

ABUSO DEL DERECHO



RAMIRO J. PRIETO MOLINERO

LA LEY

ÍNDICE GENERAL

PRIMERA PARTE: EL DERECHO SUBJETIVO

CAPÍTULO I: EVOLUCIÓN Y TEORÍA DEL DERECHO SUBJETIVO

| | |
|--|----|
| I - El Derecho Objetivo | 3 |
| A) Algunas precisiones iniciales | 3 |
| B) Derecho, moral y orden justo | 5 |
| II - La Genésis del Derecho Subjetivo | 8 |
| A) De la "potestas" al "ius" | 8 |
| 1) Roma | 8 |
| 2) Edad Media | 11 |
| a) La asimilación entre "potestas" y "ius" | 11 |
| b) La influencia de GUILLERMO DE OCKHAM | 13 |
| 3) La escuela del Derecho natural y el derecho como potestad moral | 15 |
| 4) HOBBS y el comienzo de la idea del derecho como facultad legal | 19 |
| B) La denominación "derecho subjetivo" | 20 |
| III - La Esencia del Derecho Subjetivo | 24 |
| A) ¿Poder de la voluntad o facultad legal? | 24 |
| B) Teorías | 27 |
| 1) La teoría de la voluntad | 27 |
| a) Su formulación | 27 |
| b) Objeciones | 28 |
| 2) La teoría del interés | 30 |
| a) Su formulación | 30 |
| b) Objeciones | 31 |
| 3) La tesis mixta | 32 |
| a) Su formulación | 32 |
| b) Objeciones | 33 |
| 4) DABIN y la "pertenencia-dominio" | 35 |
| IV - Algunas Cuestiones Adicionales: Titularidad y Ejercicio | 37 |
| A) Sujeto, facultades y derechos | 37 |
| B) La prerrogativa y su ejercicio | 39 |

CAPÍTULO II: LAS TESIS NEGATORIAS

| | |
|--|----|
| I - Tres Autores, Tres Posturas..... | 41 |
| A) Duguit, o la aspiración del objetivismo puro..... | 41 |
| 1) Su formulación..... | 41 |
| 2) Críticas..... | 45 |
| B) Kelsen, o el análisis de la forma..... | 50 |
| 1) Su formulación..... | 50 |
| 2) Algunas precisiones adicionales..... | 52 |
| C) Villey, o el desprecio por el derecho subjetivo como traición a la moral clásica..... | 54 |
| 1) Su formulación..... | 54 |
| 2) Críticas..... | 56 |
| II - Una Reafirmación de la Idea de Derecho Subjetivo..... | 60 |
| A) Política y semántica..... | 60 |
| B) El derecho subjetivo más allá de la semántica..... | 62 |

SEGUNDA PARTE: TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO

CAPÍTULO III: LA CUESTIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO DESDE UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA

| | |
|--|----|
| I - El Origen de la Cuestión..... | 67 |
| A) Racionalismo y formalismo legal..... | 67 |
| 1) La supuesta lucha contra el carácter "absoluto" de los derechos..... | 67 |
| 2) El positivismo dogmático..... | 69 |
| B) El abuso del derecho como cláusula general de los sistemas codificados..... | 71 |
| 1) Los límites de la codificación..... | 71 |
| 2) El abuso del derecho como síntesis de concepciones antagónicas..... | 72 |
| II - Antecedentes Históricos que han sido mal interpretados..... | 75 |
| A) Una primera advertencia..... | 75 |
| B) Las menciones al Derecho romano..... | 77 |
| C) Edad media..... | 79 |
| 1) Los actos de emulación..... | 79 |
| a) Su formulación..... | 79 |
| b) Una teoría adicional: la <i>immissio</i> | 82 |
| c) Algunas apreciaciones..... | 83 |
| 2) Las Partidas y el Fuero Juzgo..... | 84 |
| III - La Aparición del Abuso del Derecho..... | 87 |
| A) El <i>Landrecht</i> de 1794..... | 87 |
| B) El Código Napoleónico y su influencia..... | 89 |
| C) Tres casos clásicos..... | 91 |

| | Pág. |
|-------------------------------|------|
| D) La doctrina francesa | 94 |
| 1) Una introducción | 94 |
| 2) PLANIOL Y JOSSEERAND | 95 |

**CAPÍTULO IV:
LA NATURALEZA JURÍDICA DEL
ABUSO DEL DERECHO**

| | |
|---|-----|
| I - Introducción..... | 99 |
| A) La "ilicitud legal" y los contextos de análisis..... | 99 |
| B) El relativismo jurídico | 102 |
| II - Las Tres Dimensiones Axiológicas del Abuso del Derecho | 105 |
| A) La dimensión funcional..... | 105 |
| B) La dimensión moral..... | 108 |
| C) La dimensión dogmática..... | 112 |
| 1) El punto de partida..... | 112 |
| 2) El abuso del derecho como acto ilícito..... | 115 |
| a) Licitud e ilicitud | 115 |
| b) Lo "abusivo" como ilicitud..... | 117 |
| c) El tipo "acto abusivo" | 118 |
| III - Abuso de Derecho y Antijuricidad | 121 |
| A) "Antijuricidad", "ilicitud" y el recurso al "acto abusivo" | 121 |
| 1) Ilícitud y positivismo..... | 121 |
| 2) Ilícitud e inmoralidad | 126 |
| B) La necesidad de crear un acto ilícito específico | 128 |

**CAPÍTULO V:
LAS TEORÍAS IDENTIFICATORIAS**

| | |
|--|-----|
| I - La Prohibición y su Contenido | 131 |
| A) El abuso del derecho como factor flexibilizador | 131 |
| B) El papel de los criterios identificatorios | 132 |
| II - Teorías Identificatorias Subjetivas | 134 |
| A) Como acto doloso | 134 |
| B) Culpa genérica..... | 137 |
| C) Ejercicio contrario a la buena fe | 139 |
| 1) ¿Criterio objetivo o subjetivo?..... | 139 |
| 2) ¿Un criterio ambiguo o preciso? | 140 |
| D) Ejercicio contrario a la moral..... | 143 |
| E) Ejercicio contrario a las buenas costumbres..... | 146 |
| 1) La vertiente sociológica | 146 |
| 2) La vertiente valorativa..... | 148 |
| 3) La suma de las partes | 149 |
| III - Teorías Objetivas..... | 151 |
| A) Falta de interés legítimo | 151 |
| B) La desviación de la finalidad de la norma..... | 153 |
| 1) Una primera aproximación | 153 |

| | Pág. |
|--|------|
| 2) Las dos vertientes | 155 |
| a) La idea de la función social y económica | 155 |
| b) Los fines del legislador y la finalidad de la norma | 159 |
| c) Un tercer enfoque: la finalidad de la norma en combinación con la idea de interés protegido..... | 162 |
| C) Otras teorías objetivas | 164 |
| 1) Enriquecimiento sin causa | 164 |
| 2) Riesgo creado..... | 165 |
| 3) Ruptura del equilibrio de intereses..... | 167 |

CAPÍTULO VI: TESIS CONTRARIAS A LA APLICACIÓN DEL INSTITUTO

| | |
|--|-----|
| I - Las Críticas Clásicas | 171 |
| A) El colapso de la seguridad jurídica | 171 |
| 1) La crítica y su réplica..... | 171 |
| 2) Seguridad jurídica y justicia | 173 |
| B) La imposibilidad de determinar el abuso con precisión | 176 |
| 1) La necesidad de parámetros expresos..... | 176 |
| 2) El abuso del derecho como libre discrecionalidad judicial | 177 |
| a) Opiniones doctrinarias | 177 |
| b) La pretendida "autosuficiencia" de los magistrados | 179 |
| c) Abuso del derecho y seguridad jurídica..... | 181 |
| II - El Instituto Como Factor Conservador..... | 184 |
| A) Planteo de la cuestión..... | 184 |
| B) Una réplica..... | 185 |
| III - La Imposibilidad de Separar al Derecho de su Ejercicio | 187 |
| A) La imagen de la campana y el badajo..... | 187 |
| B) Ilícitud y causas de justificación | 188 |
| IV - Los Derechos Incausados..... | 190 |
| A) Planteo de la cuestión..... | 190 |
| B) Justificaciones..... | 191 |
| 1) Los derechos que se confunden con la libertad | 191 |
| 2) PLANIOL, RIPERT Y JOSSEAND | 195 |
| 3) Las justificaciones individuales | 197 |
| C) Argumentos para descartar el distingo | 200 |

CAPÍTULO VII: DERECHO COMPARADO

| | |
|--|-----|
| I - Los Países de Derecho Codificado | 203 |
| A) Europa..... | 203 |
| 1) Francia | 203 |
| 2) Alemania..... | 208 |
| 3) Suiza | 211 |
| 4) Italia..... | 213 |
| 5) España..... | 215 |

| | Pág. |
|--|------|
| 6) Portugal..... | 219 |
| 7) Holanda..... | 220 |
| B) Latinoamérica | 225 |
| 1) Uruguay..... | 225 |
| 2) Brasil..... | 226 |
| 3) Perú | 230 |
| 4) Venezuela..... | 232 |
| 5) Paraguay..... | 234 |
| 6) México..... | 235 |
| II - El <i>Common Law</i> | 236 |
| III - El Abuso del Derecho como Principio del Derecho Internacional..... | 240 |

TERCERA PARTE:
APLICACIÓN Y VIGENCIA DEL
ABUSO DEL DERECHO EN ARGENTINA

CAPÍTULO VIII:
EVOLUCIÓN DE LA CUESTIÓN EN LA ARGENTINA

| | |
|--|-----|
| I - VÉLEZ SARSFIELD y el Abuso del Derecho..... | 245 |
| A) La cuestión en el <i>Esboço</i> de FREITAS | 245 |
| B) La tesis original del Código Civil..... | 248 |
| 1) La negación del abuso del derecho | 248 |
| 2) VÉLEZ SARSFIELD y la propiedad privada..... | 249 |
| 3) La supuesta consagración a través de la nota al 2514 CC | 251 |
| II - La Evolución hasta la Ley 17.711 | 254 |
| A) Los primeros Congresos Nacionales y el Anteproyecto de 1936 | 254 |
| 1) Sistema germánico, interpretaciones francesas | 254 |
| 2) Primeros intentos de reforma | 256 |
| B) El Proyecto de 1936 | 258 |
| C) La Constitución de 1949 y el Anteproyecto de 1954..... | 261 |
| D) El papel de la doctrina previo a la 17.711..... | 264 |
| 1) La perspectiva desde la cual considerar las opiniones | 264 |
| 2) Las interpretaciones forzadas | 265 |
| a) El abuso del derecho como "doctrina implícita" | 265 |
| b) SPOTA, o la voluntad de lo que no es..... | 266 |
| c) La pretendida consagración expresa del instituto | 268 |
| E) La ley 17.711 y tendencias posteriores..... | 270 |
| Proyecto de 1987..... | 272 |
| Proyecto de la Cámara de Diputados de 1993..... | 273 |
| Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 | 273 |
| Proyecto de 1998..... | 273 |

CAPÍTULO IX: LA REGULACIÓN ARGENTINA

| | |
|---|-----|
| I - Estructura del Artículo 1071 CC | 275 |
| A) El primer párrafo | 275 |
| 1) La cuestión del ejercicio del derecho como causa de justificación..... | 275 |
| 2) El ejercicio "regular" | 277 |
| B) El segundo párrafo | 279 |
| 1) El "no amparo" del abuso | 279 |
| 2) Los criterios identificatorios..... | 281 |
| a) El "orden moral" y la supuesta aplicación del 953 CC | 281 |
| b) La "buena fe" | 284 |
| c) La moral..... | 285 |
| d) Las buenas costumbres..... | 288 |
| e) La finalidad de la norma | 289 |
| II - El Vínculo entre el 1071 CC y las Restricciones al Derecho de Dominio | 291 |
| A) Los artículos 2513 CC y 2514 CC y el uso "regular" de la propiedad..... | 291 |
| B) El artículo 2618 CC y la "normal tolerancia entre vecinos" | 292 |
| 1) Antecedentes | 292 |
| a) El sistema de Vélez Sarsfield | 292 |
| b) El camino hasta el actual 2618 CC | 295 |
| c) Luces y sombras del artículo 2618 CC..... | 298 |
| 2) De nuevo, la cuestión de la ilicitud | 300 |
| a) Las distintas explicaciones..... | 300 |
| b) Licitud e ilicitud en la normal tolerancia entre vecinos | 302 |
| 3) Su vínculo con el abuso del derecho | 305 |

CAPÍTULO X: LA APLICACIÓN DEL INSTITUTO

| | |
|--|-----|
| I - Requisitos para su Procedencia | 311 |
| A) Ejercicio de un derecho legítimo | 311 |
| B) Antijuricidad..... | 313 |
| C) Concurrencia de un factor de atribución..... | 314 |
| D) Existencia de un daño | 316 |
| E) Relación de causalidad entre la acción u omisión calificada de ejercicio abusivo del derecho y el daño causado..... | 319 |
| F) No existencia de otra solución legal expresa..... | 322 |
| II - Alegación..... | 325 |
| A) La facilitación probatoria | 325 |
| B) La procedencia o no de oficio | 327 |
| C) Cuestión de hecho o de derecho | 329 |
| III - Valoraciones a Tener en Cuenta por los Magistrados | 331 |
| IV - Efectos | 336 |
| A) Algunos supuestos generales | 336 |
| B) Abuso de derecho y actos jurídicos | 339 |
| 1) La cuestión de la nulidad..... | 339 |
| 2) El "reencauzamiento" del acto jurídico..... | 341 |

**CAPÍTULO XI:
CASOS Y APLICACIÓN DEL ABUSO DEL
DERECHO EN LA ARGENTINA**

| | |
|---|-----|
| I - Obligaciones en General..... | 346 |
| A) Las relaciones acreedor-deudor | 346 |
| B) El acreedor y las vías más gravosas..... | 348 |
| C) Concursos y homologación de acuerdos | 350 |
| D) Juicios ejecutivos | 353 |
| II - Contratos | 355 |
| A) La regla general y los contratos de adhesión | 355 |
| 1) La buena fe como criterio fundamental..... | 355 |
| 2) Casos particulares | 358 |
| B) Pacto comisorio y cláusulas penales | 359 |
| C) Contratos de distribución e indeterminación del plazo | 361 |
| D) La llamada "responsabilidad precontractual" | 364 |
| E) Nominalismo y valorismo..... | 366 |
| F) Otros supuestos | 370 |
| III - Derecho Procesal | 371 |
| A) El derecho a accionar..... | 371 |
| B) Las medidas cautelares..... | 373 |
| C) Las conductas contrarias a la buena fe | 375 |
| D) Otros supuestos | 376 |
| IV - Derecho Societario | 377 |
| A) El caso del abuso de la personalidad..... | 377 |
| B) El abuso de mayoría..... | 379 |
| V - Derechos Reales | 380 |
| A) Propiedad horizontal y el valor del reglamento de copropiedad..... | 380 |
| B) Obra nueva en propiedad horizontal | 383 |
| 1) Introducción | 383 |
| 2) Las diversas posturas | 385 |
| 3) Abuso del derecho y discrecionalidad..... | 387 |
| C) Otros casos..... | 390 |
| VI - Relaciones Familiares | 391 |
| A) Relaciones paterno-filiales..... | 391 |
| B) Las relaciones conyugales | 394 |
| 1) La facultad del artículo 1277 CC | 394 |
| 2) Divorcio y separación de hecho | 395 |
| VII - Derecho Laboral | 398 |
| A) Un pretendido derecho incausado: el de despedir pagando la indemnización.. | 398 |
| B) Otros casos..... | 400 |
| VIII - La Cuestión de los Derechos Incausados | 402 |
| A) Los supuestos clásicos | 402 |
| B) Otros pretendidos ejemplos | 405 |

CAPÍTULO XII:
DISTINCIÓN CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS

| | |
|---|-----|
| I - Con el acto ilícito | 407 |
| II - Con el Fraude a la Ley..... | 411 |
| III - Con la Desviación de Poder | 416 |
| IV - Con la Colisión de Derechos | 421 |
| V - Con la Imprevisión | 424 |
| A) Una Introducción | 424 |
| B) Contradicciones de la regulación argentina | 426 |
| C) Imprevisión y abuso del derecho..... | 429 |
| VI - Con la Inexistencia del Derecho | 431 |
| VII - Con el Abuso de Posición Dominante | 434 |
| | |
| Anexo: Modelo de Cláusula de Abuso del Derecho..... | 437 |
| | |
| Bibliografía..... | 441 |