

El abuso de derecho y su inclusión en el proyecto de Código Civil y Comercial unificado

28 febrero 2013 por [Ed. Microjuris.com Argentina 1 Comentario](#)

Autor: Casadío Martínez, Claudio A.

Fecha: 28-feb-2013

Cita: MJ-DOC-6175-AR | MJD6175

Sumario:

I. Concepto. II. Fundamento. III. Teorías. IV. Surgimiento y evolución en nuestra legislación. V. Recepción en la doctrina nacional. VI. Requisitos de aplicación. VII. Un ejemplo: el abuso en la homologación del acuerdo en los procesos concursales. VIII. Proyecto de unificación civil y comercial. IX. Colofón.

Doctrina:

Por Claudio A. Casadío Martínez (*)

I. CONCEPTO

El abuso de derecho fue incorporado a nuestro derecho positivo por la Ley 17.711 , que recordemos transformó radicalmente el Código Civil redactado por Vélez Sarsfield, como párr. 2º del art. 1071 , al disponer que «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».

Como surge de una primera lectura de la norma, la noción de «ejercicio abusivo de un derecho» es amplia, difusa e imprecisa, llegándose a sostener que se trata de «norma válvula» o «de goma», (1) habiendo sido delimitado su alcance por la labor de los tribunales y la doctrina de las últimas décadas, que han desplegado una ardua tarea tendiente a la «purificación del concepto» (2).

En líneas generales podemos sostener que habrá abuso de derecho cuando se ejerce un derecho en contra de los fines económicos y sociales que inspiraron la ley en la cual se le otorgó, (3) es decir, que estamos ante un límite impuesto al ejercicio de un derecho subjetivo (4) o, dicho de otro modo, frente a una conducta que parece congruente con la norma de derecho, que no contradice el enunciado formal de la regla jurídica y que, sin embargo, quebranta y contraría el espíritu y el propósito de los derechos ejercidos, de manera que no es ya una acción válida y legítima sino un acto ilícito (5).

II. FUNDAMENTO

La admisión de la teoría del abuso del derecho es una consecuencia necesaria de vida en sociedad que no puede tolerar usos abusivos de los derechos, más allá de los límites que impone la misma sociedad. Esta afirmación nos lleva a la conclusión de que tales límites no son rígidos sino que varían entre las épocas y aun en la misma época entre regiones, y así es que en épocas remotas (y no tan remotas) no existían tales límites (6). Autorizada doctrina postula que fue recién en el Código de Prusia de 1794, cuando apareció por primera vez el principio del abuso de derecho en un ordenamiento jurídico (7).

Si bien podrá discutirse el acierto lógico y gramatical del nomen iuris elegido (abuso del derecho) puesto que encierra un contrasentido, no cabe discutir ya que no se puede permitir el ejercicio de los derechos más allá de los límites de la buena fe (8).

III. TEORÍAS

De las teorías que se han esbozado respecto del instituto, y que resultan de utilidad para determinar si existe o no un abuso de derecho ante el análisis del caso concreto, merecen destacarse las siguientes.

En primer lugar tenemos las teorías subjetivas que fundan el acto abusivo en la intención de perjudicar o en el sistema de culpa y hasta en situaciones en las cuales el derecho se ejerce en ausencia absoluta de un interés legítimo o de utilidad para su titular y que fuera utilizada en sus orígenes por los tribunales franceses (Colmar 1855 y Lyon 1856), que comenzó luego a ser dejada de lado por las dificultades de probanza que conlleva, ya que la intención se encuentra en el mundo interior del sujeto, lo cual es sumamente difícil de probar (9).

Frente a estas corrientes se alzaron otras eminentemente objetivas, vinculadas con la rotura del equilibrio en los intereses en conflicto; así el hecho de contrariar el destino económico y social que motivó el reconocimiento del derecho y la contradicción entre el espíritu de la norma y la conducta desplegada. Josserand consideraba que se puede tener para sí un derecho legal y tener en contra la moralidad, o como expresara Dabin existe una legitimidad distinta de la legitimidad jurídica y es la «legitimidad moral» (10).

Finalmente tenemos el criterio mixto, que conjuga elementos de ambas corrientes precedentemente expuestas. Josserand enumera cuatro posiciones fundamentales que tipifican la teoría del abuso de derecho -conforme esta corriente-, que son suficientes para precisar un concepto del abuso. Serían:

- 1°) Lo que llama criterio intencional, o sea, la intención de dañar y sus derivados o sucedáneos: dolo, fraude.
- 2°) La falta no intencional, pero que altera un derecho en su finalidad, determinada por el criterio técnico.
- 3°) La carencia de un interés legítimo, considerada por el criterio económico.
- 4°) El criterio funcional o finalista, que establece la desviación del derecho de su función social y de su espíritu.

IV. SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN EN NUESTRA LEGISLACIÓN

La admisión de la teoría del abuso en nuestro derecho tenía como obstáculo el art. 1071, que disponía que «El ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal, no puede constituir como ilícito ningún acto». Sin embargo la teoría del abuso del derecho se fue abriendo paso en la jurisprudencia dado que existían otros artículos en los que se podía fundarla, como por ejemplo el art. 953, que establece que los contratos no pueden tener un objeto que sea contrario a las buenas costumbres.

Repárese que aún en su redacción original, previa a la reforma de la Ley 17.711, en el Código Civil existen diversas normas que indican que el codificador no aceptaba siempre el carácter absoluto

de los derechos y que intuyó que el ejercicio de ellos debía estar limitado por razones de conveniencia social y moral; por ejemplo, los arts. 1638, 1739, 1978, 2441, apdo.3 y las disposiciones sobre restricciones y límites del dominio.

La reforma constitucional de 1949 consagró de modo expreso el principio del abuso del derecho en el artículo, cuyo texto rezaba: «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 las leyes».

Finalmente la Ley 17.711 modificó la redacción del art. 1071, que quedó redactado: «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».

Repárese que en el párr. 1º se reproduce el primitivo art. 1071 con un importante agregado: la palabra «regular», con lo cual se modifica sustancialmente el sentido de la norma, así para que el ejercicio de una ley esté protegido por ella debe ser regular. El ejercicio de un derecho en formar irregular no está protegido por ella.

Asimismo se estipula que hay abuso del derecho cuando el ejercicio contraríe los fines tenidos en cuenta por la ley al reconocer el derecho o cuando el ejercicio contraríe la buena fe, la moral, las buenas costumbres.

Sin embargo el legislador en ocasiones ha reglamentado más minuciosamente la cuestión y así podemos citar que, en materia de locación de cosas, se incluyó el abuso en varias normas, actualmente derogadas. El Código Procesal de la Nación del 1968 asignó responsabilidad por la traba de medidas cautelares requeridas con abuso o exceso de derecho en su art.208 y la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 veda el abuso del derecho del empleador, en cuanto le impone ejercer sus facultades de dirección «con carácter funcional» (arts. 62 a 65 y 86) (11).

No obstante, existe un grupo de derechos que pueden ejercerse arbitrariamente sin que el sujeto deba rendir cuentas de su conducta o de los móviles justos o injustos que lo han guiado. Se trata de un limitado número de derechos que escapan al concepto de abuso; como ejemplo podemos nombrar el de pedir la división de un condominio o la partición de la herencia, el de disponer por testamento de la porción que no corresponde a los herederos forzosos, el de desheredar a quien ha incurrido en alguna de las causales legales, etc. Se los ha llamado derechos incausados, abstractos, absolutos, soberanos, discrecionales.

V. RECEPCIÓN EN LA DOCTRINA NACIONAL

En nuestro derecho Spota y Alfredo Orgaz reflejan las dos posiciones que en forma divergente han abordado este instituto.

El primero (12) ha expresado que nos encontramos ante un acto antifuncional, contrario al espíritu del derecho, un derecho absoluto de carácter incausado ajeno a la finalidad social y económica

perseguida por la norma. Postula que los derechos individuales deben ajustarse a los fines, al espíritu de la norma, a su objeto, siendo las prerrogativas jurídicas de esencia social. Las directivas de aplicación para el juez se entroncan con la buena fe, la moral y las buenas costumbres, el equilibrio de intereses, el ejercicio funcional, la presencia de interés real y confesable; estas ideas rectoras nos llevan a la necesidad de existencia de un acto funcional, a sus fines sociales y económicos, esta es la directiva general que nomina el acto abusivo, verdadera policía jurídica de los derechos individuales.

Por su parte Orgaz (13) explica que la reforma introducida al art.1071 del CCiv exhibe abundancia de expresiones que no se encuentran en legislación extranjera alguna, remitiéndose a los juicios de valor que pueda hacer el juez a caso concreto por sobre el derecho estatuido. En su opinión el criterio de los fines es vago y general ya que las leyes casi nunca los declaran, se conceden porque se han cumplido las condiciones de hecho necesarias; y las pautas de la buena fe, la moral y las buenas costumbres, que intentan moralizar los derechos, desnaturalizan las prerrogativas individuales en su esencia, ya que el derecho permite muchas cosas que la moral prohíbe. Agrega que en toda la legislación nacional o extranjera, desde su origen, el abuso de derecho ha sido un tema de licitud o ilicitud, aunque el planteo correcto es sobre el daño que se causa a otro y la justificación que el mismo pudiera tener para configurar o no la aplicación de esta teoría.

VI. REQUISITOS DE APLICACIÓN

Siguiendo en lo principal a la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, (14) podemos definir los presupuestos del abuso del derecho en los siguientes:

- 1- Una conducta permitida por el derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal.
- 2- Un uso contrario a los claros fines de la norma.
- 3- La imputabilidad, pues se presume que se obra con discernimiento, intención y libertad, hasta tanto se demuestre lo contrario.
- 4- 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.

En concreto, la calificación de un acto como abusivo (15) 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.

VII. UN EJEMPLO: EL ABUSO EN LA HOMOLOGACIÓN DEL ACUERDO EN LOS PROCESOS CONCURSALES.

Debemos confesar que llegamos al estudio de este complejo instituto desde la órbita del derecho concursal, al estudiar la homologación de los acuerdos preventivos y las facultades de los magistrados.

Al respecto en la actualidad del art. 52 inc. 4 de la LCQ prevé que el juez no homologará un acuerdo en abuso o fraude, con lo cual los parámetros y estándares antes analizados devienen aplicables a estas situaciones.

En otra oportunidad, (16) hemos esbozado el llamado «test de abusividad» para analizar los acuerdos, debe actuarse conforme las reglas de sana crítica ponderando elementos objetivos o, en los términos expresados en el precedente “Editorial Perfil”, «confrontando una serie de valores que permitan dar una comprensión amplia del problema». ¿Cuáles serían dichos elementos o valores?

Entre ellos hemos propuesto:

- Eventualidad de fraude y composición de la mayoría, que incluye el análisis de la categorización, cesiones de derechos, entre otros.- Justificación de la propuesta, que debería incluir necesariamente la determinación del punto del equilibrio y de nuestro PEHA (punto de equilibrio luego de homologado el acuerdo).
- Rol social de la empresa, analizando el rol que desempeña la empresa en la sociedad en que se desenvuelve, sobre todo como dadora directa e indirecta de trabajo.
- Eventual dividendo falencial y «porcentaje de quita eventual», que requiere la determinación del VAA (Valor Actual del Acuerdo).

También implícitamente se encuentra regulado otro caso de abuso de derecho en el estatuto falimentario, y es el supuesto de extensión de la quiebra por abuso de control (17) conforme dimana del art. 161 inc. 2 LCQ.

Sin embargo existen otros supuestos de abuso en el proceso concursal, no regulados expresamente que han ido desnaturalizando los institutos, como por ejemplo la petición de quiebra como vía alternativa a la ejecución, cuyo análisis excede los límites impuestos a este trabajo.

VIII. PROYECTO DE UNIFICACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

El proyecto de Código Civil y Comercial asigna fundamental importancia al abuso de derecho y lo regula en sus primeros artículos.

En efecto, el art. 9 hace hincapié en la «buena fe» y el 10 por su parte postula 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».

Con lo cual los conceptos antes vertidos se afianzan y adquieren mayor trascendencia con el agregado del último párrafo, que confiere expresamente al juez la potestad de disponer las

medidas necesarias para evitar los efectos del acto abusivo y, en su caso, la reposición al estado anterior de las cosas y fijar una indemnización.

Cabe advertir que comparando la norma actual con la propuesta se advierte que se modifica la redacción de los fines, ya que no se hace referencia a los que «tuvo en mira al reconocer (el derecho)», sino que ahora se refiere a los fines del ordenamiento jurídico, lo cual permite su adaptación a las cambiantes situaciones sociales, evitando la petrificación en lo que tuvo en miras el legislador.

Analizando la norma proyectada, Richard (18) sostiene que la expresión recogida cuestiona todos los «contra valores» en esa teoría de la bipolaridad, apuntando a los que afectan los fines del ordenamiento jurídico, y recoge la buena fe, la moral y las buenas costumbres, como límites o determinantes de los principios y valores jurídicamente protegidos conforme el art. 2 del proyecto, e impone la visión bipolar de esos valores y principios. Pues existiendo duda sobre el valor positivo, muchas veces se dilucidará la cuestión al posar la atención en el contravalor negativo.

Además en la norma siguiente se tornan aplicativos estos preceptos al abuso que se haga de situaciones y de posición dominante en el mercado.

En el comentario antes citado Richard expresa que, si bien parece una verdad de Perogrullo que la buena fe y el abuso de derecho conforme las dos normas precedentes se aplique muy particularmente si además existe posición dominante en el mercado, parecería que si no existiera esta norma la posición dominante excluiría la pretensión de que esa parte actúe de buena fe o se cuestionara su abuso de derecho y ello estimamos que no sería así. Finalmente indica que para definir el concepto de «posición dominante en el mercado» debe recurrirse a la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia, arts. 4 y 5, pero que aún resta definir qué es el mercado, pues no es una institución, ni un lugar físico, sino una especie de espacio donde se cruzan intenciones y satisfacen necesidades o intereses.

IX. COLOFÓN

El abuso de derecho se encuentra indeterminado en sus límites y así seguirá siendo de aprobarse el proyecto de Código unificado al que precedentemente nos hemos referido.

Y en nuestra opinión está bien que así sea, y que en los magistrados, con su reconocida prudencia, recaiga la aplicación en el caso concreto.

(1) BUERES A. J., HIGHTON E. I. “Código Civil”, Hammurabi, T. 3 A, p. 118, Bs. As., 1999.

(2) Expresión de ALTERINI – LÓPEZ CABANA, “El abuso del derecho. Estudio del derecho comparado”. LL 1990-B-1117.

(3) C3ª Letrada Córdoba, 3-3-78, JA 979-III-493.

(4) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Abuso de derecho, Astrea, p. 22.

(5) BEJARANO SÁNCHEZ, citado por Fernández Sessarego Carlos, Abuso de derecho, Astrea, p. 23.

(6) Así por solo citar un ejemplo en Roma se consagraba el principio: «Nullus videtur dolo facere qui iure suo utitur» cuya traducción sería «no actúa con dolo quien usa de su derecho».

- (7) La responsabilidad civil como paradigma del abuso del derecho, QUINTANILLA, Marcelo R., 2-dic-2009, MJD4459 .
- (8) BORDA, Guillermo A. "Manual de derecho civil. Parte general". pp. 28-34, agrega este autor que «Los derechos no pueden ser puestos al servicio de la malicia, de la voluntad de dañar al prójimo, de la mala fe; tienen un espíritu que es la razón por la cual la ley los ha concedido; es evidentemente ilegítimo ejercerlos en contra de los fines que inspiraron la ley. El derecho no puede amparar ese proceder inmoral».
- (9) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Abuso de derecho, Astrea, p. 125.
- (10) Ib., p. 131.
- (11) SCBA, 3/12/74, A.S., 974-III-649 «El ius variandi no es un derecho discrecional y absoluto, sino que tiene un alcance limitado en la relación laboral, porque esta se constituye y regula sobre la base de un negocio jurídico bilateral», CNAT, Sala II, 30/9/74, L.T. XXII-1098 «Resulta injustificado el ius variandi cuando la medida no responde a las necesidades organizativas de la empresa».
- (12) TROPEANO, Darío, Esbozo sobre el abuso en materia concursal, LL 2004-B, 1294.
- (13) O. cit.
- (14) PRONO, Mariano "Abuso del derecho y fraude procesal en los juicios concursales", LL 2009-F, 1290.
- (15) PRIETO MOLINERO, Ramiro, Abuso de derecho, Ed. La Ley, p. 311.
- (16) CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio, El "test de abusividad" y el síndico. Opinión sobre la propuesta concordataria: una omisión legal inexplicable, 17º Congreso Nacional de Profesionales en Ciencias Económicas, 3, 4 y 5 de septiembre de 2008 – Córdoba – Argentina, que obtuvo el premio FACPCE 2008.
- (17) Por todos consultar ROITMAN, Horacio, "Extensión de quiebra por abuso de control dominante", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nro. 16, p. 79.
- (18) RICHARD, Efraín Hugo, en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/sobre-el-titulo-preliminar-del-proyecto-de-codigo>.
- (*) Contador Público Nacional, Universidad Nacional de La Pampa. Abogado, Universidad Nacional de La Pampa. Docente, Universidad Nacional de La Pampa. Investigador del CECYT, FACPCE. Investigador del IADECO. Autor de libros y artículos en el área del derecho concursal.