RAYMUNDO M., "Teoría del abuso del derecho", en *Revista Jurídica La Ley*, tomo, 6, p. 51 (sección doctrina).
- SILVA TAMAYO, GUSTAVO E., *Desviación de poder y abuso de derecho*, Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo-Perrot, 2006.
- SPOTA, ALBERTO, *Tratado de Derecho civil*, Buenos Aires, Depalma, 1947, tomo I, Vol. 2.
- TIERNEY, BRIAN, "The idea of natural rights-origins and persistence", en *Northwestern Journal of International Human Rights*, Chicago, volume 2, spring, Northwestern University School of Law, 2004.
- TOBIÁS, JOSÉ y GOLDENBERG, ISIDORO, "Abuso de posición dominante", en *Revista Jurídica La Ley*, 2005-D-1002.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, *Doctrina y jurisprudencia del Código Civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, 1984.
- VENINI, JUAN C., "El abuso del derecho y su declaración de oficio por los jueces", en *JA*, 1980-3.
- VIGO, RODOLFO L., "Consideraciones iusfilosóficas sobre el abuso del derecho", en *Revista de Derecho Comunitario Privado y Comunitario*, Nro 16 (*Abuso del derecho*), Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1998.
- VILLEY, MICHEL, "La génesis del derecho subjetivo en Guillermo de Occam", en *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.
- WARAT, LUIS A., *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de daños. Presupuesto y funciones del Derecho de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, tomo 4.